

El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo.

Pilar Rivas Vallejo

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

Resumen: *La incapacidad permanente total para la profesión habitual permite conservar el empleo tras un cambio de funciones con motivo de la adaptación de condiciones de trabajo si la declaración de incapacidad es posterior a estas nuevas funciones y la declaración lo es para las que se desempeñaban anteriormente como consecuencia de una patología que motivó el cambio y que se ha visto agravada posteriormente.*

Palabras clave: *Incapacidad permanente. Extinción del contrato Profesión habitual.*

Abstract: *Disability for the usual profession allows workers to keep their job after a change of functions due to the adaptation of working conditions (reasonable accommodation) if the declaration of professional disability is subsequent to these new functions and the declaration is for those that were previously performed as a consequence of a pathology that motivated the change and that has subsequently been aggravated.*

Keywords: *Disability. Termination of contract. Usual profession.*

I. Introducción

La sentencia analizada se centra en determinar si la resolución administrativa que declara en incapacidad permanente total a un trabajador para determinada profesión puede justificar la extinción del contrato de trabajo, al amparo del art. 49.1 e) ET, si las tareas que aquel ejecuta en la empresa corresponden a un profesigramas distinto al que fundó la declaración de incapacidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala Cuarta.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 770/2020, de 16 de septiembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 1000/2017.

ECLI:ES:TS:2020:3077

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Lourdes Arastey Sahún.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. La compatibilidad de la incapacidad permanente total con otras profesiones

El problema que se suscita en la sentencia dictada por la sala cuarta del Tribunal Supremo, por la que se resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1000/2017, interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 28 de abril de 2016, dictada en el recurso de suplicación núm. 1467/2015, sobre despido, es la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo al amparo del art. 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores (ET), por tanto, como consecuencia de la declaración del actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual.

El citado precepto es interpretado tanto por la empleadora como por la sentencia recurrida como causa directa e inmediata de resolución del contrato de trabajo a instancia de la empresa, mientras que, tanto el actor, como la sentencia de origen, dictada por el juzgado número 9 de Sevilla, de 17 de diciembre de 2013, y la que se comenta en estas páginas optan por desgajar ambos elementos, para no entenderlos inescindibles y por consiguiente correlacionados necesariamente.

2. Los hechos

El trabajador recurrente, trabajador de un ayuntamiento (como "indefinido no fijo", y funciones de electricista encargado de la EDAR -"Estación de Depuración de Aguas Residuales-), sufría una enfermedad cardíaca que motivó en 2004 el cambio de funciones desde las propias de la profesión de electricista hasta las de gestor energético y de agua, y que no dio lugar a la declaración de su situación como de incapacidad permanente total para la profesión de electricista hasta el nuevo debut de la enfermedad con infarto de miocardio varios años después, en 2011. La resolución del INSS conteniendo tal declaración (sin estimación de revisión en un plazo no superior a dos años) se emitió y comunicó al ayuntamiento empleador en 2012, cuando el actor prestaba servicios en las funciones anteriormente referidas desde ocho años atrás. De modo que la profesión de referencia utilizada para su evaluación a efectos de incapacidad permanente para el trabajo fue la que desempeñaba en el momento de producirse la agravación de su patología cardíaca en 2004, fruto de la cual es precisamente la reubicación aplicada en la empleadora para el desempeño de funciones distintas, puesto que las que venía desempeñando con anterioridad, con o sin declaración de incapacidad permanente, lo cierto es que no eran adecuadas a su estado de salud.

Atendiendo a la existencia de tal resolución y al amparo del art. 49.1 e) ET, el ayuntamiento empleador efectúa una conexión automática que convierte en la decisión extintiva al trabajador, al que, en realidad, se le comunica el cese de su prestación de servicios como gestor energético y de agua por imposibilidad de prestar las funciones de electricista.

