

## Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido

por

Rosa Quesada Segura

**SUMARIO:** I. El despido por ineptitud del trabajador. Concepto. II. Supuestos que originan ineptitud. 1. La ineptitud y la incapacidad permanente. 2. La edad del trabajador. 3. La falta de titulación. III. El régimen jurídico del despido por ineptitud. IV. Requisitos del despido por ineptitud.

### I. El despido por ineptitud del trabajador. Concepto

Como es sabido, el despido por ineptitud se configuró en su origen como una de las causas de despido disciplinario. Tanto la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, art. 89, parr. 6 como la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (LCT), art. 77, apartado d) estimaban como justa causa de despido por el empresario: «La ineptitud del trabajador respecto de la ocupación o trabajo para que fue contratado». La inclusión de la ineptitud entre las causas de despido disciplinario condujo a una serie de problemas interpretativos irresolubles puestos de manifiesto por la doctrina<sup>1</sup>. En efecto, las justas causas de despido contenidas en el art. 77 de la LCT, a excepción de la ineptitud, aludían a situaciones que implicaban una actuación u omisión voluntaria y culpable del trabajador. La ineptitud, en cambio, carecía de esa intencionalidad, la voluntad del trabajador resultaba ajena a dicha causa. Pero, a pesar de esta irreconciliable diferencia, la ineptitud quedó configurada en la LCT como un incumplimiento culpable del trabajador<sup>2</sup>.

Más adelante, el art. 39 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 de marzo (DLRT) bajo el epígrafe del «Despido por circunstancias objetivas, fundadas en la capacidad profesional del trabajador o en las necesidades de funcionamiento de la empresa» introdujo en su apartado a) como causa suficiente de despido «la ineptitud del trabajador originaria o sobrevenida». Y en la misma línea, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET) bajo la rúbrica de «Extinción del contrato por causas objetivas» en su art. 52 vuelve a regular la cuestión en los

siguientes términos: «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 período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento».

Es fácil constatar, pues, que la ineptitud del trabajador como causa de terminación del contrato de trabajo ha tenido un tratamiento diferente a lo largo de la evolución normativa tanto por lo que se refiere a su contenido y alcance como por el cambio conceptual que supone el paso de ser considerado un supuesto de despido por incumplimiento imputable al trabajador del art. 77 de la LCT a un despido por circunstancias objetivas relativas a la capacidad del trabajador tras la calificación del DLRT primero y del ET más tarde.

Cambio que sin duda es fundamental para la clarificación del concepto. Lo acertado en este caso es que tanto en el art. 39 del DLRT como en el art. 52, a) del ET, se produce una delimitación de esta causa de despido en base a la existencia o no de voluntariedad culpable del trabajador. No es que desaparezca el concepto que se mantenía en el art. 77 de la LCT, es que simplemente se diversifica en diversos supuestos con la finalidad de lograr un más justo equiparamiento entre la conducta del trabajador y el tipo de extinción correspondiente.

No obstante, la noción de ineptitud como causa de extinción objetiva del contrato de trabajo —tanto por la variedad de los supuestos que puedan originarla como por la propia ambigüedad del término en cuanto hace relación a acciones u omisiones que expresan falta de capacidad laboral en el trabajador para el trabajo contratado— es difícilmente reconducible a una definición concreta. De hecho no existe una definición legal del supuesto, y ha sido la jurisprudencia, principalmente la del TCT la que —junto con aportaciones doctrinales— ha delimitado esencialmente el concepto.

En efecto, y como iremos viendo, la jurisprudencia, al matizar muchas de las cuestiones relacionadas con esta modalidad extintiva —los diversos supuestos que el término genérico de ineptitud engloba, la imputabilidad o inimputabilidad del trabajo defectuoso, el grado de incapacidad por enfermedad o accidente...— ha ido configurando con bastante precisión la noción y alcance de la ineptitud en el trabajo como supuesto que da lugar a la extinción de la relación contractual vía art. 52, a) del ET.

Y pensamos que esta tarea clarificadora era necesaria teniendo en cuenta además que no siempre la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Central de Trabajo sobre la base del art. 77, distinguió suficientemente la ineptitud frente a otras causas de despido como la disminución voluntaria del rendimiento o la deslealtad. Ejemplo de todo ello existe abundantemente en nuestra jurisprudencia, así, las sentencias del TCT de 11 de diciembre de 1963 en la que se dice que el equivocarse en varios miles al contar billetes o es disminución dolosa del rendimiento o es ineptitud; o la de 30 de octubre de 1964 en la que se advierte que una actitud determinada de un guarda jurado revela «o bien franca desobediencia a

las normas reguladoras de su trabajo o... clara ineptitud para el mismo». Indistinción que parece continuar después de 1977 —aunque ya la introducción del DLRT había supuesto un cambio radical entre los efectos de despido disciplinario y del entonces novedoso despido por causas objetivas— como sucede en la sentencia del TCT de 28 de junio de 1977 (R. 3740) que habla de «bajo o casi nulo rendimiento»; o la del mismo Tribunal de 6 de julio de 1977 (R. 3961) la cual afirma que el trabajador «o aparece sin condiciones subjetivas... o es una manifiesta disminución de rendimiento»; y en el mismo sentido la de 15 de noviembre de 1977 (R. 5231) según la cual la conducta del trabajador pone de manifiesto «una negligencia y un mal hacer en su cometido laboral y una desidia en el cumplimiento del deber primordial del trabajador... que ciertamente se traduce en la disminución del rendimiento... pero también evidencia una clara ineptitud».

