

Edad, enfermedad y discapacidad bajo ¿el mismo ajuste? de la adaptación del puesto de trabajo

Age, illness and disability under “the same adjustment?” of the adaptation of the workplace

Julia Dormido Abril

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. El principio de igualdad y no discriminación. – 2. La condición personal. – 2.1. La edad. – 2.2. La enfermedad. – 2.3. La discapacidad. – 3. Los ajustes razonables. – 4. La adaptación del puesto de trabajo a la persona. – 5. Las consecuencias del incumplimiento empresarial de sus obligaciones. – 6. La protección frente al despido.

Sinopsis: La edad, la enfermedad y la discapacidad se contemplan en el ordenamiento laboral español como características diferentes del trabajador que necesitan de una especial regulación. Éstas pueden dar lugar a que la empresa tenga que adaptar el puesto de trabajo a la persona, aunque la adaptación variará en función de las condiciones personales o el estado biológico conocido de cada una. Se trata de una obligación empresarial que, pese a regularse en la misma norma, no goza de la misma protección en los tres supuestos planteados. Por ello, se ha considerado de interés estudiar si la tutela antidiscriminatoria puede utilizarse indistintamente tras la promulgación en el año 2022 de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación o si, por el contrario, sólo queda protegidos por este paraguas alguna o algunas de las citadas condiciones personales.

Abstract: Age, illness and disability are considered in the Spanish labour law as different characteristics of the worker, so they need special regulation. These may result in the company having to adapt the job to the person, although the adaptation will vary depending on the personal conditions or the known biological status of each person. It is a business obligation that, despite being regulated in the same regulation, does not enjoy the same protection in the three cases raised. For this reason, it has been considered of interest to study whether anti-discrimination protection can be used interchangeably after the enactment in 2022 of the Comprehensive Law for Equal Treatment and Non-Discrimination.

Palabras clave: Edad – enfermedad – discapacidad – adaptación del puesto de trabajo – ajustes razonables

Keywords: Age – illness – disability – adaptation of the job – reasonable accommodations

1. El principio de igualdad y no discriminación

Los principios de igualdad y no discriminación forman parte de los diferentes ordenamientos de un importante número de países gracias a las normas de Derecho Internacional que los han consagrado, tal y como ocurre con la Declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, la cual incorpora la consecución de la igualdad de oportunidades, sin que pueda producirse una distinción entre las personas por razón de raza, credo o sexo. Si bien, el citado texto no se ocupa de forma directa ni de la edad, ni de la enfermedad o de la discapacidad, sí que lo hacen algunos de sus Convenios, los cuales serán citados en los apartados específicos. Del mismo modo, se aborda la cuestión relativa al principio de igualdad en la Carta Social Europea, aunque en sus arts. 9 y 10 se hace referencia al derecho a la orientación y formación profesional enfocadas a todas las personas, entre las que se incluyen las personas con discapacidad¹. El art. 15 de dicho texto se ocupa de manera específica de esta cuestión sobre las que destaca la promoción del acceso al empleo. La Carta Social establece que las empresas podrán llevar a cabo cualquier acción para contratar a personas con discapacidad, así como para mantenerlas en el empleo. Por su parte, la igualdad de trato y la no discriminación se encuentran contempladas en el ámbito de la Unión Europea, tanto en el derecho originario como en el derivado. Así se desprende del art. 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, TCE), así como en el preámbulo y en los arts. 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), en la que la igualdad se reconoce como un valor indivisible y universal. En el último de los preceptos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, tal y como pueden ser la enfermedad y la discapacidad. La edad, sin embargo aparece mencionada de forma expresa en el artículo, pudiendo referirse a la misma tanto en términos de “juventud” como de “edad avanzada”². Por su parte, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores, reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas para que las personas mayores y con discapacidad se integren tanto social como económicamente.

¹ Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, BOE de 11 de junio de 2021.

² Se trata de uno de los valores de la Unión Europea, tal y como puede verse en el art. 2 TUE y en el art. 1 de la CDFUE.

La Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, de sumo interés para este estudio, en su art. 1 tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación. Entre las situaciones previstas en la disposición de la Unión Europea se encuentran la discapacidad y la edad. Esta regulación sirve para reforzar el principio de igualdad en el ámbito laboral entre los Estados Miembros, así como para garantizar su aplicación en todas las relaciones laborales³. No obstante, el art. 6.1 de la Directiva da la posibilidad a los Estados miembros de determinar qué tipo de situaciones no se van a encontrar dentro del concepto de diferencia de trato, tal y como puede ocurrir con la edad. Para ello, la Directiva exige que se produzca una justificación que sea objetiva y razonable y que se justifique en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima. Dentro de esta categoría de finalidad se pueden encontrar los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, además de si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. Si se desciende al ámbito del Derecho interno, en España, lo que respecta a la protección de los trabajadores que se describen a continuación se encuentra dentro del art. 14 de la Constitución. Dicho precepto contempla una cláusula abierta, en la que se pueden incorporar situaciones que van más allá del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, que son las tradicionalmente protegidas como ha quedado comprobado en el ámbito de la Unión Europea. En tal sentido, en el art. 14 de la Constitución (en adelante, CE) se contempla la siguiente expresión: “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Ésta ha dado origen a que el máximo intérprete de la CE, el Tribunal Constitucional, se haya podido pronunciar acerca de si se produce una situación de discriminación sobre un trabajador por razón de edad, enfermedad o discapacidad. Sería suficiente recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 2011 (en adelante, STC), en la cual el órgano constitucional se reafirma en el hecho de que el principio de igualdad y no discriminación por razón de edad está contemplado de manera implícita en el citado art. 14 CE⁴. Esto significa que de manera explícita no aparece recogido en el texto, pero de su lectura sí podría interpretarse⁵. De esta forma, una de las primeras sentencias del máximo intérprete de nuestra norma suprema en la que se estableció que el listado de situaciones recogidas dentro del art. 14 CE no constituía un número cerrado y que, por ende, la edad podía constituir una causa de discriminación fue la STC de 3 de agosto de 1983⁶.

³ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

⁴ STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ3.

⁵ TRIGUERO MARTÍNEZ, *La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la seguridad social: envejecimiento activo, política de reinserción y derecho antidiscriminatorio*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, 4, 13.

