

**Universidad Internacional de La Rioja**  
**Grado en Derecho**

---

# Paradojas del despido por ineptitud y su relación con la edad y la enfermedad.

---

Trabajo fin de grado presentado por:	Ricardo de Mariano Huéscar
Titulación:	Grado en Derecho
Línea de investigación:	La extinción del contrato de trabajo: el despido
Director/a:	Guillermo García González

Las Rozas. Madrid.  
12 de mayo 2018  
Firmado por: Ricardo de Mariano Huéscar

## ÍNDICE

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS</b> .....	2
<b>I. RESUMEN</b> .....	3
<b>II. INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTOS</b> .....	4
<b>III. LA INEPTITUD SOBREVENIDA</b> .....	7
<b>III.1 Concepto de ineptitud sobrevenida</b> .....	7
<b>III. 2 Incumplimiento del contrato de trabajo</b> .....	9
<b>III. 3 Los “actos propios” del empresario</b> .....	10
<b>IV. CONTROVERSIAS DEL PROCESO DE INFORMACIÓN CONFIDENCIAL</b> .....	10
<b>V. EL CASO PARADIGMÁTICO DE INEPTITUD E INVALIDEZ</b> .....	12
<b>V.1 Consideraciones sobre discapacidad e ineptitud</b> .....	12
<b>V.2 Calificación de la extinción en los casos de enfermedad</b> .....	14
<b>VI. LA IMPORTANCIA DE LAS DIRECTIVAS DE LA UE Y LOS PRECEDENTES DEL TJUE</b> .....	18
<b>VII. LA EDAD EN RELACIÓN CON LA INEPTITUD SOBREVENIDA</b> .....	21
<b>VIII. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, EDAD E INEPTITUD</b> .....	26
<b>IX. CONCLUSIONES</b> .....	27
<b>X. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	32
<b>X. 1 Libros</b> .....	32
<b>X. 2 Artículos</b> .....	32
<b>XI. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS</b> .....	33
<b>XI. 1 Fuentes normativas</b> .....	33
<b>XI. 2 Fuentes jurisprudenciales</b> .....	35

**LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS**

CE	Constitución Española
CC	Código Civil
ET	Estatuto de los trabajadores
IRPF	Impuesto de la Renta de las Personas Físicas
IT	Incapacidad Temporal
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
OIT	Organización Internacional del Trabajo
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

## I. RESUMEN

El objetivo de este estudio es profundizar en el tratamiento de la extinción del contrato por despido y concretamente tratar el caso de ineptitud sobrevenida, dentro de la descripción que hace nuestro Estatuto de los Trabajadores de despido por causas objetivas.

No es esta una disciplina pacífica y precisamente la protección a los trabajadores en temas históricos como es el de la enfermedad, así como en cualquier otra materia que pueda significar discriminación, como la edad, son controvertidos para el tratamiento de este proceso. Sin embargo, otras cuestiones como falta de titulación, léase permiso de conducir, si es imprescindible para el trabajo contratado, y otros ejemplos, podrían justificar esta acción unilateral de la empresa.

Es importante conocer el detalle y el contexto de esta causa de extinción, para que las acciones que sean inspiradas en estos artículos del Estatuto de los Trabajadores sean acertadas y en línea con las directivas de la UE

**Palabras clave:** Despido por causas objetivas, ineptitud sobrevenida, edad, enfermedad, discapacidad.

## I. ABSTRACT.

The objective of this study is to deepen the treatment of the termination of the contract for dismissal and specifically to deal with the case of supervening ineptitude, within the description made by our Estatuto de los Trabajadores about dismissal for objective reasons. We give special treatment and consideration to age and illness in this section.

This is not a peaceful discipline and precisely the protection of workers in historical issues such as the disease, as well as in any other matter that may mean discrimination, such as age, are controversial for the treatment of this process. However, other issues such as lack of certification, read driver's license, if it is essential for the work contracted, and other examples, could justify this unilateral action of the company.

It is important to know the detail and context of this cause of extinction, so that the actions that are inspired by these articles of Estatuto de los Trabajadores are correct and in line with EU directives.

**Keywords:** Dismissal due to objective causes, supervening ineptitude, age, illness, disability.

## II. INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTOS.

Si seguimos detalladamente la sociología histórica entendemos la legislación que la refleja y la sucede en el tiempo. Y por eso no es baladí hablar de ella. En la historia que sigue hemos pretendido el método de la simplificación estadística. Hablamos de la historia como si hubiese seguido las tendencias mayoritarias, aunque todos sabemos que hay espacio a la diversidad. En esta introducción, no me centraré en otras causas del despido por ineptitud como puede ser la formación o titulación y la incapacidad. La edad podría también ser objeto de falta de protección en este caso y sería sólo otra vez más en que su invisibilidad no la favoreciese. Por eso, en esta introducción, nos centramos sociológicamente en ella.

La enfermedad es otro elemento relevante del debate y también será tratada de forma especial en el desarrollo. Porque cualquier extinción del contrato que tenga que ver con ese aspecto no es pacífico, casi por concepción clásica de las relaciones laborales. Pero más importante aún será el concepto de discapacidad protegido por las directivas europeas.

Porque otros aspectos clásicos, como sería el ejemplo de ineptitud por pérdida del carnet de conducir, de un profesional conductor, por cualquier circunstancia, incluso no dolosa, no parecen ser objeto de la dualidad de extinción frente a la protección, que otros casos tienen. En este ejemplo la imposibilidad de cumplir una de las partes el contrato no parece confrontarse tanto con nuestra naturaleza de estado social y de derecho; y la extinción subsiguiente sería coherente con la definición de la libertad de empresa en nuestra constitución.

Entrando en sociología histórica, las consecuencias inmediatas de la incorporación a la vida laboral de las mujeres, en un porcentaje significativo, tras la segunda guerra mundial y en España tras la guerra civil, fueron que el modelo de familia anterior, del varón y del sudor de su frente y de la mujer dando vida a los hijos que poblarían la tierra, ya no se sostenía al mismo nivel. El único problema es que no se encontró un sistema alternativo de familia y lo de poblar la tierra ya se convertía en despoblar porque no se sabía qué hacer con el asunto de los hijos y se tenían lo más tarde posible. Los índices de natalidad cayeron en picado<sup>1</sup>.

Los abuelos, que habían sido pieza fundamental en el cuidado de los hijos, fueron evolucionando hacia la tutela de los “hijos únicos” de sus hijos. En ese punto de la sociología de nuestro país, los abuelos longevos, respecto a la esperanza de vida anterior, tenían que estar liberados. Y disfrutaban de su pensión<sup>2</sup>. Así que florecieron los planes de jubilación anticipada, los cálculos para jubilarse a los 62 (cuando la

---

<sup>1</sup> BAZO ROYO (2009:99): “...la tasa de fecundidad en la Unión Europea... cayó en promedio desde 2,7 hijos por mujer en 1964 hasta 1,4 hijos en 1999”.

<sup>2</sup> ARAGÓN GÓMEZ (2009:237): “... los trabajadores de edad presentan mayores posibilidades de verse expulsados del mercado laboral. De hecho, la edad media de salida del mercado de trabajo se sitúa en España, en los 62,1 años”.

edad calculada por el sistema eran los 65) perdiendo lo mínimo, y los acuerdos para prejubilaciones a los 58, combinados con dos años de paro y más cálculos y compensaciones, se multiplicaban en los convenios, al mismo tiempo que los monopolios, como la Compañía Telefónica, se europeizaban y los bancos se re-estructuraban, y disminuían plantilla. Estamos ya a finales del siglo XX. Eran tiempos de bonanza y nadie pensaba en la crisis del empleo y la quiebra de la caja de la Seguridad Social.

A finales de la primera década de este siglo, los negocios que tenían que ver con financiación, y por lo tanto el crecimiento de inversiones inmobiliarias en nuestro país, como combinación de la vivienda propia y la turística, sufrieron el impacto de la crisis financiera que tuvo como epicentro la acción legal contra el excesivo riesgo asumido por Lehman Brothers y su quiebra en USA, Y el paro, que siempre fue alto estructuralmente y que daba por supuesto un nivel significativo de economía no declarada, se instaló en las dos cifras y llegó en el 2012 al 25% de la población activa. La tendencia no era sólo española y la UE planteaba también el problema de la financiación de las pensiones. En el 2011, el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, junto con los agentes sociales, subía la edad legal de la jubilación, de los 65 a los 67, con periodos de transición, hasta el año 2027.

La tendencia teórica a la prejubilación era ya cuestionada a finales de la primera década de este siglo. Y a nivel social había más abuelos que nietos. La esperanza de vida media, gracias a las mejoras de sanidad, se alargaba hacia los 83 años. Sin embargo cuando se planificó la edad de jubilación de los 65, en la ley del retiro obrero de 1919, la esperanza de vida estaba en los 30 años, por la pandemia de gripe de 1918/19. Las pensiones entonces no habían de ser un problema económico, si hubiesen seguido el sistema actual, pero los empresarios se resistían a contribuir a ellas, aunque estaban restringidas a las clases más necesitadas. Sin la pandemia, la esperanza de vida rondaba los 45 años. Los 65, en esa dimensión, corresponden a la época de los cincuenta; y no mucho después, en 1978, cuando se aprobó y publicó nuestra Constitución, los españoles estaban llegando a los 80 años de esa esperanza de vida.

El desempleo de personas maduras ha sido un porcentaje importante del general<sup>3</sup>, que ha incidido directamente en la crisis de la mencionada caja de las pensiones, así como de las contribuciones a la sanidad pública. Todo ello, una vez que fue evidente que las políticas activas con los mayores influían en el bienestar social, su salud como terapia ocupacional, y el equilibrio de la economía. Y esas cifras de desempleo se mantuvieron a pesar de las políticas de incentivación de la contratación de los mayores, o de aumento de costes para las empresas de su despido, además de la vigilancia especial para que no fueran el objetivo de planes de despidos colectivos por causas objetivas.

Porque la salida del mercado laboral de los mayores, acelera su inclusión por voluntad personal en planes de prejubilación, aceptando las reducciones correspondientes, con el doble efecto de su no cotización, además de la carga para las prestaciones. Así que la corriente de cambio de orientación en las políticas de los empleados maduros ha recorrido Europa y la tendencia ya no es la jubilación como

---

<sup>3</sup> PÉREZ AMORÓS ET AL (2016:4). “...la mitad de los parados de larga duración tienen 50 años o más”.

solución, sino las políticas activas de empleo de los mayores, para garantizar la sostenibilidad del sistema público de pensiones<sup>4</sup>.

Es en ese punto donde la edad, en lucha con las diferentes sentencias que declaran inconstitucional el que se obligue a la jubilación por alcanzar una edad objetiva; y por otro lado las tendencias sociales a considerar el retiro y la pensión como un premio y descanso de la vida laboral, así como la pretendida asociación entre menor capacidad y edad y su relación con el aspecto de ineptitud sobrevenida, que este estudio resulta verdaderamente interesante. Todo ello sin perjuicio del debate sobre enfermedad y discapacidad, sobre los elementos que significarían absentismo y extinción del contrato o los que significarían discriminación y nulidad.

Como adelanto de la explicación subsiguiente del concepto de posible extinción del contrato por ineptitud sobrevenida, esta condición podría ser paralela al Código Civil, en su artículo 1184, que nos dice que cuando el acreedor incumple su parte o su situación es de imposible cumplimiento, el deudor queda liberado de su deuda. Y como resumen, la ineptitud sobrevenida plantea esa circunstancia en el ámbito laboral y la interpretación de la legislación tiene en cuenta que nuestro estado es social y de derecho; y que por lo tanto da garantías a los trabajadores (social), dentro de un sistema de justicia y representación (democrático).

Veremos, por lo tanto, en este estudio una evolución de las consideraciones, tanto de enfermedad como de edad, sobre el despido por ineptitud sobrevenida en la última década del siglo pasado y la primera de este siglo; y las más cercanas, en las que, en los casos no suficientemente justificados, esa posibilidad puede significar hasta nulidad, cuando roza el concepto discriminatorio de discapacidad parcial, si las empresas no cumplen con la obligación de la adaptación de los puestos de trabajo a sus circunstancias, dentro de lo razonable. La jurisprudencia de los tribunales europeos resulta determinante.