La decisión extintiva es declarada como despido improcedente por la sentencia de 17 de diciembre de 2013 el Juzgado de lo Social número 9 de los de Sevilla, que resulta revocada por la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 28 de abril de 2016.

IV. Posición de las partes

El recurrente sostiene que se ha producido una incongruencia en la interpretación de la sentencia del TSJ de Andalucía objeto del recurso, al amparo del art. 24.1 de la Constitución (CE), pues introduce en la causa una cuestión no controvertida, que no es otra que la profesión de referencia que justifica la declaración de incapacidad

permanente. Pero la falta de contradicción respecto a este punto excluye su análisis por el Tribunal Supremo.

De igual modo, argumenta que la actividad desempeñada por el trabajador no se encuentra afectada ni por el proceso patológico que sufre ni por el desenlace al que este conduce, en forma de declaración de incapacidad para el trabajo. De esta suerte, vuelve a introducir en el debate el que considera un tema externo al mismo en su motivo de infracción procesal. El núcleo de la litis es, en definitiva, la profesión de referencia para justificar por una parte la incapacidad permanente y por otra la extinción del contrato, en tanto esta ha traído causa de aquella, cuando no concurre incompatibilidad alguna con las funciones que venía desempeñando desde 2005 y hasta 2012.

Como se razona en la sentencia que resuelve el recurso de suplicación contra la misma, tal sentencia parte de que el trabajador, desde 2005, “no realiza funciones de electricista de campo, ya que por la enfermedad que se detectó en aquel momento pasó a desempeñar funciones de gestión y administrativas por lo que, entiende, cuando fue declarado afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual eso no implicaba la imposibilidad de seguir realizando las tareas que venía desempeñando en el ayuntamiento demandado desde 2005, por lo que su despido no tenía causa”.

Por el contrario, el razonamiento del TSJ de Andalucía se basa en el concepto de profesión habitual, que entiende referido a la que se desempeñara en los últimos doce meses en caso de enfermedad común, por mantenerse la vigencia del art. 194.2 LGSS anterior a la reforma de la Ley 24/1997, por referencia al desarrollo reglamentario de la norma que no ha sido sustituido por aquel al que efectúa su llamada la citada Ley 27/1997, esto es, el art. 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969, a tenor del cual se *entenderá por profesión habitual, en caso de enfermedad común, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad temporal de la que derive la invalidez*. Comoquiera que en el caso de autos esto tuvo lugar en el año 2004, antes de procederse al cambio de puesto de trabajo anteriormente descrito, la profesión de referencia, concluye, es la de electricista, aun cuando se consigna en el hecho probado segundo que fue destinado tras su patología cardíaca a los servicios de oficina-administración como gestor energético y de agua, con funciones en oficina relativas al Plan de Ahorro Energético Municipal, al Sistema de Información Nacional de Agua de Consumo (SINAC) y de asesoramiento y supervisión al técnico electricista contratado por el Ayuntamiento a través del PER. En consecuencia, la propia sentencia objeto de casación admite que la profesión que motivó la resolución administrativa y la desempeñada en la fecha del despido eran distintas, una de electricista y otra de gestor administrativo.

La sentencia concluye que, en caso de desacuerdo con la propia calificación como afecto de incapacidad permanente, el trabajador debió impugnarla. Evidentemente no lo hizo porque esta no es la que desempeñaba al tiempo del despido que la citada sentencia considera extinción procedente al amparo del art. 49.1 e) ET, pero la resolución del TSJ parte de una presunción de identidad entre la evaluación y resolución administrativa y las funciones efectivamente desempeñadas por el recurrente, deduciendo que estas son las que motivan la declaración de incapacidad y, por tanto, justifican la extinción del contrato. No se evalúa que deban ser las anteriores al inicio del proceso médico que desemboca en la incapacidad permanente, sino las inmediatamente previas a la tal declaración. La ligazón temporal es clara bajo esta interpretación: se trata del año previo a la declaración de incapacidad permanente, sin efectuar retroacción a la fecha de debut de la patología y su previsible carácter definitivo, no consolidado sino hasta varios años después. El debate sobre la fecha a la que deba estarse en tal caso no se produce en el caso litigioso, no obstante, en tanto que este se centra en determinar la validez de la extinción del contrato.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores.