⁶ FJ 2º y 3º. Aunque lo cierto es que dicha Sentencia reconoció que la diferencia de trato por razón de edad estaba justificada. En un sentido contrario, STC 37/2004, de 11 de marzo y STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11º en la que se abordó la constitucionalidad de la diferencia en el salario mínimo interprofesional. Asimismo, la STC 79/2011, de 6 de junio de 2011, BOE núm. 158, de 4 de julio de 2011. En ésta se resuelve sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al art.

Por su parte, la norma básica laboral, el Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET), en el art. 4.2 regula los derechos de los trabajadores en el que se encuentra el no ser discriminado. En el art. 17 ET se prohíbe todo tipo de discriminación. De hecho, en el caso de que ésta se produzca, ya sea de forma directa o indirecta, será considerada nula la norma en la que se contenga o la acción en la que se produzca. Las situaciones que quedan protegidas por el art. 17 ET son múltiples, pues se habla de la prohibición de discriminación por razón de edad o discapacidad, así como de situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español, lo que reafirma la teoría de que las tres situaciones que aquí se exponen se encuentran, hasta el momento, protegidas de igual forma por el legislador. En el mismo sentido, la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación que traspone la Directiva 2000/78/CE, se pronuncia en los mismos términos que las normas anteriores⁷. De hecho, en el art. 1 se indica que el objeto de la Ley es la de garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación y respetar la dignidad de las personas regulada los arts. 9.2, 10 y 14 CE y lo hace a través de un mecanismo muy concreto. Se trata de enumerar de forma exhaustiva todos los supuestos que quedan dentro del paraguas del principio de igualdad de trato y no discriminación, tal y como es la nacionalidad, si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal, por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, así como por razón de edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, es decir, cualquier situación que caracterice a una persona.

Lo cierto es que esta norma era necesaria en lo referente a la igualdad entre mujeres y hombres, motivo por el cual desde el año 2007, contamos en el ordenamiento laboral español con una Ley orgánica que garantiza la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, pero sí que era preciso que otra disposición se ocupase del resto de situaciones⁸. Esto es, pese a que la Ley Orgánica 3/2007 es una ley transversal y se aplica a todos los ámbitos, por suerte, desde la promulgación de la Ley 15/2022 la protección de todos los

19.5 de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica que impedía que los mayores de sesenta y cinco pudieran participar en los procesos de instalación de nuevas oficinas de farmacia. Sin embargo, el máximo intérprete, en los FJ4^a, b, razona que si dicha edad no es un obstáculo para seguir desempeñando la profesión de farmacéutico titular, tampoco puede serlo para acceder a una nueva autorización.

⁷ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, BOE de 13 de julio de 2022.

⁸ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE de 23 de marzo de 2007.

tipos de condiciones y circunstancias personales han quedado completadas, aunque existe el riesgo de que al ser la lista cerrada, pueda haberse quedado fuera alguna situación. Dicho en otras palabras, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2022, la protección se centraba en la igualdad de género entre hombres y mujeres, permaneciendo al margen los supuestos que se analizarán a continuación, tan sólo tratados a través de la interpretación extensiva de una jurisprudencia abierta a la que se hará referencia, igualmente, a lo largo del texto.

2. La condición personal

La Real Academia de la Española ha definido el concepto “condición” como “índole, naturaleza, carácter, temperamento, natural, clase, categoría, genio, cualidad, propiedad”, en una primera acepción y, en una segunda, como “calidad del nacimiento o estado que se reconocía en las personas”. Por su parte, “personal” se refiere a algo “perteneciente o relativo a la persona”, de ahí que se estudie la edad, la enfermedad y la discapacidad como condiciones personales del trabajador. Éstas pueden afectar a la persona desde el nacimiento o aparecer en un momento posterior o, simplemente como es la edad, con el transcurso del tiempo. Sin duda, la última parte del art. 14 CE utiliza una descripción abierta, similar a la definición dada por el diccionario de la lengua española.

En todo caso, conviene analizar cada una de ellas de forma independiente en un primer momento. La edad, en el ámbito laboral hace referencia al concepto de trabajador senior, en contraposición al trabajador joven. Ambas podrían requerir de una adaptación, sobre todo a efectos de prevención de riesgos laborales. La enfermedad, es aquella que experimenta el trabajador y que puede comportar una alteración de la función de uno de sus órganos o de todo el organismo. Por último, la discapacidad, se produce por la interrelación con otro tipo de situaciones y, por tanto, de discriminación.

2.1. La edad

La edad ha constituido una preocupación recurrente por parte del legislador español. De hecho, el art. 6 y el art. 7 ET se encargan de regular la edad a efectos de determinar la capacidad del trabajador. Lo menores de 18 años, pero mayores de 16 años pueden trabajar, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en los artículos anteriores. Ahora bien, cuentan con una serie de limitaciones. Por ejemplo, los menores no pueden realizar horas extraordinarias ni tampoco podrán trabajar en horario nocturno (de diez de la noche a seis de la mañana). Además, en materia preventiva se han determinado una serie de actividades que no pueden realizar, tal y como constituyen aquellas que puedan comportar un riesgo para su seguridad y salud y que aparecen descritas en el Anexo I del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

De otro lado, se encuentran las personas trabajadoras que tienen más edad. También se les puede considerar como trabajadores “seniors”. De hecho, se suelen utilizar más asidua-

mente otras expresiones para hacer referencia al mismo término, tal y como es “trabajador de edad avanzada” o “trabajadores mayores” o “de mayor edad”⁹. A diferencia de lo que ocurre con los menores, en la norma no se ha establecido un límite para considerar a una persona trabajadora como “madura”. Es muy posible que el legislador no se haya querido pronunciar de forma expresa en la norma por no otorgar a una determinada edad un trato peyorativo ni por clasificar a los sujetos cuando, básicamente, se trata de un número más o menos en su calendario vital¹⁰. Además, consideramos que remarcar el tiempo de vida de una persona constituye una cuestión que está asociada más con el derecho al empleo y con el derecho a la pensión de jubilación. Sobre esta cuestión, la Recomendación núm. 162 de la OIT considera que la persona trabajadora es “senior” cuando haya cumplido los 50 años. Aunque, por otra parte, nuestra Ley de Empleo a efectos de políticas activas, sitúa a los trabajadores maduros en los 45 años. Parece razonable el criterio adoptado por la OIT, sin embargo, se puede decir que las palabras que se escribirán en las siguientes líneas pueden estar destinadas a las personas trabajadoras de más de 45 años.

