

Extinción del contrato de trabajo por enfermedad, ineptitud o incapacidad del trabajador

Javier Thibault Aranda

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

Termination of the employment contract due to illness, ineptitud or incapacity of the employee

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCAPACIDAD PERMANENTE. 2.1. Situaciones que originan la extinción. 2.2. El principio de voluntariedad y la solicitud del trabajador. 2.3. Contenido y alcance de la obligación de adaptación. 2.4. El papel del servicio de prevención y el valor del informe que emite. 2.5. Las decisiones finales: forma y plazos. 3. EL DESPIDO POR INEPTITUD SOBREVENIDA. 3.1. Situaciones que originan la extinción. 3.2 La obligación de realizar ajustes antes de despedir. 3.3. La distribución de la carga de la prueba y el valor del informe del Servicio de Prevención. 4. EL DESPIDO OBJETIVO POR FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO. 5. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Desde sus orígenes la legislación laboral contempla la posibilidad de resolver el contrato cuando el trabajador no cumple con sus obligaciones contractuales por motivos de salud, bien porque se ha declarado una incapacidad permanente, bien porque se reduce su rendimiento o simplemente porque falta al trabajo, alterando el equilibrio del contrato. Lo que han variado a lo largo de los años son los cauces legales. A pesar del tiempo transcurrido la regulación de esta cuestión presenta lagunas y plantea numerosos problemas interpretativos. Partiendo de lo anterior, el presente estudio trata de mostrar los cambios que ha introducido la Ley 2/2025, de 29 de abril, en el régimen extintivo por incapacidad permanente, las modificaciones que deberían haberse abordado en el despido por ineptitud sobrevenida aprovechando esa misma reforma y, por último, las posibilidades de recuperar el despido objetivo por faltas laborales en un contexto de elevado absentismo.

Palabras claves: Extinción del contrato de trabajo, absentismo, despido, enfermedad, incapacidad.

ABSTRACT: From its inception, the labor legislation has recognized the possibility of terminating an employment contract when the employee fails to fulfill their contractual obligations due to health-related circumstances—whether as a result of a declared permanent disability, diminished work performance, or repeated absences—thereby altering the contractual equilibrium. What has evolved over time are the legal mechanisms which govern these terminations. Despite the passage of time, the regulation of this matter continues to exhibit significant gaps and raises numerous interpretative challenges. Against this backdrop, the present study seeks to examine the amendments introduced by Law 2/2025 of 29th of April, concerning the termination regime for permanent disability and identifying modifications that should have been addressed regarding dismissal on grounds of supervening disability within the same amendments, and finally, to assess the feasibility of reinstating objective dismissal for workplace absenteeism in the context of elevated absenteeism rates.

Keywords: Termination of employment contract, absenteeism, dismissal, illness, incapacity

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, aunque con vaivenes, la legislación laboral contempla la posibilidad de resolver el contrato cuando el trabajador no cumple con sus obligaciones contractuales por motivos de salud. Ya sea porque falta al trabajo, porque se reduce su rendimiento o porque directamente se ha declarado una incapacidad permanente.

Desde muy pronto se reconoce en la ley la posibilidad de despedir a un trabajador por ineptitud sobrevenida y, entre otros motivos, por el deterioro o la pérdida de las capacidades físicas o psíquicas para desempeñar el puesto de trabajo. Otra cosa es que, tanto en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 como en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, la “ineptitud del trabajador respecto de la ocupación o trabajo para que fue contratado” se asimilara a un incumplimiento culpable del trabajador, al regularse junto a los supuestos de despido disciplinario. No será hasta el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, cuando, ante la falta de intencionalidad del trabajador, se configure como un supuesto de “despido por circunstancias objetivas fundadas en la capacidad profesional del trabajador”, dando derecho a la correspondiente indemnización¹.

1 Sobre el concepto y la evolución véase, Quesada Segura, Rosa (1989): “Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 16, 46-66.

Posteriormente, con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, la declaración de gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador pasa a configurarse como causa directa y automática de extinción del contrato —algo menos, como se expondrá, tras la Ley 2/2025²—. Pues hasta entonces, recuérdese, los tribunales habían admitido la incapacidad permanente como causa válida de despido, pero siempre que se tramitara por el cauce de la “ineptitud”. De modo que a partir de la Ley 8/1980, aunque comparten un sustrato común, concurren dos fórmulas resolutorias distintas con un régimen jurídico diferenciado: la extinción por incapacidad permanente y el despido por ineptitud sobrevenida.

Finalmente, tanto el Real Decreto-ley 17/1977 como posteriormente la Ley 8/1980 admitirán la posibilidad de prescindir de los trabajadores que faltan a su puesto de trabajo de forma intermitente y reiterada, aunque sea por causa justificada. De suerte que, con mayores o menores restricciones, porque a lo largo de los años va a haber cambios, las bajas médicas por contingencias comunes de corta duración se van computar para justificar un despido. Eso hasta el Real Decreto-ley 4/2020, de 20 de febrero, que, como su nombre indica, va a derogar el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del ET. Desde ese momento, queda absolutamente prohibido despedir al trabajador por faltas de asistencia justificadas y particularmente, por lo que aquí interesa, por bajas médicas.

Ahora bien, que estemos ante supuestos extintivos diferenciados no significa que en la práctica estén completamente desconectados. Es fácil constatar, por ejemplo, que el mismo reconocimiento médico en la empresa pueda dar origen a una extinción por incapacidad permanente o a un despido por ineptitud sobrevenida, dependiendo de si, agotado el periodo máximo de duración de la incapacidad temporal, el equipo de valoración de la entidad gestora aprecia o no una incapacidad permanente total, absoluta o gran incapacidad. De hecho, no parece aventurado afirmar que una mayor exigencia o celo por parte de los profesionales de la entidad gestora a la hora de apreciar una incapacidad permanente total determinará probablemente una mayor utilización del despido por ineptitud sobrevenida por parte de las empresas. Igual que no parece descabellado pensar que, tras la derogación del art. 52.d) ET, se optó en numerosos casos por poner fin a la relación por la vía del despido disciplinario, aunque fuera en base a una causa ficticia, al menos hasta que la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, convirtió la enfermedad, sin cualificaciones adicionales, en una causa de discriminación.

Ahora bien, que existan esas conexiones o flujos no significa que las distintas vías resolutorias sean ni mucho menos intercambiables. Ni el desaparecido despido objetivo por faltas laborales es automáticamente subsumible en las otras modalidades

2 Ley 2/2025, de 29 de abril, por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente.

extintivas, ni por el hecho de que al trabajador se le haya denegado la incapacidad permanente en los grados indicados se le podrá necesariamente despedir por ineptitud sobrevenida. Se trata de situaciones distintas y por tal motivo tienen o han tenido un tratamiento diferenciado. Otra cosa es que, como en la teoría de los vasos comunicantes, la presión ejercida en un punto se transmita en todas las direcciones, de suerte que si ya no es posible una “salida” se busque otra. De ahí el interés en analizar las tres vías de extinción conjuntamente.

Dicho esto, no me propongo exponer aquí el régimen jurídico detallado de cada una de esas facultades resolutivas empresariales, ampliamente estudiado a lo largo de los años, sino más limitadamente analizar las principales novedades y sobre todo evidenciar las deficiencias técnicas y carencias de las normas que regulan el despido por motivo de salud. Veremos a continuación el nuevo diseño del régimen extintivo por incapacidad permanente, las modificaciones que deberían haberse abordado en el despido por ineptitud sobrevenida aprovechando la Ley 2/2025, y por último las posibilidades de recuperar el despido objetivo por faltas laborales en un contexto de elevado absentismo.

2. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCAPACIDAD PERMANENTE

Procede referirse primero a la extinción por incapacidad permanente, por cuanto, como se ha expuesto, la Ley 2/2025 ha modificado aspectos clave de su regulación. Unos cambios que, como es sabido, responden a la falta de adaptación de la legislación española a las exigencias del derecho europeo en materia de discapacidad, aunque ha habido que esperar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22 o *Ca na Negreta*) para evidenciarlo. En dicha sentencia, recuérdese, el TJUE concluye que 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 sobre los derechos de las personas con discapacidad, “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”.

Una sentencia que, como ya anticipó alguna doctrina, apuntaba a una revisión urgente del “obsoleto” art. 49.1.e) ET³. Lo que finalmente ha sucedido⁴, porque lo que hace básicamente la Ley 2/2025 es condicionar la facultad resolutoria a las posibili-

3 Rivas Vallejo, Pilar (2024): “La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1, págs. 1-9.

dades de mantener a la persona en la empresa a pesar de la incapacidad permanente. Antes de despedir, la empresa tendrá que tratar de adaptarse a la incapacidad. Es decir, no es que la extinción por incapacidad permanente haya dejado de ser causa de extinción, sino que el despido ha dejado de ser automático o incondicionado. Ahora queda supeditado a que 1) no sea posible realizar los ajustes razonables porque supongan una carga excesiva; 2) no exista un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora; o 3) el propio interesado renuncie a solicitar la adaptación o rechace los cambios propuestos, en cuyo caso la empresa también podrá extinguir el contrato.

Una reforma que, por supuesto, era necesaria para garantizar de una manera más eficaz el derecho a la igualdad en el empleo de las personas con discapacidad, pero que, como veremos, se ha traducido en una norma confusa, repleta de ambigüedades y con numerosos ángulos muertos que dificultan su aplicación práctica y abundan en la falta de seguridad jurídica.

2.1. Situaciones que originan la extinción

Salvo por la sustitución del término invalidez por incapacidad, no ha habido cambios desde la Ley 8/1980. Se puede extinguir el contrato de trabajo “por declaración de gran incapacidad, incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora” (en adelante IPT, IPA y GI respectivamente). Ahora bien, nótese que la norma no califica la declaración como provisional o definitiva, con lo que inmediatamente surge la duda de si la empresa tiene que actuar inmediatamente o puede esperar a que la resolución sea firme para iniciar todo el proceso, por ejemplo, cuando el trabajador ha presentado una reclamación porque discrepa del grado.

López Cumbre, que apunta el problema, se decanta por esperar a que la resolución sea firme, en la consideración de que “el empresario no tendrá idéntica obligación si se trata de una incapacidad total, absoluta o gran incapacidad, por cuanto, añade, “este precepto sólo es aplicable a la incapacidad permanente total”⁴. Ahora bien, si se observa, el art. 49.1.n) ET no hace distinciones en función de que sea una IPT, IPA o GI. Parece que el precepto resulta aplicable en cualquiera de esos grados. Prueba de ello es que el art. 48.2 ET se refiere a los “supuestos previstos en la letra n) del artículo 49.1”, es decir, utiliza el plural, lo que da a entender que la prórroga de los efectos de la suspensión mientras se resuelven los ajustes razonables o el cambio a un puesto vacante y disponible no se limita al caso de incapacidad permanente total. Lo cual no resulta contradictorio con el hecho de que la pensión de IPA o GI sea incompatible con el trabajo, sino todo lo contrario. Precisamente porque una persona en situación

4 Estamos ante “la crónica de una reforma anunciada”, Puebla Pinilla, Ana de la (2024): “Incapacidad, ineptitud y extinción del contrato de trabajo. Crónica de una reforma anunciada”, *LABOS-Revista de Derecho Del Trabajo y Protección Social*, Vol. 5, 3, 8.