Quiero agradecer a mi familia la ayuda extraordinaria que me han prestado durante los cursos de grado y en la elaboración de este estudio. No sólo han permitido esta otra dedicación mía, sino que me han animado con la fe que nunca han dejado de poner en mí y con todo el apoyo que necesitara.

Recomiendo a mi profesor tutor del estudio, Guillermo García González, a los que quieran disfrutar de estos trabajos y conocer las claves de su elaboración. Además, le agradezco personalmente que, con su buen oficio, me haya animado a documentar mis opiniones y puntos de vista, una vez examinados los borradores.

---

<sup>4</sup> MONEREO PÉREZ (2017:99): “... no sólo se trata de un derecho individual al trabajo de las personas mayores, sino también de la articulación de unas políticas activas de empleo, orientadas a la prolongación de la vida activa”.

### III. LA INEPTITUD SOBREVENIDA.

#### III.1 Concepto de ineptitud sobrevenida.

Hay que decir primero, que la extinción del contrato, excepto cuando la baja del trabajador es voluntaria, es siempre motivo de controversia, desde la extinción del contrato temporal al despido disciplinario, que ha de ser causado para no ser definido como improcedente. Por eso, el primero de los marcos de esta causa de extinción del contrato de trabajo nos lo da el propio Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), con su encuadre de esta causa de despido.

Así que en los artículos 51 y 52 del ET nos encontramos con despidos por decisión causada puramente empresarial, sin dolo del trabajador. En el 51 el despido colectivo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y en el 52, vertientes individuales, en primer lugar, por ineptitud sobrevenida, en segundo, por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas; luego, por las mismas causas que el despido colectivo, pero sin suficiente número de trabajadores; en cuarto, por faltas de asistencia al trabajo, aunque justificadas pero intermitentes, y finalmente, por la falta de dotación de presupuesto del estado en entidades sin ánimo de lucro, con actividades de ejecución de programas públicos.

Si ubicamos este aspecto en la práctica jurídica, la ineptitud, con mucha frecuencia y en casos en que se producen bajas médicas, se considera relacionada a la posibilidad de que signifique absentismo, es decir bajas médicas como justificante de falta de asistencia en abuso de derecho; pero incluso también como menor rendimiento voluntario o incumplimiento del contrato por parte del trabajador. Es decir, que las diferentes posibles causas tasadas se entrelazan también entre sí.

Porque cuando tratamos estos temas en dicha práctica jurídica, hay conexiones entre extinciones de contrato por esta causa citada en el art. 52 a) ET, que se aplica entre otros a casos de enfermedad y que tiene su reflejo en la Directiva Europea 2000/78, que veremos; y con casos de absentismo, que se tratan en el art. 52 d) ET. El absentismo se ha tratado como porcentaje de ausencias sin distinguir que sean justificadas por baja médica, con excepción de maternidad, accidentes laborales y enfermedades graves. Pero también hay relación con extinciones de contrato de forma disciplinaria por el art. 54.2 e) ET, que se refiere a falta de rendimiento continuada y voluntaria. Veremos un ejemplo en siguientes apartados de como estos temas se asocian por la jurisprudencia, incluida la enfermedad como discapacidad parcial, que significaría discriminación, según la directiva citada al principio de este párrafo.

Antes de entrar en esas posibles discusiones, que hacen de este estudio una materia necesaria e interesante, nos centraremos en su propósito: las dos o tres líneas iniciales del artículo 52 ET, que tratan del incumplimiento de contrato en general, que se produce cuando el trabajador no puede llevar a cabo las tareas para las que se ha contratado<sup>5</sup>, en condiciones que se detallan a continuación. Hemos de

---

<sup>5</sup> TOSCANI GIMÉNEZ (2009:1) *"...la ineptitud se ha configurado como la habilidad deficiente para realizar el compromiso de trabajo que se adquirió"*.



referirnos, por lo tanto, al artículo 52. a) del ET, que no ha sido modificado en la reforma laboral del 2015<sup>6</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) de 1990 define la ineptitud a la que nos referimos como “inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador”, mencionando a su vez la preparación o actualización de sus conocimientos, pero más significativo lo siguiente: el deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez etc. Y lo aclara así el TS para determinar en ese caso que las incompatibilidades del sector público no son motivo tasado para aplicación del artículo citado al principio de este párrafo.

Dentro de ese concepto de ineptitud sobrevenida es especialmente clarificadora la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante STSJ) de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 2007<sup>7</sup>, en que después de probar que la exposición a los agentes químicos de la empresa en un empleado de mantenimiento, en la rama de la industria peletera, era probadamente perjudicial para su salud. La empresa procede a despedirlo, para su propia salud y para evitar responsabilidades de su deterioro. Previamente, los servicios médicos habían comprobado que la exposición a los agentes químicos de la empresa eran la causa de sus síntomas, por su vuelta a la normalidad tras cuatro meses de baja de prueba y vuelta a valores normales en sus análisis hepáticos. El despido además se produce por no tener en la misma empresa posiciones compatibles con su categoría y sin exposición a los riesgos.

Es perfectamente compatible con el art. 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) en la protección de trabajadores especialmente sensibles a un determinado tipo de riesgo, que la empresa entienda que no debe tomar la responsabilidad de exponerle a él a ese riesgo, una vez conocido. Por hablar de una analogía tasada; en el caso transitorio de embarazos, incluso no habiendo alternativas, se separa a la trabajadora de la posición, llegando a funciones de otra categoría o incluso a la suspensión del contrato (art. 26 LPRL). Pero en el caso del que comentamos, que no da indicios de temporalidad y después de comprobar que no son posibles otras posiciones, la empresa aplica esta posibilidad legislativa, que la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana ratifica. Entendemos que se examina previamente la posibilidad de otras posiciones porque el art. 25 LPRL dice sólo que los trabajadores no serán expuestos a las posiciones de riesgo<sup>8</sup>, no que hayan de ser separados de la empresa por esa razón y como primera consecuencia.

---

<sup>6</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24/10/2015). Artículo 52: Extinción del contrato por causas objetivas. *“El contrato podrá extinguirse: a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento”*.

<sup>7</sup> En este apartado: STS de 2 de mayo de 1990 (RJ 1990/3937) y STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 2007 (Recurso 4366/2006).

<sup>8</sup> Ley 31/1995 del 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, (BOE núm. 269, de 10/11/1995). Art. 25. *“Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ...ponerse en situación de peligro”*

De la expresión de que la ineptitud haya de ser conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa se desprende la consecuencia de que sea involuntaria por parte del trabajador. Cualquier efecto voluntario que haya tenido consecuencias para esa ineptitud, con dolo, como sería la conducción bajo drogas o alcohol, que implicara la retirada del carnet de conducir a un empleado con ese oficio y función, podría ser causa de despido disciplinario.

### III. 2 Incumplimiento del contrato de trabajo.

La esencia de este precepto no es otra que la ruptura del contrato sinalagmático entre las dos partes<sup>9</sup>. El contrato significaba prestación del empleado por retribución del empleador. Y la justificación de la resolución es su imposibilidad sobrevenida. En realidad, una concreción del art. 1184 CC que libera al deudor cuando la prestación deviene imposible<sup>10</sup>.

Pero no se trata estrictamente de las funciones que el empleado viniese desempeñando, sino cualquiera, que sea posible para la empresa y que se encuadre en su categoría. Y debiéramos de entender este concepto como grupo de tareas que le serían posibles, dada la capacidad de organización que la empresa ostenta. En la STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 1999, se califica el despido de improcedente en el caso de un trabajador con la categoría de encargado que desempeñaba labores de conductor. La motivación de la sentencia es relativa a que siendo su categoría la de encargado, aunque sus labores fueran las de conductor y un accidente que provocó su Incapacidad Permanente Parcial, con pérdida de carnet, no le permitiera seguir haciéndolo, la empresa no probó que no había otras labores posibles en su categoría.

En la STSJ del País Vasco, 29 septiembre 2005, se trata de entender (a sensu contrario de la ampliación de posibilidades de recolocación de los trabajadores por grupo profesional), que el trabajador no tiene la potestad de novación de contrato. No renovó su carnet de conducir vehículos pesados y a pesar de ser por corto periodo de tiempo empleado en almacén, el despido por ineptitud fue válido.

En la STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2005, se hace mención a un vigilante de seguridad considerado no apto para el trabajo, por motivos psicológicos y dictamen del servicio médico de prevención al que la empresa acudió, por notificación previa del empleado de su estado de salud, que el empleado pretendía para evitar el turno de noche. La sentencia cita que se tiene en cuenta la categoría

---

<sup>9</sup> ALZAGA RUIZ (2016:1). *“...la ineptitud al incidir de modo directo sobre la capacidad laborante del trabajador, se traslada sobre la causa del contrato, haciéndolo defectuoso o imperfecto, de forma que... la causa del contrato se ha alterado al resultar desproporcionadas las prestaciones que en el mismo se intercambian”*

<sup>10</sup> ARAGÓN GÓMEZ (2009:241) *“...una concreción, en el plano laboral, del artículo 1184 del CC, conforme al cual el deudor quedará liberado del cumplimiento de la obligación de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.*

profesional que corresponde al trabajador y no necesariamente la función habitual que venía desempeñando y para la que se podría haber declarado en incapacidad permanente parcial. Es decir, que “si las lesiones no le inhabilitaran para la realización de las actividades correspondientes a su categoría profesional”, habiendo otras posiciones en las que no hubiese riesgo de salud en ese ámbito, “no se estimaría la ineptitud”. Lo que en este caso no se produjo o no fue pertinente de forma obvia, por la estrecha definición de la función misma de vigilante de seguridad<sup>11</sup>. Esta última sentencia, en su “ratio decidendi”, nos da la clave interpretativa circunstancial del despido por ineptitud sobrevenida en sus diferentes aspectos. Por lo tanto, es una buena referencia de organización del estudio de la materia.

### III. 3 Los “actos propios” del empresario.

En las dos líneas del artículo del Estatuto de los Trabajadores en que se describe este tipo de despido se orienta la interpretación a que los “actos propios” del empresario no hayan indicado su tolerancia a dicha ineptitud. Eso sería congruente con una contratación por libre voluntad de las partes y sin error. Aunque, en nuestra interpretación, no es el caso “iuris et de iure”. Pero al menos “iuris tantum”, se considera así a sensu contrario, porque tanto conocerlo antes de la contratación, como tolerarlo en el periodo de prueba y también posteriormente a dicho periodo, con una reacción realmente tardía a dicha ineptitud, sería ir contra los actos propios mediante los que se ha indicado tácitamente, en la relación contractual, que realmente se aceptaba tal condición.

En la STSJ de la Comunidad Valenciana 9 de diciembre de 2005<sup>12</sup>, se comenta que la empresa de seguridad reacciona en el año 2004, con la aplicación del despido por ineptitud sobrevenida, a una información de riesgo laboral sobre un vigilante, sometido a anti-coagulantes, por ser portador de una prótesis mecánica en posición aórtica, que la empresa conocía desde el año 2001. Sólo cuando hay variaciones en el contrato mercantil de vigilancia, que financia a su vez el coste del contrato laboral del actor, parece la empresa recurrir a un nuevo informe del servicio médico de prevención de salud laboral y proceder a la figura de despido por causas objetivas. El tribunal ratifica la improcedencia del despido porque “hacía casi cuatro años que se conocía esa deficiencia orgánica”.

## IV. CONTROVERSIAS DEL PROCESO DE INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

Las controversias citadas se referían al proceso sobre la información confidencial de la salud del trabajador y también sobre ineptitudes previas. Se trataba de dilucidar la paradoja consistente en que la empresa debía motivar las causas del despido, fundamentalmente con los informes del servicio de salud laboral, en los casos en que las secuelas de la enfermedad fueran las motivadoras de la ineptitud

---

<sup>11</sup> En este apartado: STSJ de Cataluña de 12 de mayo de 1999 (Recurso 138/1999), STSJ del País Vasco, 29 septiembre 2005 (Recurso 1918/2005) y STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2005 (Recurso 295/2005).