O no se distingue suficientemente de la deslealtad, como sucede en la sentencia de 26 de octubre de 1977 (R. 5231), según la cual los hechos demuestran «o bien la existencia de una negligencia... o bien de una deslealtad». O la de 3 de diciembre de 1977 (R. 6176) cuando afirma que «tal descuido, desidia y negligencia... claramente determinaron o una total ineptitud... o incluso resulta equiparable a una deslealtad»<sup>3</sup>.

La ineptitud de esta forma aparece como una causa de despido residual, como un cajón de sastre en el que caben todas aquellas conductas en donde existe una disminución de rendimiento o un defecto en la ejecución de la prestación de trabajar, como dice González Ortega<sup>4</sup> la ineptitud que era una causa de despido incorrectamente colocada en el seno del art. 77 LCT, se convierte en una causa de despido en blanco o de cierre para aquellos supuestos en los que las otras causas de despido —claramente expresión de incumplimiento contractual— no pueden probarse».

La cuestión parece ya resuelta por el ET al distinguir de la noción de ineptitud cualquier otra causa que pueda considerarse como suficiente para justificar un despido, y que, como la falta de rendimiento, pueden ser —o han sido— subsumibles bajo el término de «ineptitud».

Lo veremos:

La falta de rendimiento guarda estrecha relación con la conducta del trabajador. Una vez fijado el rendimiento exigible el trabajador deberá observar la conducta adecuada para obtenerlo. Pero puede ocurrir que en el trabajador no alcance el rendimiento debido por falta voluntaria de diligencia, o bien que no lo alcance porque sus propias aptitudes físicas o síquicas —inteligencia, capacidad, destreza, preparación— se lo impidan. Como dice Sagardoy, la aptitud opera en un plano estático: se es o no se es apto. El rendimiento, por el contrario, es el dinamismo de la aptitud, a la cual presupone. La manifestación de la aptitud es el rendimiento; como causa a efecto. La aptitud pertenece a lo «cualitativo». El rendimiento se refiere al «quantum»<sup>5</sup>. Para el primer caso, el ET prevé que «la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado» o «la trasgresión de la buena fe contractual» —también si grave y culpable— serán causas justificativas del despido disciplinario (art. 54, 2, e) y e)). Para el segundo, en donde opera como claro criterio delimitador la ausencia de

voluntariedad en la falta —o en la imposibilidad— del rendimiento pactado, el ET establece la «ineptitud del trabajador» que justifica el despido por causas objetivas —con los consiguientes efectos indemnizatorios— conforme al art. 52.a).

Si por lo tanto la ineptitud no es voluntaria, no puede justificarse un despido por tal causa camuflada en la disminución de rendimiento. Por definición un inepto no puede rendir y un apto puede rendir o no según los casos. Por ello, se ha dicho que, el concepto de «rendimiento defectuoso como incumplimiento exige la mediación» de un «elemento subjetivo que se sustancia en una conducta dolosa o negligente»<sup>6</sup>. La ineptitud, pues, es necesariamente, como afirma el TS en sentencia de 21 de marzo de 1970 (R. 2263), «un incumplimiento involuntario de las obligaciones del trabajador», o como señala Alonso Olea, «una impotencia subjetiva no culpable»<sup>7</sup>.

Y es este sentido —en el que la ineptitud equivale a un defecto de capacidad personal o profesional para el trabajo contratado— el que recoge la sentencia TS de 5 de octubre de 1984 cuando la define como «una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación, suficiencia o idoneidad para desarrollar de manera útil y provechosa la prestación de trabajo». En este caso, el trabajar con resultado defectuoso, que es sin duda la expresión de la existencia de ineptitud del trabajador, puede producirse bien porque «a priori» el trabajador carezca de las necesarias aptitudes para la prestación laboral en concreto para la que se le contrata, bien porque la pérdida en el transcurso de la propia relación como consecuencia de circunstancias diversas en donde el factor común a todas ellas y definitorio de tal modalidad extintiva es, sin duda, la ausencia de voluntariedad culpable del trabajador.

Pero junto a la ausencia de voluntariedad, la ineptitud para el trabajo que produce una merma en el rendimiento debido y justifica el despido objetivo debe cumplir, además, dos requisitos igualmente imprescindibles: Por un lado, la ineptitud debe estar referida al conjunto de prestaciones a que viene obligado el trabajador por su calificación profesional sin que quepa alegar la misma cuando el esfuerzo del trabajador no de el resultado que se espera, bien por la precariedad de los instrumentos, maquinaria o materias primas empleadas... —«no cabe confundir la ineptitud con la imposibilidad de prestar el trabajo por deterioro del material, del cual es evidentemente responsable el propio empresario» sentencia TCT de 7 de diciembre de 1977—<sup>8</sup>, bien por circunstancias tales como señalarle un trabajo distinto del normal que venía ejecutando, o exigirle una premura especial de tiempo... Así la sentencia TCT 11 de julio de 1984 (R. 6293) relaciona directamente categoría profesional con trabajo realizado cuando afirma para justificar la declaración de improcedencia del despido por ineptitud que el trabajador «no puede responsabilizarse de los errores que haya podido tener en tal cometido, que no es propio de su categoría profesional». O la sentencia igualmente del TCT de 24 de mayo de 1984 (R. 4582) cuando considera que la disminución de la capacidad laboral de la actora debe hacerse «con concreta referencia a las labores o tareas fundamentales de su profesión habitual, entendiéndose por tal aquella a que dedicase su preferente actividad».

Por otro, la ineptitud debe ser reiterada, ya que si se considera que la misma es una cualificación subjetiva que existe o no, el índice que sirve para determinar su existencia no puede ser otro que su mantenimiento en el tiempo —sentencia TCT de 10 de diciembre de 1984— (R. 6861). A sensu contrario, pues, y dentro del criterio restrictivo que debe imperar en toda interpretación que afecte a derechos del trabajador, los defectos objetivos de rendimiento circunstanciales, no podrán nunca alegarse como constitutivos de la ineptitud del trabajador.