La indeterminación de la edad para las personas trabajadoras mayores ha generado un problema que ha concluido con el pronunciamiento de los diferentes Tribunales de Justicia, tanto del europeo como del estatal. Estos se han pronunciado en términos poco claros sobre la edad, tanto que podrían ser calificados como ambiguos. Así, por ejemplo, destacan en el ámbito europeo algunas sentencias en las que se aprecia la diferencia de trato por razón de edad, tal y como son STJUE 28 de octubre de 2004, asunto T219/02 y T-337/02, caso Lutz Herrera y la STJUE de 17 de octubre de 2007, asunto C-411/05, caso Palacios, entre otros.

Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha podido pronunciar en numerosos supuestos sobre la cuestión de la edad, pues un buen número de convenios colectivos incluyen cláusulas de jubilación forzosa a partir de una determinada edad, tal y como ocurre en las SSTC 280 y 341/2006, en las que el máximo intérprete consideró que los convenios habían incurrido en discriminación. El motivo se basó en razones de las políticas de empleo, dado que el pase a la jubilación de los trabajadores condujo a que se contratase a un trabajador y se consolidaran algunos puestos en indefinidos. Se trata de una excepción a la no discriminación por razón de edad, a diferencia de lo que pasa en otros aspectos, como es el género. Esta circunstancia se traduce en que la incorporación de una cláusula a través de la cual se permita a los trabajadores pasar a la situación de jubilación obligatoria puede derivar en un trato menos favorable por razón de edad en relación con la razonabilidad y la objetividad, lo que ha provocado ese descenso del nivel de protección en términos

⁹ A mero título de ejemplo, esta última acepción aparece en el art. 6.2 LOTC para determinar quién ejercerá las funciones de Presidente del Tribunal en caso de que éste y el Vicepresidente no estén presentes, en tal sentido lo será “*el Magistrado más antiguo en el cargo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad*”.

¹⁰ CABEZA PEREIRO, *Trabajo de mayores y discriminación por edad*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2022, 3, 232. El autor hace una reflexión acerca de la discriminación por edad a la cual considera una discriminación por estereotipos.

de comparación a la otras causas de discriminación, tal y como pueden ser las relativas al sexo, origen racial o étnico y la discapacidad¹¹. Si bien, convendría que los Tribunales reflexionasen sobre esta cuestión toda vez que se cuenta con la Ley 15/2022, en la que se protege a los trabajadores por razón de edad del mismo modo que se hace con otras condiciones personales.

Por otra parte, en cuanto a condición personal, la edad no es algo que defina a la persona trabajadora, aunque se considere un elemento condicionante¹². Constituye, por tanto, una condición personal que no puede ser interpretada de forma aislada y que se encuentra asociada a alguna otra característica que la complementa. De ahí, que se refiera a la edad en términos de experiencia o de inexperiencia¹³. El concepto experiencia se asociaría a la persona trabajadora con una larga vida laboral, mientras que la inexperiencia está relacionada con aquella que se acaba de incorporar al mercado laboral.

La edad es inherente al trato que la persona recibe de su entorno¹⁴. De hecho, los contratos para la práctica profesional o los de formación en alternancia, así como el empleo de las microcredenciales y otras actividades formativas de manera combinada con la prestación de servicios, suelen estar pensados para los jóvenes de hasta una cierta edad, tal y como se podía constatar con anterioridad a la reforma laboral del año 2021 en el art. 11 ET¹⁵.

Por ello, el elemento de la edad como condición personal, se emplea para establecer una diferenciación entre los sujetos, de manera que se agrupan en colectivos diferentes en los que concurren unas necesidades y preocupaciones diferenciadas. Desde el punto de vista de las relaciones laborales puede servir para organizar el trabajo. En el caso del derecho al empleo sirve el dato de la edad para determinar las políticas de empleo, tal y como se haya dicho anteriormente.

La edad puede condicionar al trabajador en diferentes esferas, tal y como es la física, la biológica o la psicológica. Esto es debido a que la importancia no reside tanto en el número del trabajador, como en su estado. Es en este momento cuando la edad se asocia a la salud. De ahí, que sea la negociación colectiva la que tenga un papel significativo a través de la incorporación de las correspondientes cláusulas en los convenios colectivos

¹¹ DOMINGUEZ MORALES, *Igualdad, no discriminación y negociación colectiva*, Ed. Cinca, 2018, 284.

¹² SANGUINETI RAYMOND, La cenicienta de las discriminaciones. El autor utiliza un término interesante, tal y como es el de “son” y “de”.

¹³ GONZÁLEZ ORTEGA, *La discriminación por razón de la edad*, in *Temas Laborales*, 2001, 59, 100.

¹⁴ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, *La ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque*, Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, in <https://www.aedtss.com/la-ley-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-una-regulacion-necesaria-con-un-problema-grave-de-enfoque/> El autor percibe un “error teórico” en la mención de la justificación de la diferencia de trato contenida en los arts. 2.2 y 4.2 Ley 15/2022 que pasa a tener un reflejo desde la discriminación indirecta a la directa, lo cual constituía una situación admitida en la discriminación por razón de edad únicamente.

¹⁵ RUEDA MONROY, *Discriminaciones laborales por razón de edad amparadas normativamente. Trabajo, edad y pensiones de jubilación*, Comunicaciones del XXXIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024, 136 y ss.

para determinar las funciones y las condiciones laborales que se han de determinar en consonancia con la misma, así como las medidas oportunas en materia de seguridad y salud, aunque lo cierto es que en dicho ámbito poco o nada se prevé¹⁶.

2.2. La enfermedad

La salud es la condición física y psíquica en la que se encuentra un organismo en un momento determinado. Se trata de un bien jurídico protegido en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 15 CE, en concreto, el precepto garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Sobre todo en materia preventiva, la salud constituye un eje central, debido a que es el empleador quién tiene la obligación de protegerla.

Por tanto, la salud constituye un elemento que puede establecer diferencias incluso entre dos trabajadores que cuenten con la misma edad. Me refiero con esta idea al hecho de que la edad, en el momento en el que se superan los 45 años, deja de aparecer como un dato aislado o, en su caso, asociado al conocimiento y la experiencia, para ir de la mano de la salud y es que es innegable que con el paso del tiempo empezamos experimentar cambios, ya sean intelectuales, físicos o psíquicos que hacen que tengamos que modificar ciertos aspectos de nuestra vida. Se puede asociar al concepto de “modificación” porque es posible que ciertas actividades que se realizaban sin ninguna dificultad en los años anteriores comiencen a resultar molestas o más tediosas, pero no al extremo (o al menos no se pretende llegar a esa idea) de resultar imposibles. Esto es una realidad y hay determinados sectores productivos en los que una ligera disminución en la capacidad de trabajo puede tener algún tipo de efecto en la actividad desempeñada¹⁷.