<sup>12</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana 9 de diciembre de 2005 (Recurso 3199/2005).

sobrevenida. Dichas causas pormenorizadas en la carta de extinción del contrato, permitirían la defensa del despedido y serían las únicas que podrían alegarse por la empresa, en momentos posteriores del proceso. Sin embargo, por otro lado, la empresa no podía utilizar dichos informes en perjuicio del trabajador, puesto que eso sería una vulneración de sus derechos fundamentales de intimidad y por lo tanto resultarían en la nulidad del proceso.

El asunto de los derechos de intimidad como defensa se resolvió en casación, con la utilización del dictamen final del servicio médico de prevención, sobre apto o no apto para desempeñar la categoría profesional en que el trabajador estuviese clasificado y sin los detalles sobre la salud del empleado, que, sin embargo, este último sí podría obtener. La sentencia de casación del Tribunal Supremo del 22 de Julio de 2005 comenta la obligatoriedad por la LPRL, art. 22, de que el informe facultativo sea completo para el trabajador, si éste lo solicita, pero sólo de conclusiones para la empresa. Por lo tanto, este último había de ser suficiente<sup>13</sup>.

Es a la luz de esta consideración, que, por analogía, si interpretamos el texto literal de la ley en cuanto que las posibles ineptitudes “previas al periodo de prueba”, (con todas las limitaciones de planificar los estudios médicos en el proceso de contratación, costear reconocimientos extensos y, sobre todo, usar esa información) aunque no fueran conocidas por el empresario, durante ese periodo, podrían alegarse con posterioridad si resultaran en calificaciones de “no apto”, con independencia de la intimidad médica del trabajador. Lo que resulta relevante a efectos de “lege ferenda”.

Cristina Aragón, en este caso, ha sido partidaria de seguir la literalidad de la descripción en la ley, por falta de diligencia, del empresario, “in contrahendo”. Pero, como opinión, considero que hay contradicción con la definición anterior de “conocidas o sobrevenidas” en el caso de que no se hayan manifestado antes o el empresario no tenga los medios, departamentos y tiempo cualificado para hacerlo.

Lo normal estadísticamente sería entonces que dichos empresarios optaran por contrataciones en sí mismas que les permitiesen reaccionar con posterioridad, es decir temporales o con periodos de prueba más extensos. Lo descrito, calificado como contratación en precario, es una práctica generalizada, sobre todo en la pequeña empresa y se podría interpretar como reacción ante la indefensión. Pero también es cierto que los despidos a la vuelta de una Incapacidad Temporal (en adelante IT) son contrarios a nuestra tradición laboral y crean áreas de desprotección de los trabajadores.

Si se me perdona la comparación en otro ámbito, el matrimonial, la falta de flexibilidad en su disolución ha dado lugar a las parejas de hecho y a matrimonios, por lo tanto, en precario y a veces procesos de “disolución preventiva”, antes de darse la pareja alguna otra oportunidad de adaptarse a la vida conjunta, además de menor asunción de futuras responsabilidades, de consecuencias legales y económicas post-matrimoniales como las provenientes de los hijos. Por otro lado, los matrimonios sí efectuados tendrían más condiciones de protección y tal vez su

---

<sup>13</sup> Sentencia de casación del Tribunal Supremo. del 22 de Julio de 2005 (RJ 2006/84): “La conclusión de cuanto ha sido razonado ha de ser... la suficiencia de la comunicación empresarial de extinción del contrato por causa objetiva de ineptitud sobrevenida” (referida al escrito de conclusiones de la Mutua sobre dictamen de aptitud para el trabajo habitual del trabajador).

excesiva regulación llevaría a todo lo contrario: que se elija no consolidar el vínculo. Por eso en mi opinión, y si sirve el ejemplo, son asuntos no resueltos en que el proteccionismo necesita ser equilibrado y efectivo.

Siguiendo con la exposición, en la sentencia del TSJ de Extremadura de 24 de febrero 2000<sup>14</sup>. El tribunal motiva la decisión de corroborar la procedencia de la extinción del contrato con el Gobierno Autónomo de Extremadura, en que, el demandante había superado las pruebas de selección y tenía la titulación requerida. Su ineptitud constó después de pasado el periodo de prueba (periodo de prueba teórico, porque no se señaló expresamente en el contrato), y por lo tanto no hubo oportunidad de esta decisión con anterioridad, aunque también sea posible pensar que esa ineptitud ya existía previamente (y hemos de suponer que era en cuestiones de actitud, porque las pruebas eran técnicas) para funciones que el proceso de selección no apreciaba. La pregunta, después de esa sentencia, es si los tribunales también darían ese margen de rectificación a los empresarios no públicos, y en cuestiones como la actitud, que sólo un departamento de Recursos Humanos con presencia de expertos en diagnóstico psicológico, no clínico, podrían captar, más que las tradicionales pruebas objetivas o compendio de titulaciones, y también más que las pruebas clásicas de memoria utilizadas para el empleo público.

## **V. EL CASO PARADIGMÁTICO DE INEPTITUD E INVALIDEZ.**

### **V.1 Consideraciones sobre discapacidad e ineptitud.**

Las consideraciones que siguen son generales y previas, sobre discapacidad en su relación con la ineptitud. Mencionamos estos aspectos porque no es posible dejarlos de incluir en la comprensión del contexto de las disposiciones de ineptitud, pero merecen atención propia y así han sido tratados por la doctrina, con mucha más amplitud que otros aspectos como el, mencionado en la introducción, de la edad, que no nos gustaría obviar. Si la Invalidez declarada Permanente es Total, Absoluta o Gran Invalidez, el contrato laboral se extinguirá por sus propias vías.

Pero hay una excepción o vuelta posible de ese proceso, art. 48.2 ET, si se prevé recuperación del trabajador, que producirá suspensión con reserva del puesto de trabajo durante dos años, a partir de la resolución de Invalidez.

Si la Invalidez es Permanente Parcial se estará a su esencialidad para el desempeño de las funciones de la categoría profesional. Porque se protege la capacidad residual. Aquí entra de lleno el art. 40.2 del RD legislativo 1/2013<sup>15</sup> que recoge la directiva europea 2000/78, que más adelante veremos y que, en resumen, en la protección del derecho al trabajo del discapacitado reconocido, art. 4.1 y 2 del mismo RD legislativo, y para mantener su garantía de igualdad con los otros trabajadores, le da derecho a que la empresa adapte el puesto a las características

---

<sup>14</sup> Sentencia del TSJ de Extremadura de 24 de febrero 2000 (Recurso 95/2000).

<sup>15</sup> 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 núm. 289 de 03/12/2013).

del trabajador, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Además de la suspensión “ope legis”, citada, del art. 48.2 ET<sup>16</sup>, para el caso de que sea determinado que la Incapacidad Permanente (en adelante IP) reconocida es reversible, por mejoría<sup>17</sup>.

Cuando no está la invalidez reconocida, pero es un hecho, es cuando se da la paradoja de que el trabajador no está protegido por el sistema de declaración de incapacidades de la Seguridad Social<sup>18</sup> y puede ser a la vez despedido por su ineptitud<sup>19</sup>. Esta última es la combinación que complica el sistema en opinión de los autores mencionados en este estudio<sup>20</sup>. Según José Luis Monereo, esta causa, que con razón considera discutible, de despido ha seguido con frecuencia el agotamiento del periodo de IT, incluso tras enfermedad laboral y accidente<sup>21</sup>, y hemos tratado en este estudio sentencias al respecto. El problema tal vez es que estamos forzando a las empresas a paliar los huecos de protección de la Seguridad Social y su objetivo de competitividad ha de ser balanceado con el de acogimiento laboral. Pero, si por un lado la cuestión de no poder utilizar los datos médicos del trabajador era un callejón sin salida, hasta que se decidió que bastaba con el dictamen médico mismo, por el otro se permitiría a la empresa el despido de un trabajador una vez vuelto de la IT y declarado “no apto” para el trabajo habitual, por el servicio médico de prevención, lo que en términos laborales resulta un asunto no resuelto.

La discapacidad será tenida en cuenta, dentro de las atribuciones del empresario, para la medida del rendimiento del trabajador, ET art. 20.3<sup>22</sup>. Es decir, que las medidas de rendimiento, para dar igualdad de oportunidades, se adaptarán a las posibilidades de los discapacitados. Ese aspecto entra directamente en las consideraciones de este trabajo, pues es parte del contrato sinalagmático de prestaciones en que la ineptitud podría interferir y aquí nuestro Estatuto considera expresamente la adaptación del rendimiento medido, con incidencia directa en la competitividad, en los casos de la mencionada discapacidad.

---

<sup>16</sup> ET art. 48.2 “...cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente”.

<sup>17</sup> MONEREO PÉREZ (2017:10). “...derecho a la adaptación del puesto de trabajo, salvo que esas medidas supongan excepcionalmente una carga excesiva”.

<sup>18</sup> MEGÍAS BAS. (2018:1). “Al actor...se le realiza, cinco días después de recibir el alta, una revisión médica por parte del Servicio de Vigilancia de la Salud de la empresa, que lo califica como “no apto” para el ejercicio de su actividad habitual”.

<sup>19</sup> MIRÓ MORROS (2017:1): “Lo realmente importante es la pérdida de la capacidad objetiva del trabajador para efectuar su trabajo (incluso con) una situación de lesiones permanentes no invalidantes...”.

<sup>20</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA (2017:15): “La declaración de un trabajador en IP es probablemente la función más compleja que se le encomienda a la Seguridad Social”.

<sup>21</sup> MONEREO PÉREZ (2017:11), “...esta causa de despido por circunstancias objetivas ha sido paradigmáticamente utilizada...”, (2017:38): “El trabajador queda singularmente desprotegido”, (2017:91): “...con muy harta frecuencia, se supera el periodo de IT, se da de alta médica al trabajador y este sigue teniendo disfuncionalidades...”.

<sup>22</sup> ET art. 20.3. “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”.

Las consideraciones sobre discapacidad parcial no han de considerarse en todas sus vertientes en analogía con el tratamiento legal, que veremos posteriormente, de la edad, según opinión de diferentes autores, a pesar de que en ambos casos aplique la posible discriminación reconocida. Lo que se podría entender, desde nuestro punto de vista, porque las normas especiales para la minusvalía no se han de desvirtuar con colectivos generales y el grupo de discapacitados es especial, mientras que la edad es una característica general<sup>23</sup>. En el caso de cuotas de contratación estaríamos hablando de otra cosa, que se aplica en género y que tal vez, como grupo también general, cabría su aplicación a la edad.

Las consideraciones de discapacidad y su protección respecto al empleo, cuando no es total y sí permanente, se tratan en la Directiva del Consejo de la UE 2000/78<sup>24</sup>, que se analizará más adelante, con otras observaciones; que, al clasificar el despido discriminatorio por esta condición, lo incluye en las causas de nulidad. Por eso es necesario enfocar enseguida esa discusión sobre la calificación de los despidos en conexión con las capacidades físicas.

## V.2 Calificación de la extinción en los casos de enfermedad.

Es inevitable entrar en la discusión sobre la procedencia, improcedencia o nulidad de la extinción por ineptitud, en los casos de enfermedad. Si se trata de una IT, es transitoria y no aplica la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida. De este modo se ha tratado en la línea jurisprudencial. Sin embargo, consideraciones de absentismo podrían interferir con la IT. Además, la discusión del despido por causas objetivas, mencionando ineptitudes sobrevenidas tras la IT, que ya hemos mencionado, y sus consecuencias en situaciones que no llegan a la IT, pero son recurrentes o intermitentes, han hecho de esta materia una disciplina que no es pacífica. Las interpretaciones de los diferentes jurisconsultos, sobre las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), que trataremos enseguida, no siempre coinciden. Como uno de los motivos de este estudio está relacionado con la edad, estas materias, en realidad, aunque no tengan aplicación inmediata a ese objeto, están interconectadas y necesitan ser examinadas.