En resumen puede decirse que el ET, como antes hiciera el DLRT, equipara la ineptitud a defecto de capacidad profesional para el trabajo contratado. Lo que importa para la calificación de inepto que justifica el despido vía art. 52, a) es que la ineptitud sea de tal grado que imposibilite al trabajador el cumplimiento de todas, o al menos, de las fundamentales tareas de su profesión habitual, que dicha frustración del cumplimiento sea, al menos presumiblemente, definitiva y, finalmente que no responda a una voluntariedad, por acción u omisión, del propio trabajador, ni sea debido a factores ajenos al mismo.

De esta forma se configura la ineptitud como la vía residual a emplear por el empresario para desprenderse de los trabajadores que no rindan suficiente en el trabajo por falta de capacidad. Y es esta misma falta de capacidad que produce el bajo rendimiento, lo que legitima y posibilita este tipo de extinción en cuanto ello supone precisamente la existencia de un incumplimiento contractual del trabajador, si bien no imputable al mismo, que produce un desequilibrio en las prestaciones recíprocas de las partes. En definitiva, la existencia de una situación de excesiva onerosidad.

Es la ineptitud —dentro de la finalidad común a los cuatro supuestos extintivos que componen la denominada extinción por causas objetivas de garantizar el interés empresarial a la consecución de rentabilidad y productividad—, la figura que, al prolongar los efectos resolutorios del período de prueba durante todo el transcurso de la relación laboral —ya veremos más adelante que las limitaciones en el ejercicio de esta modalidad extintiva dependen de la existencia o no del período de prueba— garantizando en todo momento al empleador la posibilidad de rescindir la relación cuando el trabajador rinda menos, o no pueda cumplir sus obligaciones contractuales, por imposibilidad física o incapacidad objetivizable no dolosa o culpable —ya que entonces sería un supuesto de sanción disciplinaria—.

Si la ineptitud es la ausencia en el trabajador de las condiciones personales o profesionales para el desarrollo de la prestación laboral concertada, lo siguiente será determinar que supuestos se admiten como suficientes para dar lugar a esa falta de aptitud.

Como es sabido hasta la aprobación del Estatuto de los Trabajadores la invalidez permanente no actuaba como causa directa de extinción del contrato de trabajo. Por ello la jurisprudencia admitía que los despidos ocasionados por la disminución o anulación de la capacidad laboral, con carácter definitivo, fuesen tramitados por el cauce de la ineptitud para el trabajo, siempre que quedase probada efectivamente esta circunstancia. De esta forma, la invalidez permanente podía constituir una causa de despido, al ser considerada como una especie de ineptitud<sup>9</sup>.

La situación ha variado radicalmente tras el ET al contemplar la invalidez permanente en cualquiera de sus grados, salvo del parcial, como causa expresa y directa de extinción del contrato —sobre lo que se volverá más adelante—, quedando tan sólo la invalidez permanente en el grado parcial como vía residual que puede dar lugar a una ineptitud sobrevenida siempre que, al igual que se dijo anteriormente, se pruebe la existencia de tal ineptitud. Es más, parte de la jurisprudencia estima que el art. 52, a) ET «no incluye la incapacidad sino aquellos supuestos que en el devenir de la relación laboral puedan surgir y que sin tener etiología patológica o traumática determinaren en quien la sufre una imposibilidad de desarrollar las funciones propias de su puesto de trabajo» —sentencias TCT de 7 de julio 1982 (R. 4257), 6 de septiembre de 1983 (R. 7344) y 9 de febrero de 1984 (1166)—. Sin embargo, es esta una posición que no siempre resultará posible o razonable de mantener, cuando se advierte que muchos de los supuestos de ineptitud devienen precisamente de situaciones motivadas por un proceso médico o patológico.

En conclusión puede decirse que dentro del término genérico de ineptitud se comprenden tanto la falta de capacidad derivada de una imposibilidad sobrevenida para la ejecución del contrato como consecuencia de un hecho previsible o imprevisible ocurrido durante el transcurso del mismo: retirada definitiva del carnet de conducir a un chofer o de la licencia federativa a un jugador, inhabilitación para ejercer su profesión a un médico o a un abogado, falta de titulación... —Entre otras sentencias TCT de 20 de mayo de 1982 (R. 2985); 1 de julio y 4 de noviembre de 1986 (R. 5358) (R. 10896)—<sup>10</sup>. Como la falta de capacidad para el desarrollo del trabajo concertado como efecto de una disminución subjetiva —física o síquica— del trabajador, bien sea como consecuencia de un proceso médico o patológico, bien sea por razón de edad —entre otras sentencias TCT de 29 de marzo de 1982 (R. 1947); 6 y 7 de noviembre de 1985 (R. 6020) (R. 6047); 10 de diciembre de 1985 (R. 6861), y, últimamente, sentencia T.S. de 14 de abril de 1988—<sup>11</sup>.

Veremos a continuación los diferentes supuestos que pueden dar lugar a una falta de aptitud y fundamentar en consecuencia el despido vía art. 52, a) ET.

## II. Supuestos que originan ineptitud

### 1. La ineptitud y la incapacidad permanente

Hasta la entrada en vigor del DLRT, la ineptitud y la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, extinguían indistintamente, aunque por motivos diversos, la relación laboral. La ineptitud como justa causa de despido con sus requisitos formales y sin causar derecho indemnizatorio alguno, y la incapacidad permanente por razón de la imposibilidad de cumplimiento del contrato y sin necesidad de los requisitos formales del despido, por tratarse de supuestos distintos. A la par que, en los casos de inepto

titud sobrevenida del trabajador por acaecimiento imprevistos o inevitables<sup>12</sup>, o bien se reconducía al apartado 5 del art. 76 (muerte del trabajador), o bien existía la posibilidad de resolver el contrato siguiendo la regla del art. 1.184 del Código Civil.

