

LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA. EL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO COMO LÍMITE AL DESPIDO POR INEPTITUD SOBREVENIDA*

Alberto Pastor Martínez**
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Prolongación de la vida laboral y prevención de riesgos laborales. –2. Los trabajadores de edad avanzada como trabajadores especialmente sensibles. 2.1. Los efectos del envejecimiento en la salud de los trabajadores. 2.2. Los efectos de la edad en la salud como condición personal susceptible de determinar una mayor sensibilidad a los riesgos laborales. –3. La adaptación de las condiciones de trabajo como mecanismo de tutela de la seguridad y salud de los trabajadores de edad avanzada. 3.1. La idoneidad de la adaptación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de edad avanzada como medida de mantenimiento en el empleo. 3.2. El deber de adaptación de las condiciones de trabajo: fundamentación. –4. El deber de adaptación como límite a las facultades extintivas empresariales ex art. 52 a) TRLET. 4.1. El despido por ineptitud sobrevenida y su aplicabilidad en los supuestos de pérdida de la capacidad psicofísica. 4.2. La exigencia de adaptación/recolocación del trabajador especialmente sensible en el despido por ineptitud sobrevenida y las consecuencias de su omisión.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto evidenciar que la edad y los efectos que de ella se pueden derivar para las condiciones psicofísicas de los trabajadores constituye una circunstancia personal que puede determinar la especial sensibilidad de los trabajadores y por ello la aplicabilidad de las garantías que, en relación a ese colectivo de trabajadores, se establecen en la normativa preventiva. De otra parte, el trabajo destaca que las garantías previstas en el art. 25 de la LPRL además de la dimensión positiva, consistente en el establecimiento de unas obligaciones de hacer (de adaptación de las condiciones de trabajo y de recolocación), constituyen un límite para la facultad empresarial de extinguir el contrato a través del despido por ineptitud sobrevenida. De esta forma, el trabajo propone una reinterpretación sistemática del art. 52.a) del TRLET a la luz del art. 25 de la LPRL y la vinculación de ese límite con el principio de no discriminación por razón de edad.

*Recibido el 14 de septiembre. Aceptado el 10 de octubre.

** Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ABSTRACT

The present work aims to show that age and the effects that can derive for the psychophysical conditions of workers is a personal circumstance that can determine the special sensitivity of them and therefore the applicability of the guarantees that, in relationship to that group of workers, are established in the occupational risk prevention normative. Also it is tried to emphasize that guarantees provided in the occupational risk prevention normative about adaptation of working conditions and relocation of sensitive workers like a limit to the dismissal due to ineptitude. In this way, the work proposes a systematic reinterpretation of art. 52.a) of the TRLET in the light of art. 25 of the LPRL and linking that limit with the principle of non-discrimination based on age.

Palabras clave: Despido por ineptitud sobrevenida. Prevención de riesgos laborales. Trabajadores de edad avanzada. Adaptación de las condiciones de trabajo. Trabajadores especialmente sensibles.

Key words: Prevention of risks at work. Sensitive workers. Veteran workers. Ageing. Dismissal.

1. PROLONGACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Todos las estadísticas y estudios demográficos reflejan el evidente envejecimiento de la población de los países de la UE. Una realidad que, además, en los próximos años, salvo cambios radicales en las políticas migratorias y en los condicionantes de la natalidad, lejos de atenuarse, se consolidará y acentuará. Así, si en la actualidad el colectivo de personas de más de 50 años supone ya casi el 40% de la población de la UE (27), un 38,9% y unas décimas más en los 19 países de la Eurozona, y se estima que, mientras que los demás grupos de edad muestran una tendencia a la baja, el grupo de edad de 55 a 64 años aumentará en un 16'2% (9,9 millones) de la población activa en la UE-27 entre 2010 y 2030. Como consecuencia del aumento de la esperanza de vida y de la disminución de las tasas de fecundidad, la edad media de los trabajadores europeos será más alta que nunca, en muchos países. Los trabajadores de edad avanzada representarán el 30 % o más de la población activa¹.

El envejecimiento de la población supone, sin duda, importantes retos de diverso orden. Sin embargo, ha sido el de su incidencia en el sistema de pensiones el que con mayor rotundidad ha sido abordado por los poderes públicos. La sostenibilidad de estos sistemas de pensiones, conforme el Libro Blanco de la Comisión sobre las pensiones², exigiría prolongar la vida laboral como mecanismo para actuar sobre la relación entre cotizantes y pensionistas. Un objetivo que ya ha hallado plasmación legislativa en múltiples países de nuestro entorno esencialmente a través del retraso en la edad mínima de acceso a la jubilación y/o de la penalización de las jubilaciones anticipadas. Un objetivo y una política legislativa que, a los efectos de nuestro trabajo, contrasta con dos elementos, uno fáctico y otro de política legislativa, que, a nuestro juicio, resulta necesario poner en valor. Así, y por lo que se refiere al dato fáctico, debe destacarse la reducida tasa de empleo del colectivo de los trabajadores de edad avanzada. Así, la tasa de empleo de los trabajadores de 55 a 64 años en la UE-27, año 2016, sólo alcanza el 55,4 mientras que en España se sitúa en niveles aún más bajos, más de 6 puntos, en un 49'1%³.

¹ ILMARINEN, J., Promoción del envejecimiento activo en el trabajo, Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, EU-OSHA, 2012, p. 1, <https://osha.europa.eu/es/tools-and-publications/publications/articles/promoting-active-ageing-in-the-workplace> (consultado el 1 diciembre 2017).

² Libro Blanco «Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», COM (2012) 55 final.

³ En países como Suecia o Noruega la tasa, sin embargo, alcanza el 75,5% o el 72,6%, datos extraídos de Eurostat, <http://ec.europa.eu/eurostat/web/lfs/data/main-tables#> (consultado en diciembre 2017).

La voluntad política de prolongar la vida laboral de las personas y de incrementar sus porcentajes de participación en el mercado laboral contrasta, sin embargo, con el segundo de los elementos que se quería remarcar: la ausencia de previsiones normativas específicas que garanticen que esa prolongación de la vida activa se desarrolle en unas condiciones de trabajo adecuadas en términos de seguridad y salud para esos trabajadores. Una normativa que estaría vinculada a exigencias derivadas de la protección de la salud de esos trabajadores y a la propia lógica de favorecer la continuidad de esos trabajadores en el mercado de trabajo.

La idea del envejecimiento activo, como “*proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen*”, promovida por la OMS desde la década de los noventa e integrada ya como uno de los leitmotiv de la política de la UE en materia de empleo⁴, aunque con un carácter claramente poliédrico en el que se incardina políticas de muy diverso signo, incorpora, sin duda, la idea de la prolongación de la vida laboral de las personas de edad. La consecución de dicho objetivo, que requeriría políticas de orden y tipo diverso, cuya realización dista mucho de haberse conseguido, también exige, sin duda, la adopción de medidas referidas a la prevención de riesgos laborales. Así, de manera meridianamente clara, en el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020⁵ se advierte que «para lograr una vida laboral sostenible y un envejecimiento activo y saludable, es necesario que los trabajadores tengan salud y seguridad, habida cuenta, en particular, del envejecimiento de la población activa y la prolongación de la vida laboral. Para ello es necesario crear un entorno seguro y saludable a lo largo de toda la vida activa de una mano de obra cada vez más diversificada» o, más recientemente, en el Acuerdo Marco europeo sobre el envejecimiento activo y un enfoque intergeneracional, firmado por los interlocutores sociales a nivel de la UE el 8 de marzo de 2017, cuando señala que el envejecimiento activo «is about optimising opportunities for workers of all ages to work in good quality, productive and healthy conditions until legal retirement age, based on mutual commitment and motivation of employers and workers» (el subrayado es nuestro).

La conexión lógica entre envejecimiento, prolongación de la vida laboral y condiciones de trabajo saludable es puesta de manifiesto en múltiples documentos, tanto de ámbito internacional como de ámbito interno. Así, junto a los ya reseñados Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020⁶ y el Acuerdo Marco europeo sobre el envejecimiento activo y un enfoque intergeneracional firmado por los interlocutores sociales europeos el 8 de marzo de 2017, debemos destacar por su carácter pionero la Recomendación 162 de la OIT sobre los trabajadores de edad, de 23 de junio de 1980 o, en un plano interno, la Estrategia Global para el Empleo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad 2012-2014 (“Estrategia 55 y más”)⁷ o la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020⁸.

⁴ De Iema lo califica LÓPEZ CUMBRE, L., “Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo. Comentario a la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, pág. 189.

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, Bruselas, 6.6.2014 COM(2014) 332 final.

⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, Bruselas, 6.6.2014 COM(2014) 332 final.

⁷ Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más). Estrategia incluye medidas destinadas a elevar la tasa de empleo y reducir el desempleo de este colectivo, entre las que a nosotros interesan especialmente, las dedicadas a favorecer el mantenimiento en el empleo para contribuir a la prolongación de la vida laboral y a la mejora de las condiciones de trabajo, especialmente en lo referente a la seguridad y la salud laboral.

⁸ Aprobada en Consejo de Ministros con fecha de 24 de abril de 2015.

La claridad con que se establecen en un plano político o de *soft law* la conexión entre prolongación de la vida laboral y la seguridad y salud laboral contrasta, sin embargo, con la ausencia de normativa específica que ponga en relación la variable edad avanzada con la seguridad y salud. A diferencia de lo que ocurre con los jóvenes, los trabajadores de edad avanzada carecen de normas, tanto a nivel interno como en un plano internacional, en las que de forma expresa se efectúe un tratamiento general de la posible incidencia de la edad en materia preventiva⁹. Las únicas normas existentes se caracterizan bien por corresponder al *soft law* o al ámbito de lo político, caso de las Estrategias¹⁰, por necesitar de complementos normativos, caso del Acuerdo Marco europeo o de la Recomendación 162 OIT, o bien por adolecer de una elevada dosis de ambigüedad o falta de precisión, caso del deber de adaptación previsto con carácter general en el art. 15 y limitadamente concretado en el art. 25 de la LPRL¹¹. Y aun cuando, como trataremos de justificar en los apartados siguientes, ello no ha de impedir derivar la existencia de obligaciones y deberes empresariales preventivos específicamente referidos a la edad de los trabajadores, no es menos cierto, que predominan las políticas fragmentarias, de escaso valor normativo, más centradas en limitar el acceso a la jubilación y en el obsoleto escenario de las bonificaciones que en el de garantizar el acceso y la permanencia de los trabajadores de edad avanzada¹².