A pesar de las consideraciones de jurisconsultos, más de “*lege ferenda*”, en la dirección de la nulidad de las extinciones de los contratos con relación a la enfermedad<sup>25</sup>, parece conveniente seguir planteando el necesario equilibrio con la competitividad de la empresa<sup>26</sup>, que subsiste por sus propios medios, dando empleo y por lo tanto sostén social y de los sistemas de contribución, al resto de los

---

<sup>23</sup> ARAGÓN GÓMEZ (2009:254): “...para que cupiera la aplicación analógica... sería necesario que nos encontráramos ante una laguna legislativa (sobre la edad), que no es el caso”.

<sup>24</sup> 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 02/12/2000).

<sup>25</sup> MONEREO PÉREZ (2017:107): “...considerando como factor discriminatorio (y por lo tanto nulo) un despido motivado esencialmente por causa de enfermedad... estado de salud o situación de IT... para *lege ferenda*”.

<sup>26</sup> SÁNCHEZ PÉREZ (2017:1) “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal ha avivado la confrontación entre el derecho al rendimiento empresarial y el derecho a la salud del trabajador”.

trabajadores. No olvidemos que tanto la carga impositiva de las contribuciones a la Seguridad Social, como la del IRPF, son al final pesos adicionales a los salarios, que las empresas han de añadir al cálculo de dichos salarios que el mercado laboral plantea, para que puedan contratar a sus empleados, que, a su vez, lo único que perciben es el salario neto. Nos atreveríamos a decir que la carga mayor impositiva de las empresas se da en estas contribuciones y no tanto en la del impuesto de sociedades final.

El tratamiento de la posición de superioridad de la Empresa respecto a sus empleados y la concepción de nuestro estado como social y no liberal, ha producido una tendencia clásica a la consideración restringida de la procedencia de los despidos, en cualquier caso, de ahí las protestas ante la reforma laboral que justificaba y hacía viables las causas objetivas para los mismos. El despido costoso impropio se convirtió en una vía de extinción de los contratos, aunque primero vedada para los representantes de los trabajadores y luego también para la maternidad, con toda razón. Pero la barrera de la nulidad, en este caso con la justificación de discriminación, si se llegara a generalizar, realmente paralizaría a la empresa misma en su posible competitividad o sostenibilidad hasta el cierre. Se trata, para entendernos, de ese difícil equilibrio.

Parece desprenderse del análisis del tribunal que repasaremos aquí, que la nulidad encontró un lugar común en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante TRLPL)<sup>27</sup>, que calificaba de despidos nulos los colectivos en fraude de ley (opción por cierto muy abierta); y que por analogía esa nulidad era aplicada a los despidos individuales, en los casos de enfermedad, cuando no había clara causa. Hemos encontrado una sentencia, que a su vez analiza la jurisprudencia nacional y la europea, y que, por ser emitida por un tribunal, tiene la característica de no posicionarse por definición en el lado pro-nulidad en general o pro-procedencia. Esa característica no siempre se encuentra en los jurisprudenciales. Aunque la justicia es definida como una balanza y los criterios de justicia tendrían que tender al equilibrio del fiel de dicha balanza, con mucha frecuencia, los actores del aparato mismo de la justicia, al defender a cada una de las partes, se sitúan en el platillo que hayan elegido. Su criterio por lo tanto no es equilibrador, sino que hace peso en su dirección, contando con el peso en la dirección contraria de la otra parte, lo que en sí mismo podría no considerarse justo, y no lo sería si la otra parte fuese silenciada. Discutir sobre la “ratio decidendi” de un tribunal nos acerca más al fiel de la balanza y a una impresión equilibrada.

Lo que sucedió durante la legislación (previa a la crisis que justificó la posterior reforma laboral) de este apartado, que en mi opinión puede ayudar a su encuadramiento, fue que los sindicatos no querían entrar en la materia de la remuneración variable por rendimiento y las potestades empresariales se quedaron en el control del absentismo. De ahí que en ese apartado d) del art. 52 del ET, no se distingue la IT de otra condición, con las excepciones citadas de enfermedades graves y maternidad, porque realmente la justificación más común de las bajas, que finalmente se computan como absentismo, son médicas. Las bajas no justificadas se evitan naturalmente por los trabajadores, porque darían lugar a acciones

---

<sup>27</sup> Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (vigente hasta el 11 de diciembre de 2011) BOE 11/04/1995. Art. 122.1b. *“La decisión extintiva será nula cuando: ...b) se haya efectuado en fraude de ley, eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos...”*.



disciplinarias. En vez de rendimiento por resultados, se midió el rendimiento por tiempo de trabajo.

La sentencia del TSJ de Cataluña del 1 de Julio de 2014<sup>28</sup> desechó la nulidad, para el caso complejo de una trabajadora que además de bajas intermitentes tuvo un accidente in itinere, con baja por ese motivo. Me permito utilizar dicha sentencia como ejemplo. El resultado dictado fue de improcedente y no nulo. La razón fundamental, y con claras referencias a jurisprudencia del TS<sup>29</sup>, fue que la enfermedad no es equiparable con la discapacidad parcial y que no se trata de discriminación en la enfermedad, como lo sería con la discapacidad, en línea con la directiva 2000/78 de la UE, con las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante SSTJUE) de referencia de Chacón Navas y Ring; y con indicación a su no inclusión en el propio ET, que refleja tasadamente la definición de discriminación en el art. 4.1 c).

La STS de 18 de diciembre de 2007, entre otras citadas por el tribunal anterior, usa la referencia del ya citado caso Chacón-Navas. Y viene a recoger que, en dicho caso, el TJUE distingue claramente entre enfermedad y discapacidad, no estando la primera dictada en causas de discriminación y siendo la segunda relativa a un largo periodo. Pero hay detalles de la línea del TS que pudieran encuadrar su respuesta. La enfermedad es transitoria y la discapacidad estable. El derecho a la salud no está incluido en los fundamentales. La discapacidad se define administrativamente como un "estatus"; y es indefinida, no contingente, como la enfermedad. Las necesidades de integración social de los discapacitados no son las mismas de los enfermos, una vez que sanan.

Esta sentencia de casación se elabora mediante la comparación entre un caso de despido durante una IT por absentismo, ET art. 52 d); y otro caso de ineptitud sobrevenida también por enfermedad y efectuado a la vuelta de la IT, ET art. 52 a). En el primero de los casos, equiparándolo en conclusiones al segundo, se revierte la sentencia de nulidad. por discriminación, de anteriores instancias, a la de improcedencia<sup>30</sup>.

Un aspecto, que entiendo técnico, podría ser de consideración. Hay relación en la STSJ Cat, con el apartado d) del art. 52 ET, es decir, no ya por ineptitud sobrevenida, sino por absentismo, que se describe como porcentaje de faltas en la empresa, sin distinguir que sean justificadas por baja médica que no llegue a la IT (con excepción de maternidad, accidentes laborales y enfermedades graves). El apartado que la carta de despido alude es el 54.2 e) ET, que se refiere a falta de rendimiento continuada y voluntaria, y, por otro lado, en este estudio estamos comentando el 52 a) ET, por ineptitud sobrevenida, que ya hemos visto en

---

<sup>28</sup> STSJ de Cataluña de 1 de Julio de 2014 (Recurso 4753/2014). Corrige la sentencia de despido nulo del tribunal de instancia del juzgado de lo social N.º 33 de Barcelona,

<sup>29</sup> "Las sentencias citadas excluyen la nulidad porque la enfermedad no puede considerarse con carácter general como una causa o motivo de discriminación en el sentido del inciso final del art. 14 CE, pues no opera, salvo excepciones, como un factor de segregación o de opresión de un grupo".

<sup>30</sup> STS de 18 de diciembre de 2007 (RJ 2008/800). "(la enfermedad no tiene relación con criterios de opresión o segregación, pero afecta al rendimiento) ...De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el art. 52.d), pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación".

jurisprudencia y también en opinión de jurisprudencia, que se aplica también a enfermedad y que tiene su reflejo en la directiva de la UE 2000/78.

Los magistrados del tribunal parecen rotar por esas consideraciones anteriores en sus diferentes argumentos, y especialmente por la de ineptitud, más relacionada con discriminación cuando es sobre discapacidad; como aplicando el principio de que no importa tanto la ley alegada como la ley realmente aplicable. Se me ha de permitir, por lo tanto, en este estudio, que también pueda rotarse entre esas asociadas y diferentes consideraciones de los resultados de la enfermedad y la ineptitud, como causas de la extinción del contrato de trabajo.

A pesar de esa línea interpretativa de la sentencia, vuelve a considerarse el criterio clásico de nulidad por discriminación<sup>31</sup> en el voto particular. Los magistrados en ese voto, separan el caso de la demandante (que sí tiene justificación objetiva en un accidente in itinere), de otros casos en los que fue englobada, junto con otras compañeras de trabajo, por tener ausencias médicas intermitentes (de modo que afectaba su rendimiento notoriamente y por lo tanto el de su departamento).

También utiliza la “ratio decidendi” de la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) de 26 de mayo de 2008, que tiene que ver con la definición genérica de la segregación por causa de la enfermedad, que, sin embargo, y esta es sólo mi opinión, no parece concurrir en este caso, que está más claramente enfocado a la falta de rendimiento genérica de un departamento, como también sucedió en el caso que el TC delimitaba, en que, efecto incapacitante de la enfermedad era el que se consideró y no la posible discriminación o segregación<sup>32</sup>. Y además alude a su propia interpretación de la directiva 2000/78 de la UE y de las SSTJUE de Chacón Navas y Ring, mencionando en especial que las enfermedades de larga duración pueden ser equiparadas a discapacidad. También encuadran este caso con la excepción de enfermedades graves, que las separan de otras posibles justificaciones, en los despidos por absentismo del art. 52 d) del ET.

Sin embargo, en casación, la STS de 3 de mayo de 2016<sup>33</sup> confirmó la resolución del TSJ de Cataluña. Y en su razonamiento, dijo que no se habían señalado los móviles de tal discriminación, que produjera segregación, y que, si el empresario decidía despedir al trabajador afectado, por cuestiones de falta de rendimiento o por absentismo, si no lo probaba fehacientemente, el despido sería improcedente y no nulo. Además, considera incorporado a la legislación española el reproche a la

---

<sup>31</sup> “...existe un elemento de segregación en la conducta empresarial que no puede ser ignorada ya que se ha admitido en el juicio la intencionalidad de la empresa de despedir a las trabajadoras en situación de baja médica, por esta exclusiva causa, sin valorar su enfermedad”

<sup>32</sup> STC de 26 de mayo de 2008 (RTC 2008/62). “(la discriminación por enfermedad tendría lugar cuando el factor enfermedad (fuese) tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la (...) estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato... (en este caso) decisión extintiva de la relación laboral en la que el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo: discriminación inexistente”.

<sup>33</sup> STS de 3 de mayo 2016 (RJ 2016/2152): “El empresario... podría incurrir en conducta ilícita, si no se demuestra la causa de despido correspondiente al art. 52 d) del ET, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación”.

discriminación por discapacidad en el art. 4.2 c) ET<sup>34</sup>, siempre que los trabajadores puedan desempeñar el trabajo de que se trate. Tema fundamental que significa que tal discapacidad, reconocida oficialmente e indefinida, ha de ser parcial y permitir el trabajo, con las adaptaciones que comentaremos, si el empresario puede aportarlas de buena fe.

Como veremos más adelante, y tal vez con mayor relevancia, podría reconsiderarse el precedente del caso Ring (también señalado por el voto particular), que realmente añade importantes matices, como la discapacidad considerada como una semi-enfermedad crónica, que permite trabajar parcialmente y el no sumatorio, respecto a la parte que corresponde a las bajas provocadas por la propia discapacidad, de las bajas intermitentes generales por enfermedad, en el cómputo del absentismo directamente relacionado con la extinción del contrato. No queda claro que esos nuevos matices fueran considerados relevantes en la sentencia del Tribunal Supremo. Tal vez en este punto deberíamos citar las dudas de José Luis Monereo<sup>35</sup> sobre la rotundidad de la consideración por parte del TS acerca de la improcedencia y no nulidad del despido basado en la IT. Sin embargo, el caso Daouidi, que este jurisconsulto analiza en toda su obra no es particularmente aclarador, como veremos enseguida.