Es posteriormente, tras la vigencia de la DLRT, cuando el TCT reconoce expresamente que tanto la incapacidad permanente parcial como la total se hayan incluidas en esta causa objetiva de extinción —Sentencia TCT de 16 de enero y 14 de marzo de 1978 y 25 de marzo de 1979—. Matizando, al mismo tiempo, y en este sentido es importante la sentencia de 30 de mayo de 1979 (R. 3596), que la mera y simple declaración por la Comisión Técnica Calificadora de la incapacidad permanente total no era motivo suficiente como para provocar la extinción o resolución del contrato, por ser potestativo del empresario el romper la relación que le vinculaba con el trabajador, si consideraba que éste devenía inepto para realizar el trabajo.

El ET, por su parte, de nuevo modifica el esquema al introducir en su art. 49, 5 como causa de extinción de la relación laboral, junto con la muerte del trabajador «la gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador», diferenciándola de las que fundamentan el despido disciplinario o la extinción por causas objetivas, entre las que se encuentra la ineptitud.

De esta forma se diversifica la posición del ordenamiento laboral frente a las situaciones del trabajador enfermo o accidentado: la invalidez permanente total y absoluta y la gran invalidez se consideran causas autónomas de extinción del contrato de trabajo (art. 49, 5); la invalidez provisional y la incapacidad laboral transitoria se consideran meras causas de suspensión contractual (art. 45, 1, c); las ausencias reiteradas y de corta duración, debidas a enfermedad o accidente no laboral aún justificadas, junto con el requisito objetivo de un determinado índice de absentismo en la empresa, dan lugar, por su parte, a otro tipo de despido por causas objetivas diferente al de la ineptitud (art. 52, d); queda, pues, como vía residual de despido objetivo por ineptitud sobrevenida por accidente o enfermedad, la invalidez permanente parcial, como confirma con rotundidad el TS en sentencia de 14 de abril de 1988: «Dentro del marco estatutario la invalidez permanente sólo es hábil para actuar como ineptitud sobrevenida cuando no rebasa el grado parcial, ya que si tal grado es superior, la citada invalidez se erige en causa distinta que ampara la extinción de la relación laboral con sometimiento a la disciplina que les es propia»<sup>13</sup>.

No obstante, parece razonable entender que no por ello ambas vías de extinción operen como compartimentos estanco. En principio nada parece oponerse a que, en un supuesto de invalidez permanente total o absoluta, el empleador elija la fórmula de la ineptitud en lugar de acudir al cauce del art. 49, 5 ET para extinguir el contrato de trabajo. Sobre todo teniendo en cuenta que la previsión de trámites en la extinción es más rigurosa en el caso del despido por circunstancias objetivas, además de que las consecuencias indemnizatorias son más favorables para el trabajador en el caso de la extinción por ineptitud —veinte días de salario por año de servicio— que en el supuesto de invalidez permanente en donde en principio no se le

reconoce derecho a indemnización, si bien la jurisprudencia viene aceptando tradicionalmente el derecho del trabajador a una indemnización igual a los salarios del período de preaviso establecido por la ley o la costumbre, en aplicación del art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo en vigor, aun degradada a rango reglamentario, en virtud de la Disposición Final Cuarta ET.

Interpretación que cuenta por lo demás con respaldo jurisprudencial, así la sentencia TCT de 23 de noviembre de 1984 (R. 8900): «...con independencia de que una declaración oficial de incapacidad permanente pueda causar "ipso facto" la extinción contractual, el art. 52 del ET. previene en el primero de sus apartados que el contrato de trabajo podrá extinguirse por ineptitud del trabajador». De lo que se concluye que cualquier incapacidad laboral de tipo médico puede dar lugar a la extinción por ineptitud —Sentencia de TCT de 24 de enero de 1985 (R. 414)— si el empleador opta por tal vía, con la lógica salvedad de que ello no suponga conculcación de derechos del trabajador.

Por lo demás, la jurisprudencia ha ido matizando la configuración de este supuesto con diversas indicaciones:

La invalidez permanente parcial —que en principio es la prevista como posible causa que puede dar lugar a una ineptitud sobrevenida— puede ser consecuencia de enfermedad física —sent. TCT 29 marzo 1982 (R. 1947)— o síquica —sent. TCT 25 de febrero de 1986 (R. 1195)—, o bien puede ser el resultado de un accidente de trabajo —cuando, como consecuencia del mismo, se produzcan, como acertadamente matiza la sent. TCT de 10 de diciembre de 1985 (6861), «lesiones permanentes no invalidantes pero que con el tiempo dan lugar a ineptitud para el trabajo»—.

Por otra parte, la jurisprudencia ha venido manteniendo que no es lo mismo y por lo tanto no son equiparables, ni funcionan como causa-efecto, la declaración oficial de incapacidad permanente parcial y la ineptitud parcial para el desempeño de la profesión habitual no justifica que se resuelva el contrato por causa de ineptitud, puesto que dichas situaciones son diferentes —sent. de 24 de mayo de 1984 (R. 4582)—. Es preciso, además, como con reiteración también ha manifestado el TCT, que tal situación provoque una disminución sensible de la capacidad del trabajador que le imposibilite para realizar su prestación: «la declaración de incapacidad permanente total o parcial no es bastante o suficiente por sí sola para provocar y justificar la extinción del contrato de trabajo, precisándose que tal incapacidad se pruebe y demuestre constituye una ineptitud que imposibilita la continuidad en el puesto de trabajo» —sent. TCT 2, febrero 1982 (560)—<sup>14</sup>.