2. LOS TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA COMO TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES

2.1. Los efectos del envejecimiento en la salud de los trabajadores

Siguiendo a la OMS, el envejecimiento puede definirse como la consecuencia de un proceso de acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares a lo largo del tiempo, que provoca un descenso gradual de las capacidades físicas y mentales, un aumento del riesgo de enfermedad, y finalmente a la muerte¹³. Obviamente, como advierte la propia OMS, esos cambios, no son lineales ni uniformes. Así, aunque podríamos considerar que envejecemos durante toda la vida, al menos desde que alcanzamos el máximo desarrollo biológico (hacia los veinte años de edad cronológica), es a partir de una determinada edad, variable en función de parámetros diversos, cuando los efectos de ese envejecimiento empiezan a ser más evidentes y, por ello, presentan una mayor capacidad de limitación funcional.

⁹ Llama la atención sobre esta cuestión URRUTIKOETXEA BARRUTIA, MIKEL, "Envejecimiento y prevención de riesgos laborales", *Lan Harremanak*, núm. 24, 2011-I, p. 42.

¹⁰ Muy dura ha sido la evaluación realizada en relación a la efectividad de la Estrategia de empleo para los mayores de 55 años. Así, por ejemplo, GARCÍA JIMÉNEZ, M., "Trabajadores de edad avanzada y políticas de mercado de trabajo: retos estratégicos, contumaces realidades", *Revista de trabajo y Seguridad social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 409, abril 2017, p. 28, considera que ha constituido un "notable fracaso, pues, a la ineficacia e ineficiencia de buena parte de las propuestas, se sumará la falta de aplicación de las más novedosas" advirtiendo, YSAS MOLINERO, H., que "the development of the Strategy has not been up to the expectations. The situation is especially disappointing, as it must be underlined that the measures proposed by the Strategy have not been developed at all". "Older workers and employment policies: which role do the social partners play?", IUSLabor 1/2016, p.19, <https://www.upf.edu/documents/3885005/3891271/Ysas.pdf/7166b966-6533-4be9-84cb-b91d2e71336a> (consultado el 5 de diciembre 2017).

¹¹ En la letra d) del art. 15 de la LPRL, bajo el título de «Principios de la acción preventiva» se establece «Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud». Calificado como principio metodológico, aun cuando adquiere una importante función orientadora y valorativa del cumplimiento del deber de protección eficaz empresarial, carece de un contenido concreto directamente exigible.

¹² GARCÍA JIMÉNEZ, M., "Trabajadores...", ob.cit., p. 28.

¹³ Organización Mundial de la Salud, Envejecimiento y salud, Nota descriptiva núm. 404, Septiembre de 2015, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs404/es/>.

Los efectos del envejecimiento no son uniformes en lo que se refiere a su grado de incidencia, el envejecimiento afecta de manera diversa a las personas. Sin embargo y a pesar de esa variabilidad individual¹⁴, derivada de predisposiciones genéticas y de historia vital¹⁵, la literatura científica ha constatado que el envejecimiento provoca una disminución de las capacidades psicosomáticas que limita la adaptación del organismo al medio y su capacidad de respuesta a las distintas exigencias de éste pudiendo señalarse como algunos de los efectos más comunes que provoca el envejecimiento¹⁶:

- Pérdida progresiva y afectación a la capacidad visual: reducción de la agudeza y el campo visual, disminución de la capacidad de adaptación al contraste, color y deslumbramientos, etc.
- Pérdida progresiva del sentido de la audición. La presbiacusia se caracteriza por una pérdida de audición gradual pero significativa que afecta a todas las frecuencias, con pérdidas mayores por encima de los 1000 Hz.
- Reducción de la funcionalidad de los músculos, que afecta a la capacidad de adoptar posturas extremas, realizar repeticiones y aplicar fuerza; principalmente: pérdida de la elasticidad muscular, distensión creciente de los tejidos de sostén muscular (pérdida de la tonicidad muscular), pérdida progresiva de la fuerza muscular y de la vitalidad (reducción de un 25% de la fuerza muscular a los 60 años con respecto a los 20)¹⁷. Reducción de la masa muscular, asimismo, trae consigo una pérdida de capacidad del sistema cardiovascular que transporta a los músculos el oxígeno que éstos necesitan.
- Cambios en el tamaño corporal con exigencias específicas para el diseño de los puestos de trabajo.
- Pérdida de la agilidad y capacidad de reacción refleja.
- Pérdida de la capacidad de asociación de ideas.
- Aumento de la hipertensión arterial.
- Pérdida de la capacidad inmunitaria frente a agentes contagiosos.

A los efectos del desarrollo de este trabajo, interesa destacar algunos aspectos en relación a las características que presenta la afectación a la salud de este colectivo de trabajadores. Así, en primer lugar, la variabilidad individual no impide considerar que la edad no pueda ser considerada una circunstancia personal determinante de una mayor sensibilidad y que el colectivo de trabajadores de edad avanzada pueda ser caracterizado como un grupo con necesidad de medidas específicas en materia de prevención¹⁸. Como indica la Estrategia Española

¹⁴ Así puede ser significativo que, conforme datos de la VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, desarrollada en el año 2011-2012, en el conjunto de sectores, el estado de salud general percibido por los trabajadores de 55 y más años es bueno y muy bueno en un 78,90% de los casos y malo y muy malo en un 4% de los trabajadores.

¹⁵ Como indica la OMS, "La diversidad que se aprecia en la vejez no es cuestión de azar. En gran medida se debe a los entornos físicos y sociales de las personas, puesto que ese entorno influye en sus oportunidades y sus hábitos de salud".

¹⁶ AA.VV., Adaptación de puestos de trabajo para trabajadores mayores. Guía de buenas prácticas. Instituto Biomecánico de Valencia, 2011 en <http://gestion.ibv.org/gestoribv/index.php/productos/descargables/314-adaptacion-de-puestos-de-trabajo-para-trabajadores-mayores-guia-de-buenas-practicas/file> (última consulta 5 diciembre 2017) y PÉREZ BILBAO, J. y SALVADOR PERACAUOLA, E., NTP 366: Envejecimiento y trabajo: audición y motricidad, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1995. http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/301a400/ntp_366.pdf.

¹⁷ Eso explica que la *Guía técnica INSHT para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la manipulación de cargas* establezca que los trabajadores jóvenes y los mayores de 45 años tienen unas capacidades menores para el levantamiento de cargas o la aplicación de fuerzas en general. Recomendando para esos dos colectivos que el límite máximo recomendado sea de 15 kg. y para individuos sanos y entrenados, 40 kg. en tareas esporádicas.

¹⁸ Como se ha señalado, en base a criterios fundamentalmente médicos y técnicos puede establecerse "una línea de tendencia genérica común a todas las personas, íntimamente relacionada con su ciclo vital", PÉREZ BILBAO, J., NOGAREDA CUIXART, C.: NTP 367: Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1993, http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/301a400/ntp_367.pdf (consultado el 1 de diciembre 2017). En esta línea también

de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020¹⁹ «la población laboral de mayor edad, a pesar de la experiencia acumulada puede ser más vulnerable a determinados riesgos, en gran parte influida por los cambios fisiológicos de la edad y el efecto de las enfermedades crónicas».

En segundo lugar, que las alteraciones en la salud derivadas de la vejez pueden suponer, especialmente en trabajos con altos requerimientos físicos y psíquicos, una disminución en la capacidad funcional del trabajador para hacer frente a esos requerimientos, sin que, sin embargo, los requerimientos o demandas de trabajo varíen con la edad²⁰. Una constatación que, a nuestro juicio, resulta de especial interés en relación a las medidas preventivas a adoptar, ya no sólo desde la perspectiva de las exigencias físicas sino de los riesgos psicosociales. Máxime cuando, como señalan los propios documentos oficiales, una persona que lleva realizando las mismas funciones durante mucho tiempo genera una monotonía en su desempeño que puede tener consecuencias negativas en su salud²¹.

En tercer lugar, la mayoría de las alteraciones de la salud que afectan a este colectivo y que pueden determinar necesidades especiales desde el punto de vista de la prevención de riesgos encuentran en la adopción de medidas ergonómicas y en la adaptación de las condiciones de trabajo, en sentido amplio, un instrumento especialmente idóneo.

En cuarto lugar, debe advertirse que no es posible identificar vejez con enfermedad ni menos aún con ineptitud. La vejez únicamente puede determinar y no siempre con la misma intensidad ni cronología, cambios fisiológicos, morfológicos y psicológicos con incidencia en la sensibilidad del trabajador a los riesgos laborales, pero también puede determinar aspectos positivos derivados de la experiencia y el conocimiento²². Tampoco es posible identificar edad avanzada con discapacidad, si bien, en determinados casos, la incidencia de la edad en la salud puede suponer, atendiendo al concepto material y social de discapacidad utilizados por la Convención y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que nos hallemos ante una auténtica discapacidad y, con ello, que se arbitren los mecanismos de tutela derivados de esa situación. Adviértase que el TJUE ha considerado que el “concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que no sólo abarca la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta” (STJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto Foa C-354/13 y STJUE 18 de marzo de 2014, Asunto Z. C-363/12 y jurisprudencia citada). Gráficamente, la relación entre vejez y discapacidad, podríamos formularla como dos círculos que eventualmente se pueden segmentar cuando aquella produce una limitación que, al interactuar con diversas barreras provoca la imposibilidad o la dificultad de ejercer una actividad profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y esa limitación es o se prevé de larga duración (STJUE 11 de abril de 2013 Asunto HK Danmark, C-335/11 y C-337/11 y STJUE de 1 de diciembre de 2016 Asunto Daoudi c-395/15)²³.

BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., “La protección de la salud laboral de los trabajadores de edad avanzada”, Revista de Trabajo y Seguridad social, Centro de Estudios Financieros, núm. 397 (abril 2016).

¹⁹ Aprobada en Consejo de Ministros con fecha de 24 de abril de 2015.

²⁰ ILMARINEN, JUHANI, TUOMI, K.: “Work ability of aging workers”, Journal of Work, Environment & Health, 1992, 18 (Suppl. 2): 8-10, citado en PEREZ BILBAO, J. y SALVADOR PERACAULA, E.: NTP 366: Envejecimiento y trabajo: audición y motricidad, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1995. http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/301a400/ntp_366.pdf.

²¹ Así, en la línea estratégica 2.2 de la “Estrategia 55 y más” se señala que «Además, una persona que lleva realizando las mismas funciones durante mucho tiempo genera una monotonía en su desempeño que puede tener consecuencias negativas en su salud».

²² BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., “La protección de la salud...”, ob.cit., p.66.

²³ Respecto a la evolución del concepto de discapacidad en el ámbito europeo véanse BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I., “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE” o ESTEBAN LEGARRETA, R., “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y el R.D.Leg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, en *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 6, noviembre 2017.

2.2. Los efectos de la edad en la salud como condición personal susceptible de determinar una mayor sensibilidad a los riesgos laborales

Teníamos ocasión de señalar anteriormente que no existían normas –auténticas normas jurídicas y no mero *softlaw*–, expresamente referidas a la incidencia de la edad en la prevención de riesgos laborales. Ello no significa, como se tratará de justificar en las líneas que siguen, que la normativa preventiva no haya tenido en consideración la edad, en este caso la edad avanzada, como circunstancia personal que puede determinar derechos y deberes específicos en materia preventiva.

En los arts. 25.1, 26, 27 y 28 de la LPLRL se establece una protección específica para determinados colectivos de trabajadores en atención a su mayor sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo, es decir, a su mayor vulnerabilidad a sufrir accidentes laborales²⁴. Se trata de una mayor sensibilidad, en tanto que mayor probabilidad de sufrir un accidente de trabajo o enfermedad profesional derivada de circunstancias personales del trabajador, bien por ser relativas a su persona bien por hallarse vinculadas de forma específica a la naturaleza de su relación jurídica o contrato de trabajo. La normativa española al trasponer las Directivas europeas ha efectuado una labor de concreción por cuanto, frente al vago y confuso redactado del art 15 de la Directiva 89/391/CEE relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo²⁵, nuestro legislador se refiere, de una parte, en el art. 25 de la LPLRL, a «los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial», sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, mientras que en los restantes preceptos van a referirse a colectivos específicos: en el art. 26 a las trabajadoras embarazadas o en situación de parto reciente, en el art. 27 a los trabajadores menores de edad y en el art. 28 a los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los contratados por empresas de trabajo temporal. La categorización de los trabajadores especialmente sensibles se justifica en el carácter relativo de los riesgos laborales. La peligrosidad e incidencia de las condiciones de trabajo en la salud de los trabajadores no es una variable exclusivamente objetiva que dependa de la naturaleza de la actividad desarrollada o de las condiciones en que esta se ejecuta, sino que puede venir condicionada por circunstancias de índole personal que afecten al trabajador. Unas circunstancias personales a las se refiere en forma amplia el art. 25 de la LPLRL cuando menciona a las características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, como elementos determinantes de una mayor sensibilidad.

La ausencia de una referencia específica a los trabajadores de edad avanzada, a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores menores de edad, puede plantear la duda de si es posible considerar la edad avanzada como una circunstancia personal determinante de una mayor sensibilidad a los riesgos y, en consecuencia, determinar los mecanismos específicos de protección dispuestos en el art. 25. calificarlos como trabajadores especialmente sensibles. A nuestro juicio, la respuesta es positiva por cuanto la mayor sensibilidad puede venir determinada por una doble vía: por la pertenencia a uno de los grupos de riesgo específicamente previstos por el legislador, en cuyo caso, es la mera pertenencia al grupo lo que determina una protección específica, o

²⁴ Debe advertirse que, aunque el concepto de trabajador se utiliza habitualmente en referencia al trabajador por cuenta ajena, en materia preventiva comprende también a los funcionarios y demás empleados públicos. (art.3.1 LPLRL).

²⁵ El art. 15 de la Directiva 89/391/CEE señala que «los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica». En la Directiva encontramos otra referencia a los trabajadores especialmente sensibles en su art. 9.1 d) cuando al referirse a las obligaciones de los empresarios establece, entre otras, que el empresario deberá disponer de una evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, «incluidos los que se refieren a los grupos de trabajadores con riesgos especiales».

por la concurrencia de una circunstancia personal determinante de una mayor sensibilidad, en cuyo caso, se requiere la concurrencia de dos elementos que, en el caso de los trabajadores de edad avanzada, a nuestro juicio, se pueden verificar: 1) una mayor sensibilidad o receptividad a los riesgos; 2) que la misma se derive de circunstancias personales. Los efectos que provoca el envejecimiento en la salud de las personas determinan que la edad pueda suponer una mayor predisposición al daño ante la misma exposición a los riesgos laborales, siendo la edad, la circunstancia personal de la que derivaría esa especial sensibilidad²⁶.

Cabría de esta forma afirmar que, si bien los trabajadores de edad avanzada no constituyen un grupo especial de riesgo expresamente tipificado, la edad, y más concretamente, los efectos que se pueden derivar, sí que constituyen una circunstancia personal que puede determinar una especial sensibilidad y por ello un elemento a valorar en las evaluaciones de riesgo y en la adopción de las medidas de prevención y protección específicas²⁷.

A nuestro juicio, no es óbice para ello ni la ausencia de referencia expresa ni la variabilidad individual que puede existir en la sensibilidad a los riesgos. En relación a la primera cuestión, cabe advertir que la LPRL no establece un *numerus clausus* de trabajadores especialmente sensibles. La referencia específica a determinados colectivos, no excluye ni limita el carácter genérico que presenta el art. 25. El legislador ha querido que el art. 25 se configure como “*un cajón de sastre en el que caben más supuestos que los contemplados en los artículos siguientes*”²⁸, siendo esa precisamente la funcionalidad que explica la positivización del art. 25 de la LPRL: permitir, con su textura abierta, la inclusión de personas que, por circunstancias personales diversas, requieran de una atención singular en materia preventiva²⁹. La abstracción de determinados colectivos específicos (personas con discapacidades, mujeres embarazadas o menores) debe interpretarse como una exigencia derivada de las obligaciones normativas del legislador³⁰ y como expresión de una mayor protección para esos colectivos, pero no como exclusión de otras colectividades también especialmente vulnerables.

Tampoco la variabilidad individual del factor edad impide, a nuestro juicio, que la edad avanzada y, más específicamente, los efectos para la salud que se pueden derivar de la misma, puedan constituir un factor que deba considerarse determinante de una mayor sensibilidad a los riesgos laborales³¹. Lo determinante es que se trate de una circunstancia personal que en su interacción con el medio y las condiciones de trabajo determine una mayor sensibilidad al riesgo, sin perjuicio de que su incidencia sea variable. La variabilidad individual está presente también

²⁶ Como se ha señalado, en base a criterios fundamentalmente médicos y técnicos puede establecerse “una línea de tendencia genérica común a todas las personas, íntimamente relacionada con su ciclo vital”, PÉREZ BILBAO, J., NOGAREDA CUIXART, C.: NTP 367: Envejecimiento y trabajo...op. cit.

Los datos estadísticos evidencian esa especial sensibilidad en forma de mayor siniestralidad, en tanto que sufren accidentes más graves y una tasa de mortalidad superior a la media.

²⁷ Son de la misma opinión, entre otros, ARAGÓN GÓMEZ, C., “La ineptitud sobrevenida por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J.R., (Dir.), *Trabajadores maduros. un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, Ed. Lexnova, Valladolid 2009, p. 257; BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., “La protección...”, ob.cit., p. 61; MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 40, URRUTIKOETXEA BARRUTIA, MIKEL, “Envejecimiento...”, ob.cit., p. 46.

²⁸ MORENO SOLANA, A., *La prevención...*, ob.cit., p. 38.

²⁹ PURCALLA BONILLA, M.A., “El empleador y su deber de prevención (II): obligaciones específicas (colectivos especialmente sensibles)”, en VV.AA., *Manual de Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 166.

³⁰ La consideración expresa de las trabajadoras embarazadas o situación de parto reciente y de los menores obedece a la necesidad de transposición de las Directivas 92/85/CEE, 94/33/CE y 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal.

³¹ La variabilidad como dificultad es puesta de manifiesto por URRUTIKOETXEA BARRUTIA, MIKEL, “Envejecimiento...”, ob.cit., p. 45, aunque también descarta que sea un impedimento.

en los colectivos expresamente protegidos y ello no impide que el legislador efectúe una abstracción y los proteja con independencia de la incidencia real de la mayor sensibilidad. En el caso de la edad avanzada, la ausencia de una referencia expresa a tal condición en la norma y el carácter relativo de su incidencia determinará que la circunstancia deba de ser valorada como determinante de una mayor sensibilidad por la evaluación de riesgos o acreditada por el trabajador y que deban adoptarse las medidas de prevención y/o protección adecuadas al caso específico, pero, en ningún caso, debería impedir la calificación como trabajador especialmente sensible. No se trataría, por tanto, de identificar una edad como determinante de una especial sensibilidad, ni de calificar, por ello, a todos los trabajadores que tuviesen dicha edad, como trabajadores especialmente sensibles sino simplemente de dejar de manifiesto que es la edad y los efectos que de ella se derivan el elemento determinante de una mayor sensibilidad. Una consideración que, además de tener los efectos, desde una perspectiva preventiva, que se puedan derivar del art. 25 de la LPLRL facilitaría, ya en un plano estrictamente jurídico, una tutela más enérgica³².