## VI. LA IMPORTANCIA DE LAS DIRECTIVAS DE LA UE Y LOS PRECEDENTES DEL TJUE.

Mencionan en general los autores citados de esta materia una directiva de la UE, de referencia, que por lo tanto no hemos podido dejar de mencionar en apartados anteriores: La directiva 2000/78, del Consejo de la Unión Europea (recogida en el RD legislativo 1/2013 ya citado), de la que nosotros resaltamos varios aspectos. Y es que ya en los considerandos se menciona la edad y la discapacidad, de nuevo, para evitar la discriminación por ello; que contiene en sí, según nuestra opinión, la contradicción de asociar, una vez más una cosa con la otra, cuando defendemos, de todos modos, que la edad no ha de discapacitar<sup>36</sup>. Importante el matiz del considerando 8, en el que se adelanta que se trata de alargar la vida laboral de los mayores. Pero a su vez, hemos ya de mencionar esta directiva tan influyente en las consideraciones sobre discapacidad, que son determinantes de la calificación de las extinciones del contrato por ineptitud sobrevenida y sin embargo protegidas, como también sucede con la edad.

Se abre un paréntesis, en la directiva, que podría ser central en la discusión de este estudio. En el considerando 17, se exige, a los que detentan las atribuciones de organización de las estructuras laborales, de contratar o mantener en sus puestos de trabajo a los que no sean competentes o estén capacitados para una determinada función, con la salvedad de los ajustes razonables de las posiciones de

---

<sup>34</sup> ET art. 4.2 c): “Los trabajadores... no podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en aptitud para desempeñar el trabajo... de que se trate”.

<sup>35</sup> MONEREO PÉREZ (2017:13). “Esto abre un largo recorrido de posible revisión y replanteamiento de la doctrina restrictiva adoptada por el Tribunal Supremo”.

<sup>36</sup> Directiva (2000/78) Considerando (6). “...combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad”.

los discapacitados. Es decir, que se distingue entre discapacidad, que luego los juristas interpretan como aquella definida para la atribución de pensiones y permanente; e ineptitud, que respondería de la falta de competencia o “capacidad”, por otras cuestiones personales, menos ligadas a la salud y más generales. Y en los considerandos 18 y 19 se da para ello el ejemplo de no atender a la operatividad de fuerzas armadas y bomberos, con esa protección.

Eso nos lleva a entender aún mejor la directiva y el mencionado objeto de este estudio. Mantener la operatividad significa, en la contratación pública, que el objetivo de protección social del empleo, que a su vez contribuye a la no marginación y al nivel deseado de vida de los ciudadanos de la UE, no ha de interferir con la “competitividad” de los servicios públicos. Por lo tanto, y todavía dentro de lo público, es comprensible entender la directiva como “adaptación de lo que sea adaptable”. Dirigir a los empleados protegidos a otros puestos o funciones en otras organizaciones o partes de la organización, que no requieran, por ejemplo, las aptitudes físicas que esos cuerpos operativos requieren. En el ámbito de lo privado, añadimos, no ha de sustraerse este entendimiento, ni privarle de su imprescindible competitividad. Un cierto reconocimiento a esas circunstancias se da en los considerandos 23 y 25.

Por la importancia de las posibles cargas adicionales que significan la adaptación ergonómica de las posiciones de trabajo y para servir a la definición de justificar su no implementación por rebasar la proporción y ser por lo tanto cargas desproporcionadas; el considerando 21 calcula los límites de los costes financieros o de espacio, en relación con el tamaño de la empresa. La mención a las ayudas recibidas la entendemos y se refiere específicamente a personas discapacitadas<sup>37</sup>.

De especial importancia, en los procesos que tengan lugar por estos motivos, es que se tomarán medidas para evitar represalias, considerando 30 y artículo 11; y que la carga de la prueba, se invierte, es decir, que se atribuye a la parte demandada, considerando 31<sup>38</sup> y artículo 10. También la definición de acciones positivas, es decir, que un estado pueda adoptar medidas que compensen las desventajas producidas por motivos de posible marginación de los grupos definidos en la directiva, art. 7. Y en especial medidas sobre la salud, la protección y la inserción de los discapacitados

Los casos que resuelve el TJUE, los hace en atención a las directivas y convenios de la UE, no de sus trasposiciones en los EM. Hemos de tratar las sentencias de referencia de Chacón Navas y Ring. Pero también la más reciente de Daoudi.

---

<sup>37</sup> Directiva 2000/78 Art. 5. “A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

<sup>38</sup> Considerando (31). “Las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada”.

La STJCE sobre el caso Chacón-Navas<sup>39</sup>, aporta la aclaración sobre la directiva 2000/78 de que la enfermedad no es equiparable a la discapacidad, incluida en la tasación de discriminación; y además de la prohibición de despido de una persona con discapacidad, que sólo puede ser por motivos de falta de competencia, capacidad o disponibilidad, para desempeñar las tareas fundamentales de la posición de que se trate, y una vez hechos los ajustes razonables. Pero, la misma sentencia ya hace entender que la limitación de la discapacidad significa larga duración.

Es difícil de entender aquí todavía, que la citada larga duración se pueda aplicar en sí misma a la enfermedad, para convertirla en discapacidad, como parece desprenderse de algunas interpretaciones posteriores, puesto que el discapacitado es una persona que no está de baja laboral, sino que tiene dificultades específicas estables en un porcentaje determinado de su propia capacidad; y nos es difícil pensar en una persona enferma que esté “de alta”. Parecería más tratarse de personas sanas con secuelas discapacitantes parciales de larga duración y capaces en general de actividad laboral, además de sus competencias específicas para la categoría profesional, lo que se describe como discapacitado integrado en el mundo laboral.

La STJUE sobre el caso Ring<sup>40</sup> realmente añade matices relevantes. En primer lugar, que la enfermedad (o semi-enfermedad, como la hemos llamado antes y además crónica), como en los casos de dolencias de la columna vertebral, puede ser discapacitante, sin impedir de forma absoluta la capacidad para trabajar. Es decir, limitadora por ejemplo de esfuerzos o de tiempo de trabajo, pero con el trabajador en situación “de alta” laboral.

Y respecto a la legislación danesa, que, como la española, permite la extinción del contrato de trabajo por acumulación de días de baja intermitentes; que de entre esos días de baja, los que son directamente consecuencia de la propia dolencia de la discapacidad<sup>41</sup> no deberían ser computados como de enfermedad en general, para el cálculo del absentismo. Y en esto corrige a las legislaciones nacionales.

La STJUE sobre el caso Daouidi<sup>42</sup> no despeja muchas más cosas. Realmente, lo único que se viene a decir es que no se puede afirmar ni desechar la larga duración

---

<sup>39</sup> STJCE de 11 de julio de 2006 (TJCE 2006/192). (45) “...La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de «discapacidad», se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración...”.

<sup>40</sup> STJCE de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013/122).

<sup>41</sup> (76) “...un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad...”.

<sup>42</sup> STJUE de 1 de diciembre de 2016 (TJCE 2016/308). (59) “...el hecho de que una persona se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación que sufre esa persona pueda ser calificada de «duradera», con arreglo al concepto de «discapacidad» mencionado por la Directiva 2000/78”.

de una lesión, producto de un accidente (en este caso fue laboral), cuando es de pronóstico indeterminado.

El juez de instancia del Juzgado 33 de lo social de Barcelona, con peritaje médico, decidió que la dolencia de ese trabajador era de larga duración y el caso de discapacidad; y así declaró el despido nulo, además de considerar el contrato indefinido (se había formalizado como eventual). Pero hay un hueco importante en el dictamen de nulidad del despido, porque no se habla de la capacidad residual de trabajo, ni del alta para otras labores de la categoría profesional, mientras se afirma que está en trámite la Invalidez Permanente, no concedida en aquella fecha, por la Seguridad Social. Este conjunto de conclusiones del juez de instancia de lo social, junto con la argumentación de la defensa de su sentencia, es difícil considerarlo como doctrina, a pesar de su voluntad y la opinión de otros autores<sup>43</sup>, porque pierde el sentido de la inserción en el trabajo de los discapacitados, que es el fundamento de la evitación de la discriminación<sup>44</sup>; y que estos autores no parecen incluir en su argumentación.

La STSJ Cataluña de 12 de junio de 2017 considera que el alta sin secuelas del trabajador (Daouidi), 10 meses después de la baja, era prueba de la no larga duración o consideración de discapacidad<sup>45</sup>. El despido se declaró improcedente y no nulo, una vez más.

## VII. LA EDAD EN RELACIÓN CON LA INEPTITUD SOBREVENIDA.

Nuestra constitución no habla de edad sino de “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, en su artículo 14. Así que, como comentábamos, incluso para los Padres de la Constitución, la edad era invisible. Las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), que mencionamos más abajo, y la directiva de la UE 2000/78, que ya hemos comentado, se interesan por la edad en sus capítulos de no discriminación. Eso nos ha forzado a integrarla en “cualquier otra condición o circunstancia personal”. No es un buen comienzo y de ese modo nos va cuando sus votos marcan el rumbo de la historia y cuando la economía no ha contado con ellos.

Es significativo aclarar, respecto a las pensiones (que era la forma de cuidado de los más mayores, considerada por muchos como recompensa a su larga dedicación laboral), que el sistema de las pensiones públicas en España, no es de capitalización (al contrario de las pensiones privadas), es decir que no está garantizado por las contribuciones de los que las reciben, sino por las que efectúan los que trabajan en el año en que se pagan (sistema que se consideró un fraude referido a la inversión en sellos, por ejemplo en el caso Afinsa). Comentario no baladí cuando hemos de considerar las crisis de la caja de las pensiones.

---

<sup>43</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA (2016:165): “Se rectifica, por tanto, un pronunciamiento que, a mi juicio, era... correcto”.

<sup>44</sup> Juzgado de lo social 33 de Barcelona. Sentencia 472/2016. Sigue la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2017 (Recurso 2310/2017).

<sup>45</sup> “...a la única conclusión a que podemos llegar es que, al margen de la valoración que hace el Juzgado... es que se encontraba en una situación de incapacidad reversible, que no se puede calificar de duradera...” Recopilación literal de la sentencia en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN (2017:5).

Sobre la lógica constitucional, la propia edad de jubilación tiene un difícil sostén. La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) del 2 de julio de 1981<sup>46</sup>, dictamina que no es constitucional la disposición adicional quinta del ET entonces vigente, que declaraba el límite de edad de trabajo en los 69 años. Entendía que podría haberse aceptado como igualitario ese límite si estuviera ligado a políticas de empleo, por su carácter de principio solidario. Pero la incondicionalidad de tal límite no parecía alinearse en esa dirección<sup>47</sup>. Es decir que se abrían vías a los convenios, que se ratificarían en sentencia posterior<sup>48</sup> y a ciertas directrices que asociaran los límites de edad para trabajar con la creación de empleo<sup>49</sup>.

Más interesante el principio general del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) al que aludía esta sentencia del TC, respecto a la interpretación del art. 14 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, sobre igualdad. El trato diferente podría darse, pero sólo si hay justificación objetiva y la medida es racional, como en el caso de que se subvencionen las escuelas de la lengua mayoritaria en cada región de Bélgica. Hay trato diferente, según dichas lenguas mayoritarias de cada una de las regiones, pero finalmente está basado en racionalidad y economía.

Extraemos dos conclusiones, la primera que el TC ya aplica los principios de no discriminación respecto a la edad, aunque no estuviese mencionada explícitamente en el art. 14 de la CE; y en segundo lugar que puede haber diferencias en la aplicación del principio, pero con la fundamentación de que la igualdad requiere, a veces, tratos diferentes<sup>50</sup>. De ahí las políticas, en algunas cuestiones de igualdad, de género que establecen cuotas, por ejemplo. Entendemos que este no ha sido el caso en cuestiones de edad, pero podría llegar a serlo, si los votantes de edad llegan a ser tan influyentes como los de género, descritos. Lo que, por el efecto de la pirámide poblacional, y la progresiva concienciación de este colectivo transversal, cada día se acerca un poco más.