En tal sentido, no puede entenderse que la diferencia se vaya a producir exclusivamente por razón de edad, sino que va asociada también a la salud, por lo que, no es el elemento objetivo (el número de años) lo que importa, sino las condiciones de la persona (físicas, biológicas y psíquicas)¹⁸. Este argumento cuenta con una mayor significación si tenemos en cuenta que la relación jurídica laboral se entabló inicialmente en base a éstas y lo que ha acontecido es una merma en la capacidad de trabajo. Esto nos lleva a pensar que en este contexto concreto de las condiciones laborales, el factor edad al añadirse a las condiciones de salud puede derivar en una discriminación intersectorial que es aquella que

¹⁶ ELORZA GUERRERO, *La prolongación de la vida activa de los trabajadores como contenido convencional: La experiencia española*, *Estudios sobre la prolongación de la vida activa de los trabajadores*. Ed. Aranzadi, 2021, 212 y ss.

¹⁷ STS de 30 de noviembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:4362. Sentencia sobre la extinción del contrato por jubilación forzosa del trabajador con categoría de controlador de tránsito aéreo. La cuestión redunda sobre la posible discriminación entre los trabajadores por razón de la edad, dado que la extinción del contrato de trabajo por el mero hecho de que se haya alcanzado una determinada edad supone un trato peyorativo si se establece la comparación con otro trabajador más joven.

¹⁸ CEGARRA CERVANTES, *Despido colectivo y discriminación por razón de edad*. Net21, 2022, 11. <https://www.net21.org/despido-colectivo-y-discriminacion-por-razon-de-edad/>

se da cuando una persona es discriminada en un mismo momento por varias causas, tal y como son las descritas en el art. 2.1 Ley 15/2022¹⁹.

Ahora bien, existe un salto cuantitativo entre el hecho de que se vislumbre algún tipo de malestar en la salud de la persona trabajadora y su consideración de incapacitado para el desempeño de la actividad profesional. De hecho, para que esto último suceda, recordemos que antes ha de agotarse el periodo máximo de los trescientos sesenta y cinco días (con su respectiva prórroga) de incapacidad temporal para que, con posterioridad, se pueda reconocer una incapacidad permanente (en adelante, IP). En todo caso, es imprescindible que se cumplan con los requisitos que señalan los arts. 193 y ss. LGSS y, además, que la IP sea reconocida en un determinado grado, pues recordemos que la parcial e incluso la total no inhabilitan para la prestación de servicios.

A tal efecto, dicho salto se encuentra regulado en el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 (en adelante, LGPD) donde aparece el concepto de discapacidad con el siguiente significado, *“es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*²⁰. Esto no puede ser interpretado de manera aislada, sino que ha de hacerse una lectura conjunta con lo dispuesto en el art. 4 LGPD, en el que se indica que *“son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*, así como también se les va a extender tal consideración a quienes tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, lo cual estará relacionado con el reconocimiento de alguna de las prestaciones de incapacidad permanentes contempladas en la LGSS o en la Ley de Clases Pasivas.

Se puede apreciar que concurre una diferencia notable entre los trabajadores mayores y los trabajadores con discapacidad y es que, aunque ambos colectivos se encuentran, con carácter general, especialmente protegidos por las disposiciones, los segundos cuentan con una serie de salvedades que parece que la tutela se sitúa en un nivel un tanto inferior. Me explico. La propia Directiva 2000/78 en su considerando 17 pone de manifiesto que no es la intención del legislador europeo obligar a *“contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que*

¹⁹ LOUSADA AROCHENA, *Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones*, in *AequAlitas*, 2017, 41, 32. El autor recuerda que se pueden producir tres fenómenos diferentes con relación a la discriminación: la discriminación compuesta, la múltiple y la intersectorial. Esta última, en lugar de estar basada en un test de proporcionalidad, lo haría en una prueba de perjuicio que, en palabras de Lousada conduciría a mejorar la aplicación práctica de la igualdad de trato.

²⁰ del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, BOE de 3 de diciembre de 2013.

se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad”, lo que, de entrada, anuncia una cierta diferencia con respecto a los trabajadores mayores. De hecho, en el considerando 25 se indica que en relación con la edad, sí que pueden encontrar justificación determinadas actuaciones que den lugar a una diferencia de trato, aunque ellas parecen estar relacionadas con las políticas de empleo, el mercado laboral y la formación profesional. Sin embargo, cuando se trata de una persona con discapacidad la norma europea en el art. 5 establece que a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad, se realizarán ajustes razonables. Por tanto, hay dos diferencias de trato, una positiva para los trabajadores con discapacidad y otra negativa para los mayores.

2.3. La discapacidad

Por discapacidad se ha de entender como toda barrera que encuentran las personas que en el desarrollo y desempeño de su personalidad en todos los aspectos y órdenes de la vida²¹. La discapacidad se encuentra protegida por diferentes normas, tal y como es, en primer lugar, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²². A continuación, se puede destacar el Convenio sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (número 159)²³ y, por último, la Directiva 2000/78/CE, ya mencionada.

En el ordenamiento interno, la Constitución establece en el art. 49 CE que las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en el Título I CE en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación, lo cual no era necesario por reiterativo. Esto es, ya en el art. 14 CE se habla del principio de igualdad de trato y de no discriminación, que es aplicable a las personas con discapacidad, a los que tienen una determinada edad o padecen una enfermedad por lo que no era necesario que se volviese a establecer en el citado artículo.

El art. 49 CE se encuentra dentro del Capítulo tercero, “de los principios rectores de la vida política social y económica” de la norma suprema, lo que significa que se trata de una parte de la misma dedicada a los poderes públicos, por lo que no reconoce derechos de forma directa. De ahí, que el apartado segundo diga que “los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad”, pues se trata de un mandato. En todo caso, resulta interesante la última de las frases en las que se trata de proteger a las personas con discapacidad

²¹ LANTARÓN BARQUÍN, *Elementos para una elaboración conceptual de la discapacidad*, in *Noticias CIELO*, 2017, 3.

²² Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE de 21 de abril de 2008.

