

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR GRAN INVALIDEZ,
INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA O TOTAL
A LA LUZ DEL ASUNTO *CA NA NEGRETA*

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR GRAN INVALIDEZ,
INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA O TOTAL A
LA LUZ DEL ASUNTO CA NA NEGRETA

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Catedrático de Universidad
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)
Orcid: 0000-0002-4218-7569
ibeltran_de_heredia@uoc.edu

RESUMEN: El propósito de este trabajo es analizar la fundamentación de la STJUE 18 de enero 2024 (C-631/22), *Ca Na Negreta*, y su impacto en la regulación de la extinción del contrato por incapacidad permanente prevista en el art. 49.1.e ET y las primeras reacciones jurisdiccionales aplicando esta doctrina, así como la propuesta de reforma de este precepto incorporando la necesidad de adoptar ajustes razonables anunciada por el Gobierno.

PALABRAS CLAVE: Directiva 2000/78, incapacidad permanente, extinción, ajustes razonables.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the reasoning of the CJEU ruling of January 18, 2024 (C-631/22), *Ca Na Negreta*, and its impact on the regulation of the termination of the contract due to permanent disability as provided in Article 49.1.e of the Workers' Statute, as well as the initial judicial reactions applying this doctrine and the proposed reform of this provision incorporating the need to adopt reasonable adjustments announced by the Government.

KEYWORDS: Directive 2000/78, permanent disability, termination, reasonable adjustments.

Recibido: 9/06/2024; Aceptado: 18/07/2024; Versión definitiva: 19/07/2024.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 8 (2024) 83-113
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2024.i8.04>

SUMARIO: 1. PUNTO DE PARTIDA: UN DESAJUSTE NORMATIVO ANUNCIADO. 2. LA STJUE 18 DE ENERO 2024 (C-631/22), *CA NA NEGRETA*: DETALLES DEL CASO, CUESTIONES PREJUDICIALES Y FUNDAMENTACIÓN. 3. VALORACIONES CRÍTICAS AL IMPACTO A NIVEL INTERNO DEL ASUNTO *CA NA NEGRETA*. 3.1. Primera valoración crítica. 3.2. Segunda valoración crítica. 3.3. Tercera valoración crítica. 3.4. Cuarta valoración crítica. 3.5. Quinta valoración crítica. 3.6. Sexta valoración crítica. 3.7. Séptima valoración crítica. 3.8. Octava valoración crítica. 3.9. Novena valoración crítica. 3.10. Décima valoración crítica. 3.11. Undécima valoración crítica. 3.12. Duodécima valoración crítica. 4. UNA VALORACIÓN FINAL. 5. BIBLIOGRAFÍA

1. PUNTO DE PARTIDA: UN DESAJUSTE NORMATIVO ANUNCIADO

El acaecimiento sobrevenido de un hecho que objetivamente imposibilite el cumplimiento de la prestación pactada a la persona trabajadora, de un modo permanente y absoluto, es suficiente para provocar la ineficacia contractual. La muerte es un caso paradigmático porque con el óbito se produce la desaparición del objeto del contrato, esto es, la fuerza de trabajo.

Más allá de este supuesto indiscutible de imposibilidad objetiva, la legislación laboral ha tratado de graduar el efecto extintivo de ciertos hechos obstativos, siempre que, de algún modo, quedara margen para el cumplimiento del programa de prestación y/o bien, pudiera posponerse el carácter definitivo de la circunstancia imposibilitante.

La incapacidad permanente es un hecho sobrevenido cuya eficacia extintiva se ha visto relativizada al albur de estos vectores. La necesidad de preservar, en la medida de lo posible, la continuidad de la relación laboral y también de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, han sido factores que han inspirado (con intensidad desigual y de forma cambiante en el tiempo) la respuesta legislativa a esta contingencia.

El juego combinado del art. 48.2 ET con el art. 49.1.e ET responde claramente a esta filosofía. Es decir, fuera de los supuestos de previsible revisión por mejoría que permitiera la reincorporación al puesto de trabajo (y, por ende, justifican la suspensión de la relación de trabajo en el *interin*¹), el reconocimiento de la prestación de

1. El art. 48.2 TRET posibilita la suspensión de la relación de trabajo si en la resolución que reconoce la incapacidad permanente y que pone fin a la IT se hace constar que previsiblemente será objeto de revisión por mejoría. No obstante, conviene tener en cuenta que, como apunta la STS 22 de julio 2020 (rec. 1117/2018), la declaración de IPT no conlleva la suspensión del contrato de trabajo por un periodo de dos años, con reserva de puesto de trabajo –artículo 48.2 ET– por el hecho de que en la resolución del INSS, declarando la IPT, se haga constar que la calificación podría ser revisada por agravación o mejoría a partir del día 22 de agosto de 2018 –la resolución es de 16 de septiembre de 2016– ya

incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez (a través de resolución administrativa o judicial firme²) y siempre que esté referida a una actividad habitual³ que se ha dejado de prestar en la misma empresa⁴, ha precipitado la extinción automática del contrato⁵. Sin que, por otra parte, se entendiera jurisprudencialmente que fuera exigible comunicación formal alguna por parte del empresario⁶.

La cuestión es que esta matriz planteaba problemas de encaje con diversas normas del ordenamiento jurídico laboral. Por un lado, con el mandato del art. 25 LPRL y la obligación de adaptación del trabajo a la persona. Y, por otro lado, con el contenido del art. 40.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y

que dicho dato no supone que el órgano calificador considere que la incapacidad del trabajador va a ser objeto de revisión por mejoría que permita su incorporación al trabajo.

2. STS 11 de mayo 1994 (rec. 3082/1993). La extinción del contrato antes de que la resolución administrativa que reconoce la incapacidad permanente del trabajador adquiera firmeza debe calificarse como un despido improcedente. Ente otras, SSTSJ Cataluña 10 de octubre 2007 (rec. 4221/2006); Canarias\Tenerife 20 de febrero 2003 (rec. 472/2002); y Andalucía\Sevilla 3 de abril 2003 (rec. 585/2003).

3. La STS 20 de septiembre 2022 (rec. 3861/2019), recogiendo la doctrina sobre esta materia (SSTS 11 de marzo 2020, rec. 3777/2017; y 25 de marzo 2009, rec. 3402/2007), en el caso relativo a las tareas de la profesión habitual de un *mosso d'esquadra* y las que desarrollaba en el concreto puesto de trabajo que desempeñaba en el momento de acaecer el accidente de trabajo, en su condición de agente de policía adscrito al grupo de investigación, afirma que «se ha de tomar en consideración la totalidad de las tareas de la profesión habitual». En concreto, afirma «para la calificación de la incapacidad permanente deben tenerse en cuenta 'todas las funciones que integran objetivamente la profesión'». Y, las SSTS 26 de octubre 2016 (rec. 1267/2015) y 22 de noviembre 2023 (rec. 3804/2020) argumentan que «[l]a delimitación de la profesión habitual no debe identificarse con el puesto de trabajo o la categoría profesional, sino con aquellos cometidos que el trabajador está cualificado para realizar y a los que la empresa le haya destinado o pueda destinarle haciendo uso de la movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional». En las profesiones habituales en las que está previsto el pase a segunda actividad (como policías o bomberos), para determinar si las dolencias justifican el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total, hay que tener en cuenta la totalidad de las funciones de su profesión habitual y no únicamente las propias de la segunda actividad (entre otras, STS 7 de marzo 2023, rec. 903/2020).

4. En efecto, en virtud de la STS 16 de septiembre 2020 (rec. 1000/2017), se entiende que en estos casos la decisión extintiva empresarial es «difícilmente justificable, no sólo por la peculiar circunstancia –no controvertida– de que la misma es adoptada por la empresa antes de que se le comunicara la resolución administrativa (STS/4ª de 19 octubre 1993 –rcud. 2265/1992-); si no, muy significadamente, porque el contenido de la misma claramente impide extinguir la relación de quien se hallaba desempeñando una nueva profesión para la cual no se le declara impedido. Resulta evidente que el haber acoplado al trabajador en un puesto distinto adecuado a las aptitudes que le restan, el percibo de la pensión de IPT no perjudica el derecho al salario que le corresponde en su nuevo empleo (STS/4ª de 18 diciembre 1989)».

5. La ineficacia del contrato *ex art. 49.1.e ET*, según su redacción actual, no puede materializarse si no se tiene derecho a obtener la correspondiente pensión, por muy grave que sea la patología padecida, reconociéndose la condición de pensionista - esto es, el derecho al percibo de la prestación económica correspondiente (STS 14 de octubre 1991, núm. 573 – de hecho, «las declaraciones de invalidez permanente sin derecho a prestaciones económicas carecen de efectos jurídicos», STS 7 de febrero 1994,

de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (en adelante, LGDPDIS). Especialmente porque, en virtud de esta última norma, el empresario está obligado a proceder a una adaptación del puesto de trabajo de las personas con discapacidad, siempre que no suponga una carga excesiva⁷. Precepto de especial relevancia en la medida que, a los efectos de la propia ley (art. 4.2), las personas pensionistas de la Seguridad Social con un grado reconocido de incapacidad permanente superior al 33% deben ser calificadas como «personas con discapacidad»; y, por ende, subsumibles en el supuesto de hecho de la obligación descrita en el citado art. 40.2. Con el añadido que, en virtud del art. 63 de la misma disposición normativa, la ausencia de estos ajustes debe calificarse como una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

Este desajuste entre la previsión de una extinción automática y la obligación de una adaptación del puesto de trabajo es el punto de partida de la cuestión prejudicial formulada por el TSJ Baleares y que, tras la respuesta del TJUE a través de la

rec. 1677/1993). La finalidad de esta regla es evitar que el trabajador sin derecho a la prestación «se [halla] abocado a una situación de absoluto abandono y desprotección, por cuanto se le [impide] el mantenimiento o acceso a la ocupación laboral sin proporcionarle, en cambio, la oportuna compensación económica» (Andalucía\Sevilla 3 de abril 2003, rec. 585/2003). La redacción del ET'80 al respecto resultaba más explícita, por cuanto que, mientras que el art. 49.5 ET'80 declaraba que la gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador» motivaba la resolución contractual, el art. 48.2 ET'80 concretaba que la misma sólo operaba para el caso de que existiera una declaración «de acuerdo con las leyes vigentes sobre Seguridad Social». Goerlich Peset 1996, 53. Por otra parte, esta norma tiene sentido desde el instante que para el trabajador afectado por esta contingencia el ordenamiento jurídico no prevé la posibilidad de recibir compensación alguna. Más recientemente, Sempere Navarro (2024) sugiere que, en la medida que la ineficacia contractual es un efecto que precipitado por el reconocimiento de la prestación, es este hecho (y no la imposibilidad objetiva) la verdadera causa extintiva.