Corroborando la consideración de la edad avanzada como factor que puede determinar una mayor sensibilidad la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020³³ establece que «La población laboral de mayor edad, a pesar de la experiencia acumulada puede ser más vulnerable a determinados riesgos, en gran parte influida por los cambios fisiológicos de la edad y el efecto de las enfermedades crónicas. Los trabajadores de edad avanzada son los que sufren accidentes más graves, con una tasa de mortalidad superior a la media», llegando a identificar al colectivo de trabajadores de edad avanzada con los trabajadores expresamente declarados como sensibles cuando al establecer una de las líneas de actuación y propuesta de su objetivo núm. 3 establece la necesidad de «Promover la seguridad y salud de colectivos de trabajadores específicos. Fomentar la identificación y el intercambio de buenas prácticas para mejorar el nivel de protección de determinados colectivos de trabajadores, como los temporales, jóvenes, trabajadores de edad avanzada y mujeres».

La consideración de la edad como una condición personal susceptible de determinar una mayor sensibilidad a los riesgos laborales determinará, en aplicación de los arts. 25.1 de la LPRL y 4.1 del RSP, que en la evaluación de riesgos deba tenerse en consideración la posibilidad que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguno de los riesgos que existan en el puesto de trabajo y, en función de éstas, y la adopción de las medidas preventivas y de protección necesarias³⁴.

3. LA ADAPTACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO COMO MECANISMO DE TUTELA DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA

3.1. La idoneidad de la adaptación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de edad avanzada como medida de mantenimiento en el empleo

El problema de la falta de ocupación de los trabajadores de edad avanzada sólo puede pasar a través de un enfoque global y una actuación integral que comprenda medidas de diverso signo, pero, sin duda, garantizar que estos trabajadores disfruten de unas condiciones de trabajo adaptadas a sus condiciones de salud es un requerimiento imprescindible. Así, se pone de manifiesto por los principales instrumentos políticos dedicados a esta cuestión. En este sentido, y de manera muy avanzada, la Recomendación 162 OIT ya destacaba en su ordinal 5.f) las condiciones de trabajo, incluidas las medidas de seguridad e higiene, como uno de los ámbitos de actuación en orden a resolver los problemas de empleo de los trabajadores de edad avanzada,

³² Del mismo parecer URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., "Envejecimiento...", ob.cit., p.46.

³³ Aprobada en Consejo de Ministros con fecha de 24 de abril de 2015.

³⁴ La evaluación de riesgos adquiere en este caso, si cabe, una importancia reforzada, tan es así que se considera necesaria una evaluación específica para los trabajadores especialmente sensibles MORENÓ SOLANA, A. *La prevención...*, ob. cit., p. 72.

una senda que prosigue y desarrolla, en el ámbito de la Unión Europea, el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 en el que expresamente se afirma que «para lograr una vida laboral sostenible y un envejecimiento activo y saludable, es necesario que los trabajadores tengan salud y seguridad, habida cuenta, en particular, del envejecimiento de la población activa y la prolongación de la vida laboral. Para ello es necesario crear un entorno seguro y saludable a lo largo de toda la vida activa de una mano de obra cada vez más diversificada. El fomento de una cultura de la prevención es esencial para lograrlo»³⁵.

Sin duda, la adaptación de las condiciones de trabajo constituye, junto a las medidas de tipo ergonómico, la medida preventiva más adecuada y eficiente en relación a los riesgos que pueden afectar a los trabajadores por razón de su edad avanzada. Con las mismas se evita la exposición en origen, y se cumplen, al menos, tres de los principios preventivos que deben regir la actuación preventiva conforme al art. 15.1 de la LPRL: «a) Evitar los riesgos», «c) Combatir los riesgos en su origen» y «d) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud».

Adicionalmente se trata de medidas claramente eficientes desde una perspectiva de política social. Así, en primer lugar, y en comparación con las acciones de tutela antidiscriminatorias como pueden ser las medidas sancionadoras o la declaración de nulidad de las conductas discriminatorias, las medidas de ajuste y adaptación actúan preventivamente antes de que se produzca la pérdida de empleo y constituyen un desincentivo para las “bajas voluntarias” de los trabajadores de edad avanzada.

En segundo lugar, y también en esa misma línea tutelar, suponen la realización de varios derechos fundamentales y/o constitucionales como pueden ser el derecho al trabajo, la garantía del principio de igualdad y no discriminación por razón de edad o el derecho a la salud.

En tercer lugar, se trata de actuaciones que no plantean contradicciones internas al sistema como las que evidencian las medidas de incentivación de entrada y permanencia en el mercado laboral consistentes en la disminución de tutelas laborales.

En cuarto lugar, y también reflejando su coherencia interna y un enfoque intergeneracional, las medidas de ajuste facilitan una transición progresiva entre la vida profesional y el acceso a la jubilación y, que el paso de un trabajador a la situación de retiro se efectúe voluntariamente.

En quinto y último lugar, cabe destacar que, en principio, y sin perjuicio de que se puedan adoptar políticas de estímulo o favorecimiento, no plantean costes al erario público y, estos, en su caso, pueden ser compensados por el mantenimiento de ingresos que, en forma de mantenimiento de cotizaciones, pueden suponer este tipo de medidas³⁶.

La idoneidad de las medidas de adaptación de las condiciones de trabajo, desde una perspectiva individual y colectiva, explica la clara preferencia que, desde la Recomendación 162

³⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, Bruselas, 6.6.2014 COM(2014) 332 final.

³⁶ Esto encaja con el concionante que la “Estrategia 55 y más” establece a sus líneas de actuación cuando advierte que «La concreción de las líneas de actuación deberá tener presente el actual contexto de consolidación fiscal y de austeridad en el gasto público. En esa dirección, resultan preferibles aquellas actuaciones susceptibles de mejorar la situación del empleo de los trabajadores y las trabajadoras mayores de 55 años cuyo impacto en los presupuestos públicos sea más compatible con los escenarios presupuestarios a corto y medio plazo. Igualmente, deberá ponerse el énfasis en aquellas políticas activas de empleo más centradas en la activación para el empleo de las personas desempleadas en lugar de en aquellas consistentes solamente en reducciones o bonificaciones de las cotizaciones sociales que faciliten su contratación».

OIT o hasta el más reciente Acuerdo Marco europeo sobre el envejecimiento activo y un enfoque intergeneracional, firmado por los interlocutores sociales a nivel de la UE el 8 de marzo de 2017, se ha dado a este tipo de medidas. Y, sin embargo, contrasta con el nulo desarrollo legislativo existente en el plano interno.

3.2. El deber de adaptación de las condiciones de trabajo: fundamentación

Resulta habitual que, con mayor o menor flexibilidad, los ordenamientos jurídicos arbitren mecanismos para que los empresarios puedan, en aras a la tutela y protección de intereses empresariales, introducir mecanismos de adaptación o cambio de las condiciones de trabajo. Mucho menos frecuente es que esos mecanismos se introduzcan en orden a la protección de intereses propios del trabajador. Ello no significa, sin embargo, que no podamos encontrar ejemplos. Sin duda, es en el ámbito de la discapacidad donde nos encontramos con el que cabría considerar el modelo más completo en cuanto al nivel de su regulación y su alcance material³⁷.

También en materia de prevención de riesgos laborales, el art. 26 de la LPRL ha positivado, en forma expresa, un deber de adaptación de las condiciones de trabajo³⁸. Nos encontramos ante un deber empresarial, que, a diferencia de lo que ocurre con los deberes de adaptación previstos en materia de tiempo de trabajo, aquí no se condiciona a ninguna regulación previa en el convenio, sino a la constatación, a través de la evaluación de riesgos, de la existencia de una situación de riesgo para las trabajadoras en embarazo o situación de parto reciente o para feto y que se configura de forma amplia en cuanto a su extensión o alcance³⁹. Un deber de adaptación que actúa con carácter preferente al cambio de funciones o de puesto de trabajo que se prevé en el mismo precepto para cuando aquella adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o insuficiente preventivamente⁴⁰.

³⁷ También encontramos algún ejemplo de reconocimiento de derecho de adaptación en interés del trabajador en el ámbito de la ordenación del tiempo de trabajo. Así, en el art. 34.8 del TRLET se reconoce el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, si bien que «en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella» o indirectamente, aunque con un mayor grado de efectividad directa, a través del ejercicio de los derechos a la reducción de jornada por cuidado de menores, personas con discapacidad o familiares desvalidos previstos en el art. 37.6 del TRLET. O relacionados con la formación del trabajador, la preferencia a elegir turno de trabajo cuando el trabajador curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional o a la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional (art. 23.1 TRLET). También aquí, como ocurre en el art. 34.8 TRLET, el legislador ha remitido a la negociación colectiva la regulación de «los términos del ejercicio de estos derechos».

³⁸ Se establece en el precepto que «Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos». Resulta fundamental completarlo con la lectura del art 4.1 y de los Anexos VII y VIII del Real Decreto 39/1997, de 17 enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención, en tanto que allí se establece una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural y una lista no exhaustiva de actividades que no podrán ser realizadas por la trabajadora cuando, de acuerdo con las conclusiones obtenidas de la evaluación de riesgos, se pudiera poner en peligro su seguridad o su salud o la del feto.

³⁹ Nótese que el precepto establece que el empresario adoptará las «medidas necesarias» a través de la adaptación de las condiciones de trabajo incluyendo, expresamente aspectos referidos a cuestiones relativas a la ordenación del tiempo de trabajo.