²³ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (número 159 de la OIT), adoptado en Ginebra el 20 de junio de 1983, BOE de 23 de noviembre de 1990.

para que no incurran en discriminación múltiple, pues se ocupa de las mujeres y niñas con discapacidad.

Por su parte, el considerando 16 de la Directiva 2000/78/CE señala que “la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad”. Esto ha sido incorporado en la normativa española, al igual que el considerando 23. Dicho considerando, permite que se produzca una diferencia de trato, también por razón de discapacidad o por razón de edad, cuando constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito desproporcionado. La norma en la que se han reflejado todas estas cuestiones es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, RDLDPD)²⁴.

3. Los ajustes razonables

En lo que respecta a los ajustes razonables, conviene señalar que el art. 5 de la Directiva 2000/78 establece que para garantizar la igualdad de trato de las personas con discapacidad estos se llevarán a cabo y consistirían en la adopción de las medidas adecuadas (según las necesidades de la persona) para permitir el acceso al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente²⁵. Estas medidas tienen que ser adoptadas por la empresa, salvo que acredite que suponen una carga excesiva para la misma, de ahí que tales ajustes sean razonables, tal y como expresa la STJUE de 10 de febrero de 2022, en el asunto C-485/20. Básicamente, se trataría de cualquier modificación realizada sobre el puesto de trabajo de la persona trabajadora o sobre sus condiciones de trabajo, de manera que pueda desempeñar sus funciones sin dificultad. Para ello, también resultará posible que se realice la actividad formativa que corresponda y que deberá estar a cargo de la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23.1, d ET.

La propia literatura del precepto aclara qué se entiende por una carga excesiva y es toda aquella que no pueda ser paliada a través de las políticas estatales, entendiéndose por tales las concedidas a través de ayudas, subvenciones o bonificaciones. En esta línea contemplamos que el art. 40.2 LGPD obliga a los empresarios a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta²⁶.

²⁴ BOE de 3 de diciembre de 2013.

²⁵ BERNAL SANTAMARÍA, *Personas con discapacidad: la necesidad de los ajustes razonables para la igualdad y la no discriminación*, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, 59.

²⁶ Documento guía para la comprensión y buena aplicación de los ajustes razonables como medida de igualdad de oportu-

Hay una clara diferencia, por ende, entre la discriminación por discapacidad y la discriminación por razón de edad en el ámbito de la Directiva, contenida en el art. 6 de la norma europea. En este orden de ideas, seguimos afirmando que, aunque ambas circunstancias están contempladas bajo el paraguas de la prohibición de discriminación, más adelante una de éstas se queda fuera sin que el legislador europeo obligue a las empresas a establecer ajustes razonables a los trabajadores mayores. Con esta regulación se está estableciendo un orden de jerarquía entre las diferentes causas de discriminación²⁷. Eso sí, entendemos que la diferencia está en un aspecto concreto atinente a los trabajadores mayores, es decir, a las situaciones expuestas en el epígrafe 2 en relación con el acceso al empleo o la extinción del contrato.

Sin embargo, las medidas que se hayan de llevar a cabo durante el desarrollo de la relación de trabajo deberán regirse por las disposiciones aplicables. Por ello, partiendo de la consideración conferida por el Tribunal Constitucional a la edad como condición que pueda dar lugar a una situación de discriminación, con el anclaje legal antes citado, consideramos que sí que se deben de llevar a cabo en el ámbito de la empresa los ajustes razonables en lo relativo a las condiciones de trabajo²⁸. De hecho, en nuestro ordenamiento encontramos diferentes ajustes razonables para poder atender las necesidades de los trabajadores de edad en un ámbito como es la protección de la seguridad y la salud de las personas trabajadoras que es, en suma, lo que importa a este colectivo.

4. La adaptación del puesto de trabajo a la persona

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) en su art. 25 habla de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, que son aquellos 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*”. Cuando la empresa cuente con una persona empleada que reúna estas características, la LPRL requiere a la empresa que de forma específica garantice su protección para lo que deberá evaluar los riesgos y, según el resultado de la evaluación, deberá adoptar las medidas preventivas y de protección que resulten necesarias. A mayor abundamiento, el art. 15.1, d LPRL establece la obligación de las empresas de adaptar el trabajo al trabajador. Esta idea se encuentra reforzada por el Marco Estratégico de Seguridad y Salud en el Trabajo 2021-2027 (MESST), el cual afir-

tunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, de 28 de mayo de 2024.

²⁷ SANGUINETI RAYMOND, *La edad: ¿cientista de las discriminaciones*, in *Trabajo y Derecho*, 2019, 59, 1.

²⁸ STC 22/1981, de 2 de julio, STC 58/1985, SC 280/2006 y STC 341/2006, entre otras.

ma la necesidad de fomentar una cultura preventiva que incluya “lugares de trabajo para todos”²⁹.

Resulta innegable que el art. 25 LPRL actúa a modo de “cajón de sastre”, dado que, además de incluir a las personas con discapacidad en dicha protección, parece referirse a otro tipo de trabajadores, pues expresamente nos habla de “los trabajadores que por sus propias características personales o estado biológico conocido”. Entendemos que en esta referencia tendrían cabida los trabajadores de edad avanzada, puesto que lo importante en este tipo de trabajadores no es en sí la cantidad de años que tengan, sino cómo se encuentren a nivel físico, biológico y psíquico. Se trata de aquella reflexión que se hacía al inicio con respecto a la relación de la edad con la salud, en tanto que, la primera es un mero dato objetivo que nos describe a la persona. Lo relevante son las condiciones que pueden relacionarse con los años de vida.

De otro lado, no resulta controvertido el hecho de que, además de esta cuestión relativa a la descripción del trabajador que parece quedar abierta y en la que podríamos encuadrar a nuestros trabajadores “seniors”, hay otra serie de aspectos que tampoco han sido desarrollados de manera minuciosa. Aun así, considero que en materia de seguridad y salud, el legislador ha establecido una medida que ha de interpretarse como un ajuste razonable, pues carecería de todo sentido que el legislador quisiera proteger en el art. 25 LPRL exclusivamente a los trabajadores con discapacidad, toda vez que ha hecho referencia a dos colectivos diferenciados. Por ello, se debe llevar a cabo una lectura sistemática debido a que si se hubiesen especificado en dicho precepto las concretas situaciones seguramente se habrían quedado sin protección otras muchas, sobre todo teniendo en cuenta el principio general en materia de prevención de la seguridad y salud de los trabajadores del art. 15.1, d LRPL³⁰.