Art. 194.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

VI. Doctrina básica

1. La profesión habitual determinante de la incapacidad permanente cuando existen dos profesiones habituales en distintos momentos temporales

La decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo al amparo del art. 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores (ET), como consecuencia de la declaración del trabajador en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual no se encuentra definida o limitada en la legislación laboral, puesto que esta se remite a la propia resolución administrativa.

Por lo tanto, hay que estar a la profesión considerada como habitual en la resolución administrativa (o en el expediente del que trae causa) para determinar si la decisión extintiva es o no procedente, es decir, si la empresa está habilitada para hacer uso extintivo de la resolución administrativa.

Lo cierto es que no existe norma alguna que efectúe tal conexión, pero la conclusión se desprende de la propia configuración de la incapacidad permanente en grado de total, en tanto esta continúa refiriéndose “a la profesión habitual”. En supuestos ordinarios, en los que no se compatibiliza trabajo alguno con una patología o no se han adoptado medidas de movilidad funcional para realizar la adaptación de condiciones de trabajo que ordena el art. 25 LPRL y el art. 40.2 de la Ley de derecho de las personas con discapacidad y su integración social, no cabe duda de la identidad absoluta entre ambos términos. Mas no en el caso contrario, en el que la lógica obliga a efectuar este cotejo. El que no hizo la empleadora, que se limitó a dar por extinguido el contrato cuando el trabajador supuestamente prestaba sus funciones de manera habitual y ordinaria desde ocho años atrás en tareas administrativas y de gestión. Por tanto, la primera operación de la empleadora debió ser algo más indagadora, omisión que simplemente se explica por la permanencia del trabajador en proceso de incapacidad temporal con carácter inmediatamente previo a la declaración de incapacidad permanente.

2. El alcance del art. 49.1 e) ET

El art. 49.1 e) ET precepto es interpretado tanto por la empleadora como por la sentencia recurrida como causa directa e inmediata de resolución del contrato de trabajo a instancia de la empresa (presuponiendo tal identidad entre las tareas realizadas y la que motivan la declaración administrativa), mientras que, tanto el actor, como la sentencia de origen, dictada por el juzgado número 9 de Sevilla, de 17 de diciembre de 2013, y la que se comenta en estas páginas optan por desgajar ambos elementos, para no entenderlos inescindibles y por consiguiente correlacionados necesariamente.

Por el contrario, la sala cuarta del Tribunal Supremo considera que la propia configuración legal de la incapacidad permanente protegida por el Sistema de la Seguridad Social avala la compatibilidad de la pensión correspondiente a la declaración del grado de total de la incapacidad permanente con la prestación de servicios retribuida cuando la funcionalidad que exija esta lo sea a su vez con las dolencias que dieron lugar a tal declaración y cuando la profesión que le dio origen es también distinta a la que funda el despido del que trae causa la sentencia. En otras palabras, que la causa de extinción del art. 49.1 e) ET no es la mera resolución administrativa de declaración de incapacidad permanente, sino que de su contenido se desprenda la efectiva imposibilidad para seguir desempeñando las tareas de la profesión que justificó la contratación laboral.