6. STS 3 de febrero 2021 (rec. 998/2018). Planteamiento controvertido, en la medida que la STS 12 de julio 1988 (núm. 1204), establece que «Ciertamente, la incapacidad permanente total no opera efectos extintivos automáticos, ya que para que éstos se produzcan se hace necesario que el empresario decida tal extinción, fundándose en la causa que consagra el mencionado artículo, pues nada le impide acoplar al trabajador en puesto de trabajo, de distinta categoría, que fuera compatible con la incapacidad total del trabajador, la cual sólo manifiesta inhabilidad laboral para la profesión habitual». Y la STS 18 de diciembre 1989 (núm. 1375), afirma que «se erige por la Ley en causa extintiva del vínculo laboral, facultando, por tanto, a la empresa para así decidirlo» y, añade que «en lo que se refiere al grado total, iguales efectos extintivos, mediando decisión de la empresa, por no optar ésta por otro posible acoplamiento, compatible con esta situación».

7. La literalidad es como sigue: «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».

Sentencia 18 de enero 2024 (C-631/22), *Ca Na Negreta*, ha evidenciado la inadecuación de nuestro ordenamiento interno (o, al menos, de alguna de sus disposiciones y/o de su aplicación e interpretación sistemática). Lo que, de forma derivada, ha llevado al Gobierno a comunicar su voluntad de proceder a la reforma de, al menos, el art. 49.1.e ET, incorporando un nuevo apartado n, en el que específicamente se regulará la ineficacia contractual en estas situaciones.

El propósito de este ensayo (describiendo la secuencia expositiva que se va a seguir) es, primero, sintetizar la fundamentación de esta importante resolución; segundo, sondear las posibles implicaciones jurídico-positivas a nivel interno (y, en particular, el anuncio del Gobierno de la reforma del art. 49.1.e ET y las directrices de la nueva regulación); y, tercero, evaluar las primeras reacciones jurisdiccionales aplicando esta doctrina. En este sentido, el análisis de la argumentación esgrimida por el TJUE es particularmente oportuno porque, de forma colateral, también podría incidir en el reciente cambio de doctrina jurisprudencial⁸ que, de forma paralela (y ¿reactiva?), ha llevado a la Sala IV a impedir la compatibilidad del trabajo regular con la percepción de la pensión por incapacidad absoluta o gran invalidez (salvo que se trate de trabajos esporádicos o marginales, no dando lugar a su inclusión en la Seguridad Social). De hecho, el Gobierno también ha comunicado su voluntad de modificar las reglas de compatibilidad de la pensión de incapacidad con el trabajo (esta medida se incluirá en el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la denominación de las prestaciones de gran invalidez e invalidez no contributivas)⁹.

2. LA STJUE 18 DE ENERO 2024 (C-631/22), CA NA NEGRETA: DETALLES DEL CASO, CUESTIONES PREJUDICIALES Y FUNDAMENTACIÓN

Los detalles del conflicto pueden sintetizarse como sigue: el demandante era conductor de camión de retirada de residuos hasta que sufrió un accidente de trabajo, lo que le causó una lesión permanente. El INSS dictó una resolución poniendo fin a la incapacidad temporal y reconociendo una indemnización por «lesión permanente no invalidante». A petición del trabajador, la empresa acordó un cambio de puesto de trabajo que le permitía trabajar con sus limitaciones físicas (desarrollando esta tarea más de un año, hasta su posterior extinción).

El demandante recurrió judicialmente contra la resolución del INSS que le había denegado la invalidez permanente y, dos años más tarde, se le reconoció la situación

8. STS\Pleno 11 de abril 2024 (rec. 197/2023).

9. Europa Press “El Gobierno reformará la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con un Trabajo” (<https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-gobierno-reformara-compatibilidad-pension-incapacidad-permanente-trabajo-20240521142938.html>)

de incapacidad permanente total para su profesión habitual de conductor de camión de retirada de residuos (sin prever la posibilidad de revisión por mejoría).

La empresa comunicó al trabajador su cese en el trabajo después de la sentencia (11 días más tarde), lo que le llevó a interponer una reclamación judicial alegando despido discriminatorio. Sin embargo, ésta fue desestimada por el juzgado porque, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, este reconocimiento conlleva la baja en la empresa y no hay obligación legal de ubicarlo en otro puesto de trabajo dentro de la misma.

Ante esta situación, el TSJ Baleares formuló dos cuestiones prejudiciales:

1) El artículo 5 de la [Directiva 2000/78], a la luz [de] los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo la aplicación de una norma nacional que contemple como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad del trabajador/a (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría), sin previo condicionamiento al cumplimiento por parte de la empresa del mandato de adoptar ‘ajustes razonables’ a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o justificar la carga excesiva de tal obligación)?

2) Los artículos 2, apartado 2, y 4, apartado 1, de la [Directiva 2000/78], a la luz de los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿deben ser interpretados en el sentido de que la extinción automática del contrato de trabajo de un trabajador por causa de discapacidad (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual), sin previo condicionamiento al cumplimiento del mandato de adoptar ‘ajustes razonables’ a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o a la previa justificación de la carga excesiva de tal obligación), constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción?

A través de la Sentencia fechada el 18 de febrero 2024, el TJUE responde a ambas cuestiones, aunque las acaba fusionando y ofrece una única respuesta. Los criterios del TJUE para alcanzar la inadecuación del art. 49.1.e ET al marco descrito por la Directiva 2000/78 pueden sintetizarse en cuatro grandes bloques argumentativos:

En primer lugar, el TJUE entiende que la cuestión controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78. Afirmación que sustenta en los siguientes argumentos (cinco):

- Primero, recuerda (citando el asunto *HR Rail*¹⁰) que el concepto de «discapacidad» está referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas permanentes que, al interactuar

10. STJUE 10 de febrero 2022 (C-485/20).

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.

- Segundo, precisa que la Directiva 2000/78 se aplica a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación, en particular, con las condiciones de despido. Y, en relación al concepto de «despido», éste se refiere a la extinción unilateral de toda actividad mencionada en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78 y engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento.
- Tercero, advierte que al trabajador se le ha reconocido la condición de «persona con discapacidad», «en el sentido de la legislación nacional que transpone el artículo 5 de la Directiva 2000/78, a saber, los artículos 4, 40 y 63 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad. Parece que la limitación de la capacidad del demandante en el litigio principal, que resulta de dolencias físicas permanentes, puede impedir la participación plena y efectiva de este en la vida profesional, de modo que su situación está comprendida en el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78 y de la jurisprudencia [asunto *HR Rail*]». Y,
- Cuarto, puntualiza que la facultad de resolver el contrato debido a una incapacidad permanente no es objeto de discusión. Y, en paralelo, el hecho de que el trabajador solicite que se le reconozca una incapacidad permanente y que sepa que esto implica el reconocimiento de esta facultad extintiva al empresario no significa que «ese trabajador hubiera dado su consentimiento a la extinción de dicho contrato». De modo que una extinción por este motivo está comprendida entre las «condiciones de despido» *ex art. 3.1.c)* Directiva 2000/78 porque «constituye una extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador».

En segundo lugar, tras recordar que el contenido de la Directiva 2000/78 debe interpretarse de conformidad con las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹¹, pone el foco la definición del concepto de «discriminación por motivos de discapacidad»: «cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Este

11. Hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009.

concepto incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables».

Y, en relación a estos ajustes, del tenor del art. 5 Directiva 2000/78 se desprende que «el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario».

Esto implica que si una persona es declarada no apta 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 trabajadores»

No obstante, también recuerda los límites del art. 5, porque «no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva para él». Y para determinar la desproporción de esta carga, recuerda que deben tenerse en cuenta, «particularmente, los costes financieros 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. Además, debe precisarse que, en cualquier caso, 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 ocupar».

A la luz de lo anterior, la idea de la «carga excesiva para el empresario» es un concepto clave porque se erige en el contrapunto al concepto de «ajustes razonables». En concreto afirma: «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 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 empresario».

En tercer lugar, la sentencia constata que la normativa nacional no obliga al empresario a adoptar previamente medidas adecuadas en el caso de extinción *ex* art. 49.1.e ET derivada del reconocimiento formal de su incapacidad para ejercer su anterior función habitual. El hecho de que el trabajador haya sido reubicado durante más de un año, evidencia (más si cabe) las carencias del marco normativo, porque parecía compatible con las limitaciones físicas resultantes de su accidente de trabajo. Motivo por el que afirma que la normativa permite «dispensar al empresario de su obligación de realizar o, en su caso, mantener, ajustes razonables, como un cambio a otro puesto, aun cuando el trabajador de que se trate disponga de las competencias, capacidades y disponibilidad requeridas para desempeñar las funciones esenciales de ese

otro puesto (...). Además, dicha normativa tampoco parece obligar al empresario a demostrar que tal cambio de puesto podría imponerle una carga excesiva (...), antes de proceder al despido del trabajador».