La STC de 3 de agosto de 1983<sup>51</sup>, sobre si la limitación de edad para la plaza de interventor de fondos del ayuntamiento de Barcelona, a los 60 años, era constitucional; respecto a la desigualdad por edad, se ratificó en que sí lo era; pero como en toda jurisprudencia, lo que importa no es tanto la sentencia sino la “ratio decidendi”. Lo importante de esa motivación fue que la edad debía considerarse dentro de esa “cualquier otra condición personal”. Y la sentencia decidió que la limitación no era por edad misma, sino porque en los mayores de esa edad se favorecía en exceso la puntuación por antigüedad y además se limitaba el conocimiento práctico en la formación sobre el propio oficio, de las funciones, debido

---

<sup>46</sup> STC de 2 de Julio de 1981 (RTC 1981/22).

<sup>47</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN (2005:2): “...pero sin desterrar por completo de nuestro ordenamiento esta figura, que, según parecía deducirse de aquella sentencia, podía ser utilizada como medida de fomento del empleo, y técnica de reparto del trabajo”.

<sup>48</sup> STC de 30 de abril de 1985 (RTC 1985/58). Admite que la jubilación forzosa podía ser objeto de negociación colectiva.

<sup>49</sup> MERCADER UGINA (2009:37): “... la extinción automática del contrato... resultaba desproporcionada si no se insertaba dentro de una política de empleo...”.

<sup>50</sup> DÍAZ DE ATAURI (2008:4). “...el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato”.

<sup>51</sup> STC de 3 de agosto de 1983 (RTC1983/75).

a lo restringido en el tiempo de su ejercicio posterior. La sentencia ha sido un referente en la ampliación y concreción de ese art. 14 de la Constitución Española (en adelante CE). El ET recoge ese criterio y considera nulas las discriminaciones por razón de edad y discapacidad, entre otras, como ya se había mencionado<sup>52</sup>.

Es evidente que si la edad, y ahora hablamos de la edad madura, es tomada como criterio general que implica no discriminación, es porque en una amplitud importante de casos, no ha de considerarse para la exclusión de los más mayores, que en concreto podrían ser los de más de 45 años hasta su jubilación<sup>53</sup>. Y así como la jubilación misma es un criterio absoluto de menor capacidad aceptada voluntariamente y suficiente para el sistema de pensiones, el tramo laboral del que hemos hablado no podría ser asimilado al de jubilación. La edad, a pesar de la legislación que la favorece con toda claridad, ha sido objeto de juicio previo social, que normalmente llamamos prejuicio, con impunidad de los que lo hacen, como ya habíamos adelantado<sup>54</sup>.

Hemos de suponer sin embargo que en realidad sí ha sucedido esa asimilación en los planes de prejubilación de las grandes empresas, donde se ha separado del trabajo más fácilmente a los de mayor edad, con la salvedad de que eran voluntarios y se juntaban dos cosas, la presunción fáctica de menos aptitud y la posibilidad de combinaciones con las contribuciones compartidas posteriores a la Seguridad Social, los subsidios de paro planificados y la jubilación posterior, como hemos analizado en la introducción. Y nuestra legislación adelanta la jubilación para actividades penosas, por ejemplo, el RD 383/2008, para colectivos como bomberos<sup>55</sup>. Pero, como parte de las paradojas y los cambios que nuestra sociedad necesita, ilustramos que el RD 5/2013, parece querer legislar, casi con prisa y sin el suficiente eco social, la posibilidad de percibir parte de la jubilación y seguir trabajando<sup>56</sup>.

Y así fue que volvió al ET en 1999 la idea de edades límite, dictadas con ese propósito por el Gobierno, y sin ser definidas en el propio texto, como sí lo habían sido en la disposición adicional quinta de la redacción inicial. También se introducía el concepto mediante pacto en los convenios colectivos, ahora en la disposición adicional décima, con diferentes variaciones en su redacción sucesiva, hasta que en la Ley 3/2012<sup>57</sup> dispuso que cualquier pacto en esa dirección era nulo; lo que se ha

---

<sup>52</sup> Estatuto de los Trabajadores Art. 17 y 4.2 c).

<sup>53</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ (2015:2): *“El elemento nuclear general diferenciador es que estas personas posean 45 o más años (colectivo de especial necesidad de protección el de más de 60 años)”*.

<sup>54</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ (2015:1) *“...la edad...pese a ser un elemento consustancial al género humano...origina prejuicios (y)...exclusiones...sin llegar a la oficial de jubilación...por más que formal, jurídica y políticamente estén prohibidas”*.

<sup>55</sup> Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos.

<sup>56</sup> Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

<sup>57</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.



mantenido en la redacción vigente del ET<sup>58</sup>. Con la consabida disposición transitoria de la vigencia de los pactos anteriores a la nueva redacción.

Este es tal vez el momento de introducir una comparación con la evolución de países vecinos como es Francia. Una vez conseguida la democracia en España, para asombro de muchos, en realidad nuestro país seguía de cerca lo que en otros países pasaba. Así que la “mise à la retraite” de Francia era un reflejo en el que nos podíamos mirar<sup>59</sup>. Una solución para la empleabilidad de los jóvenes con un sistema que no temía el coste social de los mayores, que eran jubilados a partir de los 60 años, en contratos de duración indeterminada y habiendo cotizado 40 años, por lo tanto, en los casos en los que la contribución había sido suficiente para recibir la pensión completa, o bien haber cumplido los 65 años. Fuera de esos casos se trataba de un despido con la equivalencia de improcedencia a nuestra legislación o incluso con posibilidad de nulidad.

Los empleadores sólo tenían que mantener en el empleo a los empleados jubilables, el tiempo que los mismos empleadores consideraran. La indemnización calculada para su salida de la empresa y el correspondiente cobro de la pensión, era factible (una décima parte del salario mensual por año de servicio, como referencia de mínimos), según el código de trabajo francés de 1987. Los convenios colectivos también reflejaron esa costumbre arraigada en lo laboral. Sin embargo, el art. 90 de la ley de financiación de la Seguridad Social, también francesa, de diciembre de 2008, suprimió la posibilidad de jubilación forzosa a iniciativa del empresario. Con la salvaguarda de los convenios colectivos vigentes en ese momento<sup>60</sup>. El ejemplo sólo evidencia la importancia relativa de las directrices europeas frente a las interpretaciones incluso constitucionales de los Estados Miembros.

Y justo en este punto hay artículos que se plantearon que la ineptitud sobrevenida por causa de la edad podría ser una de las salidas lógicas de este dilema<sup>61</sup>, con toda la problemática de la posible discriminación por edad, como hemos comentado en nuestro estudio. Porque la edad sí se admite como materia sobre la que la discriminación o segregación podría sentenciarse con nulidad, en despidos no causados objetivamente. Al mismo tiempo que vemos como colectivos, actuales, en entrevista con el presidente del gobierno le solicitan garantías para su jubilación anticipada, por causa del desgaste de su profesión, como las Kellys de Canarias. No parece realmente este tema lineal y sin complejidades.

Y sobre el criterio de suposición de discriminación en cuestión de edad, hay que hacer la salvedad de que éste no puede ser absoluto y aplicarse en todos los casos. De este modo en la ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, donde se desarrolla, además de otras cuestiones, de forma genérica, nuestra Constitución en materia de no discriminación, se dice qué áreas son las sensibles a la discriminación, entre las que se menciona edad (y de paso diremos que

---

<sup>58</sup> ET disposición adicional décima actual. “Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que permitan la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación...”

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ CARDO (2002:3): “...el empresario ha tenido una facultad desconocida en derecho español, cual es la de extinguir el contrato laboral cuando el trabajador cumple los requisitos para acogerse a la pensión de vejez”.

<sup>60</sup> QUINTERO LIMA (2009:400): “...las nuevas normas con rango legal no pueden afectar a los convenios colectivos suscritos con anterioridad...”.

<sup>61</sup> BARCELÓ FERNÁNDEZ (2013).

discapacidad, presente en este estudio) y se comenta que no sería discriminación, si el criterio adoptado para tomar decisiones, en nuestro caso laborales, y que tuviera en cuenta la edad, fuera realmente apropiado y proporcionado, art. 34<sup>62</sup>. Recogiendo así, al pie de la letra, el artículo 4.1 de la directiva de la UE 2000/78. Y también, como hemos visto antes, el del TEDH y las sentencias del TS descritas.

José Luis Monereo defiende aquí la lógica, *iuris tantum*, de que los despidos sin causa justificada, de mayores, han de suponerse discriminatorios por edad y por lo tanto nulos<sup>63</sup>. Porque, aunque, además de los jubilados, podría haber otros casos justificados de exclusión de la vida laboral de algunos mayores, por causas argumentadas, en alguna determinada empresa, que se nos antojan muchos menos de los que hemos descrito en las políticas generales de pre-jubilación. Pero ya vemos que la exclusión por edad tampoco es siempre discriminadora. Las razones de ineptitud, para la aplicación del art. 42 a) del ET, han de ser, por lo tanto, justificadas objetivamente o el despido se entenderá sin causa y en este caso sí, *iuris tantum*, podrá alegarse discriminatorio y nulo.

No estamos en el caso de “*lege ferenda*”, sino de “*lege data*”, porque la edad sí está incluida, en contraste con la estudiada simple enfermedad, dentro de los apartados sensibles a discriminación. Como hemos comentado, nuestro art. 17.1 ET recoge que las decisiones del empresario, que den lugar en el empleo a situaciones de discriminación por razón de edad (o discapacidad), se entenderán nulas y sin efecto. Pero, al igual que sucede con la simple enfermedad no incapacitante o que no ve reconocida la incapacidad, los trabajadores mayores no tienen un sistema de garantías reforzadas, que incluya ajustes adaptativos de su puesto de trabajo, ni la adaptación de las medidas de rendimiento que podrían tener los discapacitados<sup>64</sup>.

La directiva 2000/78, tal y como también mencionamos en su momento, vuelve a ligar la legislación sobre la edad con su paralelo de discapacidad, dentro de las áreas sensibles a discriminación. Además, se fomenta el empleo de los trabajadores maduros, de lo que en la realidad o práctica habría que ver estadísticas. La orientación a la edad, en fin, no debería agruparse con minusvalía en todos los casos. No ayuda a comprenderlo<sup>65</sup>. Y, sin embargo, consideraciones generales sobre la discriminación y empleabilidad, como hemos comprobado, sí son comunes a ambas materias.

El Comité de las regiones de la UE, en su escrito sobre el Marco Estratégico de la UE en materia de Salud y Seguridad en el Trabajo 2014/2020, incluye en tres de sus

---

<sup>62</sup> Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social art. 34. “*Las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con... (el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual) no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*”.

<sup>63</sup> MONEREO PÉREZ (2017:99). “*...no impide el despido fundado (de los mayores) ...siempre que el empresario alegue y pruebe la existencia de una causa o motivo serio...*”. (2017:108) “(si no se acredita causa) *encubrirían una discriminación por razón de edad*”.

<sup>64</sup> MONEREO PÉREZ (2017:102). “*Pero en nuestra legislación, se carece de un sistema de garantías reforzadas, para el mantenimiento del empleo ...de los trabajadores mayores, que puedan presentar ...una minoración de su capacidad de rendimiento*”.

<sup>65</sup> MONEREO PÉREZ (2017:101). “*...sobre el trabajador de edad no puede pesar nada parecido a una presunción de ineptitud o de incapacidad presunta...*”.

puntos consideraciones sobre el envejecimiento activo, que relaciona directamente con la salud<sup>66</sup>. Por lo tanto, no sólo se trata de formación o de aprendizaje permanente durante los últimos tramos de la vida laboral, sino incluso voluntariado a partir de la jubilación. Realmente, el enfoque cambia radicalmente al primario de jubilación anticipada que hemos comentado anteriormente.