No se trata, pues, de una contradicción con la dicción del art. 49.1 e) ET, en tanto que este viene referido a la profesión habitual, que no tiene por qué ser la considerada para la celebración del contrato de trabajo que se pretende dar por extinguido tras la resolución administrativa citada. Y no lo es porque pueden concurrir distintas circunstancias que justifiquen la ausencia de correspondencia entre la declaración de incapacidad permanente y la prestación de servicios contratada a la que se pretende poner fin. En primer lugar, porque el expediente administrativo de incapacidad permanente puede concurrir en el tiempo con la contratación en distinto puesto de trabajo o profesión que la considerada para evaluar el estado del trabajador que funde su declaración como afecto de una incapacidad permanente total. Bien sea porque su solicitud se produce desde una situación de no alta en el Sistema de la Seguridad Social o sin previo periodo de incapacidad temporal, o tras sucesivos intentos de reconocimiento de la prestación tramitados bajo distintos expedientes administrativos. En segundo lugar porque el elemento profesional determinante de la declaración de incapacidad permanente, el profesiograma laboral, diverja sustancialmente del que se tomó en cuenta para realizar la contratación del trabajador, reflejado en la categoría profesional y/o funciones fijadas en el contrato de trabajo. Resulta, pues, sustancial perfilar el concepto de profesiograma.

VII. Parte dispositiva

La Sentencia objeto de comentario entiende que debe aplicarse la norma de la compatibilidad entre la declaración de incapacidad permanente para la profesión habitual y un nuevo empleo cuando este pueda ser desempeñado a partir de la capacidad residual del trabajador, tanto si el empleo es posterior a tal declaración como si, como en el caso de autos, es anterior, y se había simultaneado con un proceso patológico que no dio lugar a la declaración de incapacidad permanente sino hasta años después de iniciarse la compatibilidad por cambio de funciones dentro de la misma empresa.

De igual modo, considera que no cabe justificar ninguna decisión extintiva empresarial basada únicamente en una resolución administrativa de incapacidad permanente para la profesión habitual si esta es precisamente otra distinta a la que ha motivado la contratación o, en este caso, la asignación de funciones distintas como consecuencia de movilidad funcional. En definitiva, que carece de congruencia que la empresa realice tal asignación basada en la salud del trabajador y más tarde utilice la resolución administrativa de declaración en situación de incapacidad permanente para aquellas funciones que ya no desempeña como resultado de tal movilidad. Y que como consecuencia de ello “el percibo de la pensión de IPT no perjudica el derecho al salario que le corresponde en su nuevo empleo”.

VIII. Pasajes decisivos

Sin duda el núcleo de la decisión se encuentra en el segundo de los párrafos del FJ 2º de la sentencia, en la que se afirma que la decisión empresarial resulta difícilmente justificable, “no sólo por la peculiar circunstancia -no controvertida- de que la misma es adoptada por la empresa antes de que se le comunicara la resolución administrativa (STS/4ª de 19 octubre 1993 -rcud. 2265/1992-); sino, muy significadamente, porque el contenido de la misma claramente impide extinguir la relación de quien se hallaba desempeñando una nueva profesión para la cual no se le declara impedido. Resulta evidente que el haber acoplado al trabajador en un puesto distinto adecuado a las aptitudes que le restan, el percibo de la pensión de IPT no perjudica el derecho al salario que le corresponde en su nuevo empleo (STS/4ª de 18 diciembre 1989)”.

IX. Comentario

1. Incapacidad permanente que impide o dificulta el ejercicio de la profesión habitual

El concepto de incapacidad permanente a los efectos prestacionales del art. 193 y ss. LGSS es el que se corresponde con la imposibilidad para el desempeño de las tareas fundamentales que definen la llamada profesión habitual, lo que justifica la

sustitución de las rentas de activo por las pasivas derivadas de la pensión vitalicia. Que la declaración de tal circunstancia se refleje en una resolución administrativa es causa habilitante, al amparo del art. 49.1 e) ET, para rescindir el contrato de trabajo si no se incluye en aquella la probabilidad de revisión del grado reconocido en un plazo no superior a dos años a tenor de lo dispuesto en el art. 48.2 ET, que lo sitúa entre las causas que permiten suspender el contrato.

Ahora bien, la mera declaración de incapacidad permanente, valora el Tribunal Supremo, no es la causa recogida por el art. 49.1 e) ET para facultar a la empleadora a tal extinción bajo el solo amparo de la resolución administrativa.