En cuarto lugar, el TJUE rechaza que el reconocimiento de una incapacidad permanente total a petición del trabajador y que le dé derecho a una prestación, conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones, carece de relevancia a los efectos de esta controversia. Especialmente porque – prosigue – si se obliga a un trabajador con discapacidad a «soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social» se está «menoscabando el efecto útil del art. 5 Directiva 2000/78, interpretado a la luz del art. 27. 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo». Llegados a este estadio la sentencia entiende que «Al asimilar una «incapacidad permanente total», que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una «incapacidad permanente absoluta» que (...), designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta».

Fundamento (recogido en los ap. 49 y 50) que, como se expondrá posteriormente, podría acabar siendo clave para rebatir los motivos que han llevado a la Sala IV a decretar la incompatibilidad de la prestación de incapacidad permanente total, absoluta o la gran invalidez con el trabajo regular (anunciada al inicio de este ensayo).

Y, en quinto lugar, el TJUE también advierte (en respuesta a las alegaciones del Gobierno español) que, a pesar de que un Estado es el único competente para organizar su sistema de seguridad social y determinar los requisitos para la concesión de las prestaciones en materia de seguridad social, esto no le exime de respetar el Derecho de la Unión. De modo que una normativa interna no puede ir en contra del art. 5, «convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia».

En conclusión, la suma de todos estos factores (sintetizados en estos 5 bloques argumentativos) lleva al TJUE a entender que la facultad extintiva que confiere el art. 49.1.e ET en el caso de la incapacidad permanente es contrario al art. 5 Directiva 2000/78. En concreto afirma: «el artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta y de los artículos 2 y 27 de la Convención de la ONU, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben

en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva».

3. VALORACIONES CRÍTICAS AL IMPACTO A NIVEL INTERNO DEL ASUNTO *CA NA NEGRETA*

Las implicaciones del fallo del TJUE son profundas. De hecho, como ya se ha apuntado, el Gobierno ya ha anunciado a través de una nota de prensa del Consejo de Ministros¹² la reforma, al menos, del art. 49.1.e ET (circunscribiéndolo únicamente a los supuestos de muerte) con el propósito de adaptar esta causa de ineficacia contractual al mandato que se desprende del Derecho de la Unión, a partir (como se ha avanzado) de la incorporación de un nuevo apartado n. A través de este comunicado, también se han avanzado las líneas generales de la nueva redacción (en cambio, en cuanto a la reforma del sistema de compatibilidad de la pensión de incapacidad y el trabajo, al cierre de este trabajo, no han trascendido detalles sobre su futura regulación). A su vez, como evidencian las primeras reacciones jurisdiccionales, las extinciones anteriores al asunto *Ca Na Negreta* y *sub iudice* con posterioridad son conflictos transitorios cuya resolución quedará sujeta a la reinterpretación del marco normativo existente (con las limitaciones que esto conlleva); y lo mismo puede decirse de las extinciones que se produzcan desde este cambio de doctrina hasta que la reforma legislativa se corporice (con la diferencia respecto de los anteriores de que los operadores ya serán conocedores de que la extinción no puede ser automática).

En definitiva, a partir de estos tres escenarios, pueden formularse diversas valoraciones críticas (en concreto, doce - obviamente, formuladas con extrema cautela y provisionalidad, porque habrá que esperar a la redacción definitiva de los cambios legislativos anunciados):

3.1. Primera valoración crítica

Es importante tener en cuenta que el TJUE no cuestiona la posible resolución del contrato por incapacidad permanente. Por consiguiente, sigue siendo una causa de ineffectividad contractual válida.

12. Consejo de Ministros, 21/5/2024 - <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2024/20240521-referencia-rueda-de-prensa-ministros.aspx#incapacidad>. También se informa que la reforma es la resultante del acuerdo alcanzado con el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI).

3.2. Segunda valoración crítica

La resolución del contrato por este motivo no puede ser automática. De hecho, se da la circunstancia que, el juego combinado del art. 25 LPRL y del art. 40.2 LGDPDIS, de algún modo, ya exigían una modulación del efecto extintivo de la imposibilidad objetiva que prevé el actual art. 49.1.e ET¹³. Sin embargo, la aplicación e interpretación sistemática de este haz normativo se ha estado omitiendo (inexplicablemente¹⁴) por los órganos jurisdiccionales (aunque de un modo singular, pues, sólo se predicaba de la resolución *ex art. 52.a ET*)¹⁵.

3.3. TERCERA VALORACIÓN CRÍTICA

A la luz de la argumentación del TJUE, podría colegirse que la doctrina del asunto *Ca Na Negreta* sólo afecta a la incapacidad total¹⁶. La idea de una limitación que designe (en palabras del TJUE) una «incapacidad para todo trabajo», sugiere que incapacidad absoluta y ulteriores grados quedarían, *a priori*, excluidos (aunque, según las circunstancias del caso, tampoco debería descartarse la posibilidad de extender esta

13. En este sentido, la STSJ Baleares 19 de marzo 2024 (rec. 75/2022), resolviendo el asunto *Ca Na Negreta*, afirma «tanto desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea como de la normativa nacional, la exigibilidad del mandato de ajustes razonables a las personas con discapacidad era manifiesta, con la lógica consecuencia de la inaplicabilidad –o aplicación condicionada al cumplimiento de tal mandato– de la facultad extintiva establecida en el art. 49.1.e) ET». Un análisis exhaustivo de esta resolución en Rojo Torrecilla, 2024.

14. Particularmente crítica es la STSJ Baleares 19 de marzo 2024 (rec. 75/2022), resolviendo el asunto *Ca Na Negreta*, al afirmar que «resulta incomprensible que ni el legislador ni la jurisprudencia hayan atendido al claro mandato de la Directiva 2000/78, que, en sus artículo 2.ii) y 5, establecía, ya desde el año 2000, ‘a adoptar medidas adecuadas ..para eliminar las desventajas que suponen esa disposición, ese criterio o esa práctica’, y no se haya modificado (en el caso del legislador) o reinterpretado adecuadamente (en el caso de la jurisprudencia) norma tan contraria a tal mandato como el art. 49.1.e) ET».

15. En efecto, téngase en cuenta que, por ejemplo, la STS 22 de febrero 2018 (rec. 160/2016), en un supuesto de despido objetivo injustificado por ineptitud sobrevenida, la Sala IV, tras hacerse eco de la STJUE 11 de abril 2013 (C-335/11 y C-337/11), *HK Danmark*, es plenamente conocedor del mandato que se deriva del art. 5 Directiva 2000/78 (y de los posibles efectos de su incumplimiento). Por otra parte, más recientemente, como apunta la SJS2 Jaén 14 de mayo 2024 (núm. 969/2023), aplicando la doctrina del asunto *Ca Na Negreta*: «Si bien el precepto se halla huérfano de una debida actualización conforme al derecho vigente en materia de prevención de riesgos laborales y de protección de los derechos de las personas con discapacidad, desde el momento en que se consideran como tales, a partir de la adaptación de la legislación española a la Convención de Naciones Unidas y a la Directiva 2000/78, ello no excluye que deba ser interpretado conforme al art. 3.1 del Código civil (en relación con el contexto, antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas)».

16. En términos similares, STSJ Baleares 19 de marzo 2024 (rec. 75/2022).

doctrina a estas situaciones). No obstante, en la propuesta del Gobierno anunciada, se incluyen todos los supuestos imposibilitantes sin excepción.

3.4. Cuarta valoración crítica

En aplicación del art. 5 Directiva 2000/78 (y, en definitiva, de lo que ya recogía el art. 40.2 LGDPDIS), si en el curso de una relación de trabajo se declara la incapacidad permanente para el trabajo, el trabajador afectado tiene derecho a que se introduzcan las adaptaciones de sus condiciones de trabajo necesarias para hacerlo compatible con las limitaciones funcionales que le afectan.

La propuesta de nueva redacción del art. 49.1.n ET anunciada está regida por un principio de voluntariedad en sentido estricto. En efecto, según el contenido de la nota de prensa citada, la posibilidad de extinguir el contrato, «hasta ahora en manos de la empresa, se condiciona a la voluntad de la persona trabajadora que podrá solicitar» (se entiende que alternativamente) una de estas dos opciones: «una adaptación del puesto de trabajo razonable, necesaria y adecuada; o, «el cambio a otro puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con su perfil profesional y compatible con su nueva situación».

Repárese que, formulado en estos términos, puede plantearse un desajuste con el contenido del art. 40.2 LGDPDIS, porque es el empresario el que está obligado a llevar a cabo los ajustes, sin que sea preceptiva la previa solicitud de la persona afectada. De hecho, en virtud de la STC 51/2021¹⁷ (sobre la base del marco normativo internacional y de la Unión) «la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, aun cuando no se haya procedido a su petición formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad»¹⁸.

17. En la que se plantea la necesidad de adoptar ajustes razonables en el ámbito del empleo en un supuesto de sanción con suspensión de empleo y sueldo a un funcionario.

18. Y añade: «En esta línea, la observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Convención de la ONU puntualiza que «la obligación de proporcionar ajustes razonables no se limita a situaciones en que una persona con discapacidad haya pedido un ajuste o en que se pueda demostrar que el garante de los derechos en cuestión era consciente de que esa persona tenía una discapacidad. También se aplica cuando el posible garante de los derechos debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes para que esta pudiera superar obstáculos al ejercicio de sus derechos» (CRPD/C/GC/6, párrafo 24 *in fine*; en la misma dirección, véanse las conclusiones de la abogada general Eleanor Sharpston, de 19 de octubre de 2017, en el asunto *Carlos Enrique Ruiz Conejero*, C-270/16, puntos 39 y 41). En estos últimos casos, ciertamente, el cumplimiento de la obligación de proceder a ajustes razonables puede verse obstaculizado o impedido por la falta de datos relevantes facilitados por el empleado o empleada, en cuyo caso, y hasta que no tenga la información necesaria, tan solo estará en manos del empleador informarle de este derecho. Sin embargo, tan

De modo que, si la redacción del futuro art. 49.1.n ET se mantiene en estos términos (es decir, se fundamenta sobre el principio de voluntariedad), debe concretarse a qué se está refiriendo exactamente, cuando la obligación del empresario es ineludible (e, incluso, previa).