Es también una referencia, para los autores que tratan este tema, la recomendación 162 de la OIT, fechada en 1980. Hay en esa recomendación dos aspectos a resaltar: la protección general de los trabajadores de edad, incluyendo su empleabilidad, ya mencionada en los considerandos, que se vería reflejada en el contrato de relevo; y además la adaptación ergonómica de sus puestos de trabajo<sup>67</sup>. Esta última recogida idénticamente en nuestra LPRL, que detallaremos algo más.

### VIII. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, EDAD E INEPTITUD.

Una materia común es la interconexión con la edad de las materias de prevención de riesgos laborales y la propia ineptitud. Defiende Cristina Aragón, la analogía, ahora con más claridad que en los casos de minusvalía o maternidad, en ese entorno de prevención de riesgos laborales, entre la discapacidad y la edad. El puesto de trabajo se ha de adaptar porque el trabajador de edad es especialmente sensible a los riesgos laborales. Y en las situaciones de riesgo, que no en las que simplemente haya ineficiencia, sin riesgo ninguno, el trabajo se ha de ajustar con medidas preventivas y de protección en virtud del artículo 25 de la LPRL<sup>68</sup>. Y aunque entendemos esas adaptaciones, de nuevo nos encontramos con la consideración de los trabajadores de edad como disminuidos.

En comparación sabíamos ya que también hay garantías para los trabajadores de edad que además sean discapacitados<sup>69</sup> (que por el caso Ring, también consideramos que dicha adaptación puede consistir en reducción de jornada o jornada menos exigente), y que reiteramos, edad y discapacidad no han de asociarse forzosamente. Si se trata de plenitud de derechos en vida activa, también deberían enfocarse los casos de posible mejor rendimiento en áreas donde la experiencia sea importante.

---

<sup>66</sup> Comité de las regiones de la UE. Marco Estratégico de la UE en materia de Salud y Seguridad en el Trabajo 2014/2020 (2015/C 140/04). Apartado E. Gestión del envejecimiento de la mano de obra (...) *“... La formación de adultos y el voluntariado de las personas mayores debería fomentarse a nivel europeo, nacional y local para ayudar a prolongar la vida laboral, favorecer la jubilación activa y contribuir a la vida independiente.”*

<sup>67</sup> (OIT 1980) Preámbulo párrafo 6: *“Considerando que sería deseable completar los instrumentos existentes en lo que respecta a la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores de edad, a su protección en materia de empleo y a la preparación y acceso al retiro”.*

(OIT 1980) Art. 13 c) *“Adaptar el puesto de trabajo, y las tareas que éste exige, al trabajador que ocupa dicho puesto, utilizando todos los medios técnicos disponibles y, en particular, aplicando los principios de la ergonomía, a fin de preservar la salud, prevenir los accidentes y mantener la capacidad de trabajo”.*

<sup>68</sup> LPRL art. 25 *“...Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro...”*

<sup>69</sup> RD Legislativo 1/2013. Detalla medidas que garanticen la ocupación efectiva y adaptación del puesto de trabajo, salvo carga excesiva para el empresario.

En realidad, otros autores comentan, en la línea anterior, que no se puede generalizar la sensibilidad especial a los riesgos en todos los trabajadores maduros y todas las circunstancias<sup>70</sup>. Hay mayor siniestralidad en trabajos que requieren esfuerzos físicos<sup>71</sup>, la misma en rutinarios y menor cuando se requiere experiencia.

Por lo tanto, la reubicación en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual ahora sí es posible. Teniendo en cuenta la primera definición de ineptitud, que tiene que ver con la categoría profesional y no con la función específica, si hay posibilidad de otro trabajo en la misma categoría, el empresario ha de colocar en esa posición al trabajador. Lo que no es inusual que además se pacte en convenio. Y a falta de convenio, el empresario podría cambiar a una categoría distinta al trabajador con posible disminución de ingresos, porque sería por razones sociales y no de conveniencia del empresario, y por lo tanto no amparado por el art. 39 ET<sup>72</sup>. La categoría es disponible, tal y como interpreta Cristina Aragón el art. 22.4<sup>73</sup> ET y el trabajador puede pactar también ese cambio con el empresario. Otra forma del mismo acuerdo sería el convenio colectivo.

## IX. CONCLUSIONES.

Una vez comentados técnicamente los diferentes matices sobre la ineptitud sobrevenida como causa de extinción del contrato, si recapitulamos sobre su concepción original, no podemos olvidar su paralelo con el Código Civil, que en su artículo 1184 nos dice que cuando el acreedor incumple su parte o su situación es de imposible cumplimiento, el deudor queda liberado de su deuda.

Hemos comentado desde diferentes consideraciones que la ineptitud sobrevenida plantea esa circunstancia en el ámbito laboral. Sin embargo y como justo balance, la interpretación de la legislación tiene en cuenta que nuestro estado es social y de derecho. El peso de lo social es tan grande, que los empresarios han de justificar muy bien que esa situación tiene lugar, y además indemnizar a los trabajadores que involuntariamente se ven inmersos en ella. Si no se justifica adecuadamente, la decisión será improcedente o incluso nula, que es la forma de hecho en que estas circunstancias encuentran contrapeso dentro de la práctica laboral de nuestro país.

El ejemplo francés de la “mise à la retraite” o jubilación dependiente del empresario, que hemos considerado, una vez cumplida la edad que cualifica para la pensión, parecía indicar la tendencia de las acciones que llevaban a la consabida sociedad del bienestar. Europa tardaba en darse cuenta del impacto de esa solución en una sociedad de pirámide invertida poblacional. Pero también comentamos que Francia,

---

<sup>70</sup> CARRERO DOMÍNGUEZ ET AL. (2009:210): “...hasta ser (la edad) una clara ventaja (cuando) la experiencia es fundamental y ...las demandas del trabajo no exceden las capacidades del trabajador”.

<sup>71</sup> CARRERO DOMÍNGUEZ ET AL. (2009:208): “el número de accidentes... mortales, se ve incrementado en los trabajadores de... 50 a 64 años”.

<sup>72</sup> ET art. 39.3. “El trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen...”.

<sup>73</sup> ET art. 22.4. “Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional...”.

como los demás países europeos, reaccionó y nos sirvió de comparación para que los convenios no provocaran jubilaciones forzosas. Todos los datos apuntaban por lo tanto en la misma dirección.

En el recorrido sobre las diferentes exposiciones de los diversos capítulos de este estudio hemos emplazado la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida dentro de los despidos por causas objetivas, que sitúan cierto poder de decisión sobre la vida laboral de los trabajadores en la influencia de la competitividad y la capacidad de organización que nuestro Estatuto da a los empresarios. Así que inicialmente podríamos pensar que la incapacidad sobrevenida se refiere a los casos en que el trabajador no puede cumplir, de forma involuntaria, con el contrato sinalagmático, cuya obligación ha contraído con el empresario.

La práctica jurídica separa los aspectos que pudieran no ser tenidos en cuenta para la puridad de esta definición. Que suceda después del periodo de prueba, que no sea voluntario, que la empresa no use información confidencial en contra del trabajador, que no se vulnere la protección de la discapacidad y también, y menos conocido, y por lo tanto objeto de lo que hemos subrayado, que no signifique una discriminación encubierta por la edad. Porque hemos hecho también una exposición sobre la importancia progresiva de la olvidada (en el reciente pasado) edad.

Las cuestiones de procedimiento, así como la inicial confusión sobre la utilización de datos médicos y certificados de apto o no apto de los servicios de prevención, aunque pudieran parecer determinantes, se han clarificado y quedado en lo anecdótico o histórico. Quedan para la época en que todos los despidos eran, para empezar, improcedentes “por definición”. En la actualidad, cuando los casos de nulidad se han extendido tanto, es importante que los procesos sean ecuanímenes para todas las partes.

Realmente más importante parece el hueco entre las ineptitudes o discapacidades dictadas por los tribunales médicos de la Seguridad Social, que son además los utilizados por los tribunales laborales para reconocer discapacidad; y esos dictámenes de aptitud, por los servicios de prevención. Ese es el hueco que todos defendemos como subsanable y necesitado de más coordinación y mejora, para que el sistema no tenga contradicciones que perjudican a los trabajadores.

Las medidas del Real Decreto Ley (en adelante RDL) 5/2013, y otras para promover el envejecimiento activo, han sido loables<sup>74</sup>; pero aquí también estamos ante el caso en que las previsiones del Gobierno no han tenido el seguimiento social que incidiría directamente en la viabilidad de los sistemas de prestaciones. El Gobierno tuvo que admitir, antes de la crisis, la posibilidad de prejubilación de los trabajadores en convenio especial, tras un acuerdo de despido colectivo, alargando la cotización por parte de la empresa, que finalizaba a la edad de 61 y comenzaba así la cotización del propio trabajador.

La influencia de las directivas europeas es innegable. La directiva 2000/78 da información con claridad de lo que significa discriminación en dos apartados que nos

---

<sup>74</sup> Ver RDL 5/2013 sobre medidas para favorecer la continuidad laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

han importado, la discapacidad parcial y la edad. En cuanto a la enfermedad, ha tenido la novedad legislativa de la segunda década de este siglo, de que cuestiones de enfermedad excesivamente recurrente y con excepción de las debidas a maternidad o enfermedades graves, se han alineado con absentismo y han servido de negociación, entre la patronal y los sindicatos, para posible extinción del contrato, lo que ha influido en la doctrina del TS sobre la enfermedad como no incluida en criterios de discriminación. Pero tanto la edad como la discapacidad parcial, son motivo de discriminación en despidos no causados, que llevarían a la nulidad de la acción, lo que conlleva un peso importante de responsabilidad y económico para la empresa, que ha de asumir los costes de esas posiciones. En el caso de la discapacidad, y también cuando hay riesgos para los trabajadores, con adaptación de los puestos de trabajo.

Hay definiciones técnicas que se van apuntalando. La enfermedad de larga duración, cuando es parcial y podría por lo tanto significar limitaciones parciales para el trabajador, puede ser asimilada a la discapacidad parcial y por lo tanto estar protegida contra la discriminación, si el despido no tiene otra causa o si no se ha probado primero la buena fe de la empresa, con la adaptación del puesto de trabajo. El apuntalamiento de esos tecnicismos viene de la mano del TJUE.

No nos hemos centrado en otros aspectos, como pérdida de carnet de conducir necesaria para el trabajo, como causa de esa ineptitud sobrevenida o las discusiones sobre el uso de esta figura para el despido objetivo de deportistas profesionales<sup>75</sup>, que habría que probar y no simplemente, por ejemplo, fundamentarlas en lesiones anteriores, cuando podría tener lugar una separación de titularidad provocada por el entrenador. Tampoco hemos incidido en cuestiones procesales, ni de comunicación del despido<sup>76</sup>. Porque enfermedad, discapacidad y edad tenían suficiente entidad como para merecer la atención de la asistencia especializada y letrada de este aspecto laboral; y también porque la limitación de este estudio aconsejaba centrarnos en los asuntos de mayor discusión, siendo los procesales pacíficos.

Volviendo, de nuevo nuestro foco en la edad, nuestro TS dictamina la no existencia de límites absolutos de edad para el trabajo. Pero aquí, sin caer en la discriminación y adaptándonos a la necesidad de prolongar la edad laboral, en línea con la esperanza de vida, nos encontramos con que todos sabemos que esos límites existen, que los intentó definir el ET y que no resistieron las primeras sentencias de este tribunal. Sigue siendo un tema controvertido, sólo balanceado por la voluntad general de jubilarse.

El desempleo, incluye con más fuerza el de los mayores, que a partir de los 50 años ven muy reducidas sus posibilidades de volver a ser contratados, con impunidad declarativa en el sistema. Dicha impunidad, ya no se ha permitido en cuestiones de

---

<sup>75</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ. (2011:3). *“...el actor fue convocado por la selección de su país... aunque por cuestiones técnicas no se le pusiera a jugar con el equipo”*.