Las cuestiones sobre las que debemos reflexionar a continuación para que se lleve a cabo el ajuste razonable de la adaptación tras la evaluación son las siguientes. En primer lugar, la acreditación de que concurre esta necesidad y, la segunda, en qué se puede concretar esta medida. Con relación a la primera, se considera que existirían dos formas de acreditar que la empresa cuenta con un trabajador especialmente sensible. Una estaría relacionada con lo establecido en el art. 22 LPRL, relativo a la vigilancia de la salud y, la otra, versaría sobre la aplicación por analogía de lo dispuesto en el art. 26 LPRL, sobre la protección de la maternidad. A través del reconocimiento médico realizado por el Servicio de Prevención de riesgos laborales que elaborará el correspondiente informe en el que se establezca si el trabajador es apto o si, por el contrario, no lo es para el desempeño del puesto de trabajo, pudiendo, incluso, resultar un “apto con limitaciones”, en cuyo caso se reflejarán

²⁹ IGARTUA MIRÓ, *El derecho de adaptación de la jornada por motivos de salud*, in *Trabajo y derecho*, 2019, 58, 3.

³⁰ PASTOR MARTÍNEZ, *La protección de la seguridad y la salud de los trabajadores de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajadores como límite al despido por ineptitud sobrevenida*, in *Documentación Laboral*, 2017, 112, 74.

las medidas necesarias para su adaptación. Es cierto que, de conformidad con el art. 22.1 LPRL, es imprescindible que el trabajador de su consentimiento para la realización de las pruebas. No obstante, en este caso los representantes de los trabajadores tienen un papel muy importante, en tanto que, el propio precepto establece una excepción a la voluntariedad si aquellos han elaborado el informe correspondiente en el que reflejen que el reconocimiento es imprescindible para “evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”. En suma, para que proceda la adaptación se deberá contar con el informe de los representantes de los trabajadores, en cuyo caso el trabajador estará compelido a realizar las correspondientes pruebas.

La segunda opción pasaría por aplicar las exigencias establecidas en el art. 26 LPRL con relación a los riesgos durante el embarazo y la lactancia en la salud de la trabajadora y el feto o el bebé, dependiendo de los casos. En tales supuestos, las opciones son más amplias que para los casos personas trabajadoras con discapacidad o, el aquí analizado, trabajador de edad avanzada, puesto que tras la adaptación el artículo citado posibilita que se lleve a cabo una movilidad funcional y, en último caso, la suspensión del contrato de trabajo. Todo ello si se cuenta con el certificado de 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, y con la relación de puestos de trabajos exentos de riesgos tras la consulta realizada por los representantes de los trabajadores a instancias de la empresa.

Con respecto a la cuestión de la adaptación, se trata de una obligación que no se limita a lo que son los aspectos materiales atinentes al puesto de trabajo, como puede ser el cambio de una mesa o de un teclado por otro más adecuado, sino que también deben comprenderse englobadas en este precepto las cuestiones relativas a las condiciones de trabajo. Estas medidas pueden exigir, en determinados casos, el recurso a servicios especializados de colocación y de apoyo, la aplicación de medidas, incluidas las ayudas técnicas, dirigidas a superar las barreras a la comunicación.

En el art. 36.5 ET se prevé la organización del trabajo por parte de la empresa, teniendo en cuenta el art. 15.1, d LPRL de adaptar el trabajo a la persona, con un especial énfasis en aquellos trabajos que sean monótonos o repetitivos, sobre todo a efectos de establecer los tiempos de descanso y de trabajo y el ritmo de la producción³¹. En todo caso, el art. 26.1 LPRL cuando se refiere a la adaptación del puesto de trabajo indica que puede tratarse

de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, dentro de cuyas medidas se encuentran la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos. Así pues, el tiempo de trabajo podría ser conjugado de diferentes maneras, posibilitando no sólo la reducción de la jornada, sino también acumulando los periodos de trabajos para dar lugar a un descanso mayor³². En lo que hace a las condiciones, podría tener efectos beneficiosos el alivio de la carga de trabajo, aunque con ello se pase a una movilidad funcional, de conformidad con el art. 39 ET.

En este aspecto es donde la negociación colectiva aportaría un gran valor a las medidas que puedan emprenderse, más allá de la no realización de la jornada nocturna, ya que es en las normas paccionadas donde se contemplan las funciones inherentes a cada una de las categorías profesionales, así como todas las cuestiones relativas al horario, tiempo de trabajo, distribución, etc. El elemento más interesante sería el de la posibilidad de reducir la jornada que no parece tener un correlato en el art. 37 ET. Posiblemente sobre el particular, en lugar de incorporarse al dicho precepto, lo interesante sería que se extendieran los motivos por los que se puede celebrar un contrato de relevo, dentro del art. 12 ET, en cuyo apartado 6 se articula con relación a la jubilación parcial. Sin embargo, podría ser una solución que se incorpore esta situación a la actual reducción de jornada del trabajador de edad avanzada, con la diferencia de que en el caso que se viene describiendo el sujeto no ha cumplido con los requisitos del art. 205 LGSS, pero por motivos de salud, precisa de tal adaptación³³.

5. Las consecuencias del incumplimiento empresarial de sus obligaciones

En lo que hace a la conveniencia de adaptar el puesto de trabajo y de adoptar tal ajuste razonable parece haberse perfilado en la LPRL como una posibilidad remota en lugar de haber gozado de la importancia que merece, puesto que consideramos que sería una buena medida intermedia entre la extinción del contrato de trabajo y la concatenación de incapacidades temporales por parte del trabajador³⁴. Si bien, este respaldo debería provenir del ET que sólo conecta bien con determinadas situaciones que pueden ser causa de discriminación, como son aquellas a las que consideramos de primer grado, pero deja atrás muchas otras, las de segundo grado como pasa con la discriminación por razón de edad.

³² MARTÍNEZ BARROSO, *Protección de seguridad y salud de los trabajadores maduros ante la revolución digital*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2022, 1, 263.

³³ CABEZA PEREIRO, op. cit., 242. El autor señala que la negociación colectiva se ha movido más en el contexto de la jubilación parcial en cuanto a la reducción de la jornada, olvidando su aplicación en otros aspectos.