5 López Cumbre, Lourdes (2025): “Puntos críticos sobre los ‘ajustes razonables’ por incapacidad del trabajador”, *Análisis laboral*, Julio, 2-3.

de IPA O GI puede llegar a trabajar, el art. 198.2 LGSS prevé que se suspenda el pago de la pensión. De hecho, lo esperable es que la tecnología y la inteligencia artificial allanen el acceso al empleo de personas con IPA y GI. Por lo tanto, volviendo a la cuestión del principio, parece que desde el momento en que el trabajador lo solicite, la empresa tendrá que revisar las opciones de que siga trabajando, independientemente del grado y que la resolución sea o no definitiva. Otra cosa es que las posibilidades de buscarle “acomodo” serán mucho más reducidas si la incapacidad es absoluta que si es total, porque desaparece la opción de trasladar a esa persona a otro puesto. En todo caso habrá que comprobar si con los ajustes adecuados puede seguir trabajando en su puesto actual.

Por lo demás, sigue sin ser posible la terminación del contrato si la situación de incapacidad permanente tiene posibilidades de revertirse, esto es, si en la resolución inicial de reconocimiento de una incapacidad permanente consta un plazo para poder instar la revisión por probable mejoría. Durante ese tiempo se mantiene la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo (art. 48.2 ET). A lo que ahora se ha añadido que la suspensión se prolongará durante el tiempo en que se resuelven los ajustes razonables o el cambio a otro puesto (art. 1.Uno Ley 2/2025).

Lo que sorprende es que no se haya aprovechado la modificación del art. 48.2 ET para incluir la obligación de realizar ajustes desde el momento en que se declara la incapacidad permanente y con independencia de que se haya contemplado la revisión. Resulta paradójico que por el hecho de que el tribunal médico haya considerado que el estado de la persona es susceptible de mejorar, el trabajador tenga que esperar dos años para solicitar los ajustes razonables, mientras que quien tiene una declaración de incapacidad previsiblemente definitiva puede solicitarlo inmediatamente⁶. Una incoherencia que resulta más llamativa aun si se tiene en cuenta que, conforme a la Directiva 2000/78/CE, las patologías “curables” pueden constituir una “discapacidad”, si la enfermedad es “de larga duración” (STJUE 11 de abril de 2013, asunto C-335/11). Es decir, lo relevante no es el carácter reversible o curable de la limitación, sino que ésta sea “duradera”, en el sentido de que “la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo (STJUE 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15).

2.2. El principio de voluntariedad y la solicitud del trabajador

Como ha destacado la doctrina, se ha sustituido un modelo de automatismo extintivo por otro de conservación del empleo. Después de la Ley 2/2025, el empresario está obligado a explorar y agotar todas las posibilidades de adaptación, incluida la

6 En este sentido, Durán López, Federico (2025): “La declaración de incapacidad permanente y su incidencia en el contrato de trabajo”, *Newsletter Laboral*, mayo, 2; y Lahera Forteza, Jesús, (2025): “Incoherencias de la nueva regulación de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente”, *Briefs AEDTSS*, 60, 3.

reubicación, antes de dar por finalizada la relación. Ahora bien, si se observa, sólo tiene que hacerlo si el trabajador primero lo solicita y después acepta los cambios propuestos por la empresa. Pues, por una parte, el nuevo art. 49.1.n) ET dispone que “la persona trabajadora dispondrá de un plazo de diez días naturales desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente en alguno de los grados citados en el párrafo primero de esta letra n) para manifestar por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral”. Y por otra, se dice que el contrato de extinguirá válidamente cuando “existiendo dicha posibilidad la persona trabajadora rechace el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto”. La opción del legislador parece clara, respetar la voluntad y preferencias de la persona, no imponiéndole la obligación de trabajar si se le ha reconocido una incapacidad.

Por tanto, la efectividad de la obligación depende en primer lugar de que exista una petición expresa del trabajador. Una previsión que, para Lahera Forteza, entraría en cierta contradicción con el art. 40.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante LGDPD), pues, afirma, “el diseño de los ‘ajustes razonables y de las medidas adecuadas para la adaptación de los puestos de trabajo de las personas con discapacidad’ en las empresas del art. 40.2 LGPD responde a un deber empresarial —‘los empresarios están obligados’— mientras que el modelo del art.49.1.n) ET se sustenta en la voluntariedad de la persona trabajadora interesada en su solicitud en un plazo de 10 días desde la declaración de IP”⁷. Un juicio que no comparto, al menos en el sentido de que el cumplimiento de una de las normas suponga irreversiblemente el incumplimiento de la otra, porque en puridad el art. 40.2 LGDPD sólo establece que “los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo”, no dice que dicha obligación sea “automática”, en el sentido de que opere sin necesidad de requerimiento. Prueba de ello es que el art. 4.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, prohíbe es la “denegación de los ajustes razonables”, es decir, si no se concede lo que se pide o solicita. Una opción reguladora que además tiene todo el sentido, porque evita al empresario evaluar posibles ajustes, con el consiguiente coste, cuando el trabajador no tiene desde un principio ninguna intención de permanecer en la empresa.

En todo caso y al margen de la valoración que merezca el precepto, lo que está claro es que si en el plazo de diez días naturales⁸ el trabajador pide por escrito que le adapten el puesto o le cambien a otro, la empresa tiene tres meses para hacerlo

7 Lahera Forteza, Jesús (2025): “Incoherencias...”, op. cit., 2. En igual sentido, Aragón Gómez, Cristina (2025): “La nueva regulación del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores tras la Ley 2/2025 y el espacio de la negociación colectiva en la integración laboral de las personas con discapacidad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 488, 159.

8 Sobre el cómputo de este plazo, véase López Cumbre, Lourdes (2025): “Puntos críticos...”, op. cit., 7.

—desde que se le comunica la resolución—⁹, siempre, claro está, que tales ajustes sean posibles y no supongan una carga excesiva. Igual que es evidente que si el trabajador manifiesta, aunque sea verbalmente, su voluntad de abandonar la empresa ésta podrá dar por finalizada la relación inmediatamente. Ahora bien, ¿qué sucede si el trabajador no se pronuncia o lo hace fuera de plazo?

Para Cavas Martínez no hay duda, si el trabajador no ha dicho nada la empresa podrá proceder a la formalización del cese, porque el art. 49.1.n) ET impone “una actitud ‘pro activa’” del trabajador¹⁰. Entiende que si la norma exige una manifestación expresa para la continuidad, el silencio debe interpretarse como rechazo a la misma¹¹. En cambio, Beltrán de Heredia Ruiz, de manera más matizada, defiende la admisibilidad de las comunicaciones extemporáneas si la empresa no ha hecho ningún ofrecimiento en ese plazo, porque, argumenta, la voluntad de continuar dependerá normalmente de la alternativa que se ofrezca. Motivo por el cual aconseja que la empresa “haga algún tipo de ofrecimiento durante estos primeros 10 días, pues, ante la ausencia del mismo, si la persona trabajadora no ha podido sopesar las diversas opciones, podría entenderse que si se entiende que el silencio lleva implícita una voluntad de no continuar y la empresa actúa en consecuencia, podría producirse una extinción sin ofrecer ajustes razonables (lo que el TJUE ha dicho que es discriminatorio)”¹².

Pues bien, a mi juicio, para poder extinguir el contrato no es imprescindible que la empresa haya hecho previamente un ofrecimiento concreto al trabajador, pero sí que le haya informado al menos de que puede solicitar la adaptación del puesto de trabajo o su reubicación en otro, con indicación de que si no lo hace en el plazo máximo de diez días desde que reciba la resolución de la entidad gestora se entenderá que renuncia a su derecho y opta por la finalización de la relación. Y no lo digo porque lo exija la norma, que parece dar cobertura a la extinción del contrato en todo caso, sino porque el Tribunal Constitucional, con base en 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, ha venido a establecer que “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

9 No si la manifestación se hace de palabra, Cavas Martínez, Faustino (2025): “La reforma de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de la persona trabajadora tras la Ley 2/2025, de 29 de abril: una aproximación inicial” *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, 5.

10 Cavas Martínez, Faustino, “La reforma...”, op. cit., 5.

11 En igual sentido, Romero Burillo, Ana María (2025): “La nueva regulación de la extinción de contrato por incapacidad permanente en la persona trabajadora tras la Ley 2/2025 de 29 de abril”, *Briefs AE-DTSS*, 48, págs. 2-3.

12 Beltrán de Heredia Ruiz, Ignacio (9 de mayo de 2025): “44 preguntas (y respuestas) a propósito de la extinción del contrato por gran invalidez e incapacidad permanente (nuevo art. 49.1 n ET): Una guía práctica”. Una mirada crítica a las relaciones laborales. Un criterio que comparte Aragón Gómez, Cristina (2025): “La nueva...”, op. cit., 160.

formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad” (STC 51/2021, de 15 de marzo)¹³.

Mi opinión es que si la empresa ha informado al trabajador en los términos expuestos y éste no se ha manifestado en ningún sentido en esos diez días, nada se opone entonces a dar por finalizada la relación. Por una parte, porque el art. 49.1.n) ET no obliga a informar sobre las posibles alternativas en esos diez días, ni prevé que se amplíe el plazo para solicitar la adaptación por el hecho de que la empresa no lo haya hecho. De otra, porque al actuar así la empresa no deniega los ajustes, sino que es el trabajador quien renuncia a ellos. Una solución que además conjuga y satisface los intereses de las dos partes. Primero, por las dificultades que comporta realizar una valoración de los posibles ajustes y una eventual propuesta en tan corto plazo. Segundo, porque evita al empleador tener que hacer una valoración, con el consiguiente coste, si el trabajador no tiene desde un principio ninguna voluntad de continuar en la empresa. Tercero, porque si la persona no tiene claro si quedarse o no, puede de manera tentativa solicitar la adaptación y si finalmente no le satisface el cambio propuesto rechazarlo. Y esto es clave, porque al permitir al trabajador tomar la decisión en dos tiempos, que es, pensamos, lo que contempla la ley, no se le está obligando a elegir “a ciegas”.

Dicho esto, hubiera sido más sencillo y garantista para todos atribuir a la propia entidad gestora de la Seguridad Social la obligación de informar al trabajador sobre sus derechos. Bastaría para ello con incluir una mención en la resolución por la que se comunica al trabajador su situación de incapacidad permanente. De modo que, si en el plazo de diez días el trabajador no ha solicitado nada, la empresa pueda dar por concluida la relación laboral. Al igual que debería haberse concretado el plazo dentro del cual la empresa puede extinguir el contrato si el trabajador renuncia a la adaptación, pues nada se dice en el art. 49.1.n) ET. Porque el plazo de tres meses que se contempla en el párrafo quinto, además de claramente excesivo, parece que se refiere al caso de que el trabajador haya solicitado la adaptación o reubicación, aunque finalmente no haya sido posible¹⁴.

13 En parecidos términos, en el Documento guía para la comprensión y buena aplicación de los ajustes razonables como medida de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Discapacidad de 28 de mayo de 2024, se establece que “la obligación de proporcionar ajustes razonables no se limita a situaciones en las 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”.