Queda pues claro que en ningún modo la extinción por esta vía se producirá de forma automática tras la calificación administrativa correspondiente: «en modo alguno puede sostenerse como hace el recurrente que sea requisito "sine qua non" para el despido por ineptitud la previa valoración por las Comisiones Calificadoras, entre otras razones, porque la incapacidad total, como la absoluta determinan no ya una ineptitud, sino una extinción del contrato... en tanto que la ineptitud no requiere declaración

previa alguna, sino simplemente la prueba de la misma» sent. TCT 7 de noviembre de 1985 (6047).

De lo que se deriva que será el empleador el que, al manifestar su decisión extintiva a través del procedimiento señalado en el art. 53 del ET, deberá «probar y demostrar que tal incapacidad constituye una ineptitud que imposibilita la continuación en el puesto de trabajo», siendo obligado concluir... «que la invalidez, cualquiera que haya sido el grado de incapacidad en que haya sido declarada, es intrascendente por sí sola para provocar y justificar la extinción del contrato de trabajo por ineptitud» —Vid. por todas sentencias de 2 de febrero de 1982— reiterada recientemente en sentencia de 27 de noviembre de 1987 por la Magistratura de Trabajo n.º 2 de Oviedo<sup>15</sup>. Dependiendo en definitiva, la existencia de la ineptitud de la apreciación por el juzgador, como afirma la sentencia de 25 de febrero de 1986 (1195) «la apreciación judicial no queda sujeta a condicionamientos pre o para judiciales, sino que el magistrado es quien ha de concluir sobre la posibilidad o imposibilidad de que el trabajador cumpla los contenidos de su contrato» —en igual sentido las sentencias TCT de 15 de abril de 1983 (3189) y 23 de noviembre de 1984 (8900).

## 2. La edad del trabajador

La disminución progresiva de las facultades, patente a cierta edad, puede dar lugar igualmente a la extinción del contrato de trabajo. Como se dice la sentencia del TCT de 6 de noviembre de 1985 (R. 6020) en un caso de despido por ineptitud a causa de la edad de un portero de finca urbana de 73 años con notoria disminución de facultades físicas y falta de visión: «la aplicación del art. 52, a) no requiere base patológica alguna».

En el sentido de causa de extinción, la edad presenta en el marco actual de nuestro ordenamiento jurídico laboral, al menos, estos aspectos: la jubilación como causa autónoma «per se» de extinción del contrato (art. 49, 6), y la edad como posible causa de la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida del trabajador (art. 52, a). Y es importante constatar a estos efectos, que la jubilación «no va inexorablemente unida» a la extinción por edad<sup>16</sup>. Un trabajador puede ser declarado inepto por razón de edad mucho antes de llegar a la edad de jubilación, lo mismo que un trabajador despedido por tal causa en relación con su puesto de trabajo, puede desarrollar una actividad distinta con arreglo a sus nuevas aptitudes, para otro empresario, con lo que se concluye que «no todo trabajador obligado a abandonar su puesto por causa de edad, es un trabajador jubilado»<sup>17</sup>.

En realidad, la pérdida o el deterioro físico o síquico de las facultades del trabajador en raras ocasiones obedece al propio envejecimiento. Normalmente el desgaste físico se produce como consecuencia de accidentes o enfermedades de cualquier tipo sufridos por el trabajador. Pero, junto a ello, existen determinadas actividades laborales que exigen especiales aptitudes, sobre todo físicas, y que las mismas pueden verse mermadas por el simple transcurso del tiempo, constituyendo, en ocasiones motivo sufi-

ciente para la extinción del contrato por ineptitud via art. 52, a). Como argumenta el propio Tribunal Constitucional en la conocida sentencia de 27 de julio de 1981: «No cabe duda de que algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar, por lo que en estos casos puede presumirse razonablemente que esa disminución de facultades resulta ya patente a una edad determinada y sobre esta base establecerse la extinción de la relación laboral». Y como ejemplo de ello puede citarse el supuesto contenido en la sentencia de TS. de 14 de mayo de 1981 (R. 2312) sobre unos jugadores profesionales de pelota (pelotaris): «puesto que son hechos probados que los recurrentes tienen más peso del normal, edad superior a los cincuenta años, carecen de la licencia federativa (por no haber pasado la licencia médica) ...por lo cual resulta patente la ineptitud sobrevenida de los trabajadores».

Finalmente cabe añadir que tampoco en este caso la extinción opera de forma directa y automática, sino que, y al igual que ocurre en el caso de la ineptitud por incapacidad permanente parcial —y con mayor razón en este supuesto— para que el empresario pueda despedir por ineptitud sobrevenida por razón de edad no basta con la mera indicación de tal circunstancia en el escrito notificación, sino que, en caso de revisión judicial, tendrá que demostrar y probar que efectivamente existe ineptitud para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte del trabajador como consecuencia de la disminución que en sus condiciones físicas o síquicas, produce la edad (sentencia TCT de 19 de julio de 1961).

En conclusión, no es el cumplimiento de una determinada edad lo que determina la presunción de incapacidad, sino el bajo —o nulo— rendimiento del trabajador derivado de la misma.

## 3. La falta de titulación

Otra de las causas que puede dar lugar a esta modalidad de despido es la falta de titulación profesional cuando este fuese un requisito exigible para el trabajo contratado. Como dice la sentencia TCT de 4 de noviembre de 1986 (10896): «La falta de titulación es un supuesto claro de ineptitud y causa suficiente para extinguir vía art. 52, a) ET». En el mismo sentido y entre otras, sentencia del TS. del 29 de marzo de 1984 cuando estima procedente un despido objetivo basado «en la inexistencia de la titulación actualmente exigida para impartir enseñanzas en el mismo».