³⁴ En el mismo sentido, MARTÍNEZ BARROSO, op. cit., 259. La autora considera que en torno al 30% de “los trabajadores de entre 50 y 64 años necesitan una adaptación en su puesto de trabajo, medida que de aplicarse se encontraría a medio camino entre la jubilación anticipada y la incapacidad.”

Por tanto, en este momento de la exposición, no nos queda más que poner de manifiesto el hecho de que no contamos actualmente con una respuesta por parte del ordenamiento jurídico a la cuestión de la adaptación, puesto que la solución que parece que el legislador proporciona en este sentido a las empresas pasa por la extinción.

Nos referimos, en concreto, a la posibilidad que tiene la parte empleadora de extinguir la relación de trabajo, en tanto que, en palabras de la propia Directiva 2000/78, no es la intención del legislador “obligar a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate”, lo que conduce automáticamente a la empresa a poder despedir por razones objetivas. Esto es, si no se exige ningún tipo de intento de mantener a la persona trabajadora mayor en su empleo, queda expedita la finalización de la relación jurídica laboral con los correspondientes perjuicios que esto puede causar en la persona trabajadora.

El art. 52, a ET regula el despido objetivo “*por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa*”, dejando al margen aquella ineptitud que se haga patente con motivo del desarrollo del periodo de prueba. De nuevo, el concepto “ineptitud” es lo suficientemente amplio para que en el mismo quepan un buen número de situaciones. Si bien, el TS en su Sentencia de 2 de mayo de 1990 definió dicho término como la “la inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona trabajadora, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración”³⁵. Por tanto, han de concurrir una serie de notas, tal y como son la ineptitud sobrevenida, permanente, imputable a la persona trabajadora, independiente de la voluntad de ésta, de cierto grado o entidad suficiente y general para que pueda ser considerada como causa justificativa del despido³⁶.

Además, el legislador permite que ésta sea conocida y también sobrevenida. Entendemos que, en el primer caso, el de la ineptitud conocida contempla aquellas situaciones permanentes y no coyunturales, tal y como pueden ser las declaradas por los Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS, como órgano competente para evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por incapacidad permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de la misma, de conformidad con el art. 1 del Real Decreto 1300/1995³⁷. Mientras que, la ineptitud sobrevenida podría aglutinar los resultados

³⁵ STS de 2 de mayo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:3500).

³⁶ ARETA MARTINEZ, *El despido objetivo por ineptitud sobrevenida de un trabajador que ha sido declarado “no apto” en el reconocimiento médico: un análisis desde el Derecho comparado español y francés*, in *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, 9.

³⁷ Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

obtenidos de los exámenes médicos de los servicios de prevención y los informes de los servicios de salud³⁸.

De esta forma, relacionado con la salud, el motivo por el que se podía proceder al despido había quedado reducido a las faltas de asistencia injustificadas y a las bajas por contingencias comunes de duración inferior a veinte días³⁹. Por suerte, esta circunstancia ha quedado invalidada, por cuanto que se ha derogado el art. 52, d ET, el cual permitía el despido de las personas trabajadoras por razón de edad (y salud), con amplio recorrido en el ámbito empresarial, si se producían “faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcanzasen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”. El propio precepto, en el siguiente párrafo, indicaba que “no se computarán como faltas de asistencia las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos”⁴⁰. Este motivo, que daba lugar a la extinción del contrato de trabajo, podría afectar a aquellas personas mayores que sufren una dolencia y que pueden ver mejorada su salud tras unos días de reposo. Es el caso, por ejemplo, de las lumbalgias comunes en el sector de la limpieza de oficinas, por ejemplo. De esta forma, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 4/2020 explica que el precepto derogado no solo podía comportar una causa de discriminación para las personas con discapacidad de manera directa, sino que también se podría dar una discriminación indirecta por razón de discapacidad en las personas con enfermedades de larga duración como consecuencia de las bajas intermitentes. A mayor abundamiento, la mayor parte de la doctrina se ha pronunciado, negando que el informe médico del servicio de prevención constituya una prueba suficiente para acreditar que la persona trabajadora no es apta y que se puede proceder a un despido objetivo, tal y como se desprende de la vasta jurisprudencia, integrada por, entre otras, la STSJ de Andalucía de 21 de abril de 2016, la SSTSJ de Aragón de 21 de febrero de 2018 o la SSTSJ de Madrid de 15 de abril de 2019⁴¹. Esto es, el informe en el que se refleje la condición de “no apto” de la persona trabajadora no exime a la parte empleadora de la justificación oportuna acerca de la ineptitud sobrevenida, pues de ser válida la mera obtención de dicho documento, se estaría dando carta blanca a las empresas para que a través de sus servicios de prevención, propios o ajenos, se habilite un canal independiente de despido sin causa, tal y como se desprende de la STSJ de Aragón de 21 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TSJAR:2018:125), lo cual generaría una indefensión a la persona trabajadora

³⁸ ARETA MARTÍNEZ, op. cit. En el supuesto analizado se aprecia cómo la trabajadora ha ido encadenando prestaciones de IT.

³⁹ STC núm. 118/2019, de 16 de octubre y STJUE, de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero.

⁴⁰ Derogado por el art. único del Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero y, posteriormente, por el art. único de la Ley 1/2020, de 15 de julio.

⁴¹ ECLI:ES:TSJAND:2016:5177, ECLI:ES:TSJAR:2018:125 y ECLI:ES:TSJM:2019:7523, respectivamente.

que desconocería los motivos exactos de la extinción al no poder contener dicho informe excesiva información por tratarse de datos especialmente sensibles, de conformidad con el art. 9 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁴².

Por tanto, focalizándonos en la causa vigente por la que la parte empleadora podría dar por finalizada la relación laboral, el problema reside en la valoración de la ineptitud, en tanto que, resulta sumamente complejo valorar en qué momento este concepto no podría ser interpretado de forma arbitraria. Si el legislador ha previsto en el art. 25 LPRL la adaptación y, por lo expuesto, hemos determinado que podría comprobarse el estado de salud del trabajador, queda meridianamente claro que debería llevarse a cabo esta medida. De lo contrario, se trataría de una discriminación al trabajador por razón de su edad y sus condiciones de salud. Recordemos a tal efecto, lo dispuesto en el art. 4.2 Ley 15/2022 en el que no se considera discriminación *“la diferencia de trato derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”*, aunque, en este caso, el hecho de no llevar a cabo la adaptación cuando no se produzca una justificación suficiente relacionada con la carga excesiva, no podrá considerarse exenta de la calificación de discriminatoria. Luego, ante una posible pregunta en la que se debatiese acerca de si el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 52, a, ha efectuado una presión suficiente sobre la parte empleadora para que se desplieguen todas las medidas oportunas en el ámbito de la adaptación (e incluso la movilidad funcional) con carácter previo al despido, la respuesta sería negativa.