Por este motivo, deberá distinguirse entre el citado art. 40.2 LGDPDIS (y el mandato insoslayable que contiene) y el nuevo art. 49.1.n ET (y el derecho de solicitud que predica).

3.5. Quinta valoración crítica

Como se acaba de exponer, el art. 40.2 LGDPDIS impone al empresario la obligación de llevar a cabo ajustes razonables. Se trata, por consiguiente, de un mandato exigible en el instante que tenga conocimiento de la discapacidad. En efecto, como expone la citada STC 51/2021, «tan pronto como un trabajador o trabajadora acredite la existencia de una discapacidad el empleador debe tener en cuenta debidamente los obstáculos específicos con los que este se enfrenta y cumplir con su obligación de adoptar ajustes razonables en el puesto de trabajo para garantizar a quien la padece el ejercicio de sus derechos en el ámbito del empleo en igualdad de condiciones que las demás personas».

Así pues, a partir de este instante, debe proceder a una evaluación para determinar si cabe hacer algún tipo de ajuste que permita la conservación del empleo de la persona afectada. En este sentido, los servicios de prevención están llamados a asumir un papel determinante para hacer esta valoración (en particular, a la luz del art. 25 LPRL)¹⁹. Y, especialmente, también para tratar de anticipar la evolución de la persona afectada en el nuevo escenario que pueda proyectarse. Esta última es una cuestión particularmente importante por dos motivos: primero, porque es posible que no pueda anticiparse con certeza si el solicitante podrá adaptarse al ajuste propuesto (a pesar de que se entienda que es razonable); y, segundo, porque la limitación funcional de la persona solicitante puede tener un comportamiento dinámico (pudiéndose proyectar escenarios de mejoramiento o empeoramiento a lo largo del tiempo), exigiendo nuevos ajustes a futuro. Lo que, a su vez, evidencia otros dos aspectos importantes (de naturaleza diversa):

pronto como se constate la discapacidad, el empleador deberá cumplir con su obligación de garantizar la igualdad de trato y la no discriminación de las personas con discapacidad a través de los ajustes razonables que sean necesarios y factibles».

19. Como expone la STSJ CLM 13 de marzo 2024 (rec. 248/2024), es clave que en sus informes identifiquen las limitaciones funcionales del solicitante, se precisa de qué modo le impiden el desempeño de las funciones propias de su concreto puesto de trabajo, indiquen qué otras alternativas pudiera implementar la empresa para adaptar el puesto de trabajo a tales limitaciones funcionales, o para destinarla a otro sin que ello supusiera una carga excesiva para la empleadora.

- Por un lado, el mandato del art. 40.2 LGDPDIS no está temporalmente acotado, de modo que la obligación está activa a lo largo del tiempo (sin olvidar que, en virtud del art. 49.1.n ET la persona afectada podría elevar peticiones en función de la evolución de su limitación funcional y/o de la existencia de otros ajustes alternativos al alcance en la empresa).
- Por otro lado, la tarea encomendada al servicio de prevención puede ser de suma complejidad. En primer lugar, porque protegidos por el derecho a la intimidad, puede no tener acceso a todos los datos; y, en segundo lugar, aunque los tenga, como se ha apuntado, anticipar la adecuación del ajuste propuesto a la situación de la persona afectada no será fácil (debiéndose reiterar que las disfunciones pueden tener un comportamiento dinámico con origen en múltiples y heterogéneas causas).

Qué debe entenderse por «ajustes razonables», sin olvidar las directrices (genéricas) del art. 2.m LGDPDIS²⁰, es una cuestión controvertida, que inevitablemente estará apegada a las circunstancias particulares de cada caso (como expresamente ha reconocido el TJUE²¹).

En cualquier caso, los ajustes que puede plantear el empresario, *a priori*, no están circunscritos. O, dicho de otro modo (a partir de los límites que se desprenden de la propuesta de redacción del art. 49.1.n ET), nada impide que pueda formular alternativas que excedan el «perfil profesional» de la persona afectada.

Por consiguiente, la empresa puede proponer escenarios que excedan del grupo profesional; o bien, ajustes que requieran la prestación de servicios en otro centro de

20. Ajustes que se definen como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, 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 el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos».

21. En la STJUE 10 de febrero 2022 (C-485/20), *HR Rail*, en un supuesto en el que el trabajador tenía una patología cardíaca que precisó la colocación de un marcapasos y, por este motivo, ya no estaba en condiciones de realizar las tareas para las que había sido contratado inicialmente, el TJUE afirma que «los empresarios han de tomar 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». De modo que concluye, «Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de 'ajustes razonables para las personas con discapacidad' a efectos de dicha disposición implica que un trabajador, incluido el que realiza un período de prácticas tras su incorporación, que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa sea destinado a 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 el empresario».

trabajo (incluso, en la órbita de la movilidad geográfica). Obviamente, tampoco es incompatible con el hecho de que se ofrezcan alternativas que requieran el desarrollo de funciones «similares» o totalmente distintas.

Cabe preguntarse si cabría una reducción del tiempo de trabajo o, incluso, el teletrabajo. La primera opción ha sido explícitamente reconocida por el TJUE²². Y, en relación al teletrabajo, siguiendo con la STSJ Cataluña 27 de febrero 2024 (rec. 5615/2023), si bien es cierto que la doctrina judicial ha establecido que esta modalidad de trabajo a distancia no es un motivo para negar la incapacidad permanente absoluta para las personas que no pueden desplazarse (porque tienen la capacidad deambulatoria gravemente afectada)²³, *a priori*, parece que, según las circunstancias del caso, sí podría erigirse en una opción al alcance²⁴. De hecho, en la medida que, como se apuntará a continuación, los ajustes que proponga la empresa no pueden imponerse unilateralmente (exigiéndose un acuerdo para dar validez a esta novación contractual), se salvaría la necesaria aceptación que, en virtud del art. 5 de la Ley 10/2021, el acuerdo de teletrabajo exige.

En paralelo, aunque el TJUE, en el asunto *Ca Na Negreta*, condiciona la reubicación a otro puesto a que la persona afectada «disponga de las competencias», debe recordarse que, de acuerdo con la propia Directiva 2000/78, también cabe que algunos ajustes requieran cierta capacitación o título que no ostenta la persona afectada (o cuya obtención requiera un plazo de tiempo superior al que sería razonable)²⁵.

22. STJUE 11 de abril 2013 (C-335/11 y C-337/11), *HK Danmark*: «la enumeración de medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, contenida en el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78, no es exhaustiva y, por tanto, la reducción del tiempo de trabajo, aunque no estuviera comprendida en el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo», puede considerarse como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta Directiva en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo».

23. Como apunta la propia resolución, así también lo recogen las STSJ Comunidad Valenciana 14 de diciembre 2023 (rec. 1384/2023) y Madrid 11 de enero 2024 (rec. 617/2023). Y, sin ánimo de exhaustividad, también puede añadirse la STSJ Madrid 10 de mayo 2023 (rec. 86/2023).

24. De hecho, esta misma resolución recuerda que la STS 30 de enero 2008 (rec. 480/2007), dictada en Pleno (y, obviamente siguiendo un criterio distinto al que recientemente establecido por la STS\Pleno 11 de abril 2024, rec. 197/2023) también establece que la posibilidad de teletrabajo no es un motivo que excluya la IPA o la gran invalidez. Afirma el TS que ese planteamiento «cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías [particularmente informáticas y de teletrabajo], que consienten pluralidad de actividades laborales - a jornada completa- a quienes se encuentran en situaciones de IPA o GI, de manera que la compatibilidad ahora defendida representa –en el indicado marco de actividades sedentarias– un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida». Por tanto, el TSJ de Cataluña concluye, «sí el trabajador recurrente iniciara una ocupación en teletrabajo tras el reconocimiento de la incapacidad permanente, sería compatible con el percibo de la pensión, de acuerdo con la señalada doctrina unificada, con lo que esa posibilidad mal puede servir para negar el grado solicitado».

25. Como recoge la STJUE 11 de abril 2013 (C-335/11 y C-337/11), *HK Danmark*, el 20º Considerando de la Directiva 2000/78 «realiza una enumeración no exhaustiva de tales medidas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo».

En todo caso, en relación a la evaluación de los ajustes posibles, cabe añadir dos consideraciones más: primera, la capacidad de la empresa, como ya ha recogido la doctrina judicial²⁶, es un factor determinante en toda esta evaluación. Segunda, como ha apuntado el propio TJUE²⁷, la Directiva 2000/78, de acuerdo con lo previsto en su 17º considerando, «no obliga a contratar, ascender o 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 para las personas con discapacidad».

Una vez hecha la evaluación, como ha recordado el TJUE en el asunto *Ca Na Negreta*, su materialización está condicionada a la existencia de una vacante, en el caso de que la limitación que se padezca sea incompatible con el puesto de trabajo que se ha estado ocupando. Si esta vacante no existe, no es necesario entrar a valorar si el ajuste es factible²⁸.

Para el caso que los ajustes razonables sean posibles (y haya una vacante, o bien, no sea necesario porque la adaptación puede efectuarse sobre el puesto de trabajo de la persona afectada), no se puede exigir a la empresa que los materialicen si constituyen una «carga excesiva».