Puede ocurrir que la titulación requerida se pierda en un momento dado de la relación de trabajo. Ejemplo característico de ello —y la jurisprudencia sobre la materia es ciertamente abundante— es la posible suspensión o retirada del carnet de conducir a transportistas de mercancías o de viajeros por cuenta ajena: «La extinción fundamentada en la retirada del carnet de conducir es posible al mediar causas que imposibilitan la prestación laboral». —Entre otras sentencias TS. de 17 de mayo de 1968 (R/ 2211), TCT 20 de mayo de 1982 (2985)—<sup>18</sup>.

E igualmente puede ocurrir que la falta de titulación sobrevenga al exi-

girse títulos que antes no se exigían. Quizá pueda citarse como ejemplo más característico de estos supuestos, los problemas en materia de enseñanza a raíz de la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970<sup>19</sup>, y en menor proporción los que surgieron como consecuencia de la Orden de 10 de mayo de 1977 sobre la titulación necesaria para la enseñanza de idiomas —sent. TCT de 20 mayo 1982— o más recientemente los derivados de los planes de educación de las Comunidades Autónomas —del que es ejemplo el supuesto recogido en la sentencia de TS de 15 de julio de 1986— respecto a la exigencia de titulación —magisterio, diplomado o titulado universitario— aparte de la específica, a los profesores de euskera en centros dependientes del HABE, organismo encargado de promover la creación de centros para extender la enseñanza de euskera a la población adulta<sup>20</sup>.

Finalmente y sobre la base de que la falta de titulación se considera causa suficiente para la ineptitud sobrevenida una interpretación coherente con el criterio restrictivo que debe mantenerse en estos casos obliga a entender que en el primer supuesto cuando la retirada de la titulación profesional sea temporal y se deba a una infracción no grave de las normas administrativas o penales, no debe ser motivo suficiente para proceder al despido del trabajador, sino tan sólo causa de suspensión del mismo —y en este sentido es tradicional en los Convenios del sector transporte desde las primeras normas al respecto, la suspensión del contrato o la asignación al trabajador de otro puesto de trabajo por la privación temporal del carnet de conducir a los conductores—; y que en el segundo, lo razonable es una cierta permisividad en la empresa para permitir al trabajador obtener la titulación de que carece —como se reconoce en la sentencia TCT de 14 de diciembre de 1977 (R. 6488)— sobre todo si la norma que exige la titulación concede un plazo para obtenerla— de acuerdo con la sentencia también del TCT de 2 de noviembre de 1978 (R. 5760).

### III. El régimen jurídico del despido por ineptitud

Delimitados los supuestos que pueden incluirse como constitutivos de esta modalidad de despido por causas objetivas, analizaremos a continuación el régimen jurídico que para tal causa se prevé en el art. 52, a) del ET.

Según esta norma el contrato podrá extinguirse: «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 período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento».

La primera cuestión que de la lectura del texto normativo se deduce es que no existe, en este caso exigencia de conexión alguna entre ineptitud y trabajo contratado, a diferencia de lo que ocurría en el art. 77, d) LCT —donde se consideraba la ineptitud como causa de despido siempre y sólo en relación al trabajo o la ocupación para el que el trabajador había sido contratado—.

Esta falta de referencia expresa a la relación entre ineptitud del trabajador y tarea específica para cuya realización se le contrata y la amplia facultad de movilidad funcional reconocida a la empresa por el art. 39 del ET ha sido denunciado por la doctrina al señalar que ello puede ser «fuente generadora de sucesivos conflictos, que desemboquen en la extinción por causas objetivas, al no acomodarse (el trabajador) a las nuevas responsabilidades» (derivadas del cambio funcional)<sup>21</sup>.

El problema, al que ya hicimos referencia anteriormente, no es de difícil solución. Y en este sentido, debe considerarse, tanto por la propia lógica de la ineptitud como causa de despido objetivo como por la propia regulación normativa del contenido obligacional del contrato de trabajo, que es obligada dicha relación, pese a que, como se ha señalado, falte la referencia legal expresa.

La ineptitud, como término abstracto, es un concepto vacío para cuya valoración es preciso ponerlo en relación con algo —actividad o conducta— para lo que se es o no se es apto. Por ello no cabe hablar de ineptitud en general, sino sólo de aquella ineptitud específica en función del trabajo también específico, para el que el empresario le contrata y retribuye salarialmente. Además de que, resultaría irrazonable que se permitiera al empresario despedir por una ineptitud respecto a un trabajo para el que el trabajador no fue contratado, ya que esto, y con independencia de que supondría una vía abierta a la posibilidad de despedir a cualquier trabajador por esa causa, iría en contra de lo establecido en el art. 1.256 del Código Civil cuando establece que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» —en este caso el empleador—<sup>22</sup>.

El hecho de que sólo será posible referir la ineptitud al conjunto de tareas que integran el contenido de cada contrato de trabajo, se corrobora, por lo demás, tanto por el propio art. 20,1 del ET cuando señala que «el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido» como por los artículos 16, 4 y 23 del ET al delimitar las obligaciones del trabajador en función de su categoría profesional.

Partiendo de tal conclusión, un paso más nos lleva a una nueva afirmación: Si bien la ineptitud sólo se entiende en el contexto del trabajo específico que se contrata, debe venir sin embargo, referida a cada momento de la evolución del contrato de trabajo.

Por su parte, el art. 39 del ET en materia de movilidad funcional introduce el concepto más amplio de «grupo profesional» para la determinación del trabajo exigible, en sustitución del más restringido de «categoría profesional»<sup>23</sup>. Los límites que fija el precepto a la potestad del empresario en esta materia son tres: a) el respeto a los derechos económicos y profesionales del trabajador, b) a las titulaciones académicas y profesionales, y c) la pertenencia al grupo profesional. Y según se dijo, la doctrina ha puesto de relieve que el cambio operado en el texto legal debilita la «tradicional función de garantía para el trabajador de las categorías profesionales respecto al tipo de prestaciones a que viene contractualmente obligado»<sup>24</sup>.

puesto que el nuevo margen de movilidad funcional, al desenvolverse en el plano más extenso del grupo profesional puede originar múltiples supuestos de ineptitud del trabajador.