Se trata, además, de una práctica respaldada por los propios representantes de los trabajadores, en tanto que, como veíamos antes, son quienes tienen la facultad de emitir un informe con la pertinencia de la adaptación. Por otro lado, las Mutuas con las que han formalizado las empresas las contingencias profesionales, tras reiteradas bajas de incapacidad temporal, ven una mayor pragmatidad en la extinción del contrato de trabajo. Sobre todo en aquellos supuestos en los que la adaptación es imposible, como puede ocurrir en el sector de la construcción o de la limpieza.

Por todo ello, la adaptación puede ser la solución, aunque en la práctica se desprende que es un problema. Para solucionarlo se tendría que producir un cambio que se hallase en consonancia con el ideal de prolongación de la vida laboral y pasaría por la norma y por los Tribunales de Justicia. La norma puede constreñir a la adaptación sin que sirva una somera justificación de que es imposible en el ámbito de la empresa, mientras que, en el ámbito judicial, deberían evaluarse estos casos con una mayor rigidez.

6. La protección frente al despido

Como consecuencia de la falta de incorporación del art. 25 al art. 52, a ET lo que nos venimos encontrando en las sentencias son pronunciamientos judiciales en los que se considera el despido improcedente.

Sin embargo, si tal y como venimos sosteniendo, la literatura del art. 25 LPRL exige a la empresa llevar a cabo un ajuste razonable, lo cual debería trasladarse al despido objetivo, si no se cumple con esta obligación no podríamos hablar de un despido improcedente. Sobre todo cuando el legislador ha contemplado en diferentes pasajes de la normativa laboral, así como también se establece en la Directiva 2000/78 que las acciones que comporten una diferencia de trato de los trabajadores por razón de edad son discriminatorias. Por tanto, el despido no puede ser calificado de otra forma que no sea la nulidad⁴³. De esta forma, bastaría con aplicar el art. 17 ET en conexión con lo dispuesto en el art. 4.2 Ley 15/2022 para determinar que la actuación llevada a cabo por la empresa de proceder al despido de la persona mayor de edad sin haber dado cumplimiento a las exigencias dispuestas en la norma sería nula, tratándose, por ello, de una discriminación directa⁴⁴. Ello se debe a la obligación que la propia Directiva 2000/78 incorpora de establecer medidas de acción positiva, que es a lo que atendería el art. 25 LPRL⁴⁵. Basta recordar que, la Ley 15/2022 protege diferentes circunstancias frente a la discriminación, como constituyen la enfermedad, la discapacidad y la edad, por lo que la adopción de cualquier acto que pueda ser considerado como discriminatorio daría lugar a su consideración como nulo⁴⁶. Además, se activaría al respecto la inversión de la carga de la prueba, recayendo todo el peso probatorio sobre la parte empleadora.

No obstante, no se pretende con esto afirmar que sea imposible despedir a un trabajador de una determinada edad, sino que antes el empresario ha de acreditar que ha cumplido con las exigencias legales de proceder a una adaptación del puesto de trabajo, pero que ha sido materialmente imposible, en tanto que, por la propia estructura de la empresa ni esta opción ni la movilidad funcional han resultado posibles. Por ello, no se puede pasar por alto la importancia de la prueba, en este caso, la inversión de la carga de la prueba,

⁴³ STS de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:2999), en la que se había abordado el fundamento jurídico que ampara a la jubilación forzosa por la empresa ENAIRE de sus controladores de tránsito aéreo, así como en la STS de 14 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1468), recordando la Sala los pronunciamientos anteriores en los que se apreciaba la existencia de un despido nulo por incurrir en discriminación por razón de edad.

⁴⁴ ASQUERINO LAMPARERO, *La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, in <https://www.aedtss.com/la-ley-15-2022-de-12-de-julio-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion/>

⁴⁵ GUTIÉRREZ COLOMINAS, *La naturaleza de las medidas de empleo ordinario de las personas con discapacidad: ¿medidas de acción positiva o de lucha contra la discriminación?*. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 162, 2022, págs. 101-139.

⁴⁶ GUTIÉRREZ COLOMINAS, *La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec 160/2016)*, in *Derecho de las relaciones laborales*, 2018, 5, 525-530.

tal y como ya nos indicaban los considerandos 30 y 31 de la Directiva 2000/78. Dicho en otras palabras, se invierte la carga de la prueba, recayendo en la empresa la obligación de justificar que el motivo de la extinción no se corresponde con la edad de la persona trabajadora, toda vez que éste haya aportado un indicio discriminatorio⁴⁷.

Además, otra de las consecuencias de que los Tribunales de Justicia declaren el despido como nulo es la imposición de la sanción tras el correspondiente procedimiento sancionador, en tanto que, en el art. 8.12 LISOS se aprecia que “la decisión unilateral de la empresa que implique discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o desfavorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo”, así como las represalias se considerarán infracciones muy graves con las correspondientes consecuencias establecidas en el art. 46.1 bis LISOS.

Por último, conviene señalar que para el resto de las condiciones personales, no relativas a la discapacidad, habrá que estar a lo dispuesto en el futuro art. 49, n ET. Esto es así porque actualmente se encuentra en periodo de tramitación la propuesta de anteproyecto de Ley de 13 de septiembre de 2024, por la que se modifica la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de despido, mediante la cual se modificará el art. 49.1.e ET. Ello es debido a los diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE a través de las STJUE de 9 de marzo de 2017, asunto C-406/15, STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18; STSJ Asturias de 18 junio de 2019, la STJUE de 10 de febrero de 2022, C-485/20 y la STJUE de 18 de enero de 2024, C-631/22, en las cuales se venía a calificar como extinción “automática” por incapacidad permanente total o absoluta las efectuadas por la empresa asociadas a la enfermedad o a la edad. Si de forma efectiva se produce la incorporación de una nueva letra al precepto citado, la parte empleadora se verá constreñida, con carácter previo a dar por finalizada la relación laboral, a realizar los ajustes razonables o el cambio a un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora.

⁴⁷ STC 184/1993, de 31 de mayo. Sobre la inversión de la carga de la prueba con relación a la discriminación por razón de edad.