Qué debe entenderse por «carga excesiva» es, obviamente, otra cuestión abierta que también dependerá de las circunstancias de hecho (y que la empresa debería tratar de ser capaz de justificar y acreditar). Concepto que, como se ha apuntado, opera como *contrapunto* a la idea de ajuste razonable. En todo caso, no sólo apela a un aspecto económico, sino que puede afectar a otras dimensiones (por ejemplo, entre otras, organizativas y/o productivas)²⁹. Conviene recordar que, en el asunto *Ca Na Negreta*, el TJUE ha reiterado que, para determinar la desproporción de esta carga, deben tenerse en cuenta, «particularmente, los costes financieros que estas impliquen,

26. En este sentido, véase la fundamentación de la STSJ Murcia 8 de febrero 2024 (rec. 629/2022).

27. STJUE 11 de abril 2013 (C-335/11 y C-337/11), *HK Danmark*.

28. «Además, debe precisarse que, en cualquier caso, 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 ocupar».

29. En opinión de Gutiérrez Colominas (2024), el TJUE, en el asunto *Ca Na Negreta* «constituía una buena ocasión para valorar, por ejemplo, si la prestación de Seguridad Social derivada del reconocimiento de la situación de Incapacidad Permanente debe ser valorada como elemento dentro de la carga excesiva, pues el artículo 5 y el considerando 21 de la Directiva 2000/78/CE (...) ofrecen, en mi opinión, la oportunidad de discutir esta cuestión. De forma más detallada, la prestación de seguridad social se reconoce frente a situaciones de limitación de la capacidad de trabajo, y el importe de la prestación reconocida puede ser una circunstancia crucial para determinar si la persona trabajadora ostenta la necesidad de seguir prestando servicios o no. Así, en este sentido, las empresas pueden generar un impacto en las prestaciones, a través del incremento de las cotizaciones a lo largo del tiempo, y por lo tanto, si una empresa ha remunerado, y por lo tanto, cotizado a la Seguridad Social, por un importe notablemente superior al mínimo exigido, esa circunstancia, en mi opinión, podría ser objeto de alegación y valoración en el marco de la carga excesiva frente a la necesidad del ajuste razonable».

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».

Esto implica que la propuesta de la empresa, según el tipo de trabajo que se ofrezca, puede conllevar una devaluación de las condiciones de trabajo que se disfrutaban hasta este momento. Exigir siempre el mantenimiento del *statu quo*, sería contrario al efecto útil de la Directiva, porque se erigiría en un factor que alimentaría la existencia de la carga excesiva que acabaría redundando negativamente en las posibilidades de reubicación que se aspira a alcanzar.

Una vez llevada a cabo la evaluación, como expone la STC 51/2021, «por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, debe exteriorizar debidamente la motivación de la decisión adoptada».

Para el caso que los ajustes sean posibles y no supongan una carga excesiva para la empresa, debe reiterarse que, dada la situación personal padecida, no puede forzarse a la persona afectada a aceptarlos. Incluso, no puede exigirse, aunque pudiera canalizarse simplemente a través del poder de dirección empresarial. Sería contrario al art. 35 CE que se articularan instrumentos legislativos que, directa o indirectamente, exigieran la aceptación de un trabajo que no se desea.

En estos casos de rechazo (a pesar de la razonabilidad del ajuste), la persona afectada no tiene porqué justificarlo (aunque sería oportuno que se deje constancia por escrito). Entonces, se materializará la ineficacia del contrato.

Para el caso de que el trabajador esté dispuesto a aceptar el ajuste propuesto, nos encontramos ante un cambio en el programa de prestación (que, incluso, puede plantear una alteración del objeto del contrato y, como se ha apuntado, de las condiciones contractuales disfrutadas hasta ese momento). Por este motivo, lo más recomendable es que quede constancia escrita de la voluntad (informada) de ambas partes.

Llegados a este estadio, como se ha anunciado (y se detallará posteriormente), se evidencia con claridad que el giro jurisprudencial de la Sala IV, declarando la incompatibilidad de la pensión de incapacidad con el trabajo por cuenta ajena regular, es profundamente disfuncional a los ojos de la Directiva 2000/78 y de su interpretación por parte del TJUE.

3.6. Sexta valoración crítica

Podría plantearse si el art. 40.2 LGDPDIS también es aplicable a los supuestos de incapacidad permanente sometidos a suspensión temporal *ex* art. 48.2 ET y los casos de incapacidad temporal de larga duración.

En el primer caso, aunque se trata de una institución híbrida y, por lo tanto, comparte elementos característicos de dos instituciones estrechamente vinculadas, pero, al menos, conceptualmente diferenciadas (la incapacidad temporal y la permanente), existe un motivo que invita a pensar que la empresa no está obligada a ello

en estos casos. En efecto, la declaración de incapacidad permanente es transitoria. La disfunción padecida, no sólo no puede ser calificable todavía como definitiva (o crónica), sino que (en lo que constituye un elemento absolutamente determinante para este motivo suspensivo) existe una expectativa de reversibilidad cierta. En efecto, la suspensión sólo se predica si se prevé una *previsible* mejoría y reincorporación al puesto de trabajo (lo que la diferencia de la *posible* revisión *ex art.* 200.2 LGSS en un determinado plazo). En estas circunstancias, podría sostenerse que (empleando las categorías conceptuales del TJUE³⁰), en puridad, no se está ante una enfermedad de «larga duración» equiparable a la discapacidad. En realidad, no hay una «expectativa de larga duración». No puede haberla porque, precisamente, la expectativa que prevé el supuesto de hecho de la norma exige que se prevea que es factible que se acabará produciendo un restablecimiento completo. De ahí que sería controvertido afirmar que la enfermedad se prolongará suficientemente en el tiempo (aunque dure dos años, está perfectamente acotada). Además, el art. 48.2 ET sólo exige que se «extinga» la prestación de IT previa (y no que se agote la duración máxima de la misma – aunque probablemente es lo más frecuente)³¹.

No obstante, si se entendiera que, a pesar de la previsible mejoría y reincorporación, la disfunción padecida durante las situaciones que precipitan la aplicación del art. 48.2 ET en realidad se acabarán prolongando durante un largo tiempo (más de 2 años), entonces, al equipararse con la discapacidad, el empresario estaría obligado a cumplir con el mandato del art. 40.2 LGDPDIS.

En cambio, en el caso de la incapacidad temporal por enfermedad de larga duración, la ausencia de esta posibilidad descrita en el art. 48.2 ET (es decir, el hecho de que no se presente «una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo»), podría ser un factor determinante para exigirlo en el segundo (lo que, a nadie se le escapa que podría describir un escenario de enorme complejidad – sin olvidar que la ausencia de ajustes razonables, describe un motivo discriminatorio *ex art.* art. 63 LGDPDIS).

3.7. Séptima valoración crítica

La propuesta de nueva redacción del art. 49.1.n ET anunciada está regida, como se ha apuntado, por un principio de voluntariedad en sentido estricto.

Según la propuesta de anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de

30. Entre otras, SSTJUE 11 de abril 2013 (C335/11 y C337/11), *Ring, y Werge.*; y 1 de diciembre 2016 (C-395/15), *Daouidi*. En esta última se afirma: «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».

31. En este sentido, Solà Monells, 2005, 841.

octubre, en materia de despido, la redacción del futuro art. 49.1.n ET sería la siguiente:

Por declaración de gran invalidez o incapacidad permanente absoluta o total, de la persona trabajadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2. La empresa no podrá extinguir el contrato de trabajo por esta causa cuando 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, el cambio a otro puesto de trabajo vacante compatible con su nueva situación.

Para determinar si la carga es excesiva para la empresa se tendrá en cuenta si puede ser paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que los ajustes impliquen, en relación con el tamaño y el volumen de negocios de la empresa.

Sin embargo, en el anuncio del Anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros se afirma que la posibilidad de extinguir el contrato, «hasta ahora en manos de la empresa, se condiciona a la voluntad de la persona trabajadora». Y, específicamente, se indica que podrá solicitarse (las novedades, en cursiva): «una adaptación del puesto de trabajo *razonable, necesaria y adecuada*»; o, «el cambio a otro puesto de trabajo vacante *y disponible, acorde con su perfil profesional y compatible con su nueva situación*».

Y también ha trascendido³² que esta nueva redacción también incluirá lo siguiente:

«la persona trabajadora contará con un plazo de un mes desde el reconocimiento de la incapacidad permanente para manifestar la voluntad de continuar en la empresa. Por su parte, la empresa contará con el plazo máximo de tres meses, desde la fecha en que la persona trabajadora comunique a esta su intención de permanecer en la empresa, para adaptar el puesto de trabajo, el cambio a otro o proceder a la extinción cuando se acrediten las circunstancias previstas en el apartado anterior».