14 Durán López, Federico (2025): “La declaración...”, op. cit., 3.

2.3. Contenido y alcance de la obligación de adaptación

Conforme al nuevo art. 49.1.n) ET sólo procede la extinción por incapacidad permanente “cuando no sea posible realizar los ajustes razonables por constituir una carga excesiva para la empresa, cuando no exista un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora”. Es decir, no hay una garantía de continuidad plena, en el sentido de que el trabajador tenga derecho a quedarse en la empresa en todo caso. Estamos ante una obligación de medios, no de resultado. La norma no obliga a mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sino sólo a facilitar que siga trabajando realizando las adaptaciones y adecuaciones necesarias siempre que además sean razonables y proporcionadas. Es más, si se observa, ni quiera todos los ajustes materialmente posibles resultan obligados. Sólo son “razonables” y no constituyen “una carga excesiva”. Igual que sólo existe obligación de reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo si está “vacante y disponible”, además de “acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora”. De suerte que si no es posible realizar los ajustes o no existe un puesto de trabajo compatible vacante o dichos ajustes constituyen una carga excesiva o indebida, la empresa podrá dar por finalizada la relación.

Este esquema, aparentemente sencillo, resulta sin embargo bastante más complejo en la práctica, por la falta de precisión del precepto y el uso de conceptos jurídicos indeterminados. En verdad, las únicas certezas son que “la empresa dispondrá de un plazo máximo de tres meses, contados desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente, para realizar los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo” (art. 49.1.n) ET), y que durante el tiempo en que se resuelven los ajustes razonables o el cambio a un puesto vacante y disponible “subsiste la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo” (art. 48.2 ET). A partir de ahí se suceden los problemas aplicativos.

La primera dificultad surge porque la norma configura dos obligaciones instrumentales sin una aparente ordenación jerárquica entre ellas. Por una parte, está la obligación de realizar “ajustes razonables” para que la persona pueda seguir trabajando en el puesto de trabajo que venía ocupando. Por otra, reubicar al trabajador en un “puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora”. Es decir, a diferencia de la normativa internacional y la propia LGDPD, en el nuevo art. 49.1.n) ET se ha optado por considerar la recolocación en otro puesto como una medida distinta de los “ajustes razonables”¹⁵. El problema es que no queda claro si existe alguna secuencia que

15 La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU ordena a los Estados “velar porque se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo” y en parecidos términos la Directiva 2000/78/CE establece que “a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se

respetar en su aplicación. Como apunta Goñi Sein, el orden en que se mencionan las dos medidas sugiere que tal vez el legislador haya querido establecer una jerarquía entre las mismas¹⁶, pero, como señala Durán López, lo cierto que no se utiliza la locución prepositiva “en defecto de”, con lo que la cuestión permanece abierta¹⁷. Lo normal será que primero se intente realizar los ajustes en el puesto de trabajo que venía ocupando el trabajador, pero puede suceder perfectamente que la empresa prefiera reubicarlo en otro puesto para evitarse el coste de la adaptación. Y la pregunta entonces es si el trabajador podría rechazar el cambio propuesto y exigir en su lugar que se realicen ajustes necesarios en su actual puesto. El problema está servido, porque no existe un orden o prelación legal entre las medidas, ni se determina tampoco a quién corresponde decidir cuál se aplica de entre todas las posibles.

Eso sí, lo que está claro, como señala Goñi Sein, es que el empresario no podrá acudir directamente a la segunda medida y ampararse en que no hay ningún puesto de trabajo acorde con su perfil profesional y compatible con su estado de salud para dar por finalizada la relación laboral¹⁸. Antes de plantear la extinción del contrato la empresa tendrá que confirmar igualmente que no es posible realizar ajustes en el puesto de trabajo actual o en las condiciones laborales o que, en todo caso, suponen una carga excesiva. Sólo en esas circunstancias la extinción será válida. Es decir, con independencia de si existe una preferencia legal entre las medidas, han de agotarse todas las posibilidades de ajustes, cambios o como queramos llamarlo, antes de tomar la decisión de extinguir el contrato.

Luego estará la dificultad de determinar si un ajuste es o no razonable. Primero, porque el art. 49.1.n) ET no contiene una lista predeterminada de posibles medidas, ni siquiera a título ejemplificativo, probablemente porque la casuística es tan amplia que desbordaría cualquier previsión normativa. Porque los “ajustes razonables”, a diferencia de las medidas de accesibilidad, no son de aplicación general e incondicionada, sino que son ajustes particulares, esto es, que atienden a la situación concreta de cada persona¹⁹. Segundo, porque el art. 49.1.n) ET ni siquiera ha profundizado en el concepto de “ajustes razonables”. Lo que obliga a acudir al art. 2 de la LGDPD, que de manera general define los “ajustes razonables” como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o

realizarán ajustes razonables”, concepto que según el TJUE “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” (SSTJUE 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20 y 18 de enero de 2024, Ca na Negreta, C-631/22).

- 16 Siguiendo la misma lógica del art. 26 de la LPRL, Goñi Sein, José Luis (13 de junio de 2025): “La incapacidad permanente como causa de extinción del contrato de trabajo tras la Ley 2/2025: puntos críticos”. *Diario La Ley*.
- 17 Durán López, Federico (2025): “La declaración...”, op. cit., 3. En igual sentido, Cavas Martínez, Faustino (2025): “La reforma...”, op. cit., 6; Aragón Gómez, Cristina (2025): “La nueva...”, op. cit., 163.
- 18 Goñi Sein, José Luis (13 de junio de 2025): “La incapacidad...”, op. cit..
- 19 Véase al respecto el Documento guía para la comprensión y buena aplicación de los ajustes razonables como medida de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Discapacidad de 28 de mayo de 2024.

indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con la demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Y de manera algo más concreta el considerando vigésimo de la Directiva 2000/78/CE, que habla de “medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”. Es decir, cualesquiera medidas que contribuyan de manera eficaz al objetivo del mantenimiento del trabajo, lo que se tendrá que valorar caso por caso²⁰.

Junto a lo anterior, el nuevo art. 49.1.n) ET establece que antes de plantear un despido la empresa tendrá que comprobar que no existe un “puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora”, salvo, nuevamente, que el trabajador renuncie a su recolocación. El problema es que no hay un concepto legal de “perfil profesional” y evidentemente no es asimilable a la categoría o grupo profesional, pues no se han utilizado tales referentes²¹. Tal vez se ha querido decir que el puesto será compatible con su “perfil profesional” cuando el trabajador “disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas” para el nuevo puesto (STJUE de 10 de febrero de 2022, *HR Rail*, C-485/20), pero habrá que estar atento a los primeros pronunciamientos judiciales. Lo que parece fuera de toda discusión es que tiene derecho a ocupar una vacante en un centro de trabajo distinto del suyo. Igual que está claro que para que la oferta sea “adecuada” el puesto tendrá que ser compatible con el estado de salud la persona.

Lo que el trabajador no puede exigir es que se cree un puesto “ad hoc”, dado que la norma exige expresamente que esté vacante²². Igual que no recoge el legislador un derecho preferente para ser recontratado una vez finalizada la relación. Aunque ese nuevo puesto sea compatible con su perfil y su estado, el trabajador no tiene título para reclamarlo²³. Del mismo modo que no tiene derecho a ocupar un puesto en otras empresas del grupo, aunque existan vacantes, dado que el art. 49.1.n) ET, a diferencia de lo que sucede en otros preceptos, no contempla esa dimensión supraempresarial.

20 Respecto del concepto de ajustes razonables y su recepción en el ordenamiento español, Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2020): “El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad”, *Documentación Laboral*, 120, 59-74. Sobre la tipología de las adaptaciones, Esteban Legarreta, Ricardo (2025): “La reforma de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente y su vinculación con la implementación de adaptaciones razonables”, *Trabajo y Derecho*, 129, 6-8.

21 Sí considera que podría encontrar relación con el grupo profesional, Gomez Esteban, Jesús (2025): “Incapacidad permanente y extinción de la relación laboral. Una aproximación crítica a las consecuencias laborales y de seguridad social en la Ley 2/2025 de 29 de abril”, *Lex Laborum*, 7, 9. En contra, Esteban Legarreta, Ricardo (2025): “La reforma de...”, op. cit., 9.

22 En este sentido, véase la STJUE 18 de enero de 2024, *Ca na Negreta*, C-631/22.

23 Dado que no estamos ante una suspensión con reserva de puesto, sino una extinción sin reserva, López Cumbre, Lourdes (2025), “Puntos críticos...”, op. cit., 4.

Todo ello, claro está, salvo que la negociación colectiva disponga otra cosa o la empresa decida libremente ofrecer cualquiera de esas opciones.

Llegados a este punto y ante la multiplicidad de medidas que existen (ajuste en el entorno físico, en la organización del trabajo, adaptación de tiempo de trabajo, reubicación, etc.), surge la cuestión de cuál tiene que aplicar la empresa si existen distintas alternativas. La respuesta más evidente es que sea aquella que responde mejor al objetivo de la continuidad en el trabajo, pero ¿y si todas ellas son igual de eficaces? Y, por otra parte, ¿a quién le corresponde decidirlo? Yendo a lo concreto, si la empresa ofrece una adaptación del puesto actual ¿puede el trabajador reclamar, en su lugar, un puesto de trabajo distinto vacante? Nuevamente, ante el silencio de la ley, la inseguridad es máxima, sobre todo porque el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención, ya ha declarado que “para que puedan considerarse un ajuste razonable, los cambios deben negociarse con el interesado” y el empresario debe “colaborar con la persona para encontrar posibles soluciones que permitan eliminar o evitar esa barrera, teniendo en cuenta la solución preferida por el interesado”²⁴. Una indeterminación que probablemente podría corregirse incorporando en la norma un trámite previo de negociación entre la empresa y el trabajador, durante el cual puedan analizar conjuntamente sus necesidades y posibilidades²⁵, e incluso fórmulas arbitrales como las contempladas en el art. 66.2 LGDPD²⁶, que en todo caso contribuirían a reducir la litigiosidad. Mientras tanto opino que lo más razonable es mantener al trabajador en su puesto, antes que moverlo. De una parte, porque por principio la regla debería ser la adaptación con los menores cambios y, de otra, como advierte Pastor Martínez, por los posibles efectos negativos de la movilidad desde el punto de vista laboral²⁷, al margen de que el TJUE también considera prioritario el acondicionamiento del lugar de trabajo frente a otras posibles medidas (STJUE de 10 de febrero de 2022, *HR Rail*, C-485/20).

Otra cuestión que se ha planteado es ¿cuántos ajustes deben ofrecerse y hasta cuándo? La norma nada dice, con lo que cabe pensar que tantos como sean posibles y mientras sea posible. Nos referimos al caso de que la adaptación inicial se haya revelado inadecuada o insuficiente o que simplemente se haya producido un deterioro de las condiciones personales y profesionales de la persona como consecuencia

24 De acuerdo con la “Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo”. Y en términos similares, el anteriormente mencionado Documento guía del Consejo Nacional de la Discapacidad ha dispuesto que “los ajustes razonables deben negociarse con el o la solicitante o solicitantes”.

25 Cavas Martínez, Faustino (2025): “La reforma...”, op. cit., 6. En igual sentido, Aragón Gómez, Cristina (2025): “La nueva...”, op. cit., 163.