⁴⁰ La insuficiencia de la adaptación de las condiciones de trabajo y la necesidad de operar un cambio funcional o de puesto de trabajo debe ser certificada, conforme el art.26.2 LPRL, «por los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora».

Sin embargo, ni el deber de adaptación ni el de recolocación se han previsto expresamente en relación a los otros dos colectivos específicos de trabajadores especialmente sensibles (menores de edad y trabajadores temporales) ni tampoco, en relación al colectivo genérico de trabajadores especialmente sensibles por circunstancias personales del art. 25. Una omisión que determina que quepa plantearse la duda de si existe un deber empresarial y correlativo derecho a la adaptación/recolocación en relación a dichos trabajadores, y por lo que, a nuestros efectos, interesa, si tienen los trabajadores especialmente sensibles por razón de su edad avanzada un derecho *ex lege* a la adaptación/recolocación cuando con ello se eviten o reduzcan las exposiciones a los riesgos derivados del trabajo que pudieran afectarlos⁴¹.

Las dudas sobre la existencia de un auténtico deber de adaptación no se agotan en un mero plano dogmático o teórico por cuanto, aún hoy, a 22 años de haberse promulgado la LPRL, todavía encontramos discrepancias en la doctrina judicial ya no sobre el alcance del derecho, sino sobre su propia existencia⁴². Aunque sin duda, la ausencia de una referencia explícita en el art. 25 debiera ser resuelta de *lege ferenda* en aras a evitar una indeseable falta de seguridad jurídica, creemos que existen argumentos suficientes para considerar que puede ser inferido de una interpretación sistemática, teleológica e, incluso literal, del propio precepto. Así, y partiendo de una interpretación literal, si bien es cierto que el segundo párrafo del art. 25.1 se limita a prohibir el empleo de trabajadores especialmente sensibles en los puestos de trabajo que puedan suponerles un peligro para sí mismos o terceros, no puede olvidarse que el párrafo primero obliga al empresario a adoptar «las medidas de prevención y protección necesarias». Una configuración amplia del deber específico de protección y prevención que deberá ser integrada de conformidad con los principios de la acción preventiva que se prescriben en el art. 15 de la LPRL, y de manera muy señalada con el de «Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud».

⁴¹ En este sentido, GOÑI SEIN, J. L. y SANZ DE GALDEANO, B., Adaptación..., ob.cit., p.198 advierten de que *“esta falta de concreción del artículo exige despejar, en primer lugar, la duda de si existe un auténtico derecho a la adaptación del puesto de trabajo y cuál es el alcance de la obligación empresarial de adoptar medidas para los trabajadores especialmente sensibles”*. Los autores llegan a la conclusión de que existe un auténtico derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo. Una posición que también se mantiene, entre otros, por ARAGÓN GÓMEZ, C., “La ineptitud...”, ob.cit., pág. 258; BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., “La protección...”, ob.cit., p. 80; LÓPEZ AHUMADA, J.E., Los trabajadores sensibles..., ob.cit., p. 133 y ss.; MORENO SOLANA, A., *La prevención...*, ob.cit., p. 72 y ss. y 349 y ss.; URRUTIKOETXEA BARRUTIA, MIKEL, “Envejecimiento...”, ob.cit., p. 48. Parecen rechazar esta interpretación PURCALLA BONILLA, M.A., “El empleador y su deber de prevención (II): obligaciones específicas (colectivos especialmente sensibles)”, en VV.AA., *Manual de Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p.179, que afirma *“al empresario se atribuye, ex art. 25 LPRL, una facultad implícita (que no explícita, desde luego, de modo que, salvo previsión convencional en contrario, tampoco es un deber jurídico exigible siempre y en todo caso) de movilidad funcional de los trabajadores especialmente sensibles”*. También descartan la existencia de un deber legal CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y MORENO MARQUEZ, A., “Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros”, en MERCADER UGUINA, J.R., (Dir.), *Trabajadores maduros. un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, Ed. Lexnova, Valladolid 2009.

⁴² Aunque mayoritariamente, la doctrina judicial ha interpretado que el art. 25 LPRL recoge un deber empresarial de adaptación y/o recolocación de los trabajadores que por circunstancias personales presenten una mayor sensibilidad a los riesgos laborales, alguna sentencia no tiene en consideración dicho precepto cuando la mayor sensibilidad determinar la imposibilidad de que el trabajador pueda seguir desempeñando sus funciones. Así, en la reciente STSJ de Cataluña, 2163/2017, en la discusión sobre la procedencia o improcedencia de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida el Tribunal, prescindiendo de cualquier referencia a la eventual aplicación del art. 25 de la LPRL, advierte respecto a *“la posibilidad que apunta el recurrente, siquiera de forma un tanto implícita, relativa a la posibilidad de ser recolocado en otro puesto de trabajo acorde con sus limitaciones físicas dentro de la empresa en lugar de proceder a la extinción de su contrato, debe de ser rápidamente rechazada desde el momento en que, y en apoyo de su postura, no aduce el recurrente norma reglamentaria o convencional alguna que justifique su petición y la correlativa obligación de la empresa”*.

Nos hallamos ante un auténtico deber empresarial y no una mera facultad⁴³, de la que se infiere un auténtico derecho del trabajador a exigir, si ya no que se produzca la efectiva adaptación/recolocación, sí, cuando menos, que el empresario realice cuantas acciones sean razonablemente exigibles para su satisfacción. Cosa distinta es que el empresario disponga, dada la ausencia de concreción normativa en la ley, de una amplia discrecionalidad y que, la exigencia de adaptación, seguramente, no pueda concebirse en términos absolutos⁴⁴. El art. 25 de la LPRL, a diferencia de lo que ocurre en el art. 26 de la misma norma, no ha concretado las medidas que deben ser adoptadas por el empresario ante un supuesto de mayor sensibilidad derivada de circunstancias personales. A nuestro juicio, cabría la aplicación analógica de los dos grandes deberes que se prevén en el art. 26 y de la misma forma articulada subsidiaria que allí se prevé: en primer lugar, la adaptación de las condiciones de trabajo, entendidas éstas en sentido amplio, como aquellas referidas tanto a las condiciones del puesto de trabajo (adaptaciones ergonómicas) como las vinculadas a aspectos organizativos (adaptaciones de jornada, horario,...). Y, en segundo lugar, cuando se acreditase la imposibilidad de efectuar dicha adaptación, la obligación de asignar o recolocar al trabajador en «un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado»⁴⁵.

Por último, querríamos destacar la vinculación de los derechos de adaptación/recolocación de los trabajadores de edad avanzada con la tutela del principio de igualdad y no discriminación de dichos colectivos. Una fundamentación de la que deberían irrogarse importantes consecuencias jurídicas desde la perspectiva de su tutela.

Sin duda, los deberes de adaptación/recolocación previstos con carácter general en los arts. 25 y 26 de la LPRL están vinculados o funcionalizados a la tutela de la salud de los trabajadores especialmente sensibles protegidos en aquel precepto. Sin embargo, no siempre será exclusivamente aquel el bien jurídico protegido. Así, en el caso del art. 26 de la LPRL, el entramado normativo además de proteger la salud de la trabajadora embarazada o en situación de parto reciente y al feto, también tiene como objeto evitar que la maternidad devenga un factor de discriminación⁴⁶. Una dualidad en el bien jurídico protegido que también se puede apreciar en relación determinados trabajadores especialmente sensibles amparados en el art. 25 de la LPRL. Así, a nuestro juicio, al menos en relación a dos categorías de trabajadores especialmente sensibles, también cabe poner en relación los deberes de adaptación con el principio de igualdad de oportunidades y de no discriminación: el de los trabajadores con discapacidades y el de los trabajadores de edad avanzada. Dejando al margen la cuestión, más clara si cabe aún, de los trabajadores con discapacidad, la tutela de los trabajadores de edad, también constituye un aspecto claramente vinculado con la tutela del principio de no discriminación⁴⁷. La adaptación de

⁴³ Aunque la STSJ de Cataluña, 629/2008, de 23 de enero (Rec. 5549/2006) señala que *“al empresario se atribuye en el mismo precepto una facultad implícita de movilidad funcional de los trabajadores “especialmente sensibles”, en aplicación del principio de adaptación del trabajo a la persona”* (el subrayado es nuestro), en realidad, y a pesar de desestimar el recurso del trabajador, lo configura como una auténtica obligación empresarial cuando concurra el presupuesto de hecho.

⁴⁴ La negociación colectiva podría desarrollar una importante función complementaria que, sin embargo, no parece haber sido realizada de forma enteramente satisfactoria. Véase el completo análisis de LLORENS ESPADA, J., *“El tratamiento convencional de la discapacidad, invalidez e inaptitud sobrevenida”*, *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 6, noviembre 2017. También es crítico con el papel desarrollado convencionalmente LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Los trabajadores...*, ob.cit., p. 42 y ss. En cualquier caso, debe destacarse que la importante función a desarrollar por la negociación colectiva no ha de entenderse, a nuestro juicio, como un presupuesto para la existencia del deber.

⁴⁵ En relación a las medidas de adaptación que podrían articularse y la forma, véase el muy interesante trabajo de GOÑI SEIN, J. L. y SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación...*, ob.cit., p. 197 y ss.

⁴⁶ GOÑI SEIN, J. L. y SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación...*, ob.cit., p. 200.

⁴⁷ Sin perjuicio de que, en determinados casos, la tutela del trabajador de edad avanzada pudiera derivar de su protección en tanto que trabajador discapacitado caso de concurrir los elementos definitorios de esta situación. Véase al respecto lo indicado en el apartado 2.1 *in fine*.

las condiciones de trabajo constituye una obligación claramente funcionalizada a que los trabajadores de edad puedan, como ocurre con los trabajadores afectados por una discapacidad, disfrutar en igualdad de condiciones que los demás trabajadores, de unas condiciones de trabajo saludables y permitir, por ello, su participación en el mercado de trabajo. Una relación que es puesta de manifiesto por la Recomendación 162 OIT cuando establece en su ordinal quinto que «Los trabajadores de edad deberían disfrutar, sin discriminación por razón de edad, de igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, en particular en relación a las cuestiones siguientes: (...) f) a las condiciones de trabajo, incluidas las medidas de seguridad e higiene».