El problema reside entonces en determinar si la prestación exigible al trabajador en el nuevo ámbito del grupo profesional obliga al trabajador a realizar cualquiera de los trabajos incluidos en el grupo profesional al que pertenezca del mismo.

Según señala Giugni en la voluntad contractual ordenada a la prestación de trabajo normalmente, no se especifica suficientemente su contenido y eso hace que queden fluctuando los límites de ejercicio del poder de conformación de las tareas concretas en el ámbito de la prestación convenida y del ejercicio de poder variarla unilateralmente<sup>25</sup>.

La categoría profesional es el instrumento adecuado para conformar la voluntad de los sujetos contratantes. El trabajador es clasificado por su categoría profesional, lo que significa que es apto para desempeñar cualquiera de las tareas que puedan incluirse en la misma, con independencia de que se le asigne una propia y habitual. El empresario, por lo tanto, y dentro de este margen flexible, puede exigir la ejecución de otras tareas distintas a las habituales incluidas dentro de la categoría profesional del trabajador pero siempre que no difiera sustancialmente de la habitual<sup>26</sup>. El problema se produce, precisamente en relación con el art. 39 en cuanto amplía considerablemente e injustificadamente el «ius variandi» empresarial al introducir como límite el «grupo profesional» frente al más reducido y coherente con el derecho del trabajador a la especificación del puesto de trabajo de «categoría profesional».

Entendemos que pese a la formulación «ex lege» del art. 39 del grupo profesional como ámbito de aplicación del «ius variandi», éste debe ser necesariamente atemperado en el sentido de que la libertad empresarial no es absoluta y que la facultad organizativa de la empresa no es totalmente discrecional. En este sentido es realmente clarificadora la sentencia del TS de 21 de abril de 1967 cuando señala que «la disparidad esencial de cometido obsta al ejercicio de forma absoluta de la facultad del patrono en orden al libre trasiego de empleados por la sola circunstancia de su inclusión en la determinada categoría». No basta, pues, con el respeto a los derechos económicos-profesionales y a la titulación académica del trabajador, es preciso además, que no exista una disparidad sustancial entre la nueva labor y la habitualmente desempeñada, pues en caso de que esta disparidad se diera «el defecto de rendimiento no podrá constituir motivo de extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida»<sup>27</sup>, o como con rotundidad se afirma en la sentencia TCT de 11 de julio de 1984 (6293) solo puede alegarse la ineptitud en relación con el trabajo y la categoría para la que fue contratado «no puede responsabilizarse (al trabajador) de los errores que haya podido tener en tal cometido, que no es propio de su categoría profesional».

La segunda cuestión hace referencia a la relación que se establece entre la existencia del período de prueba y la posibilidad del despido por ineptitud «conocida o sobrevenida».

En el art. 52 no existe una referencia explícita a la ineptitud originaria, sin embargo, de forma implícita se reconoce cuando el propio artículo afirma que el contrato podrá extinguirse «por ineptitud del trabajador “conocida” —luego hace suponer que existía originariamente pero que era desconocida por el empresario— o sobrevenida a su colocación efectiva en la empresa...» —siempre que no hubiere período de prueba— o como dice el precepto: «La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento». Basándose en tal norma la sentencia de TCT de 1 de julio de 1986 (R. 5258) afirma que: la ineptitud debe ser conocida con posterioridad a su colocación en la empresa, no pudiendo alegarse esta causa de extinción —vía art. 52, a)— si ésta era conocida por la empresa en el momento de la contratación». Y en igual sentido la sentencia de TCT de 2 de julio de 1986 (R. 5559) manifiesta que: «sin haber practicado prueba alguna a instancia de la parte demandada para constatar la ineptitud —y ni siquiera respecto al importante extremo referente a sí la misma era anterior o posterior al inicio de la relación y a si existió o no período de prueba— no es posible al juzgador de instancia, como aquí se hizo, declarar probado que esa ineptitud concurría».

De lo que resulta que el transcurso del período de prueba sin que el empresario haya ejercitado la facultad de rescindir el contrato, acarrea la estabilidad contractual y la convalidación de la ineptitud; es decir, el período de prueba subsana la ineptitud originaria, salvo que, como señala González Ortega<sup>28</sup>, nos encontraremos ante una nulidad del contrato de trabajo por vicio en el consentimiento del empleador bien por error, bien por dolo del trabajador. Por otra parte, si es el empresario el que decide no establecer el período de prueba para la verificación de la aptitud del trabajador, debe entenderse<sup>29</sup> que está renunciando a la realización de las experiencias que constituyen la prueba y que, consecuentemente, no podrá despedir posteriormente al trabajador alegando una ineptitud originaria, pues otra cosa equivaldría a dejar abierta permanentemente la posibilidad de despido por esta causa cuando no existiese un previo período de prueba.

#### IV. Requisitos del despido por ineptitud

El acto de despido por causas objetivas, al que se refiere el art. 53, 1 ET llamándole el «acuerdo de extinción», es, en cuanto un verdadero despido un acto que debe formalizarse por escrito y que posee los mismos caracteres —unilateral, constitutivo, recepticio, extintivo «ad futurum»— que la doctrina atribuye al acto prototípico de despido. Para al mismo tiempo, y por ser un despido basado en circunstancias no imputables al trabajador, el ordenamiento le atribuye dos requisitos específicos: el preaviso y la indemnización.