26 Lahera Forteza, Jesús (2025): “Incoherencias...”, op. cit., 2. En igual sentido, aunque en referencia al despido por ineptitud sobrevenida, Gómez Abelleira, Francisco Javier (2024): “Ineptitud sobrevenida, obligaciones de ajuste y enjuiciamiento del despido”, *El Foro de Labos*, <https://www.elforodelabos.es/2024/06/ineptitud-sobrevenida-obligacion-de-ajustes-razonables-y-enjuiciamiento-del-despido/>

27 Pastor Martínez, Alberto (2025): “Extinción del contrato y discapacidad del trabajador. A propósito de la reciente reforma del art. 49.1 TRLET”, *Revista de Derecho Social*, 110, 81.

del transcurso del tiempo. En cualquiera de esas situaciones, si existe una posible alternativa habrá que intentarlo de nuevo. Es decir, la obligación de hacer ajustes se mantiene en el tiempo²⁸.

Finalmente, como se ha señalado, el art. 49.1.n) ET establece una excepción a la obligación de realizar los ajustes: no han de suponer una “carga excesiva”. A lo que añade que “para determinar si la carga es excesiva se tendrá particularmente en cuenta el coste de las medidas de adaptación en relación con el tamaño, los recursos económicos, la situación económica y el volumen de negocios total de la empresa”, con el matiz de que “la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas”. Con una particularidad, si la empresa emplea menos de 25 personas “se considerará excesiva la carga cuando el coste de adaptación del puesto de trabajo, sin tener en cuenta la parte que pueda ser sufragada con ayudas o subvenciones públicas, supere la cuantía mayor de entre (...) la indemnización que correspondiera a la persona trabajadora en virtud de lo establecido en el artículo 56.1 (y) seis meses de salario de la persona trabajadora que solicita la adaptación”.

Pues bien, nuevamente la indefinición de la norma provoca una cierta inseguridad a la hora de determinar si la carga es o no indebida. Me refiero lógicamente al caso de las empresas de 25 o más trabajadores²⁹, donde el concepto de “carga excesiva” no es estático ni uniforme, sino que depende del coste de medida, el tamaño de la entidad y su situación financiera, la existencia o no de ayudas y otros posibles factores como la duración del ajuste o que pueda beneficiar a varias personas, con independencia de que lo solicite sólo una³⁰. Más aún porque el criterio que utiliza el legislador es orientativo, más que cerradamente prescriptivo, en la medida en que se emplea el adverbio “particularmente”, que, como es sabido, se utiliza para enfatizar algo sobre un grupo o categoría general. De modo que el coste económico del “ajuste” es, sin duda, un elemento crucial, pero no tiene por qué ser el único, sino que, como ya ha apuntado la doctrina, podrán tomarse en consideración otros factores, como, por ejemplo, la dimensión productiva y organizativa³¹. Con la dificultad añadida de que la norma no aclara si son ayudas o subvenciones públicas que se promuevan con la finalidad de paliar los costes que se derivan de la adaptación del puesto de trabajo³² o cualquier tipo de ayuda por razón

28 Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2025): “44 preguntas (y respuestas) a propósito de la extinción del contrato por gran invalidez e incapacidad permanente (nuevo art. 49.1.n ET): Una guía práctica”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Por Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

29 Una opción que ciertamente aporta seguridad jurídica, pero que, como señala Esteban Legarreta, introduce indudables dosis de arbitrariedad, cuando no una posible discriminación, además de que las cifras limite a partir de las que se aprecia carga excesiva son relativamente elevadas para empresas de menos de 25 trabajadores, “La reforma...”, op. cit., 12.

30 Ver Documento guía del Consejo Nacional de la Discapacidad, op. cit., 7.

31 Beltrán de Heredia Ruiz, B., “44 preguntas...”, op. cit..

32 López Cumbre, Lourdes (2025): “Puntos críticos...”, op. cit., 5-6. Goñi Sein, José Luis (2025): “La incapacidad...”, op. cit.

de discapacidad³³, por no hablar de que los plazos para la concesión de subvenciones pueden ser particularmente largos o de que, aunque exista la línea de ayudas, puede haberse agotado la partida económica correspondiente.

Por lo demás, Beltrán de Heredia Ruiz llama la atención sobre el hecho de que el art. 49.1.n) ET atiende al tamaño, los recursos económicos, la situación económica y el volumen de negocios total de la “empresa”, mientras que el art. 40.2 de la LGDPD dice que se tendrá en cuenta el tamaño y el volumen de negocios total de la “organización o empresa”. Lo que, a su juicio, sugiere que se está apelando a la posible dimensión supraempresarial, y que, por tanto, debería valorarse la integración en un “grupo de empresas”³⁴. Sin embargo, no está tan claro. Primero, porque la LGDPD no se refiere expresamente al grupo de empresas, sino a una entidad —la “organización”— que no sabemos qué comprende. Me inclino más bien a pensar que es una manera de referirse al empleador que no tiene naturaleza mercantil, como pueda ser una administración pública, o que no tiene ánimo de lucro, como una fundación, aunque, es verdad, no tenemos la certeza. Segundo, porque la norma laboral, al incorporar la obligación de adaptación a la situación de discapacidad, no ha considerado en modo alguno la posible integración en un grupo de empresas, a diferencia de lo que sucede en otros preceptos estatutarios. Y, por último, porque si el grupo de empresas no responde de las obligaciones de las integrantes, ya que cada sociedad tiene su propia personalidad jurídica y patrimonio, no parece razonable atender a la situación del conjunto para determinar la capacidad económica o financiera de una parte.

2.4. El papel del servicio de prevención y el valor del informe que emite

Conforme a la nueva redacción del art. 49.1.n) ET, “los servicios de prevención determinarán, de conformidad con lo establecido en la normativa aplicable y previa consulta con la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales, el alcance y las características de las medidas de ajuste, incluidas las relativas a la formación, información y vigilancia de la salud de la persona trabajadora, e identificarán los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora”. Una atribución de funciones que, como ha señalado alguna doctrina, no encaja del todo bien con la naturaleza de los servicios de prevención, por cuanto, como razonan, el carácter imperativo de la formulación (“determinarán”; “identificarán”) no cohonesta con el hecho de que su “su función legal es asesora y técnica, en calidad de auxiliar del empresario (arts. 14.1 y 14.4 LPRL)”³⁵. Como re-

33 A favor de esta interpretación más amplia, Esteban Legarreta, Ricardo (2025): “La reforma...”, op. cit., 13.

34 Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2025): “44 preguntas...”, op. cit..

35 García González, Guillermo (2025): “La abrupta irrupción de los servicios de prevención en el Estatuto de los Trabajadores: la extinción del contrato por incapacidad permanente”, post en https://es.linkedin.com/posts/guillermogarciagonzalezdecastro_la-abrupta-irrupci%C3%B3n-de-los-servicios-de-activity-7324825141987713024-7ycZ. Al margen de que el empresario que hubiera optado por asumir personalmente la prevención de sus empleados o por designar a uno o varios trabajadores para llevarla a cabo, tendrá que asumir el coste adicional que suponga la contratación de un servicio

cuerda Beltrán de Heredia Díaz, la deuda de seguridad es empresarial, por lo que el servicio propone y el empresario dispone³⁶.

Pues bien, aunque la redacción de este último párrafo es ciertamente desafortunada, una lectura completa de la norma arroja que la decisión sobre la ejecución de los ajustes o el cambio de puesto sigue siendo de la empresa. Lo que realizará el Servicio de Prevención es una propuesta, ciertamente cualificada, pero nada más, porque después el empresario tendrá que determinar si el ajuste le supone una carga excesiva o si existen vacantes y en función de ello tomará la decisión final.

En la práctica lo que sucederá es lo siguiente. Primero, una vez recibida la resolución de la entidad gestora, suponiendo que el trabajador haya solicitado la adaptación, la empresa se dirigirá a los servicios preventivos para que evalúen el alcance y las características de las posibles medidas de ajuste. A continuación, el Servicio de Prevención, una vez realizado el reconocimiento médico, determinado las limitaciones y teniendo en cuenta las características del puesto de trabajo y el entorno, elaborará y remitirá un informe al empresario, que puede concluir en dos sentidos. Primero, declara al trabajador "no apto", lo que comporta que no puede trabajar de ningún modo, ni siquiera adaptando el puesto o reubicándolo en otro, en cuyo caso la empresa tendrá que proceder mecánicamente a la extinción del contrato. Segundo, califica a la persona como "apta con limitaciones", lo que significa que puede seguir trabajando siempre que se cumplan determinadas condiciones, restricciones o limitaciones. De ser así, el Servicio de Prevención generará además una propuesta de adaptación de puesto o comunicará la relación de puestos de trabajo compatibles con la nueva situación del trabajador. Hasta ahí, digamos, la primera fase, en la que se determina si es materialmente posible que la persona siga trabajando y cuáles son las medidas idóneas y eficaces para ello. A continuación, si el trabajador ha sido declarado "apta con limitaciones", la empresa valorará el coste económico de las medidas propuestas, las características de la organización y los eventuales efectos paliativos de las ayudas y subvenciones públicas, para determinar si el ajuste constituye una carga excesiva o qué medida aplica si existen varias posibles. Es decir, aunque el Servicio de Prevención haya realizado una propuesta de adaptación o reubicación, puede ser que finalmente la empresa no la implemente. Por ejemplo, si las tareas compatibles con su estado son residuales, tanto que no habría proporción entre los costes que representaría para la empresa semejante tipo de ajuste, y la mínima contraprestación que puede esperar a cambio. Por último, si los ajustes son posibles y no representan una carga desproporcionada, la empresa hará un ofrecimiento al trabajador y, si éste acepta el cambio o la reubicación, tendrá que ejecutarlo antes de tres meses desde que recibió la resolución de la entidad gestora.

de prevención ajeno para que éste elabore el informe previsto en el artículo 49.1.n) ET, Cavas Martínez, Faustino (2025): "La reforma...", op. cit., 9.

36 Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2025): "44 preguntas...", op. cit..

2.5. Las decisiones finales: forma y plazos

Evacuado el informe del servicio de prevención y hecha la valoración por la empresa, ésta tendrá finalmente que adoptar una decisión respecto del devenir de la relación laboral, con un matiz: la decisión sobre la continuidad dependerá en parte de la voluntad concurrente del trabajador. De ahí que hablemos de decisiones en plural.

En efecto, está, por una parte, la decisión del trabajador, pues, como se ha expuesto, la norma no le impone la continuidad de la relación laboral, sino que deja en sus manos la decisión de aceptar o rechazar “el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto”. Para ello curiosamente la norma no exige formalidad alguna. A diferencia de la solicitud inicial, podrá comunicar su decisión de palabra. Otra cosa es que, desde la perspectiva empresarial, sea recomendable que de algún modo quede constancia fehaciente de la decisión. Tampoco se exige al trabajador que justifique su decisión, es decir, no tiene que motivar su rechazo al cambio propuesto. Ni se ha previsto en la norma un plazo para adoptar y comunicar la decisión. Lo cual sí resulta problemático, porque el art. 49.1.n) ET ha dispuesto un plazo máximo para realizar los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo (tres meses, contados desde que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente), pero no ha previsto que el silencio del trabajador interrumpa el computo del mismo, de modo que cuanto más se retrase la respuesta menos margen de tiempo le queda a la empresa para implementar la medida. Una posible solución es aplicar por analogía idéntico plazo que para la solicitud de la adaptación, esto es, diez días naturales³⁷. Ahora bien, ¿qué sucede si el trabajador no responde en ese tiempo? Aunque la ley no lo expresa, cabe sobreentender que el trabajador al guardar silencio renuncia a seguir trabajando y la empresa podrá dar por finalizada la relación laboral.