4. EL DEBER DE ADAPTACIÓN COMO LÍMITE A LAS FACULTADES EXTINTIVAS EMPRESARIALES EX ART. 52 a) TRLET

La ausencia de una previsión que imponga, de forma clara y expresa, obligaciones de adaptación/recolocación a los trabajadores especialmente sensibles por razón de su edad, contrasta con una normativa legal que contempla la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida de una forma desvinculada a cualquier intento de adaptación del puesto de trabajo a las capacidades/aptitudes del trabajador. La verificación por la empresa de circunstancias como una disminución de las capacidades del trabajador, de su resistencia física, la pérdida de la agilidad o de su capacidad de reacción refleja pueden determinar que aquella decida acudir a la extinción del contrato de trabajo por la vía del despido objetivo por ineptitud sobrevenida. Llegándose a afirmar que *“existe una presión para el despido objetivo, más barato y funcional para la empresa”*⁴⁸. Y aun cuando es cierto que no es posible identificar la ineptitud con el envejecimiento, la amplitud con la que se delimita esta causa de despido, la convierte en especialmente idónea para la extinción del contrato de trabajo de aquellos trabajadores que, como consecuencia del paso del tiempo, ven como sus capacidades se modifican. Siendo esta, por otra parte, a la luz de la doctrina judicial, una *praxis* cada vez más frecuente y cuya utilización, creemos, puede incrementarse en los próximos años. Aspectos como los cambios normativos que limitan el acceso a las prestaciones de jubilación o la ausencia de una correspondencia necesaria entre las situaciones que determinan la invalidez y la ineptitud para ocupar un puesto de trabajo desde una perspectiva preventiva⁴⁹, suponen un progresivo envejecimiento de las plantillas frente al que las empresas no pueden reaccionar, al menos no con tanta facilidad como hasta ahora, a través de mecanismos basados en el acceso anticipado del trabajador al sistema de pensiones o a través de extinciones colectivas caracterizadas por la elevada edad de los afectados lo que determinará, por ello, una utilización más intensiva del despido por ineptitud como causa de extinción de los contratos de trabajadores de edad.

⁴⁸ URRUTIKOETXEA BARRUTIA, MIKEL, “Envejecimiento...”, ob.cit., p. 49.

⁴⁹ Resulta significativo que en muchos procedimientos judiciales de impugnación del despido por ineptitud los hechos probados acrediten la existencia de una declaración de no apto por los servicios preventivos en relación a unas limitaciones psicofísicas que, sin embargo, no justifican la previa declaración de incapacidad permanente. Muy esclarecedora resulta la STSJ de Asturias 1238/2015, de 26 de junio (Rec. 1201/2015) cuando afirma que *“Como se ve estos mecanismos no operan coordinadamente, pues la incapacidad permanente afecta a la categoría o profesión, mientras que la adaptación o cambio que prevé la normativa de Prevención de Riesgos Laborales se refiere sólo al puesto, y la movilidad funcional ordinaria o la extinción por ineptitud se refieren también al puesto y sólo excepcionalmente, (respecto a la movilidad) a la categoría. De otra parte, la falta de coordinación de estos mecanismos se revela también en cuanto al momento en el que se proyectan las limitaciones psicofísicas, pues mientras que los de Prevención de Riesgos son –como su propio nombre indica– preventivos, en evitación de una probable futura lesión o peligro, los mecanismos prestacionales requieren la consolidación o concreción de esas lesiones o secuelas y, por último, el mecanismo de la movilidad funcional opera más bien de forma genérica, por cualquier causa atendiendo a conveniencias patronales (aunque no se excluya que pueda ser utilizado de forma tuitiva, para el trabajador, como ya se dijo)”*.

4.1. El despido por ineptitud sobrevenida y su aplicabilidad en los supuestos de pérdida de la capacidad psicofísica

La normativa que aborda la incidencia de las limitaciones permanentes del estado psicofísico del trabajador en la relación laboral es variada en sus orígenes y finalidades. Así, desde normas que abordan la cuestión desde una perspectiva de Seguridad Social (el conjunto de preceptos que regulan las condiciones de acceso a las situaciones de invalidez en sus distintos grados), la prevención de riesgos laborales (básicamente el comentado art. 25 del TRLET), la tutela integral de las personas con discapacidad (RD Leg. 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General de derechos de las personas con discapacidad) o también, la eventual extinción del contrato derivada del reconocimiento de una situación de gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador (art. 49.1.e) del TRLET) o por la ineptitud sobrevenida del trabajador (art.52 a) del TRLET)⁵⁰.

La letra a) del art. 52 del TRLET reconoce como una de las causas que permite el despido por causas objetivas la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva⁵¹. Aunque la norma legal no define que deba de entenderse por ineptitud⁵², ni cual haya de ser su origen, el Tribunal Supremo en una definición reiterada por la doctrina judicial y asumida por la doctrina científica ha señalado que *“el concepto de ineptitud se refiere, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, y siguiendo también el uso del lenguaje ordinario, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo –rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.–”*⁵³. Así, y de conformidad a esta definición, podría decirse que la ineptitud del art. 52.a) es una inhabilidad, entendida como falta de aptitud o de capacidad, de carácter personal y pluricausal en la que, por lo tanto, la falta de capacidad puede ser debida a factores personales diversos, siempre y cuando, determinen un deterioro o pérdida de las capacidades, habilidades y destrezas laborales⁵⁴.

Atendiendo a ese amplio concepto de ineptitud, la doctrina y los tribunales han admitido tradicionalmente, la posibilidad de canalizar por la vía del despido por ineptitud sobrevenida la extinción de la relación laboral de aquellos trabajadores que como consecuencia de una alteración

⁵⁰ Destacan el carácter poliédrico de la cuestión y la ausencia de un tratamiento sistemático la STSJ de Asturias 2333/2014, de 7 noviembre (Rec. 2041/2014); STSJ de Asturias 1238/2015, de 26 de junio (Rec. 1201/2015) o la STSJ de Castilla y León, Burgos 540/2015, de 16 julio (Rec. 416/2015).

⁵¹ Con la excepción de que la ineptitud fuese anterior al cumplimiento de un período de prueba, en cuyo caso no podrá alegarse. Una salvedad a la que cabe añadir la prevista en sede de movilidad funcional cuando se establece por el art. 39.3 del TRLET que «no cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional».

⁵² Advierte del carácter impreciso de la regulación legal la STSJ de Madrid de 11 noviembre de 2011, Rec. 3368/2011.

⁵³ Así, en la doctrina por su claridad, GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La ineptitud...”, ob.cit., pág. 205 *“la ineptitud en un concepto negativo que se define por constituir ausencia, carencia, falta de adecuación de algo o alguien a un fin concreto. Referida al trabajador la ineptitud no puede ser otra cosa que la falta de adecuación de éste al trabajo para el que se le contrata”*.

⁵⁴ La doctrina, a efectos propedéuticos, ha agrupado los distintos supuestos que los tribunales han subsumido en el despido por ineptitud en tres grandes categorías: a) supuestos de ineptitud debidos a la falta de aptitud o habilidad o preparación del trabajador para llevar a cabo los cometidos propios de su categoría profesional; b) aquellos originados por la carencia de facultades debida a la revocación o no renovación de titulaciones o habilitaciones profesionales y c) todos aquellos supuestos en que la inhabilidad o carencia de facultades, incluso la revocación de la titulación o habilitación profesional, se deba a una alteración en el estado de salud del trabajador. Siendo esta última categoría en la que centraremos nuestra atención. La categorización corresponde a TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., *El despido por ineptitud del trabajador*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

o deterioro sobrevenido de su salud vieses menoscabada aquella aptitud⁵⁵. Se trataría de trabajadores que, sin alcanzar el grado de invalidez total, absoluta o gran invalidez o sin cumplir alguno de los requisitos que son exigidos para el acceso a esas situaciones de invalidez⁵⁶ (por ejemplo, los requisitos carenciales⁵⁷), padecen una alteración de la salud que sí afecta a su capacidad productiva mermándola o limitándola e impidiéndole el desarrollo con normalidad de su actividad productiva.

La caracterización del despido por ineptitud admite, al menos potencialmente, su aplicabilidad a los supuestos en los que el trabajador de edad avanzada, como consecuencia de los efectos de la edad, sufre un deterioro de sus capacidades funcionales con afectación al trabajo. Una interacción edad avanzada-ineptitud que, en ningún caso, cabe considerar apriorísticamente, antes al contrario, pero que sí puede producirse con mayor frecuencia en determinados entornos caracterizados por las altas exigencias físicas (fortaleza muscular, cardiorespiratoria), la alta carga sensorial, el alto nivel de destreza manual o la rapidez en la emisión de respuestas⁵⁸.

En relación a la potencial aplicabilidad del art. 52.a) del TRLET cabe destacar:

1) La pluricausalidad de la ineptitud prevista en el art. 52.a) del TRLET. La ausencia de límites legales en cuanto al origen de la ineptitud ha permitido subsumir en esta causa diferentes supuestos que únicamente presentan como nexo común el producir el resultado tipificado por la

⁵⁵ Debe destacarse que estos supuestos tienen su razón de ser, y al mismo tiempo, la causa de su problemática, en la existencia de una alteración de la salud que no constituye ni causa de suspensión del contrato de trabajo (incapacidad temporal) ni de extinción del contrato amparada por una prestación de Seguridad Social. De esta forma, no encontramos ante supuestos en los que, de una parte, el trabajador no puede acceder a una prestación de la Seguridad Social que ampare con una cobertura económica la cesación temporal o definitiva de su prestación de servicios y, de otra parte, el empresario tampoco puede extinguir el contrato amparándose en la causa prevista en el art. 49.1.e) del TRLET. Téngase presente que el art. 49.1.e) del TRLET establece como causas de extinción del contrato de trabajo el reconocimiento al trabajador de la situación de gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta, a salvo de lo dispuesto en el art. 48.2 de la misma norma para los supuestos en los que a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría.