Por el contrario, debe concurrir una identidad entre las circunstancias recogidas en la resolución administrativa, en particular el profesigramas, y las funciones que efectivamente desempeña y para las que fue contratado el trabajador, divergentes en el caso analizado, lo que no justifica su extinción sobre la única base de la resolución administrativa. Por el contrario, la extinción del contrato debería venir avalada por la aplicación de las obligaciones dimanantes del art. 25 LPRL y amparada por el art. 52 a) ET, una vez constatada la ineptitud para continuar desempeñando tales funciones, no las que dieron lugar al reconocimiento de la incapacidad permanente total. En consecuencia, procede revisar la adscripción funcional en cada caso antes de efectuar uso de la habilitación del art. 49.1 e) ET, porque esta no es indiscriminada y automática, y, en segundo lugar, hacer uso del art. 25 LPRL (en relación con la obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo prevista en el art. 40.2 de la *Ley General de derecho de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, aprobada por RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre) para adaptar las condiciones de trabajo o movilizar a la persona afectada a otras funciones compatibles con su cuadro patológico antes de evaluar su posible ineptitud para el puesto.

En última instancia, cabrá recurrir al art. 52 a) ET, mas no al art. 49.1 e) ET, y, en todo caso, nunca de manera directa sin haber procedido a una evaluación previa del contenido y la motivación de la resolución administrativa de incapacidad permanente, so pena de declaración de improcedencia de la decisión extintiva, cuando no de nulidad bajo determinadas circunstancias de vulneración del derecho a la igualdad por razón de discapacidad (STS de 3 mayo 2016, rcud. 3348/2014, en aplicación de la STJUE de 11 abril 2013, HK Danmark , C-335/11 y 337-11," Ring y Werge "), esto es, la insuficiencia de la adopción de medidas de ajuste razonables.

2. El concepto de profesigramas

Si bien no existe una definición legal del concepto de "profesigramas laboral", lo cierto es que es un término usual en dos ámbitos distintos: el de la selección de personal (los llamados "recursos humanos")^[1], y el de la evaluación de incapacidades profesionales en el marco del Sistema de la Seguridad Social a efectos de su protección por el conjunto de las prestaciones por incapacidad permanente que regulan los arts. 193 y ss. LGSS. En este segundo caso, el profesigramas, avalado o no por técnicos especialistas en prevención de riesgos laborales, deviene fundamental para realizar el oportuno cotejo exigido por el art. 193 LGSS a efectos de determinar si la capacidad residual de la persona afectada por ciertas dolencias o lesiones de carácter permanente resulta insuficiente para continuar desempeñando las tareas fundamentales o principales de las que configuran ese citado profesigramas. La clave es, no obstante, y especialmente en el caso litigioso, a qué profesión se refiere el llamado *profesigramas*.

La STS 757/2018 de 22 de febrero de 2018, de la misma ponente que la que ahora es objeto de comentario, apunta al mismo centro de la esencialidad de las tareas que conforman dicho profesigramas, pues, de ser secundarias o complementarias las que resultan incompatibles con el estado de salud residual que se evalúa, no permitiría concluir que concurre tal carácter fundamental o principal propio del grado de total de la incapacidad permanente para el trabajo (en este caso, porque su limitación " se ciñe de modo particularísimo a ciertos aspectos relacionados con la actividad específica de la empresa para la que presta servicios", y porque la empresa llevó a cabo distintas y

sucesivas medidas tendentes a la readaptación de su concreta situación a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación”).

Sin embargo, no existe una definición expresa ni tácita del concepto de profesiograma en el ámbito de la protección por incapacidad permanente en nuestra jurisprudencia, como sí se define la profesión habitual.