Si, en cambio, el trabajador acepta la propuesta, la consecuencia es obvia: la empresa deberá facilitar al trabajador su reincorporación antes de que hayan transcurrido los tres meses desde que recibió la resolución. Lo que no contempla la norma es cómo se han de llevar a cabo los cambios. De ahí que alguna doctrina haya planteado la aplicación de las reglas establecidas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en los arts. 39.4 y 41.1.f) ET³⁸. A mi modo de ver, tal enfoque no termina de encajar. Primero, por el hecho de que el cambio no obedece a una necesidad organizativa o productiva empresarial, sino que se produce por mandato legal y a instancia del trabajador³⁹. Segundo, porque aboca al absurdo de que el trabajador

37 En este sentido, Cavas Martínez, Faustino (2025): “La reforma...”, op. cit., 10; Aragón Gómez, Cristina (2025): “La nueva...”, op. cit., 161.

38 Goñi Sein, José Luis (2025): “La incapacidad...”, op. cit.

39 En igual sentido, Mella Méndez, Lourdes (2024): “Discapacidad, enfermedad e incapacidad y su relación con la extinción del contrato de trabajo: puntos críticos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 279, 18; Aragón Gómez, Cristina (2025): “La nueva...”, op. cit., 165; López Cumbre, Lourdes (2025): “Puntos críticos...”, op. cit., 4; Cavas Martínez, Faustino (2025): “La reforma...”, op. cit., 9.

podría con posterioridad solicitar la extinción con derecho a indemnización, siempre, claro está, que acreditase que ha resultado perjudicado por el cambio, por ejemplo, porque el puesto pertenezca a un grupo profesional inferior. Resulta más adecuado entender que la reincorporación deberá producirse en los términos acordados, es decir, de acuerdo con la propuesta aceptada, sin que exista, por supuesto, obligación alguna de mantener las condiciones del puesto de origen si es que ha cambiado, incluidas las salariales.

Luego está la decisión de la empresa. El art. 49.1.n) ET establece que, si el trabajador ha aceptado la propuesta de la empresa, ésta “dispondrá de un plazo máximo de tres meses, contados desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente, para realizar los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo”. A lo que añade que “cuando el ajuste suponga una carga excesiva o no exista puesto de trabajo vacante, la empresa dispondrá del mismo plazo para proceder a la extinción del contrato. La decisión será motivada y deberá comunicarse por escrito a la persona trabajadora”. Pues bien, antes de entrar en la forma y los efectos de dicha decisión, hay un aspecto de fondo que nos llama la atención. La norma no ha incluido entre los posibles motivos de ruptura la imposibilidad material de realizar cualquier ajuste. El legislador se refiere al supuesto de que los ajustes constituyan una carga excesiva, pero puede suceder que el Servicio de Prevención haya declarado al trabajador “no apto” y, por tanto, no sea posible ningún tipo de ajuste. Dicho de otro modo, no es que la adaptación suponga una carga indebida, sino que simplemente no es posible. Suponemos que se trata de un simple olvido y que en este caso también se puede extinguir el contrato, pues lo contrario no tendría sentido. De modo que la empresa podrá despedir 1) cuando no exista una medida de ajuste idónea y eficaz; 2) si constituye una carga excesiva y 3) no es posible reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo.

Hecha esta precisión, la extinción, como acto recepticio que es, requerirá una declaración expresa de voluntad extintiva, que además deberá ser escrita y motivada. Tendrá que proporcionarse al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los elementos y razones que justifican la extinción para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa. Por tanto, en la propia comunicación o en un informe adjunto tendrán que exponerse las limitaciones funcionales que padece el trabajador y su incidencia sobre el puesto que venía ocupando o las tareas que desempeñaba, los motivos por los que no se pueden realizar adaptaciones o modificaciones en el puesto o en el entorno o las razones por las que dichos cambios representan una carga excesiva, además, claro está, de que no se le puede reubicar en otro puesto. Más allá de ello, lo que no existe es una obligación de preaviso ni de poner a disposición del trabajador ninguna indemnización. Ello, claro está, salvo que en el contrato de trabajo o el convenio colectivo se hubiera dispuesto la obligación de abonar algún tipo de indemnización vinculada a la extinción por incapacidad permanente o la empresa hubiera suscrito algún tipo de póliza de seguro para la cobertura de este tipo de incapacidad.

Lo que no es tan claro es el plazo de que dispone la empresa para adoptar y comunicar esa decisión extintiva. En este caso no porque la norma guarde silencio, sino porque la redacción es confusa. El art. 49.1.n) ET establece que la empresa dispone de tres meses para realizar los ajustes razonables necesarios en el puesto de trabajo o proponer un puesto alternativo compatible y “del mismo plazo” para proceder a la extinción si la adaptación no es posible. ¿Significa eso que el legislador ha dispuesto un plazo adicional, de idéntica duración, para comunicar la extinción del contrato?⁴⁰ Podría ser, pero no es ni mucho menos evidente. Primero, porque no tiene mucho sentido que la norma establezca un plazo de sólo tres meses para evaluar las posibilidades de adaptación, hacer una propuesta al trabajador y, en su caso, ejecutar los ajustes o reubicarle en otro puesto; y luego le dé, en cambio, tres meses más para comunicar al trabajador que no se va a realizar ningún ajuste y que se da por finalizada la relación laboral⁴¹. Segundo, porque la norma no identifica el “dies a quo” de ese hipotético segundo plazo⁴². ¿Comenzaría una vez transcurridos los tres primeros meses? o ¿sería a partir del momento en que la empresa comprueba que no es posible realizar los ajustes ni existe un puesto de trabajo compatible vacante? ¿O a partir de la fecha en que el trabajador ha rechazado el ofrecimiento empresarial? Si tal ha sido el caso. En definitiva, parece más prudente considerar que existe un único plazo de tres meses, dentro del cual la empresa ha de realizar los ajustes razonables o reubicar al trabajador, si éste lo solicita, o extinguir el contrato de trabajo, si no es posible la adaptación o el trabajador rechaza el cambio.

Finalmente, está la cuestión de qué sucede si después de aplicar los ajustes o cambiado al trabajador de puesto, se constata que, a pesar de ello, no puede continuar trabajando. Nos referimos al supuesto de que se haya intentado la continuidad, pero transcurrido un tiempo se constata que no es posible. En esa situación ¿puede la empresa extinguir el contrato de trabajo por la vía del art. 49.1.n) ET? Dependerá del tiempo transcurrido. Si no se han superado los tres meses desde que la empresa recibió la resolución, la empresa está a tiempo de extinguir la relación con base en la declaración de IPT, IPA o GI. Si, por el contrario, ya se ha superado ese plazo, se cierra esa “salida” y la extinción deberá canalizarse a través del art. 52.a) ET. La única excepción, si acaso, será cuando se produzca una revisión del grado de incapacidad permanente. Nos referimos a la posibilidad de que, con posterioridad a la adaptación se le reconozca al trabajador en IPT una IPA o una GI. De ser así, la nueva resolución resucitaría la posibilidad de acudir al art. 49.1.n) ET. Fuera de ese supuesto, la empresa tendrá que invocar el despido por ineptitud sobrevenida, sin que se lo impida el art. 39.3 ET, toda vez que el cambio de funciones, si se ha producido, no responde a una causa productiva u organizativa, sino por mandato legal.

40 Como apunta Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2025): “44 preguntas...”, op. cit.,

41 En este sentido, Cavas Martínez, Federico (2025): “La reforma...”, op. cit., 9. Esteban Legarreta, Ricardo (2025): “La reforma...”, op. cit., 5.

42 López Cumbre, Lourdes (2025): “Puntos críticos...”, op. cit., 8-9.

Dicho esto, no tiene ningún sentido que por el hecho de transcurrir tres meses la incapacidad permanente pierda su virtualidad extintiva y la empresa tenga que recurrir a un despido por ineptitud permanente. Primero, desde un punto de vista conceptual, porque en el fondo la razón de la extinción sigue siendo la incapacidad permanente. Simplemente, el Servicio de Prevención sobrevaloró la capacidad real del trabajador en su primera evaluación o las medidas de ajuste que propuso finalmente se han revelado ineficaces o inidóneas. Segundo, está la disparidad indemnizatoria entre el art. 49.1.n) ET y el art. 52.a) ET. Mientras que en la incapacidad permanente en los grados mencionados se excluye la indemnización a cargo del empresario porque el trabajador accede a una pensión, la ineptitud va unida invariablemente a una indemnización por despido. Lo que lleva al absurdo de que la extinción producida en los tres primeros meses no da derecho a indemnización y si, en cambio, los ajustes fracasan transcurrido ese plazo la empresa sí tendrá que abonarla. Un coste económico para la empresa que en la práctica supone un desincentivo a la búsqueda de ajustes.

Seguramente por esta razón, alguna doctrina ha apuntado la oportunidad de acordar en estos casos un periodo de prueba, que permita eludir el art. 52.a) ET si el desistimiento se lleva a cabo durante el plazo de experimentación acordado⁴³. Una salida ciertamente, pero que presenta dos importantes limitaciones. Primero, sólo cabrá pactar ese periodo de prueba si las funciones que pasa a realizar el trabajador son distintas de las que tenía antes, básicamente porque se le haya reubicado en otro puesto. Segundo, hace falta la conformidad del trabajador y éste probablemente no se va a prestar al acuerdo, por cuanto supone renunciar a una potencial indemnización. De ahí que, sin duda, hubiera sido más adecuado prever en la norma un periodo de experimentación “ad hoc”, esto es, sin necesidad de acuerdo.

3. DESPIDO POR INEPTITUD SOBREVENIDA

Si la nueva regulación de la extinción por incapacidad permanente presenta numerosas zonas de sombra, la cosa no mejora cuando nos enfrentamos al despido por ineptitud sobrevenida. Básicamente por la escasa atención que le ha prestado el legislador y los desajustes que presenta con la normativa internacional, convirtiendo esta vía de extinción en un autentico campo de minas⁴⁴, lo que además explicaría el escaso uso que se ha hecho de esta fórmula extintiva y su “sustitución” por otras fórmulas resolutorias. Carencias que pasamos a exponer, aunque sea de manera somera.

3.1. Situaciones que originan la extinción

El primero de los problemas deriva del hecho de que el art. 52.1.a) ET no proporciona una definición de la ineptitud sobrevenida, o al menos una configuración de

43 Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2025): “44 preguntas...”, op. cit.,

44 Gómez Abelleira, Francisco Javier (2024): “Ineptitud sobrevenida...”, op. cit.

las causas que pueden originarla⁴⁵. Estamos ante un concepto que conecta con la incapacidad, incompetencia o inhabilidad del trabajador para realizar su trabajo, pero cuyo concreto contenido y alcance es en gran medida incierto o no precisado. De ahí que haya sido la jurisprudencia, particularmente copiosa, la que ha tenido que definir sus rasgos característicos, para diferenciarla de situaciones afines que carecen de virtualidad extintiva o constituyen causas diferenciadas de extinción. Así, por todas, la STS de 2 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3937), que define la ineptitud como una “una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad, de concentración, rapidez, etcétera”.