⁵⁶ En relación al trabajador en situación de incapacidad permanente parcial debe tenerse en consideración que el RD 1451/1983, de 11 de mayo, impone como regla general, la reincorporación del trabajador. No obstante consideran que también en este caso sería posible el recurso al despido por ineptitud ALFONSO MELLADO, C.L., “La extinción del contrato por causas objetivas”, en SALCEDO BELTRÁN, M.C. y RODRÍGUEZ PASTOR, G.E. (Coord.), La extinción del contrato de trabajo, , consultada versión electrónica, Tirant on line, TOL3.542.236; ALTÉS TÁRREGA, J.A. y NORES TORRES, L.E., “El despido objetivo”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (dir.), Extinción del contrato de trabajo, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 1153 a 1322, consultada versión electrónica, Tirant on line, pág. 79; BRIONES GONZÁLEZ, C., *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1995, pág. 127.

Se manifiesta en contra de la posibilidad de acudir al despido por ineptitud en estos supuestos GOERLICH PESET, J.M., “La invalidez permanente del trabajador”, pág. 60.

⁵⁷ Al respecto cabe indicar que existe jurisprudencia consolidada que prohíbe el acceso a la incapacidad permanente en los supuestos no acreditación de suficientes cotizaciones. Entre muchas otras, las SSTS 16 de marzo de 1995 (Rec. 1699/1993), de 22 de octubre de 1996 (Rec. 841/1996) y de 8 de junio de 1999 (Rec. 3170/1998).

⁵⁸ Seguramente sería más conveniente y ajustado a la realidad decir que las capacidades y competencias cambian. Algunos estudios sobre trabajadores de edad han mostrado que, en ciertos aspectos, los resultados son, al menos, tan buenos como en los grupos de menos edad, por ejemplo, en tareas de oficina. En aspectos como absentismo, accidentes o rotación, los índices que presentan los trabajadores de edad son más bajos que en los trabajadores jóvenes. Conforme ha señalado, entre otros, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, el declive de las capacidades funcionales no implica necesariamente que los trabajadores de más edad desempeñen las tareas peor que los más jóvenes, o que el desempeño del trabajo siempre va disminuyendo a medida que aumenta la edad. NTP 367: *Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

norma legal, la ineptitud. Así, esta ineptitud puede tener su origen en la falta de aptitud o habilidad o preparación del trabajador para llevar a cabo los cometidos propios de su categoría profesional; en la revocación o no renovación de titulaciones o habilitaciones profesionales o, por lo que a nosotros más nos interesa, en una alteración del estado de salud del trabajador⁵⁹. Siendo indiferente, asimismo, cual haya de ser su origen o causa o si tiene un alcance físico o psíquico⁶⁰.

2) El carácter involuntario de la ineptitud, en el sentido, de que la falta de aptitud no tiene que estar provocada de manera intencionada por el trabajador. Un elemento que diferencia este supuesto de la disminución continuada y voluntaria del rendimiento normal o pactado prevista como causa de despido disciplinario en el art. 54.2.e) del TRLET.

3) El carácter permanente y no meramente temporal de la ineptitud, elemento que lo diferenciaría de la incapacidad temporal⁶¹. Así, la jurisprudencia y la doctrina han considerado que, como regla general, cuando la ineptitud deriva de una alteración de la salud de carácter temporal y no previsiblemente permanente, la consecuencia ordinaria ha de ser, no la extinción, sino en coherencia, con esa provisionalidad, la suspensión del contrato por incapacidad temporal⁶². Reseñar, no obstante, que en algún caso extremo de incapacidad temporal reiterada y prolongada en el tiempo, la doctrina judicial ha considerado, en contra del parecer de la instancia, que ésta podía considerarse que había “producido irremediamente la inhabilidad o carencia de facultades profesionales”⁶³.

4) La ineptitud ha de ser general o incidir en las tareas principales encomendadas al trabajador, no siendo suficiente una disminución en el rendimiento respecto de algunas de las funciones o tareas propias del puesto de trabajo o contratadas⁶⁴, sino que es imprescindible que la ineptitud vaya, en palabras del Tribunal Supremo, “referida al conjunto o por lo menos a la principal de las tareas encomendadas” y no sólo sobre algunas aisladamente consideradas⁶⁵.

⁵⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., *El despido por ineptitud...*, ob.cit. (consultada versión electrónica).

⁶⁰ En este sentido, de forma clara, la STSJ de Cataluña, núm. 2624/2005, de 24 marzo de 2005 indica “la ineptitud derivada de motivos patológicos, como sería la situación analizada, existe cualquiera que sean esos motivos y el origen de la enfermedad; el precepto sólo exige que sean sobrevenidas y posteriores a la fecha de inicio de la relación laboral, pues si son anteriores y conocidos del empresario se está asumiendo por el mismo la incapacidad preexistente y no podrá ser posteriormente invocada como causa de resolución del contrato. Lo importante es que el trabajador haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo”.

⁶¹ Recientemente la STSJ de Navarra, 226/2017, de 2 de junio (Rec. 184/2017), la STSJ de Cataluña, 3959/2016, de 20 de junio (Rec. 2191/2016).

⁶² En este sentido la STSJ de Cataluña, 7120/2006, de 24 de octubre (Rec. 17/2006) establece que “no es suficiente acreditar que durante determinado periodo de tiempo el actor ha permanecido en situación de Incapacidad Temporal; sino que ha de aportarse prueba plena de la concurrencia de la causa, es decir, de la ineptitud del trabajador persistente en el tiempo, para desempeñar las funciones propias”. En idénticos términos, la STSJ de Cataluña, 7103/1997, de 31 octubre de 1997.

⁶³ STSJ de Aragón de 6 de junio de 2005 (Rec. 458/2005). Ha de notarse, en cualquier caso, que se trataba de un trabajador que había estado incurrido en 48 procesos de incapacidad temporal que habían supuesto que en los últimos cinco años, el trabajador sólo hubiese prestado servicios el 18,7% respecto de la jornada laboral ordinaria prevista en los Convenios, que el trabajador fue declarado en situación de invalidez permanente parcial y que, conforme a las previsiones del artículo 1.1 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, se había producido a su reubicación en un área de trabajo de menores requerimientos físicos, sin que la medida haya producido los frutos apetecidos.

⁶⁴ Constituye esta una exigencia que debiera ser especialmente analizada en aquellos supuestos en los que la ineptitud se deriva de los efectos que la edad avanzada tiene en las capacidades del trabajador por cuanto algunos estudios sobre trabajadores de edad han mostrado que, en ciertos aspectos, los resultados son, al menos, tan buenos como en los grupos de menos edad, por ejemplo, en tareas de oficina.

⁶⁵ En este sentido STS. de 14 de julio de 1982, más recientemente la STSJ de Cataluña, 3959/2016, de 20 de junio (Rec. 2191/2016). En la doctrina GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La ineptitud como causa de despido...”, ob.cit., pág. 214 y FITA ORTEGA, F., “La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo”, Valencia, 1997, págs. 34 y 35.

Ciertamente, los rasgos reseñados podrían justificar, al menos potencialmente, el recurso al despido por ineptitud en las hipótesis en las que una limitación de las capacidades psico-físicas del trabajador de edad avanzada repercutiesen negativamente en la realización de las tareas principales encomendadas al trabajador. Sin embargo, creemos que cuando la pérdida de la idoneidad del trabajador tiene su origen en su mayor sensibilidad a los riesgos derivados de su puesto de trabajo, en el sentido del art. 25 de la LPRL, a los requisitos generales exigidos para la operatividad del despido por ineptitud se debe añadir la necesidad de acreditar la imposibilidad de adaptar las condiciones del puesto de trabajo o de recolocar al trabajador en un puesto de trabajo distinto.

4.2. La exigencia de adaptación/recolocación del trabajador especialmente sensible en el despido por ineptitud sobrevenida y las consecuencias de su omisión

La facultad que el art. 52.a) del TRLET reconoce al empresario para proceder a la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida del trabajador debe ser objeto de una interpretación sistemática que tenga en consideración los deberes de adaptación/recolocación que la ley o el convenio colectivo pueden imponer en atención a circunstancias personales que pueden afectar al trabajador y que, son precisamente, las causantes de aquella ineptitud. Una exigencia de acreditación del intento de adaptación, que, sostenida inicialmente en relación a los trabajadores afectados por una situación de discapacidad⁶⁶, creemos que es también exigible en relación a los despidos por ineptitud sobrevenida que afecten a los trabajadores especialmente sensibles⁶⁷. Una exigencia de acreditación del cumplimiento de las obligaciones de adaptación/recolocación cuyo incumplimiento podría determinar, además de eventuales responsabilidades administrativas, no ya la improcedencia del despido sino, en determinados casos, su calificación como despido nulo.

No se trata de exigir que el empresario deba soportar una relación laboral que ya no es funcional a la causa y al objeto que justifican la existencia del contrato de trabajo, de negar la funcionalidad de los despidos objetivos, sino de exigir que el empresario acredite que no ha podido, en el ejercicio de sus poderes organizativos, y en cumplimiento de obligaciones legales o convencionales, adaptar o recolocar, al trabajador especialmente sensible. Una exigencia que cabe derivar de la lectura sistemática de los arts. 25 y 52.a) del TRLET y que, en cada vez más casos, halla eco en la doctrina judicial⁶⁸.