3. La profesión habitual

Hasta la reforma del art. 137.2 LGSS 1994 por la Ley 24/1997, de 15 julio, de Consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social (que mantuvo la vigencia transitoria del precepto por mor de la Disposición Transitoria 5.^a bis TRLGSS), la profesión habitual a los efectos de la evaluación como afecto de incapacidad permanente contaba con definición expresa, por la que se identificaba con aquella que desempeñara “normalmente” el trabajador al tiempo de sufrir el accidente, o a la que dedicase su actividad fundamental durante el periodo de tiempo anterior a la iniciación de la incapacidad en caso de enfermedad, tiempo en concreto que debía determinarse reglamentariamente^[2] (actual 194.2 LGSS por remisión de la disposición transitoria 26^a).

La jurisprudencia posterior a la reforma del precepto descarta la identificación de la profesión habitual como la correspondiente a la titulación del trabajador o trabajadora evaluados, para atenerse a un criterio pragmático a la par que lógico que la aproxima a aquella en la que se insertan los funciones u oficio efectivamente desempeñados (“pues la prestación que por ella se lucra tiene por finalidad sustituir las rentas del trabajo a las que el inválido no puede acceder, como consecuencia de las limitaciones funcionales derivadas de sus dolencias”, afirma literalmente la STS de 28 de febrero de 2005 [rcud. núm. 1591/2004]).

Por otra parte, es también doctrina inveterada que la divergencia entre la profesión habitual y la labor específica de un determinado puesto de trabajo, sino, sostienen, entre otras, las sentencias de 17 de enero de 1989 y de 12 de febrero de 2003 (rcud. núm. 861/2002), «aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional», o la que «permite su ejercicio en empleos o puestos distintos, pero propios del mismo grupo profesional, en el sentido que lo define el art. 22.2. del Estatuto de los Trabajadores».

Pero se descarta su asimilación a la pertenencia a un grupo profesional (STS de 28 de febrero de 2005 citada, que, en la disyuntiva entre grupo y categoría profesional del art. 22.2 ET, se inclina por la categoría). La reforma del precepto citado abrió la posibilidad de que la interpretación de la profesión habitual se deslizara peligrosamente hacia el concepto de grupo profesional, abriendo, pues, la interpretación y restringiendo en consecuencia el ámbito del propio concepto de *incapacidad permanente para la profesión habitual*^[3], que ya se apuntaba en la STS de 17 de enero de 1989^[4]. La STS citada excluye tal asimilación, previa a la reforma del precepto laboral, para atenerse a las tareas efectivamente desempeñadas, pues, sostiene, “estimar que el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de la declaración de incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien, no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria”. Y añade: “tesis que hemos de rechazar, sin que ello quiera decir que efectuemos una identificación entre profesión habitual con la aptitud para un preciso y determinado puesto de trabajo. En definitiva, en tanto no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario del precepto de la Ley, debe subsistir el concepto de la primitiva versión y profesión habitual deberá ser aquella a la que el trabajador hubiera venido desempeñando”. Final del formulario

Para el TSJ de Madrid en su Sentencia núm. 575/2006, de 17 de julio, tampoco cabe equiparar la profesión habitual con la categoría profesional, sino “aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior

a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se señale (un año), para la enfermedad, o la normalmente desempeñada al tiempo de sufrirlo, en el caso de accidente”, pues “lo que se quiere atender no es la específica incidencia que van a tener las secuelas en el concreto empleo que tiene el trabajador, sino algo de mayor significado en su vida laboral, dado que normalmente se desempeña una sola a lo largo de la misma, por lo que si esta se trunca por razón de enfermedad o accidente, la incidencia que le causa es de una magnitud mucho mayor a la que deriva de la concreta pérdida de un específico empleo”. Ya que “el concepto del grupo, que puede a su vez comprender diferentes profesiones, se halla en el art. 22.2 del Estatuto de los Trabajadores y no ha tenido acceso a las normas de Seguridad Social”, como se afirma en las SSTS de 15 de octubre de 2004 (rcud. 5809/2003) y de 28 de febrero de 2005 (rcud. núm. 1591/2004).