Es decir, estamos ante una especie de cajón de sastre donde se han reconducido todos los supuestos de falta de rendimiento o productividad permanente no relacionada con una actitud dolosa del trabajador y entre ellos, porque la ineptitud sobrevenida es “pluricausal”⁴⁶ o “poliédrica”⁴⁷, la merma de capacidades psicofísicas que afecte a las funciones esenciales o principales inherentes al puesto de trabajo desempeñado. Con una excepción, la pérdida de habilidad para trabajar que haya derivado en una declaración de IPT, IPA o GI, porque entonces constituye una causa de extinción del contrato absolutamente diferenciada. Desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, dichas incapacidades permanente dejan de “engordar” el despido por ineptitud sobrevenida.

Es más, no sólo la ineptitud sobrevenida y la IPT, IPA y GI discurren por caminos extintivos separados, sino que no se condicionan. El hecho de que la entidad gestora de la Seguridad Social no haya reconocido al trabajador una situación de IPT, no impide que la empresa pueda considerarle “no apto” y despedirle. Igual que, a la inversa, el despido por ineptitud sobrevenida no determina que al trabajador se le vaya reconocer al menos una IPT. Puede sorprender, pero tiene su explicación. La razón es que el concepto de ineptitud es mucho más restringido que la IPT. La ineptitud supone que el trabajador no es apto para desarrollar las funciones propias del puesto de trabajo que ocupa en la empresa, mientras que la IPT significa que el trabajador se encuentra imposibilitado para ejercer el conjunto de funciones propias de la profesión habitual en cualquier empresa. Es decir, que la denegación de la IPT no significa que el trabajador tenga aptitud para el correcto desempeño de las funciones de su puesto de trabajo. Así que el empresario puede adoptar válidamente un despido objetivo por ineptitud sobrevenida aun cuando al trabajador se le haya denegado previamente la

45 Monereo Pérez, José Luis (2017): *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico, Bomarzo, 20.

46 Ampliamente, sobre los rasgos constitutivos del concepto jurídico-laboral de ineptitud, Monereo Pérez, José Luis (2017), *Despido objetivo...*, op. cit., págs. 21-34.

47 Sobre las distintas caras, Mercader Uguina, Jesús (23/11/2023): “La ineptitud del trabajador como causa de despido: un territorio con difusas fronteras”, *El Foro de Labos*, <https://www.elforodelabos.es/2023/11/la-ineptitud-del-trabajador-como-causa-de-despido-un-territorio-con-difusas-fronteras/>

IPT. Ciertamente la circunstancia de que se haya rechazado la solicitud de incapacidad permanente constituye un dato relevante para valorar su capacidad laboral, pero no es ni mucho menos determinante.

Ahora bien, que la única incapacidad permanente hábil para declarar una ineptitud sobrevenida sea la que no rebasa el grado de parcial (STS 14 de abril de 1988), no significa que “per se” sea suficiente para justificar ese despido. El empleador tendrá que justificar y acreditar que afecta al desarrollo de la actividad o al rendimiento de forma significativa, a diferencia de la IPT, IPA y GI. Por otra parte, importa hacer notar que la apreciación de ineptitud sobrevenida no está condicionada a que se haya declarado al menos ese grado de incapacidad permanente. Existen otras muchas situaciones relacionadas con el estado de salud que pueden dar lugar a la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida. Por ejemplo, cuando, a pesar de existir un cuadro severo de lesiones o enfermedades, el trabajador no reúne los requisitos necesarios para acceder a la correspondiente prestación económica o ni siquiera ha presentado la correspondiente solicitud. Pero además es que ni tampoco hace falta que la persona padezca una lesión o enfermedad que le incapacite para trabajar, sino que la ineptitud puede ser consecuencia simplemente del deterioro físico o cognitivo que supone el envejecimiento, con la consiguiente disminución del rendimiento y la productividad. Todo lo cual, en todo caso, aconsejaría una mejor definición del espacio que corresponde a la ineptitud sobrevenida en la propia norma⁴⁸.

3.2. La obligación de realizar ajustes antes de despedir

El segundo problema se origina precisamente cuando la ineptitud sea física o psíquica, porque los tribunales reclaman el cumplimiento de un requisito adicional que no está en el art. 52.a) ET. Condicionan el despido por ineptitud sobrevenida a que no sea posible introducir ajustes en el puesto o reubicar a la persona en otro puesto. Por una parte, con base en la obligación de seguridad que impone el art. 14.2. ET y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL). Porque, más allá de la protección general para todos los trabajadores, el art. 25 LPRL contempla una protección específica para los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, entre lo que se incluyen aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, que obliga a la empresa a adoptar medidas específicas y adicionales de prevención para su prevención, en su puesto de trabajo, y de no ser suficiente reubicándole en otro puesto. Por otra, porque la omisión de esos ajustes resultaría contraria a la igualdad y la integración social de las personas con discapacidad y, en concreto, al ya mencionado art. 40.2 de la LGP-DP, en concordancia con el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE. Toda vez que el TJUE ha establecido en una reiterada y consolidada doctrina que la enfermedad de larga duración puede asimilarse a la discapacidad (STJUE 1 de diciembre de 2016, C-395/15

48 En este sentido, Mercader Uguina, Jesús (23/11/2023): “La ineptitud...”, op. cit.

asunto Daouidi). A lo que se ha añadido la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que considera discriminatoria la denegación de los ajustes razonables (art. 6.1.a)). Una interpretación finalista e integradora que, como señala Gomez Abelleira, era perfectamente razonable antes de la STJUE 18 de enero 2024 (C-631/22 asunto Ca Na Negreta), pero que lo es aún más después⁴⁹.

A la vista de la doctrina expuesta, los ajustes razonables constituyen una obligación ineludible para el empresario, no sólo desde la perspectiva preventiva sino también de la prohibición de discriminación. Por asimilación, en las situaciones de enfermedad de larga duración, deberán aplicarse las obligaciones de adaptación previstas en la LGPDP. Detectada una potencial ineptitud por limitaciones psíquicas o físicas, la empresa no podrá extinguir mecánicamente el contrato por ineptitud sobrevenida del trabajador, sino que antes tendrá que valorar si mediante ajustes razonables el trabajador podría conservar su trabajo. Ajustes que no se deberán limitar al puesto que ocupa el trabajador, sino que, como en el caso de la extinción por incapacidad permanente, obligan a explorar las posibilidades de recolocación en otros puestos incluso en distinto centro de trabajo. Lo anterior, salvo que los ajustes generen una situación de excesiva onerosidad para la empresa. Solo cuando no sea posible realizar dichos ajustes o constituyan una carga muy gravosa, la empresa podrá despedir válidamente al trabajador. Es decir, el despido sólo será procedente si se han agotado todas las posibilidades de adaptación a las limitaciones constatadas o se ha demostrado que constituiría una carga excesiva⁵⁰; si ha quedado acreditado que no existen en la empresa otros puestos de trabajo exentos de riesgo, compatibles con el estado de salud del trabajador⁵¹ o que intentada la recolocación finalmente es declarado no apto en el nuevo puesto de trabajo⁵².

3.3. La distribución de la carga de la prueba y el valor del informe del Servicio de Prevención

Por último, hay que referirse al “onus probandi”, dado que, a diferencia de la extinción por incapacidad permanente total, absoluta o gran incapacidad, no hay una declaración administrativa o judicial que constate previamente la existencia de una incapacidad. Que la carga de la prueba corresponde al empresario está fuera de toda discusión. La ineptitud sobrevenida ha de concretarse y acreditarse por quien la alega (art. 122.1 LRJS y art. 217.3 LEC). La particularidad está en que, cuando la ineptitud derive de limitaciones físicas o psíquicas, la decisión empresarial se someterá en verdad a un doble juicio. Por una parte, está la obligación de probar la objetiva onerosi-

49 Gómez Abelleira, Francisco Javier (2024): “Ineptitud sobrevenida...”, op. cit.

50 STSJ Aragón 20 de marzo de 2023, rec. 113/2023; STSJ Las Palmas de Gran Canaria 25 de enero de 2024, rec. 1312/2023.

51 STSJ Asturias 13 de febrero de 2024, rec. 1836/2023.

52 STSJ Cataluña 28 de junio de 2024, rec. 1957/2024; STSJ Galicia 4 de diciembre de 2024, rec. 4822/2024.

dad excesiva sobrevenida. No estamos ante una situación jurídica que se alcanza por una resolución administrativa o judicial, sino que la empresa tendrá que probar una situación de hecho: la disminución del rendimiento debido. Por otra, la empresa tendrá que acreditar que no existió posibilidad de adaptar el puesto de trabajo o asignar funciones correspondientes a otro o que ello suponía una carga desproporcionada para la empresa. Es decir, la empresa no sólo tendrá que demostrar la concurrencia de la ineptitud, sino que también valoró realizar ajustes en el puesto o cambiar al trabajador a otro y que no lo hizo porque no es posible o constituye una carga indebida.

El problema en este punto es que la empresa actúa en cierto modo a ciegas. Despide al trabajador porque no es apto, pero en verdad no sabe muy bien por qué no lo es, ni por qué no se pueden hacer ajustes o cambiarle de puesto. Porque el Servicio de Prevención no puede explicitar cuáles son las dolencias físicas o psíquicas que padece el trabajador, por tratarse de información confidencial y estar prohibido legalmente. A la empresa sólo se le facilitarán “las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención” y sobre la base de esa información “incompleta” tendrá que actuar. Si el informe establece que el trabajador tiene una aptitud limitada o con restricciones, la empresa tendrá que adaptar el puesto para que pueda seguir trabajando, siempre que sea posible y no suponga una carga indebida; y si concluye que hay una falta total de aptitud, después de ordenar al trabajador que deje de prestar servicios, tendrá que despedirle. De ahí que, con acierto, se haya dicho que la empresa “actúa como agente ejecutor de las consecuencias del parecer de otros”⁵³. Y en efecto así es, por cuanto el informe del Servicio de Prevención reduce el margen de actuación de la empresa casi a la mínima expresión.

Dicho esto, que el informe del Servicio de Prevención sirva para activar la facultad resolutoria y en buena medida predetermine la decisión empresarial, no significa que cualquier informe sirva de prueba la ineptitud sobrevenida. En particular, no basta con que el mismo se declare a una persona “no apta”. Porque el despido objetivo no es una modalidad extintiva fijada en atención a la mayor o menor entidad de un determinado padecimiento de salud, sino en exclusiva atención a su repercusión material para la ejecución de la actividad laboral, por lo que “la empresa, que pretenda extinguir el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del trabajador, deberá precisar en la carta de extinción cuales son las limitaciones del trabajador y de qué manera provocan una ineptitud sobrevenida para el desempeño de las tareas propias de su profesión”. Así que “será necesario, a estos efectos, que el informe identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador, sin que baste la simple afirmación de que el trabajador ha perdido su aptitud para el desempeño del puesto, cuando dicha

53 Gómez Garrido, Luisa María (2023): “El despido objetivo por ineptitud sobrevenida”, *Revista de Jurisprudencia LEFEBVRE*, 58.

afirmación no esté justificada en los términos expuestos y no se soporte con otros medios de prueba útiles, cuando sea contradicha por el trabajador, especialmente cuando, como sucede aquí, la Entidad Gestora haya descartado la declaración de invalidez permanente del trabajador para el desempeño de su profesión habitual" (STS 23 de febrero de 2022, rec. 3259/2020).