La formulación de cualquier valoración crítica sobre una propuesta legislativa en este estado tan embrionario es un ejercicio complejo y, en cierta medida, puede arrojar resultados de escasa relevancia si la redacción definitiva se aleja sustancialmente de la propuesta inicial. En cualquier caso, sujeto al principio de prudencia que una labor de esta naturaleza exige, sí pueden compartirse algunas reflexiones (en concreto, 11) sobre este Anteproyecto, con el (modesto) propósito de contribuir a una mejor redacción:

32. *Servimedia* (3/6/24): «Los trabajadores con incapacidad permanente sobrevenida dispondrán de un mes para decidir si quieren seguir en su empresa», <https://www.servimedia.es/noticias/trabajadores-incapacidad-permanente-sobrevenida-dispondran-mes-para-decidir-si-quieren-seguir-empresa/1410172987>

- *Primera reflexión*: la propuesta es acertada en la medida que, recogiendo la doctrina jurisprudencial³³, la extinción no se produce por el hecho obstativo «en sí mismo», sino por la «declaración» (firme) del mismo. De modo que, para el caso de que se dé lo primero y no lo segundo, aunque la norma no lo especifica, debería poderse acudir al despido objetivo (previa evaluación de la adopción de ajustes razonables *ex art.* 40.2 LGDPDIS³⁴).
- *Segunda reflexión*: esta propuesta puede inducir a cierto error, porque, como se desprende del art. 40.2 LGDPDIS, la adopción de ajustes razonables no está condicionada a una previa solicitud de la persona afectada, sino que se trata de una obligación empresarial que se activa de forma automática (en las situaciones expuestas anteriormente). De modo que la formulación de esta propuesta de apartado n) genera un evidente desajuste en la delimitación de las obligaciones y derechos que ostentan las partes (y, obviamente, los plazos tampoco acaban de encajar).
- *Tercera reflexión*: en este escenario, cabe plantearse si cabe interpretación sistemática del art. 40.2 LGDPDIS y el art. 49.1.n ET. En la medida que el empresario está obligado a evaluar y proponer ajustes (siempre que sean factibles), la solicitud de la persona afectada puede ser innecesaria (porque ya se han propuesto), o formularse mientras la empresa ya está haciendo la evaluación. En este marco de posible cruce de *actuaciones*, podrían darse algunas situaciones en las que, *a priori*, la solicitud reconocida en el art. 49.1.n ET podría tener cabida:
 - En primer lugar, el solicitante lleva a cabo la petición si el empresario ha omitido por completo el mandato del art. 40.2 LGDPDIS (su conducta ha sido totalmente pasiva). A partir de qué momento desde el conocimiento de la discapacidad debe entenderse que la empresa está incumpliendo es un factor difícil de determinar y dependerá de las circunstancias del caso; y, obviamente, el silencio empresarial podría estar condicionado por la complejidad anudada a la propia evaluación de los ajustes al alcance (aunque en este caso, sería recomendable que, si este fuera el caso, se trasladara a la persona afectada esta circunstancia).
 - En este caso de pasividad empresarial absoluta, la previsión de un plazo de un mes para formular la solicitud *ex art.* 49.1.n ET, plantea la duda respecto a si, transcurrido el mismo, la obligación empresarial de adopción de ajustes razonables decae. La norma no especifica

33. SSTS 14 de octubre 1991 (núm. 573); y 7 de febrero 1994 (rec. 1677/1993).

34. STS 22 de febrero 2018 (rec. 160/2016).

qué sucede en estos casos. En la medida que (como se ha apuntado) el TS no exige a la empresa formalidad alguna en estos supuestos extintivos³⁵, si no ha dado cumplimiento al mandato del art. 40.2 LGDPDIS y el trabajador no ha hecho la petición, se materializará la ineficacia contractual. Al no exigirse formalidad alguna, también pueden plantearse conflictos en relación al plazo de caducidad para la acción por despido (aunque, a priori, parece que su cómputo debería empezar transcurrido el primer mes; o los 3 meses, desde la solicitud)..

- En todo caso, en estas situaciones, debería entenderse que entra en juego el art. 63 LGDPDIS y la STC 51/2021. En efecto, en el caso de que se entienda que, efectivamente, la empresa no ha atendido esta obligación, es obvio que se habrá producido un acto discriminatorio. Conclusión que, como se apuntará, también es predicable para todas las extinciones anteriores al asunto *Ca Na Negreta y sub iudice* con posterioridad (y, obviamente, a todas las que se produzcan desde entonces). Es decir, avanzando un aspecto que se apuntará posteriormente, la extinción contractual debería ser calificada como nula; aunque la readmisión (como se apuntará), podría ser de imposible cumplimiento. En estos casos, no es improbable que la persona afectada opte por no solicitar la adaptación ex art. 49.1.n ET y, en cambio, accione para que se declare la nulidad de la extinción, en aras a percibir salarios de tramitación y la correspondiente indemnización.
- En segundo lugar, el solicitante puede llevar a cabo la petición (durante el plazo del primer mes) porque la propuesta que ya le ha ofrecido la empresa, pese a ser razonable, no le satisface (por ejemplo, porque entienda que hay una alternativa mejor al alcance); o bien, por ser manifiestamente insuficiente y/o parcial; o bien, porque entiende que los motivos alegados (para proponer un ajuste o rechazarlo) no han sido debidamente justificados. Salvo en el primer caso, los restantes, en función de su entidad, podrían describir conductas que podrían ser subsumibles en el citado art. 63 LGDPDIS. En este escenario, de acuerdo con el art. 49.1.n ET, la empresa tendría un plazo de 3 meses para dar respuesta a esta petición expresa. En este período puede establecerse un diálogo sobre las propuestas, el rechazo y los motivos. Y, como se desprende de la STC 51/2021 (del mismo modo que para la primera propuesta que haya formulado *ex*

35. STS 3 de febrero 2021 (rec. 998/2018).

art. 40.2 LGDPDIS), debería exponer los motivos del rechazo de la propuesta formulada por el solicitante. Y, finalmente,

- En tercer lugar, también podría darse el caso que la persona afectada formule la petición directamente a la empresa en el instante que es conecedora de la firmeza de su declaración de incapacidad. En este caso, es obvio que no podrá sancionarse a la empresa *ex art.* 63 LGDPDIS, por una primera omisión en su actuación (podrá serlo, no obstante, si la propuesta de ajustes es manifiestamente insuficiente y/o parcial; o bien, porque entiende que los motivos alegados - para proponer un ajuste o rechazarlo - no han sido debidamente justificados).

Salvo en este tercer escenario, la solicitud será de carácter reactivo (ante una pasividad total empresarial, o bien, una actuación parcial y/o insuficiente).

Si el empresario hace una propuesta y la persona trabajadora deja transcurrir el mes sin contestar (sin hacer efectivo su «derecho a solicitar» - que, en este caso, quedaría reformulado a un «derecho a proponer una alternativa»), la empresa podrá proceder a la extinción. *A priori*, repárese que esto no impediría una posible acción reclamando el incumplimiento del art. 63 LGDPDIS (porque se entienda que la propuesta es insuficiente y/o parcial). En tal caso, la empresa podrá alegar que la reubicación era razonable (y, según las circunstancias, el silencio de la persona afectada - su total pasividad - ante la propuesta de la empresa, también podría ser valorada en su contra).

- *Cuarta reflexión:* durante este lapso temporal de, como máximo 4 meses (1 + 3), cabe plantearse en qué situación queda el contrato de trabajo. Aunque la norma no lo especifica, a pesar de la declaración de incapacidad, parece que el contrato permanece en suspenso (de un modo similar a lo previsto en el art. 48.2 ET). De modo que este tiempo debería computar a efectos de antigüedad y tiempo de prestación de servicios.
- *Quinta reflexión:* teniendo en cuenta estos tres escenarios (y según la nueva propuesta del art. 49.1.n ET), la persona afectada tendrá a su alcance dos opciones, aunque la segunda está condicionada a que la primera no sea factible. Como se ha apuntado, puede solicitar «una adaptación del puesto de trabajo razonable, necesaria y adecuada; o, en su defecto, «el cambio a otro puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con su perfil profesional y compatible con su nueva situación».

En cualquier caso, al tratarse de un «derecho», es obvio que, si no se ejercita, no puede redundar negativamente en el mantenimiento de la condición de discapacitado ni tampoco de la pensión reconocida.

- *Sexta reflexión*: las dos opciones que se reconocen en el art. 49.1.n ET están sujetas a ciertos límites (de modo que el mantenimiento del empleo no es – no puede ser – incondicional). En el primer caso, la adaptación del puesto de trabajo solicitada deberá ser «razonable, necesaria y adecuada». En el segundo caso, en la medida que la petición excede del puesto de trabajo ocupado, los requerimientos son mayores: se exige que haya una vacante, que esté disponible y, además, que sea acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación del solicitante.

En ambas opciones, si no cumplen con estos parámetros, la empresa podría rechazarlas (lo que, obviamente, no la exime de cumplir con lo expuesto en relación al art. 40.2 LGDPDIS, especialmente porque pueden existir alternativas al margen de estas opciones).

- *Séptima reflexión*: este derecho a solicitar, en realidad, no puede garantizar que se materialice la petición formulada: bien, porque los ajustes sean incompatibles con las disfunciones padecidas³⁶; bien, porque, aunque sean posibles, no haya vacantes (en el caso de que el puesto ocupado no se adaptable); o bien, porque habiéndolas, la carga asociada para su implementación es excesiva. En relación a este límite, se da un desajuste con el art. 40.2 LGDPDIS, porque parece que la existencia de una carga excesiva sólo puede alegarse en el caso de que se solicite una adaptación del puesto de trabajo ocupado y no en el caso de que pueda existir una vacante en otro puesto. A la luz de la Directiva 2000/78 y de su interpretación por el TJUE, es obvio que la posibilidad de alegar la carga excesiva se mantiene en ambos (y, para evitar disfuncionalidades hermenéuticas convendría un ajuste en la redacción final del art. 49.1.n ET)³⁷. Por otra parte, en relación a la *concreción* de qué debe entenderse por «carga excesiva», existe una cierta disparidad entre el art. 40.2 LGDPDIS, la propuesta de Anteproyecto y la propuesta finalmente anunciada por el Consejo de Ministros (y su nota de prensa)³⁸. Para evitar dudas interpretativas, dado

36. Un ejemplo al respecto, STSJ Asturias 13 de febrero 2024 (rec. 1836/2023).

37. Corroborar esta idea la siguiente afirmación de la STC 51/2021: «actualmente puede llegar a concluirse que el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad que consagra el art. 14 CE comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás».

38. El art. 40.2.2º LGDPDIS habla de «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». En cambio, en la propuesta de Anteproyecto al referirse al volumen de negocios, se omite el adjetivo de «total». Y, finalmente, según la nota de prensa del Consejo de Ministros, sólo se habla del «tamaño de la empresa» (y se omite la referencia al «volumen de negocios»). En estos dos últimos también desaparece la referencia a la «organización».

que es poco probable que normativamente pueda alcanzarse un nivel de concreción mayor, lo razonable sería que la redacción del art. 40.2 LGDPDIS y del art. 49.1.n ET coincidieran exactamente (o bien – mejor -, sobre esta cuestión se produjera una remisión de este último precepto al primero).