La sentencia aludida introduce el elemento temporal de la habitualidad, que identifica con la profesión a la que la persona evaluada dedicara su actividad fundamental durante un determinado periodo anterior a la iniciación de la incapacidad, ejemplificándolo en el caso de la enfermedad con un año, lo cual tampoco permite concluir, en la acepción común del término, que estemos ante una profesión estable sino meramente transitoria, aun cuando la resolución reseñada huya de considerar como tal “un específico empleo”. En el contexto de la temporalidad de la contratación, la habitualidad puede devenir un concepto de difícil determinación en casos en los que los periodos previos a la evaluación de la incapacidad se correspondan con un crisol de trabajos de variada tipología.

De igual modo, la sentencia del TSJ de Madrid aludida afirma que “la profesión habitual no es equiparable a las funciones del puesto de trabajo”, volviendo al concepto clásico de la jurisprudencia de la sala cuarta. Por profesión habitual, insiste, “no cabe entender las concretas tareas específicas que se pudiesen llevar a cabo cuando ocurre el hecho causante de la incapacidad permanente, sino que ha de partirse del oficio que fijan las reglamentaciones o convenios colectivos; o, para ser más precisos, la profesión habitual no es coincidente con la labor que se realice en un determinado puesto de trabajo (TS 27-4-05, rec. 998/04), sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y al que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional”.

Es decir, por tanto, que la profesión habitual es aquella que corresponde a las funciones efectivamente realizadas propias de la profesión ejercida, como las que componen tales funciones (SSTS de 12 de febrero de 2003 [rcud. núm. 861/2002], de 27 de abril de 2005 [rcud. núm. 998/2004], de 23 de febrero de 2006 [rcud. núm. 5135/2004] y de 1 de junio de 2008 [rcud. núm. 256/2007]).

La STS núm. 227/2020, de 11 de marzo, mantiene el criterio de la movilidad funcional para abrir el espectro de las funciones comprendidas bajo el concepto de profesión habitual, pero matiza que “este criterio profesional no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deban depender de las que en función del estado del trabajador puedan haberse adoptado en la relación de empleo”. Pues, sostiene, “el sistema de calificación de la incapacidad permanente en nuestra Seguridad Social es independiente de las incidencias que puedan producirse en esa relación”, y “la vinculación se produce en todo caso en sentido contrario, como se advierte del examen del artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores”.

Resta por perfilar el concepto de habitualidad predicado de la profesión, que la jurisprudencia en general no cuantifica, pero sí lo hace la STS núm. 227/2020, de 11 de marzo, afirmando que “en caso de enfermedad -profesional o común- la profesión habitual será “aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria [incapacidad temporal en la terminología de la legislación vigente] de la que se deriva la invalidez” (determinación reglamentaria -en defecto de otra- que se localiza en el art. 11.2 OM 15/Abril/1969)”. Admite el Tribunal Supremo en la resolución reseñada que tal definición legal es “ciertamente imprecisa”, y “partiendo de tal insuficiencia normativa, el Tribunal Supremo más que cerrar y precisar la ‘definición

legal', ha optado por la concreción negativa del término, en el bien entendido de focalizar la cuestión en lo que no merece la consideración de profesión habitual". La misma sentencia efectúa un recorrido por el tratamiento del concepto en su propia doctrina: "se ha admitido con rotundidad que la profesión habitual no es identificable con el "grupo profesional" [STS 28/02/05 rcud 1591/04]; pero que tampoco lo es con el "puesto de trabajo" o "categoría profesional" [SSTS 27/04/05 rcud 998/04]; 25/03/09 rcud 3402/07; y 26/10/16 rcud 1267/15]". Recogiendo esa llamada eterna al desarrollo del concepto introducido por la Ley 24/1997, sigue sosteniendo: "afirmaciones quizás revisables -ya se verá hasta qué punto- cuando entre en vigor el artículo 194.2 LGSS/TR 2015 en la versión de futuro ["...la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente... "]". Sin embargo, concluye que hay que estar a las "funciones de la profesión que ejercía el trabajador al suceder el accidente, o del grupo profesional en la que dicha profesión estaba encuadrada, las que hay que tomar en consideración para determinar las limitaciones que al trabajador le originan las secuelas que presenta, sin que proceda acudir a las concretas funciones que realiza para apreciar las limitaciones que sufre".