Con ello no se le está diciendo al Servicio de Prevención que explicité cuáles son las dolencias físicas o psíquicas que padece el trabajador, por tratarse de información confidencial y estar prohibido legalmente, sino que no bastará con un informe que se limite a indicar la fecha en la que se lleva a cabo el reconocimiento médico del trabajador, los protocolos de actuación tenidos en cuenta para la elaboración del mismo y, finalmente, acabe concluyendo si es apto o no para el desempeño de su puesto de trabajo⁵⁴. Para que el informe se erija en un medio probatorio suficiente para acreditar la ineptitud sobrevenida se han de identificar en el mismo: a) las limitaciones del trabajador, además de razonar por qué no puede acometer las funciones descritas; b) el alcance y las características de las medidas de ajuste, si las hay; y c) los puestos de trabajo compatibles con su estado. A lo que el empleador deberá añadir en la carta de despido los motivos por los que, en su caso, no puede adoptar las medidas de ajuste o cambiar al trabajador de puesto.

Finalmente, nótese que el informe del servicio de prevención no tiene por qué ser el único elemento de prueba a valorar. Ciertamente, estamos ante una prueba cualificada, pero la empresa podrá aportar medios adicionales para acreditar que la persona ha perdido de forma efectiva las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles. Igual que el hecho de que sea un elemento probatorio clave no significa que sea inexpugnable, en el sentido de que no se pueda cuestionar la calidad técnica o idoneidad de las conclusiones del mismo. Simplemente, el trabajador tendrá que aportar prueba en contrario que, de forma eficiente y eficaz, ponga de manifiesto su capacitación para seguir prestando sus servicios, en el mismo puesto con ajustes o en otro compatible y vacante.

4. EL DESPIDO OBJETIVO POR FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO

Queda por último referirse al desaparecido despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, para valorar las claves de la derogación y en qué medida, como algunas voces reclaman, podría recuperarse.

Como se recordará, porque no hace tanto tiempo, el art. 52.d) ET legitimaba el despido objetivo de las personas trabajadoras que incurrían en faltas de asistencia

54 Martín-Gamero Verdú, Javier (13-07-2023): "Un obstáculo al despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador", <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/un-obstaculo-al-despido-objetivo-por-ineptitud-sobrevenida-del-trabajador-2023-07-13/>

al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando se superaban determinados porcentajes. En la redacción originaria de 1980, el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo superase el cinco por ciento en los mismos periodos de tiempo. Posteriormente, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, rebajará el índice de absentismo total exigible al dos y medio por ciento. Y finalmente, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, suprimirá el referente colectivo, posibilitando la extinción en base al exclusivo dato de absentismo de la persona. Igual que a lo largo de los años irán cambiado las faltas de asistencia justificadas que pueden ser contabilizadas. En su última redacción, las faltas de asistencia que no se computan son: 1) las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, 2) el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, 3) accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, 4) paternidad, licencias y vacaciones, 5) enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, 6) las motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género acreditada, y 7) las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

En suma, el supuesto contemplado en el artículo 52.d) ET era aquel en el que se producían frecuentes ausencias, de breve duración y con intervalos temporales breves entre ellas, como consecuencia de faltas de asistencia injustificadas y bajas por contingencias comunes de duración inferior a veinte días. Lo que se ha dado en llamar “micro-absentismo” y que se resume en que se falta dos días de aquí, tres días de allá, un viernes allí, un lunes acá, etc. Ausencias que dificultan el normal funcionamiento de la empresa y que además corren por cuenta de la empresa, pues durante los primeros quince días el pago de la prestación es del empresario, a lo que se añadirán los tres primeros días de baja y la diferencia entre la prestación y el salario si así se ha dispuesto por convenio colectivo, acuerdo de empresa o decisión de la empresa. Todo lo cual puede convertir la prestación en excesivamente onerosa y explica que la ley otorgara a la empresa la facultad de resolver el contrato cuando el nivel de inasistencias al trabajo alcanzara determinados niveles que el legislador consideró inaceptables. En palabras del Tribunal Constitucional, “la regulación contenida en el art. 52.d) LET responde al objetivo legítimo de paliar el gravamen económico que las ausencias al trabajo suponen para las empresas” (STC 118/2019).

Pues bien, después de más de cuarenta años, el Real Decreto-ley 4/2020 va a borrar de un plumazo esta herramienta contra el absentismo, bajo el pretexto de que estamos ante un instrumento susceptible de provocar discriminación y exclusión so-

cial de colectivos de especial vulnerabilidad⁵⁵. En concreto, en la larga exposición de motivos, una más, el Gobierno defiende esta derogación sobre la base de dos argumentos principales:

Primero, para atender a la doctrina del TJUE, en sus sentencias de 18 de enero de 2018 (asunto Ruiz Conejero), y de 11 de septiembre de 2019 (asunto Nobel Plásticos). En el asunto Ruiz Conejero, como se recordará, el conflicto gravita en torno a si se opone la Directiva 2000/78 a la aplicación de una norma legal que faculta al empresario a despedir un trabajador por faltas de asistencia al trabajo que alcancen los límites establecidos en el art. 51.a) ET, cuando las bajas laborales fueron causadas por la discapacidad. Y lo que concluye el Tribunal es que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar a los órganos jurisdiccionales nacionales. Es decir, no se da una respuesta cerrada a la cuestión judicial planteada, sino que emplaza al juez remitente a un juicio de proporcionalidad, aportando, eso sí, una serie de elementos interpretativos, entre los que se encuentra el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, en la medida en que si bien es cierto que el art. 52.a) ET excluye algunas faltas de asistencia por enfermedad, el Tribunal entiende que “las ausencias por motivo de enfermedad del trabajador no cubren la totalidad de las situaciones de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78”. En definitiva, el Tribunal de Luxemburgo evidencia el potencial carácter discriminatorio del precepto español, pero admite que, si el ordenamiento nacional contemplara mecanismos de control de proporcionalidad y adecuación de la medida, podría tener acomodo en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.

Pues bien, el Gobierno concluye que, como “esta previsión de análisis ‘ad hoc’ no existe en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que se aplica con carácter automático cuando concurren los porcentajes de inasistencia que refiere” y “cualquier despido que pueda recaer con mayor frecuencia en personas con discapacidad o con enfermedades de larga duración requiere de garantías más intensas de las que actualmente configura el actual artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores”, la situación debe corregirse inmediatamente “a efectos de asegurar que se aplica adecuadamente en España la doctrina establecida por el TJUE” y directamente suprime el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo. Ahora bien, si se piensa bien, la doctrina del TJUE explicaría la iniciativa del legislador, pero no la necesidad de derogar el art. 52.d) ET. Porque se podía haber optado por modificar dicho precepto

55 Al respecto, Montoya Melgar, Alfredo (2020): “Sobre el derogado art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 229, 13-20.

para acomodarlo a la doctrina comunitaria, en lugar de derogarlo. Habría bastado con incluir esas garantías adicionales, por ejemplo, excepcionado en el cómputo de los días las ausencias motivadas por la discapacidad del trabajador.

Segundo, considera que este tipo de despido puede suponer discriminación indirecta de las mujeres, por cuanto “susceptible de afectar particularmente a las mujeres, dada la mayor participación de las mujeres en las actividades de cuidado, fundamentalmente por las dificultades de conciliación derivadas de factores múltiples”. Se apoya para ello en la STJUE de 20 de junio de 2013 (C-7/12 asunto Riežniece), que estableció que el trato peyorativo dispensado a las personas que ejercitaran derechos de conciliación puede ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo si se constata la mayor afectación femenina y en los datos Instituto Nacional de Estadística que indicaban que las mujeres eran las que mayoritariamente asumían las tareas de cuidado de dependientes. A lo que añade que “en un contexto como el actual, en el que faltan todavía mecanismos que garanticen el derecho de las personas a las ausencias por fuerza mayor familiar y en el que, pese a los avances realizados en los últimos meses (Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo), existen obstáculos para la efectiva conciliación de responsabilidades en términos de corresponsabilidad, la figura establecida en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores no solo puede servir para legitimar que se expulse del mercado de trabajo a las personas cuidadoras, sino que también está lanzando el mensaje erróneo de que la cuestión de la conciliación recae tan solo en la persona y no en la empresa y en la sociedad”.

Un argumento que primeramente es difícil de entender, porque entre las ausencias justificadas excluidas del art. 52.d) ET se encontraban las “licencias”. Es decir, no se computaban ni los permisos retribuidos ni los permisos no retribuidos, por razones de conciliación o cualquier otro motivo previsto en la ley o el convenio colectivo (o en el propio contrato). Con lo cual sólo cabe concluir que el Gobierno se refiere en verdad a las ausencias injustificadas por razones de conciliación, que, parece, serían más habituales en las mujeres que en los hombres. Es decir, se presupone que, como existe un desigual reparto de las responsabilidades familiares, es más probable que las mujeres falten al trabajo para atender al cuidado de personas dependientes, aunque sea de manera injustificada, con el consiguiente riesgo de incurrir en el supuesto de hecho del art. 51.d) ET. Pues bien, aunque fuera así (pues no hay datos que corroboren dicha tesis), tal planteamiento resulta indefendible, porque entonces tampoco se podría despedir disciplinariamente a una trabajadora por faltas injustificadas y repetidas al trabajo sin incurrir en discriminación indirecta si resulta que faltó al trabajo para atender a un dependiente. Guste más o guste menos lo que convierte a una falta en justificada o injustificada no es el hecho de que la ausencia se haya producido por razones de conciliación o por otros motivos, sino si el trabajador ostentaba o no un derecho a ausentarse del trabajo. Y lo que desde luego no se puede sostener es que por el hecho de que las mujeres incurran en este tipo de faltas injustificadas en mayor proporción que los hombres, si es que es así, tal incumplimiento no se pueda tomar en consideración a los efectos de un despido, del tipo que sea. Pues la empresa no tiene por qué soportar unas vicisitudes personales o familiares que no dejan de ser

un incumplimiento. Al margen de que, como es sabido, en los últimos años se ha incrementado sensiblemente la tipología de los derechos de conciliación (adaptación de horario, permiso parental, permiso por fuerza mayor) y su duración (permiso por nacimiento, permiso para familias monoparentales, permiso por hospitalización o enfermedad grave).

En suma, no es arriesgado afirmar que la doctrina del TJUE fue una excusa para derogar el art. 52.d) ET, más que una verdadera justificación. Ni las sentencias que se barajan en el Preámbulo, ni la prohibición de discriminación por razón de sexo, permiten extraer prohibición alguna del despido objetivo por faltas de asistencia intermitentes, como de hecho se han encargado de recalcar los distintos órganos jurisdiccionales que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión.

Primero, porque el TJUE, más allá de rechazar una identificación absoluta y automática entre discapacidad y enfermedad⁵⁶, ha admitido la adopción por parte de los Estados miembros de la Unión de medidas dirigidas a combatir el absentismo, siempre que observen el principio de proporcionalidad, esto es, que no vayan más allá de lo estrictamente “necesario”. En las mismas sentencias que se mencionan en el Preámbulo, el Tribunal reitera que dichos Estados disponen de un amplio margen de apreciación no sólo para primar un determinado objetivo sobre otros en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que les permitan lograrlo y que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del art. 2.2.b) inciso 1 de la Directiva, dado que se trata de una medida de política de empleo.