<sup>76</sup> ALZAGA RUIZ (2016:18). *“...la obligación que recae sobre la empresa en dicho trámite de comunicación escrita, de “expresar la causa” de su decisión, tan sólo se cumple mediante especificación de los hechos que conforman la causa extintiva, condición necesaria para que el trabajador pueda ejercer con garantías el derecho a reclamar contra la decisión empresarial”*.

género, pero ha seguido dándose en las de edad, incluso ha sido evidente en las agencias comunes de contratación. Se han buscado en muchos casos “jóvenes, con iniciativa y capacidad de adaptación”<sup>77</sup> y se han declarado abiertamente límites de edad, incluso para empleo público.

La ineptitud sobrevenida, objeto de este estudio, difícilmente podría sustituir, por otro lado, a la falta de obligatoriedad de jubilación con la edad. Porque por un lado multiplicaría los costes de esa jubilación para los empresarios y por otro añadiría un elemento forzoso y socialmente reprobable a ese fenómeno. Posiblemente veremos adaptaciones y cambios legislativos que cubran esta carencia.

Habíamos comentado de alguna manera que el progreso exponencial de la sanidad, aunque todavía no con suficiente calidad de vida en cuanto a salud, de los últimos tramos del siglo XX, había repercutido de forma contundente tanto en las pensiones como en los presupuestos de la sanidad misma.

Respecto a esos nuevos dilemas entre la edad longeva y la caja de las pensiones, y como fuente de otros estudios, que seguro serán necesarios, si tuviéramos que aportar además nuestra visión de posibles soluciones o componentes sociales a tener en cuenta en el futuro, diríamos que las circunstancias laborales actuales abogan por otro modelo de familia de más participación de ambos progenitores tanto en lo laboral como en lo familiar. Y los índices de natalidad dependen de ello. Por lo que, si ahora esos índices son bajos, sirven también como prueba de que el modelo, en cuanto a su orientación a la familia, todavía no ha encontrado un camino claro.

Lo anterior se liga a un modelo social que no ha resuelto un efecto llamada de la inmigración, tanto de Sudamérica como de los países subsaharianos, por ejemplo, y que posiblemente se añade a otros efectos de balance de la economía mundial sobre la diferencia de desarrollo de los países y la necesidad de formar e integrar a otros trabajadores, como una solución, no pensada, pero útil para el fenómeno occidental de la inversión de la pirámide poblacional que pone en peligro los sistemas de salud y pensiones, respecto a su financiación habitual. Porque el sistema no es de capitalización (al contrario que las pensiones privadas, que ahora se fomentan) sino fundamentado en las contribuciones corrientes a las que se pagan. Hasta ahora el problema era sólo económico y todavía no político.

El colectivo de mayores, fuente de votos de los partidos conservadores, ha sido casi invisible y no se ha fomentado su verdadera protección activa y real<sup>78</sup>, porque se contaba que era inamovible. Tiene tratamiento especial en este episodio de la

---

<sup>77</sup> A día de hoy, la élite de contratación que son los “head hunters” para posiciones ejecutivas, no es capaz de decir que prefieren a hombres sobre mujeres. Y tal vez sea así en un determinado porcentaje, incluso fomentando el género femenino por diversas razones en algunas de sus búsquedas. Pero sí declaran con total apertura que más allá de los 50 y sobre todo en varones (las cuotas pueden requerir casos de mujeres), la barrera de contratación ronda el absoluto. La primera barrera que se suele eliminar es la declarativa y luego la real. En este caso aún estamos ante la barrera declarativa.

<sup>78</sup> ARAGÓN GÓMEZ (2009:237): “No es infrecuente encontrar ofertas de empleo en las que expresamente se expulsa del proceso de selección a candidatas mayores de una determinada edad, con la excusa de que se buscan personas dinámicas, con... buena presencia, capacidad de aprendizaje, etc.”

---

legislación, desde el momento en que se define como no constitucional la limitación a la edad de trabajo y que dicha edad puede ser causa, tal vez en ese límite de la discriminación, de exclusión laboral en los planes de reducción de plantillas y competitividad.

Los partidos progresistas recientemente han descubierto el poder político de los mayores y los vemos ya en la calle con protestas organizadas sobre actualizaciones de la pensión. La misma pensión con la que ayudaron a sus hijos durante la crisis. Y teniendo en cuenta que la competencia entre partidos políticos termina resultando en progreso social, los partidos conservadores, ahora en el Gobierno, necesitan sacar a las personas maduras de su espacio de invisibilidad para demostrar que ellos mismos como partidos tienen una influencia determinante en su estabilidad y prosperidad.

Por lo tanto, si los modelos laborales dependen de las influencias sociales y políticas, estamos ante un nuevo dilema que puede tener varias soluciones. Una de ellas el equilibrio de los papeles de género de los progenitores, de influencia limitada en cuanto al índice de natalidad. Otro el alargamiento real de vida laboral de los mayores, que también es lento en su evolución, a pesar de las modificaciones legislativas y políticas que lo fomenten. Y el tercero la canalización de la inmigración formada. Concepto este último que todavía no ha tenido respuesta política porque comenzaría con la formación en origen y la canalización de los inmigrantes ya formados, para cubrir las posiciones de trabajo de los países desarrollados y volver a equilibrar el sistema.

De lo anterior, lo que queremos concluir es que la solución no es evidente y no estamos ante una cuestión que termina o que está en sus últimos coletazos, sino ante un dilema que acaba de comenzar. La ineptitud sobrevenida es de aplicación obvia para el caso de la edad (y hemos hablado ya de enfermedad y discapacidad con sus matices), pero precisamente por eso es inaplicable. Este dilema social necesita de mucha más atención e integración y por lo tanto de una legislación específica. Volver visible lo invisible.



## X. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.

### X.1. Libros

ARAGÓN GÓMEZ, C. (2009), *La ineptitud sobrevenida por razón de edad*, MERCADER UGINA, J.R. (coord.), *Trabajadores Maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, 1ª edición, Valladolid, Lex Nova.

BAZO ROYO, M.T. (2009), *Envejecimiento poblacional y mercado de trabajo: Nuevos desafíos*, MERCADER UGINA, J.R. (coord.), *Trabajadores Maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, 1ª edición, Valladolid, Lex Nova.

CARRERO DOMÍNGUEZ, C.- MORENO MÁRQUEZ, A. (2009), *Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros*, MERCADER UGINA, J.R. (coord.), *Trabajadores Maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, 1ª edición, Valladolid, Lex Nova.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A. (2017), *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, 1ª edición, Albacete, Bomarzo.

MERCADER UGINA, J.R. (2009), *Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad*, MERCADER UGINA, J.R. (coord.), *Trabajadores Maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, 1ª edición, Valladolid, Lex Nova.

MONEREO PÉREZ, J.L. (2017), *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, 1ª edición, Albacete, Bomarzo.

QUINTERO LIMA, M.G. (2009), *Discriminación por edad y protección de los seniors en el derecho social francés*, MERCADER UGINA, J.R. (coord.), *Trabajadores Maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, 1ª edición, Valladolid, Lex Nova.

### X. 2 Artículos

ALZAGA RUIZ, I. (2016), "Reflexiones sobre el despido del trabajador por ineptitud conocida o sobrevenida", *Revista Española de Derecho del Trabajo, Aranzadi*, núm. 187.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A. (2011), "La extinción por ineptitud del contrato de los deportistas profesionales". *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte*, núm. 33.

BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. (2013) "La modificación de la disposición adicional décima del ET por la Ley 3/2012, de 6 de Julio". *Revista Temas Laborales, Dialnet*, núm. 121.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. – MERCADER UGINA, J.R. (2017), "Redefiniendo el

concepto de discriminación: La enfermedad como discapacidad”. *Revista de Información Laboral, Aranzadi*, núm. 11.

GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. (2008), “¿Puede el legislador tratar igual a lo distinto?”, *Revista de Justicia Laboral, Aranzadi*, núm. 36.

MEGÍAS BAS, A. (2018), “Despido por causas objetivas: ineptitud sobrevenida”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, Aranzadi*, núm. 205.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2005), “La edad máxima como límite de acceso a la función pública” *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 13.

MIRÓ MORROS, D. (2017), “Extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida”, *Actualidad Jurídica, Aranzadi*, núm. 928.

PÉREZ AMORÓS, F. – ROJO TORRECILLA, E. (2016), “La garantía del empleo de las personas de edad. Su concreción en el ámbito internacional y en la unión europea”. *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales, Universidad Autónoma de Barcelona*, núm. 3.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A. (2002). “La edad como causa de extinción del contrato de trabajo: El ejemplo francés”. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, Dialnet*, núm. 64.

SÁNCHEZ PÉREZ, J. (2017), “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal: el derecho al rendimiento empresarial frente al derecho de protección de la salud”, *Revista de Información Laboral, Aranzadi*, núm. 5.

TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2009), “Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (2015), “La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la seguridad social: envejecimiento activo, política de re-inserción y derecho anti-discriminatorio”. *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 4.

## **XI. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS**

### **XI. 1 Fuentes Normativas**

Constitución Española, (BOE núm. 311 de 29/12/1978):  
Art. 14.

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 02/12/2000):

Considerandos 6,

8,

17,

18,

19,  
21,  
23,  
25,  
30 y  
31.

Arts. 4.1  
5,  
7,  
10 y  
11.

Ley 31/1995 del 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, (BOE núm. 269, de 10/11/1995):

Arts. 22 y  
25.

Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, (BOE núm. 313 31/12/2003):

Art. 34.

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE núm. 162 de 07/07/2012):

Preámbulo.

Marco Estratégico de la UE en materia de Salud y Seguridad en el Trabajo 2014/2020, Comité de las regiones de la UE. (2015/C 140/04), (DOUE C140 28 abril 2015):

Apartado E.

Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos, (BOE núm. 81 de 03/04/2008).

Arts. 1 y  
2.

Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, vigente hasta el 11 de diciembre de 2011, (BOE núm. 86 de 11/04/1995):

Art. 122.

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 núm. 289 de 03/12/2013):

Arts. 4 y  
40.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, (BOE núm. 255, de 24/10/2015):

Arts.: 4,  
17,  
20,  
48,  
51,  
52,  
54 y  
Disposición Adicional Décima.

Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, (BOE núm. 65 de 16/03/2013):

Arts. 1 y  
2

Recomendación 162 de la OIT sobre los trabajadores de edad (23 de junio de 1980), 66ª reunión CIT, Ginebra. Última visita de la dirección en internet el 12 de mayo de 2018 (<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:>):

Preámbulo párrafo 6.  
Art. 13 c).

## **XI. 2 Fuentes Jurisprudenciales**

### **1981**

STC de 2 de Julio de 1981 (RTC 1981/22).

### **1983**

STC de 3 de agosto de 1983 (RTC1983/75).

### **1985**

STC de 30 de abril de 1985 (RTC 1985/58).

### **1990**

STS de 2 de mayo de 1990 (RJ 1990/3937).

### **1999**

STSJ Cataluña de 12 de mayo de 1999 (Recurso 138/1999).

### **2000**

STSJ Extremadura de 24 de febrero 2000 (Recurso 95/2000).

### **2005**

STS de 22 de Julio de 2005 (RJ 2006/84).

STSJ Comunidad Valenciana 9 de diciembre de 2005 (Recurso 3199/2005).

STSJ Navarra de 30 de septiembre de 2005 (Recurso 295/2005).

STSJ País Vasco, 29 septiembre 2005 (Recurso 1918/2005).

### **2006**

STJCE de 11 de julio de 2006 (TJCE 2006/192 Asunto Chacón-Navas).

**2007**

STS de 18 de diciembre de 2007 (RJ 2008/800).

STSJ Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 2007 (Recurso 4366/2006).

**2008**

STC de 26 de mayo de 2008 (RTC 2008/62).

**2013**

STJCE de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013/122 Asunto Ring).

**2014**

STSJ Cataluña de 1 de Julio de 2014 (Recurso 4753/2014).

**2016**

STJUE de 1 de diciembre de 2016 (TJCE 2016/308 Asunto Daouidi)

STS de 3 de mayo 2016 (RJ 2016/2152).

**2017**

STSJ Cataluña de 12 de junio de 2017 (Recurso 2310/2017).