En cualquier caso, a la luz de lo expuesto, la ineficacia definitiva del contrato no es una prerrogativa en manos exclusivamente del solicitante (sólo podrá serlo si, existiendo opciones de reubicación, opta por no aceptarlas).

- *Octava reflexión:* recibida la petición, la empresa podrá hacer las propuestas que razonablemente estime oportunas. Y, en función de cuándo se reciba la petición, lo lógico es que su respuesta incluya todas las opciones que estén disponibles (no sólo las explícitamente solicitadas *ex* art. 49.1.n ET). En este sentido, son extrapolables a esta situación todo lo expuesto anteriormente con ocasión del art. 40.2 LGDPDIS (incluido, recuérdese, la posibilidad de alterar las condiciones de trabajo que se habían disfrutado antes de sobrevenir la discapacidad).

En cualquier caso, se trata de peticiones explícitas y, como tal, su evaluación deberá ser atendida en estos términos (y, *a priori*, no podrá darse una respuesta genérica – so pena de incurrir en el incumplimiento del art. 63 LGDPDIS). De hecho, como expone la STC 51/2021, «cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables por razón de su discapacidad su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite y se acredite –conforme a la normativa aplicable– el alcance de la discapacidad. La respuesta del empleador debe ser expresa y estar debidamente motivada; en particular cuando deniegue los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho».

- *Novena reflexión:* el solicitante, como ya se ha expuesto, no estará obligado a aceptar lo que se le ofrezca (y tampoco puede verse perjudicado por ello). Incluso, aunque la empresa atendiera a la propuesta explícita formulada, podría desistir de la misma (y optar por la extinción del contrato).
- *Décima reflexión:* Para el caso de que el trabajador esté dispuesto a aceptar el ajuste propuesto (como ya se ha expuesto), nos encontramos ante un cambio en el programa de prestación (que, incluso, puede plantear una alteración del objeto del contrato y de las condiciones contractuales disfrutadas hasta ese momento). En este escenario pueden entenderse aplicables todas las reflexiones expuestas con ocasión de la adaptación planteada conforme al art. 40.2 LGDPDIS (incluida la disfuncionalidad denunciada).
- *Undécima reflexión:* en el caso de que acepte el ajuste y se proceda a la reubicación, cabe preguntarse si este derecho a la solicitud corre paralelo a la evolución de las disfunciones padecidas, de las tareas desarrolladas, de las nuevas

competencias adquiridas tras el ajuste y/o de la existencia de otras vacantes al alcance. *A priori*, teniendo en cuenta las directrices de la propuesta anunciada, parece que el derecho es de *un solo uso*. Si ya se ha producido un primer ajuste, no parece que la empresa esté obligada a atender a nuevas peticiones de reubicación, aunque haya una vacante. De hecho, repárese que la persona solicitante hará esta nueva petición habiéndose declarado ya su situación de discapacidad y estando ya ocupada y es probable que, por este motivo, quede fuera del supuesto de hecho del art. 49.1.n ET. No obstante, no debe olvidarse que, aunque propiamente «ya no se tenga formalmente el derecho» a formular esta solicitud, los arts. 40.2 LGDPDIS y el art. 25 LPRL establecen unas obligaciones para el empresario imperecederas (y, aunque no haya una previa petición, deberán proceder a los ajustes preceptivos y posibles). En caso de no atenderlas, obviamente, podrá reclamarse su cumplimiento.

3.8. Octava valoración crítica

El marco normativo recién descrito muy posiblemente impactará en las reglas que algunos convenios colectivos prevén ante determinados grados de disfuncionalidad sobrevenida (y deberán ser reinterpretados para ajustarse, mientras no positivicen el mandato del TJUE)³⁹. Es obvio que la obligación de evaluación de los ajustes razonables no puede estar condicionada por la edad de la persona afectada, ni tampoco por ninguna otra circunstancia personal. La imperatividad de esta exigencia no habilita margen de disponibilidad convencional alguno (de hecho, *ya no lo era* a la luz del art. 40.2 LGDPDIS).

Por otra parte, cabe preguntarse si la evaluación de ajustes razonables inevitablemente tiene que ser anterior a cualquier regla que prevea la extinción automática, aunque el convenio colectivo exija la formalización, sin solución de continuidad, de un nuevo contrato compatible con las dolencias padecidas⁴⁰. Es decir, si antes de ofrecer una nueva vacante, es necesario evaluar adaptación del puesto de trabajo *ya ocupado*. Aunque el art. 5 Directiva 2000/78 no prima una de las dos opciones, el art. 40.2 LGDPDIS habla, literalmente, de la obligación a «adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo». De modo que, aparentemente, la negociación colectiva (dada la imperatividad citada) debería respetar esta regla (especialmente porque, según las circunstancias del caso, puede ser una opción preferida por el propio afectado). En este sentido, la nueva redacción del ap. n) del art. 49.1.

39. Véase, por ejemplo, el Convenio Colectivo de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid para los años 2018-2020 (punto 8.12).

40. Por ejemplo, como se recoge en el el Convenio Colectivo de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid para los años 2018-2020.

ET (siempre que se mantenga en los términos analizados), puede jugar un papel determinante, porque a la persona afectada se le reconocerá el derecho a solicitar, en primer lugar, esta adaptación de su puesto de trabajo.

3.9. Novena valoración crítica

En relación a las reglas de compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente y el desarrollo de un trabajo, como se ha apuntado al inicio de este trabajo, la Sala IV, en virtud de la STS 11 de abril 2024 (rec. 197/2023), dictada en Pleno, ha declarado que no cabe compatibilizar el trabajo regular con la percepción de la pensión por incapacidad absoluta o gran invalidez (salvo que se trate de trabajos esporádicos o marginales, no dando lugar a su inclusión en la Seguridad Social). Este controvertido cambio de doctrina⁴¹ plantea un posible desajuste con la fundamentación esgrimida por el TJUE en el asunto *Ca Na Negreta*. En concreto, en los ap. 49 y 50 de dicha sentencia, el órgano comunitario afirma (y los reproduzco en su literalidad dada su importancia):

El hecho de que, en virtud de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, se reconozca la incapacidad permanente total a petición del trabajador y de que esta le dé derecho a una prestación de seguridad social, a saber, una pensión mensual, conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones, carece de relevancia a este respecto.

En efecto, tal normativa nacional, en virtud de la cual un trabajador con discapacidad está obligado a soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social, menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz del artículo 27, apartado 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo. Al asimilar una «incapacidad permanente total», que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una «incapacidad permanente absoluta» que, según las observaciones escritas del Gobierno español, designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta.

Repárese, por consiguiente, que, para el TJUE, es contrario al efecto útil de la Directiva (y del art. 26 CDFUE) colocar a una persona que adquiera la discapacidad durante el empleo ante la disyuntiva de tener que renunciar, o bien, al empleo, o bien, a la prestación. El criterio del Pleno del TS, precisamente, precipita esta situación prohibida, pues, ante la perspectiva de dejar de percibir una prestación, es muy posible que se dejen pasar oportunidades de empleo al alcance; o bien, si ya se

41. Extensamente al respecto Beltran de Heredia Ruiz (2024).

percibía la prestación, directamente, se desista del trabajo que ya se está prestando⁴². Supone una alteración de las estrategias subyacentes indiscutible. Al omitir este criterio del TJUE, la Sala IV está proyectando un escenario (salvo mejor doctrina) manifiestamente contrario al marco comunitario y, además, de incertidumbre extrema (dadas las evidentes consecuencias negativas para la vida personal de las personas afectadas).

Este desajuste podría tener una extensión más profunda. De hecho, como recoge la STS 17 de abril 2024 (rec. 2225/2021)⁴³, «la doctrina jurisprudencial relativa a la compatibilidad entre el trabajo y la pensión de IPT hace hincapié en que se trate de una profesión distinta y de tareas diversas de aquellas para las que el trabajador fue declarado en situación de IPT». Pues bien, esta doctrina también podría plantear un desajuste con lo expuesto por el TJUE (los citados ap. 49 y 50), una vez declarada la incapacidad permanente. Pues, es claro que, en función de las opciones de reubicación al alcance, puede precipitar que el incentivo de la persona afectada sea renunciar al reajuste (y continuar prestando servicios) ante la perspectiva de perder la prestación reconocida.

El anuncio del Gobierno de modificación de las reglas de compatibilidad de la pensión de incapacidad y el trabajo vendría a corregir este giro interpretativo (aunque se desconozca los detalles de esta futura regulación, dada la particular situación de vulnerabilidad del colectivo afectado, sería muy conveniente que las entidades gestoras fueran prudentes en la implementación del cambio de doctrina de la Sala IV).

3.10. Décima valoración crítica

Para el caso de que una empresa incumpla el mandato del art. 40.2 LGDPDIS, no atienda a la solicitud *ex art.* 49.1.n ET o la realizada sea manifiestamente parcial y/o insuficiente y proceda a la extinción, se estará materializando un motivo extintivo discriminatorio.

De hecho, como se ha apuntado, así lo prevé el art. 63 LGDPDIS. Por este motivo, es decir, dado que esta norma ya estaba vigente con anterioridad a la STJUE 18 de enero 2024 (C-631/22), esta consecuencia es predicable también para todas las extinciones producidas con anterioridad al mismo y *sub iudice* con posterioridad⁴⁴. A

42. Esta valoración sería extensible a cualquier criterio del INSS dirigido a restringir el reconocimiento de la prestación si, como apunta Sánchez Pujalte (2024), prevea que el trabajador pueda y quiera conservar su empleo.