Segundo, porque Tribunal Constitucional, en la sentencia 118/2019, de 16 de octubre, ya dictaminó que el artículo 52.d) ET no era contrario a la Constitución Española, porque no vulneraba ni el derecho a la integridad física (artículo 15 CE), ni el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE), ni el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), al tiempo que advirtió que tampoco contradecía lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio 158 de la OIT, toda vez que el art. 4 del mismo Convenio admite que se ponga término al contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. Y para el Tribunal “entre ellas sin duda cabe incluir la defensa de la productividad, que puede verse comprometida por el incremento de costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia de las ausencias al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, acaecidas en un período determinado, conforme a las previsiones del art. 52.d) LET”⁵⁷.

56 STJCE de 11 de julio de 2006, “ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal”, además de que “no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva” (C-13/05 asunto Chacón Navas).

57 Véase al respecto, Montoya Melgar, Alfredo (2020): “Sobre el derogado...”, op. cit., 13-17; Gómez Salado, Miguel Angel (2019): “La constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo

Finalmente, porque el Tribunal Supremo declaró en numerosos pronunciamientos la procedencia de despidos objetivos por absentismo, sin que, en cumplimiento del control de convencionalidad, al seleccionar la norma aplicable, considerara que el art. 52.d) ET fuera contradictorio con los tratados internacionales ratificados por España (entre otras STS de 19 de marzo de 2018, rec. 10/2016; 23 de junio de 2020, rec. 233/2018; 17 septiembre de 2020, rec 2112/2018 y 29 de marzo de 2022, rec. 2142/2020). Para el Alto Tribunal, el art. 52.d) ET no vulnera los arts. 4 y 6.1 del Convenio 158 de la OIT, ni los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT, ni el art. 3 de la Carta Social Europea (versiones de 1961 y 1996), ni tampoco el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, porque en este punto da un paso más en esta cuestión y concluye que “el intérprete supremo de la Carta Magna ya se ha pronunciado en el sentido de que el art. 52.d) del ET no era contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo prevista en la CE. En caso contrario, el TC no hubiera declarado que esa norma era conforme con la CE y la tesis defendida en la deliberación que era favorable a que se declarase la existencia de discriminación, se hubiera impuesto”.

En definitiva, ni la Constitución Española ni las normas internacionales cierran el paso a una recuperación del despido por faltas intermitentes al trabajo como una medida legal de lucha contra el absentismo laboral. Estamos ante una opción del legislador, que podría revertirse sin incurrir por ello en contradicción con los compromisos internacionales adquiridos, que no exigen pero que tampoco impiden una fórmula de protección de los intereses de las organizaciones productivas como la que aquí se analiza⁵⁸. Eso sí, en el cómputo de los días de ausencia habría que excluir los días de baja por enfermedad de larga duración, crónica o equiparable a la “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78/CE⁵⁹.

por causa de absentismo laboral en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 441, 173-182; Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco: “Sobre el desaparecido despido por absentismo (Comentario a la STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019)”, AA.VV. (Dir. Antonio V. Sempere Navarro y José Luis Monereo Pérez), *El poder de dirección del empresario: problemas y manifestaciones actuales*, Laborum, (en prensa); para una lectura más crítica, Monereo Pérez, José Luis (2019): “Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7, 1-11.

58 García Murcia, Joaquín (2022): “Despido por absentismo y control de convencionalidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5, 6-7.

59 En ese sentido se manifestaron, antes de que el Gobierno optara por la derogación del art. 52.d) ET, Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2018): “Discapacidad y despido por faltas de asistencia ex art. 52.d ET: posible discriminación pendiente de concreción (caso TJUE Ruiz Conejero)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Por Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*; Iturre Gárate, Juan Carlos (2019): “Caso Ruiz Conejero. Tercera parte. Sentencia confirmatoria del TSJ”, *Revista Jurisdicción Social, revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 199, 37-45; Romero Rodenas, María José (2019): “Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas por faltas de asistencia justificadas: cese que constituye despido nulo: discriminación indirecta por motivos de discapacidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5, 8.

5. CONCLUSIONES

La primera conclusión es evidente, el actual marco regulador en torno a la extinción por enfermedad, ineptitud o incapacidad debería ser objeto de una profunda reconstrucción. No sólo por los silencios que guarda, sino porque en numerosos aspectos la regulación se muestra oscura o directamente inadecuada. Unas carencias normativas que a lo largo de los años se han acentuado, en parte por la falta de armonización con la normativa internacional y, por otra, como consecuencia de las nuevas situaciones de hecho que se van dando en el campo jurídico. El legislador no pudo prever en 1980 la importancia que adquiriría la integración social plena de las personas con discapacidad, la dimensión tan amplia que adquiriría el concepto de discapacidad o las oportunidades laborales que les abre el empleo tecnológico inclusivo. La segunda conclusión es que esa revisión se tiene que hacer con absoluto respeto al derecho a trabajar en igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, pero teniendo en cuenta los costes directos e indirectos que tales derechos suponen para las empresas y también el legítimo objetivo de la defensa de la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con fundamento en la libertad de empresa del art. 38 de la CE. Y la tercera es que dicha reforma tendrá que hacerse de manera coordinada con la legislación de Seguridad Social y discapacidad, en el sentido de que han de coexistir y complementarse recíprocamente.

Así las cosas, se impone una reforma clarificadora de la Ley 2/2025, en la medida en que, como se ha expuesto, presenta “abundantes ángulos muertos y zonas de sombra”⁶⁰, que obligan a sobreentender demasiadas cosas con la consiguiente dosis de inseguridad jurídica. De *lege ferenda*, entre otros, apunto los siguientes cambios:

- a) Reconocer al trabajador el derecho a los ajustes razonables, aunque la incapacidad permanente vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al trabajo, dando así cumplimiento a la normativa internacional y al art. 40.2 LGPDP.
- b) Atribuir a la entidad gestora de la Seguridad Social la obligación de informar al trabajador sobre los derechos de adaptación en la misma resolución que declara la IPT, IPA o GI, con indicación del plazo para solicitar los potenciales cambios y la consecuencia de no hacerlo.
- c) Establecer algún tipo de prelación o jerarquía entre las dos obligaciones instrumentales que ha venido a diferenciar el legislador. La lógica lleva a pensar que antes de cambiar al trabajador de puesto hay que intentar adaptar el suyo, de modo similar a lo que establece el art. 25 LPRL, pero en todo caso debería aclararse, así como también a quien corresponde adoptar la decisión cuando existan varias alternativas, todas razonables y adecuadas.

60 Cavas Martínez, Faustino, “La reforma...”, op. cit., 4.

- d) Contemplar expresamente la apertura de un procedimiento de negociación en torno a la solicitud de adaptación e incluso fórmulas arbitrales como las contempladas en el art. 66.2 LGDPD, que den cumplimiento a la normativa internacional y sobre todo sirvan para prevenir la litigiosidad derivada de discrepancias relativas a los ajustes razonables.
- e) Atribuir a la empresa (en lugar del servicio de prevención) la competencia exclusiva para consultar a la representación de los trabajadores sobre los cambios o la relación de los puestos de trabajo compatibles con las limitaciones físicas o psíquicas del trabajador, de modo similar, por ejemplo, a lo que ya establece el art. 26 LPRL en relación con la protección de la maternidad.
- f) Incorporar un periodo de experimentación, durante el cual ambas partes puedan evaluar la idoneidad de los cambios efectuados y si la relación satisface sus intereses. De suerte que si finalmente el trabajador no se adapta al puesto o los cambios no permiten garantizar su seguridad y salud, la empresa pueda extinguir el contrato con base en la propia IPT, IPA o GI, eso sí, justificándolo, para que esa posibilidad de experimentar no derive en actuaciones abusivas.

En segundo lugar, y a pesar de la encomiable labor clarificadora y de integración que han llevado a cabo la jurisprudencia y la doctrina judicial en torno al despido por ineptitud sobrevenida, no se puede dejar pasar por más tiempo una reforma que perfile y confiera seguridad jurídica a esta causa de extinción. En lo que aquí más interesa, además de definir legalmente el concepto de ineptitud⁶¹, debería explicitarse que, si la ineptitud deriva de las limitaciones psicofísicas del trabajador, la empresa sólo podrá activar el despido si no resulta posible la adaptación o supone una carga excesiva. Al tiempo que habría que incorporar en el art. 53.1 ET una mención a esta cuestión, para que la empresa incluya en el contenido de la carta de despido una explicación relativa a la imposibilidad de realizar ajustes razonables.

Ahora bien, eso no significa que se deban incorporar las reglas de procedimiento en la implantación tal y como se regulan el art. 49.1.n) ET. Porque más allá de su falta de claridad, a nadie se le escapa que hay aspectos en los que esa obligación de adaptación no encaja. Por ejemplo, ¿tiene sentido trasladar al trabajador la decisión de solicitar un posible ajuste? No parece, pues la obligación ya existe, aunque sea desde la perspectiva preventiva. Igual que no parece razonable establecer un plazo máximo para realizar dichos ajustes o proceder a la extinción. Porque los arts. 14 y 25 LPRL configuran la adaptación o la reubicación como una obligación automática de la empresa. Y luego está la cuestión de si el trabajador podría rechazar los cambios propuestos y, particularmente, otros puestos de trabajo compatibles con sus limitaciones incapacitantes. Desde una perspectiva preventiva parece evidente que no. La responsabilidad es de la empresa y, por tanto, no queda en manos del trabajador

61 Monereo Pérez, José Luis (2017): *Despido objetivo...*, op. cit., 20.

decidir si se aplica o no la medida correctora. Otra cosa es que, como en el caso de la extinción por incapacidad permanente, se pueda barajar la incorporación de un principio de voluntariedad en el art. 52.d) ET. Ahora bien, lo que no tendría sentido en es que, si el trabajador rechaza la propuesta de adaptación, la empresa tenga que indemnizarle a pesar de ello.

Finalmente, respecto de la posibilidad de resucitar el despido objetivo por faltas de asistencia, una cosa es clara: ni la Constitución Española ni la normativa internacional se opone a ello. Otra cosa es que si se hace debiera neutralizarse cualquier riesgo de discriminación indirecta por razón de discapacidad en la dimensión comunitaria del término, asimilando a las ausencias que ya no se computaban las enfermedades asimilables o consecuencia de la discapacidad. Ahora bien, sería ingenuo pensar que la recuperación de esta fórmula extintiva resolvería el problema del absentismo laboral en España. Estamos ante un problema complejo, que no admite soluciones simplistas. Ciertamente, puede haber una relación entre la supresión del despido objetivo por faltas laborales y el fuerte incremento de la tasa de absentismo por incapacidad temporal que se observa desde entonces, pero no será la única razón. El absentismo laboral es un fenómeno complejo y pluricausal, en el que intervienen factores de muy diversa índole, por supuesto personales, pero también organizativos (deficiencias en las relaciones laborales y en el clima laboral) y públicos (el colapso y la ineficiencia en la gestión de la incapacidad temporal por parte del sistema público de salud). Lo que sugiere que la estrategia para reducir el absentismo laboral no puede ser exclusivamente de tipo reactivo o extintivo, sino que, como se desarrolla en este monográfico, requerirá combinar políticas públicas eficaces, herramientas legales adecuadas y actuaciones empresariales preventivas.