⁶⁶ Una tesis que ya mantuvimos en PASTOR MARTÍNEZ, A., "El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo", Comunicación al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social publicada en formato CD-ROM en Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social, Ediciones Cinca, Madrid, 2014. Más recientemente, en este mismo sentido, GOÑI SEIN, J.L. y SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación...*, p. 235 y ss. o GUTIERREZ COLOMINAS, D., "La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo: Una visión internacional y europea de su configuración y eficacia como mecanismo de control a las extinciones de personas con discapacidad", *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 6, noviembre 2017.

⁶⁷ De la misma opinión, MORENO SOLANA, A., *La prevención...*, ob.cit., p. 79, ARAGÓN GÓMEZ, C., "La ineptitud...", ob.cit., pág. 260 o GOÑI SEIN, J.L. y SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación...*, p. 222 y ss. y 237 y ss.

⁶⁸ Ilustrativos son los términos empleados por la STSJ de Madrid 872/2015, de 30 de noviembre (Rec. 483/2015) al afirmar que "para que opere la extinción deberán agotarse, y acreditarse que ello se ha efectuado o probarse debidamente que existe una real imposibilidad para llevarlo a cabo, las modulaciones de adaptación del puesto que corresponden a la empresa, pues en otro caso queda la facultad extintiva dentro de una potestad unilateral, que no se acomoda con el derecho al trabajo, la preservación del contrato y con las medidas preventivas que deben adoptarse en el puesto que se ocupa". También exigen la adaptación/recolocación, entre otras, la STSJ Madrid 175/2008, de 10 de marzo (Rec. 282/2008), STSJ Madrid 102/2012, de 20 de febrero (Rec. 5329/2011); STSJ Madrid 6/2013 de 14 enero 2013; STSJ Cataluña 630/2013 de 25 enero de 2013; la STSJ Cataluña 1128/2015, de 17 de febrero (Rec. 7053/2014); STSJ de Asturias núm. 1238/2015, de 26 de junio (Rec. 1201/2015) o la STSJ Madrid 837/2015, de 7 de diciembre (Rec. 741/2015).

Ciertamente, la relectura propuesta del art. 52.a) del TRLET, supone la imposición de un requisito adicional al ejercicio de las facultades extintivas que no está previsto, en forma expresa, en aquel precepto⁶⁹. No creemos, no obstante, que ello constituya, en sí mismo, un obstáculo insalvable por cuanto, como ocurre con otras garantías que pueden limitar el ejercicio de las facultades extintivas empresariales, por ejemplo, la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores, se trata de un límite que está previsto en una norma legal específica.

La acreditación de la imposibilidad de adaptar/reacomodación del trabajador especialmente sensible corresponde, a nuestro juicio, al empresario, pero para ello resulta necesario que previamente se acredite la especial sensibilidad del trabajador. El conocimiento por parte del empresario de la especial sensibilidad constituye un presupuesto fundamental por cuanto, de otro modo, no cabe imponerle la obligación de efectuar esa adaptación o recolocación⁷⁰. Sin duda, el medio idóneo sería la vigilancia de la salud que la propia normativa preventiva establece como una de las obligaciones preventivas del empresario (art.22 LPRL), sin perjuicio, de que el propio trabajador pudiese aportar evidencias de dicha situación directamente a la empresa, a los servicios de prevención, a los servicios de vigilancia de la salud o, incluso, ante la Inspección de Trabajo en supuestos de omisión empresarial. La constatación de la existencia de una especial sensibilidad supondría la iniciación de la dinámica preventiva del art. 25 de la LPRL: la evaluación específica, la adopción de las medidas preventivas y de protección necesarias, y entre ellas, la adaptación de las condiciones de trabajo o, cuando fuese necesaria, la recolocación del trabajador.

Constatada dicha situación mayor sensibilidad, si el empresario optase por el despido por ineptitud sobrevenida, el control judicial derivado de su eventual impugnación exigiría no sólo verificar la realidad de la causa alegada sino también si eran exigibles y posibles mecanismos de adaptación o recolocación del trabajador. Correspondiendo al empresario acreditar los motivos por los que no adopta las medidas de adaptación/colocación necesarias⁷¹.

No se trata de imponer obligaciones de adaptación o recolocación imposibles. La exigencia de esta obligación debe realizarse en términos de proporcionalidad y con una valoración casuística de su cumplimiento. La ausencia de parámetros claros en la normativa y la amplia discrecionalidad de la que dispone el empresario no debe confundirse ni con absoluta libertad ni con la imposición de un deber en términos absolutos que, de otra forma, acabaría siendo perjudicial para los propios sujetos tutelados y la efectividad real de la medida. El contexto de anomia normativa permite y obliga a la aplicación analógica de la normativa sobre adaptación de las condiciones de trabajo prevista en los contextos de la discapacidad o de la protección de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente (art. 26 LPRL). De esta forma, parámetros de valoración del cumplimiento de la obligación empresarial como “posibilidad” (el art. 26 de la LPRL habla de «cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible»), «razonabilidad» (el art. 27.1.i) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad), “ajustes razonables para las personas con discapacidad” (art. 5 Dva. 2000/78/CE, de 27 de noviembre, marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación), «carga excesiva» (art. 40 del RD Leg. 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley General de derechos de las personas con discapacidad) empleados por la normativa en contextos análogos abocan a una valoración desde parámetros de razonabilidad o proporcionalidad en la exigencia del cumplimiento de dichos deberes. Una configuración

⁶⁹ De “obligación añadida de reajuste preventivo” hablan GOÑI SEIN, J.L. y SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación...*, p. 238.

⁷⁰ También lo destaca LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Los trabajadores...*, ob.cit., p. 39.

⁷¹ En este sentido, aunque en relación a limitaciones psicofísicas derivadas de situaciones de discapacidad, GOÑI SEIN, J.L. y SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación...*, ob.cit., p.235 y SOLÀ MONELLS, X., “La extinción de la relación laboral por pérdida de capacidad sobrevenida de menor entidad”, en PÉREZ AMORÓS, F. (Dir.), *La extinción del contrato de trabajo*, Ed. Bomarzo, Albacete 2006, p. 382.

flexible que permite una valoración casuística y adaptada en la que los órganos jurisdiccionales deberían ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes, pero que, en ningún caso, debiera permitir la ausencia de control alguno sobre el cumplimiento de dicha obligación⁷².

Configurado el deber de adaptación/recolocación previsto en el art. 25 de la LPRL, como consecuencia de su propia dimensión positiva, como una garantía negativa de la que se deriva un límite o condicionante en la extinción del contrato de trabajadores especialmente sensibles cuando la causa del despido se sitúa en esa propia mayor sensibilidad, cabe plantearse qué consecuencias se derivarían del incumplimiento de aquellos deberes de adaptación en el ámbito del despido⁷³. La doctrina judicial ha situado en el ámbito del incumplimiento de los requisitos del despido objetivo los efectos de la no realización/falta de acreditación de las medidas de adaptación/recolocación de los trabajadores especialmente sensibles y, por ello, en el de la calificación como improcedentes la de los despidos realizados de aquella forma⁷⁴. Una situación que nos ubica en un escenario diferente a aquel en el que el incumplimiento se verifica en relación a trabajadores con discapacidad o a trabajadoras que, por razón del embarazo, son especialmente sensibles *ex art. 26*, por cuanto en tales hipótesis, la consecuencia, aunque con pronunciamientos discrepantes, parece situarse en la órbita de la calificación del despido como nulo.

Ciertamente, en el caso de los trabajadores con discapacidad o del art. 26 de la LPRL, la conexión de la falta de adaptación/despido por ineptitud basado en la limitación psicofísica del trabajador con la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación resulta especialmente evidente. Incluso, en algún caso, en el de los trabajadores con discapacidad, las consecuencias de la vulneración se han positivizado en forma expresa, al calificarse la denegación de los ajustes como una forma de discriminación y de vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (art. 2 de la Convención y el art. 63 del LGDPD). A nuestro juicio, sin embargo, la conexión con una causa odiosa de discriminación también se puede apreciar cuando el despido por ineptitud se fundamenta en una limitación psicofísica que sea posible relacionar con la edad avanzada del trabajador⁷⁵. No se trataría de alegar el derecho a la salud, o la enfermedad como causa de discriminación, por cuanto la posición injustificadamente restrictiva mantenida al respecto, lo dificultaría, sino de situar el problema en la dimensión de la tutela de la discriminación por razón de la edad, sin perjuicio de que en determinadas situaciones, la tutela pudiera adicionalmente derivar de la protección frente a la discriminación por razón de discapacidad⁷⁶.

⁷² Sobre el alcance de la obligación de introducir ajustes razonables en el ámbito de los trabajadores con discapacidad véanse los recientes artículos de GOÑI SEIN, J.L., "La obligación empresarial de realizar medidas de adaptación como contenido integrante del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad" y SANZ DE GALDEANO, B., "Las medidas de ajuste razonable y su extinción por carga excesiva", ambos en *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 6, noviembre 2017.

⁷³ Las consecuencias del incumplimiento de dicho deber podrían actuar, al menos, en un triple plano: el de las eventuales responsabilidades administrativas derivadas de la comisión de infracciones administrativas; el de las responsabilidades civiles derivadas de un posible daño y el de las consecuencias que tendría la falta de realización/acreditación de la adaptación para el despido por ineptitud adoptado por la empresa.

⁷⁴ Es el caso, por ejemplo, de la STSJ de Asturias 1238/2015, de 26 de junio (Rec. 1201/2015) o el de la STSJ de Madrid 872/2015, de 30 de noviembre (Rec. 483/2015).

⁷⁵ Parecen inclinarse por una posición contraria, aunque no con rotundidad, GOÑI SEIN, J.L. y SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación...*, ob.cit., p.237, cuando afirman, aunque con carácter general en relación al art. 25 LPRL, no tienen naturaleza de derecho fundamental.

⁷⁶ Gráficamente, la relación entre vejez y discapacidad, podríamos formularla como dos círculos que eventualmente se pueden segmentar. Véase al respecto lo indicado en el apartado 2.1 *in fine*.