43. Recogiendo la doctrina jurisprudencial (por todas, SSTs 19 de noviembre 2004, rec. 1133/2004; 20 de septiembre 2005, rec. 3115/2004; y 12 de enero 2007, rec. 4045/2005).

44. En este sentido también, la STSJ Baleares 19 de marzo 2024 (rec. 75/2022) afirmando que la falta de adecuación del art. 49.1.e ET (y de su interpretación jurisprudencial) «ni impide la aplicación directa de tal mandato [que desprende del Derecho de la Unión] ni exonera a las empresas en caso de incumplimiento».

pesar de que con este giro interpretativo, se ha producido una alteración profunda de las expectativas legítimas depositadas en el marco normativo y hermenéutico vigente hasta ese momento, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre el carácter retroactivo de estos cambios, esto no debería impedir que la extinción se califique como nula (aunque las primeras reacciones jurisdiccionales aplicando esta doctrina arrojen un resultado dispar)⁴⁵.

La readmisión subsiguiente (acompañada de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios), puede derivar en un escenario jurídicamente controvertido porque pueden darse situaciones contrarias a las condiciones de incompatibilidad de la incapacidad permanente previstas en el art. 198 LGSS⁴⁶, tal y como las interpreta la Sala IV⁴⁷. Aunque en estos casos, debe puntualizarse que, en función de las limitaciones funcionales padecidas, la readmisión puede resultar imposible (y la extinción acabar materializándose una vez celebrado el incidente de no readmisión - arts. 280 y ss. LRJS).

3.11. Undécima valoración crítica

Para el caso que se deniegue la declaración de incapacidad permanente y el trabajador la impugne, es obvio que la empresa no puede acudir al art. 49.1.n ET para extinguir el contrato. Lo que, si bien abre la puerta para una posible resolución por la vía del art. 52 ET, es importante advertir que una posterior declaración de la incapacidad puede plantear una reclamación por la extinción del contrato sin dar cumplimiento a la obligación de valorar los ajustes razonables disponibles.

45. Por ejemplo, abogando por la nulidad, SSTSJ Murcia (2) 20 de febrero 2024 (rec. 421/2023; y rec. 457/2023). Y, en la instancia, la SJS\2 Vigo 19 de enero de 2024 (rec. 708/2023). En cambio, la STSJ Baleares 19 de marzo 2024 (rec. 75/2022), dando respuesta al conflicto que precipitó el asunto *Ca Na Negreta*, acaba declarando la improcedencia del despido (y no la nulidad), sobre la base de los principios de congruencia y contradicción procesales (porque la «en la demanda inicial se fundamentó la pretensión de nulidad exclusivamente en el carácter represivo de la decisión extintiva y, ya en el acto del juicio y en suplicación, en haber ocultado al INSS que había sido reubicado con otras funciones, identificando como único derecho fundamental vulnerado el art. 24.1 CE, fundamentación jurídica que mantuvo en el recurso de suplicación. En todo caso, y esto es del todo determinante, en el escrito final de alegaciones, conocido ya el pronunciamiento del TJUE, el demandante ya no postula la declaración de nulidad sino, exclusivamente, la de improcedencia»).

46. Por otra parte, recuérdese que, en virtud del art. 200 LGSS: «No obstante lo anterior, si el pensionista de incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución».

47. Recuérdese que, en virtud de la STS 26 de abril 2017 (rec. 3050/2015) la pensión de incapacidad permanente total es incompatible con la realización de funciones de la misma profesión: «el régimen ordinario en la dinámica del derecho a prestaciones en la IPT, que –por definición– tiene por principio básico la absoluta incompatibilidad entre la prestación a ella debida y el desempeño de la misma profesión para la que se proclama la incapacidad».

3.12. Duodécima valoración crítica

En el caso de ineptitud sobrevenida, el art. 52.a ET establece una causa de resolución contractual indemnizada de 20 días. En cambio, en el caso de extinción del contrato por incapacidad permanente en el que la empresa acredite que no puede adaptar el puesto de trabajo porque los ajustes que debe llevar a cabo no son razonables (y que, en el fondo, también puede plantearse como una «inadaptación» del trabajador), el ordenamiento jurídico no reconoce indemnización alguna⁴⁸. Dada esta circunstancia (salvo mejor doctrina), parece que emerge un tratamiento diferenciado sobre la base de una discapacidad declarada difícilmente justificable en términos de igualdad y no discriminación.

4. UNA VALORACIÓN FINAL

El desajuste normativo del actual art. 49.1.e ET con respecto al Derecho de la Unión y de la adaptación interna del mismo a través de la LGDPDIS era conocido⁴⁹ y, como críticamente expone el TSJ de Baleares (al resolver el conflicto que precipitó la cuestión prejudicial), es sorprendente que este mandato normativo se haya omitido de forma sistemática y durante tanto tiempo.

El TJUE, como si de un espejo se tratara, ha vuelto mostrarnos una carencia normativa que habíamos llegado a invisibilizar (y sus efectos perniciosos normalizado e interiorizado). No cabe duda que el escenario resultante de la doctrina *Ca Na Negreta* altera por completo el *statu quo* y debe reajustarse el marco normativo en profundidad (a ser posible en el marco del ET y de la LGSS) y *resintonizar* su interpretación.

La reforma legislativa anunciada jugará un papel determinante en la normalización de la implementación de ajustes razonables y, si la propuesta anunciada por el Ministerio cristaliza en los términos anunciados, es claro que deberá aplicarse una granularidad hermenéutica muy fina.

En definitiva, a resultas de todos estos ajustes, el restablecimiento del equilibrio del ordenamiento jurídico todavía tardará en producirse y, en el ínterin, los conflictos estarán sometidos a un grado de incertidumbre mayor del que sería deseable. A pesar de este efecto colateral (no deseado), creo que debe ponerse el valor la iniciativa y agudeza del órgano remitente de la cuestión prejudicial y la voluntad de estimular la reacción del TJUE para corregir esta anomalía.

48. De hecho, durante la vigencia del ET'80 un sector de la doctrina era partidario de conceder una compensación económica sobre la base del art. 81.2 LCT'44. Sempere Navarro y Luján Alcaraz, 1994, 397 y ss.

49. En este sentido, Pastor Martínez (2014), Rodríguez Sanz De Galdeano (2014); o Gutiérrez Colominas (2018).

A su vez (como se ha expuesto en las valoraciones críticas), también pueden vislumbrarse algunas sombras en el horizonte, porque, a resultas de las primeras reacciones provocadas por el asunto *Ca Na Negreta*, ya han emergido nuevos posibles desajustes con el Derecho de la Unión (como el giro jurisprudencial que impide la compatibilidad de la pensión de incapacidad con el trabajo regular; o el trato indemnizatorio diferenciado entre los arts. 52.a y el actual 49.1.e ET; o el futuro art. 49.1.n ET, en los términos inicialmente previstos). Sin olvidar que algunos de ellos pueden tener un impacto, con intensidad desigual, en las condiciones de vida de un colectivo de personas especialmente vulnerable. Por este motivo, sería muy conveniente que su tratamiento jurídico-positivo fuera abordado con la mayor celeridad.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Beltran de Heredia Ruiz, Ignasi (2024), «La prestación de incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez no es compatible con el trabajo, salvo si es marginal o esporádico (STS\Pleno 11/4/24)», *Blog del Autor* (13 de mayo), <https://ignasibeltran.com/2024/05/13/la-prestacion-de-incapacidad-permanente-absolute-y-la-gran-invalidez-no-es-compatible-con-el-trabajo-salvo-si-es-marginal-o-esporadico-stspleno-11-4-24/>
- Goerlich Peset, José M. (1996), «La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo», *Revista Tribuna Social*, núm. 61.
- Gutiérrez Colominas, David (2024), «La discriminación por razón de discapacidad en la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la situación de incapacidad permanente (art. 49.1.e TRLET)», *Trabajo y Derecho*, núm. 112.
- Gutiérrez Colominas, David (2018), «¿Es discriminatoria por razón de discapacidad la configuración española de la extinción por el reconocimiento de gran invalidez, incapacidad permanente total o absoluta del trabajador ex art 49.1.e) ET?», en *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Ed. Cinca.
- Pastor Martínez, Albert (2014), «El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo», en *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. Cinca, Madrid.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, Beatriz (2014), «La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad», *Temas Laborales*, núm. 127.
- Rojo Torrecilla, Eduardo (2024), «IPT. Tras la petición de decisión prejudicial y la sentencia del TJUE, el TSJ de las Islas Baleares declara la improcedencia de la

extinción del contrato... que fue la única pretensión de la parte recurrente. Notas a la sentencia de 19 de marzo de 2024. (actualización a 17 de abril)», *Blog del Autor* (15 de abril), <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2024/04/ipt-tras-la-peticion-de-decision.html>

Sánchez Pujalte, Lourdes (2024), «Las múltiples derivadas de la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (Asunto C-631/22 Ca Na Negreta): ¿un nuevo concepto de incapacidad permanente total?», *Diario La Ley*, 21 de febrero. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2024/03/05/las-multiples-derivadas-de-la-sentencia-del-tjue-de-18-de-enero-de-2024-asunto-c-631-22-ca-na-negreta-un-nuevo-concepto-de-incapacidad-permanente-total>

Sempere Navarro, Antonio V. y Luján Alcaraz, José (1994), «La extinción del contrato de trabajo por invalidez permanente del trabajador y su discutible indemnización», *Relaciones Laborales*, Volumen – I.

Sempere Navarro, Antonio V. (2024), «El caso ‘Na Negreta’ conmociona la IPT (STJUE 18 enero 2024)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 1004, 29 de febrero, <https://www.legaltoday.com/revista-aja/1004/articulos/1/index.html>

Solà Monells, Xavier (2005), «Arts. 45 a 48», En DEL REY GUANTER (Dir.), *Estaduto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, La Ley. Madrid.