X. Apunte final

La inaplicada reforma de los grados de incapacidad permanente conduce a situaciones de indefinición como la que motiva la necesidad de continuar interpretando el concepto de profesión habitual, que debiera sustituirse por una definición más precisa que no atienda a una idea tan estática y con tan escasa correspondencia con la realidad del mercado laboral actual. Y, por otra parte, las resoluciones administrativas declarativas de incapacidad permanente habrían de precisar con mayor exactitud este extremo, que en el caso analizado parece que no fue especialmente explicitada.

En todo caso, y por lo que respecta al núcleo de la cuestión tratada por la sentencia, también el art. 49.1 e) ET debiera ser objeto de modificación más acorde con el derecho a la inserción social de las personas con discapacidad, según el espíritu y letra de la Ley de los derechos de las personas con discapacidad, para evitar este tipo de equívocos y de asociación automática entre un grado de incapacidad para el trabajo y la pérdida automática del empleo. Asimismo, en atención a la necesidad de visibilizar la eficacia de las medidas de adaptación del puesto de trabajo que tanto la citada ley (reconocedora del derecho de ajustes razonables) como el art. 25 LPRL prevén para la armonización de ambos planos, el de la capacidad perdida y el de la capacidad conservada (llamada "residual"). Ello favorecería huir prácticas poco acordes con el derecho de adaptación referido, en casos en los que, como en el analizado, incluso podrían no ser buscadas de propósito (aunque no acabe siendo la conclusión que pueda extraerse de la actitud consistente en recurrir la sentencia estimatoria en lugar de reincorporar al trabajador al puesto de trabajo una vez percibido el equívoco).

Referencias:

1. [^] *El portal digital Aragón Empleo (https://www.aragonempleo.com/servicioextra/zona_rrhh/seleccion_3.asp) se refiere a él como elaboración del perfil profesiográfico o profesiograma, y lo define como "el documento en el que se reflejan aquellas características que debe reunir un candidato que se ha de seleccionar para cubrir un puesto que previamente tendremos descrito mediante el correspondiente análisis y descripción del puesto", que incluye información relativa a cuatro aspectos fundamentales: características específicas, conocimientos, aptitudes y rasgos de*

personalidad, y motivación. Resulta evidente la distancia de estos parámetros con los que constituyen el marco de referencia para calibrar la pérdida de aptitudes psicofísicas para continuar desempeñando la profesión habitual.

2. ^ Luján Alcaraz, José: “Profesión habitual a efectos de la calificación de la incapacidad permanente total”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. 74 parte Presentación. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 1997, BIB 1997\1260.
3. ^ Esta tesis es apuntada por el TSJ de Madrid en su sentencia núm. 575/2006, de 17 de julio, en la que se afirma que “la dicotomía profesión-grupo profesional es generadora, llevada al extremo, ... a consecuencias muy perniciosas para los trabajadores, pues si, por ejemplo, el margen del grupo de profesiones es muy amplio, se podría estar incapacitado para la profesión, pero no para el grupo, y el empresario estaría en disposición de despedir por ineptitud en lugar de recurrir a la vía de extinción del contrato por la incapacidad permanente, sin obtener pensión vitalicia por esta sino por la más precaria y temporal prestación del desempleo”.
4. ^ A tenor de la sentencia citada, “la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica -que no se da en el caso concreto- o de pertenencia a un grupo profesional -art. 39 del Estatuto de los Trabajadores-. Y que, “como en el supuesto de los aprendices, no sólo se ha de tener en cuenta la labor desempeñada en un puesto, sino aquella a que pueda ser trasladado en movilidad funcional”.