También en este caso la interpretación de la jurisprudencia ha sido fundamental para la configuración de los requisitos, al determinar tanto aquellos imprescindibles para que el despido por esta vía se produzca, como

los límites y efectos de aquellos otros cuyo incumplimiento no afecta a esta institución. Las referencias se harán sobre la base de la jurisprudencia común a los despidos por causas objetivas, si bien, con especial indicación de aquella referente al despido por ineptitud.

En primer lugar, en cuanto a su forma, el acto del despido por causas objetivas ha de exteriorizarse necesariamente mediante una declaración de voluntad escrita —«Comunicación escrita al trabajador expresando la causa»— forma del despido, pues, similar a la del disciplinario y con sus mismos efectos: su omisión o irregularidad provoca la nulidad del despido (53,4).

En el caso del despido objetivo «causa» equivale a los «hechos» que deben explicitarse en el supuesto del disciplinario, así desde luego se afirma en la sentencia del TS de 3 de noviembre de 1982: «La expresión "causa" en este precepto» —se está refiriendo al art. 52, a)— «...es equivalente a los "hechos" del art. 55, 1 ET».

Y al igual que en el caso del despido disciplinario, no basta la mera referencia al precepto legal. Partiendo de que la finalidad básica de la comunicación escrita es que el trabajador tenga conocimiento claro e inequívoco de por qué se le despide y, en consecuencia, pueda alegar lo que estime más favorable a su defensa, hace falta una descripción de la motivación del despido, sobre todo en aquellos supuestos —como el derivado de la «falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo» o la que proviene de la «necesidad de amortizar un puesto de trabajo individualizado»— que por su subjetividad, fácilmente pueden encubrir la arbitrariedad empresarial.

Como segundo requisito se exige la puesta «a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, de una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce meses» (art. 53, 1 b).

Se establece, pues, en el despido por causas objetivas un requisito peculiar con respecto al acto del despido disciplinario, y desde luego su incumplimiento o la falta de puesta a disposición, acarrea la nulidad del despido, según el propio art. 53, en su apartado 4 señala, como la acarrea la falta misma o defecto esencial de la carta de despido. Así la sentencia de TS de 22 de septiembre de 1987<sup>30</sup>: «la falta del requisito de la indemnización determina la nulidad de la decisión extintiva».

Por lo demás la jurisprudencia ha venido entendiendo que en la misma carta de despido se deben contener las menciones precisas sobre la indemnización ofrecida, lo que supone que al no expresar de forma clara estos extremos puede motivar igualmente la declaración de nulidad del despido. En este sentido es reiterada la doctrina del TCT —sentencias de 22 de diciembre de 1982 (R. 7646), 29 de septiembre de 1983 (R. 7903)— de la que es expresión la contenida en la sentencia de 6 de diciembre de 1984 (R. 9389) —en un supuesto de extinción por ineptitud— cuando declara la nulidad del acto por no «ser imprescindible expresar al trabajador cual sea la específica cantidad, bien concretada en su cuantía que se le ofrece

como indemnización». O la mantenida en términos semejantes en la sentencia de 28 de septiembre de 1984 (7205) cuando afirma que: «la falta de mención de cantidad concreta alguna no reúne los requisitos exigidos para este especial despido, en cuanto es imprescindible que se determine en el momento de la notificación la cantidad que corresponde por indemnización, sin que sean necesarios cálculos posteriores».

Sin embargo, «el error en el cálculo del importe de la indemnización puesta a disposición del trabajador» no determina «la declaración de nulidad» del despido según se afirma a continuación en el último párrafo del art. 109 de la LPL, y es doctrina reiterada del TCT. En este sentido las sentencias de 29 de junio, 24 de mayo y 23 de julio de 1984 (R.5806) (R.4582) y (R. 6589); 14 de mayo de 1986 (R. 3364) y últimamente la de 11 de febrero de 1987 (R. 2964). «Ni aún en el caso de que se estimase que la cantidad ofrecida era inferior a la que realmente debiera haberse señalado» —sentencia TCT de 22 de octubre de 1985 (5673)—.

Si bien debe entenderse que ello rige siempre y salvo que el error no sea tan importante que en realidad equivalga a un intento de defraudar los legítimos derechos del trabajador. Y esta es la tesis que mantiene el TCT siguiendo la doctrina sentada por el TS, —sentencia de 19 de noviembre de 1980— y su propia doctrina —sentencias de 20 de enero de 1978 y 16 de marzo de 1982— al afirmar que, cuando «la indemnización que se ofreció sea tan notoriamente insuficiente, que en realidad equivalga al no ofrecimiento, sólo cabe la declaración de nulidad del despido». Doctrina que, igualmente asume el Tribunal Constitucional —sentencia 60/1984, de 16 de mayo— denegando el amparo por entender que el TCT no había incurrido en violación del art. 14 de la Constitución al dar soluciones diferentes a supuestos de hechos iguales, cuando sobre la base del art. 109 de la LPL en relación con el art. 53, 4 del ET, el TCT venía estimando que el error en el cálculo de la indemnización no suponía la declaración de nulidad del despido por circunstancias objetivas. Ya que en el supuesto que motivaba el recurso de amparo, no se estaba ante un caso de tratamiento diferente de dos hechos iguales. En el supuesto presente no existía como en los casos precedentes un error en el cálculo, sino una tan notoria «insuficiencia en la indemnización que se ofrece» que en realidad equivalía «al no ofrecimiento».

También otros aspectos de la norma han sido objeto de atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Por ejemplo en lo referente al significado «de la puesta a disposición», en donde se matiza con precisión el alcance y sentido de este requisito. La puesta a disposición «simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita» significa tanto la entrega efectiva de la indemnización correspondiente, como el compromiso circunstanciado de tal entrega, como afirma Montoya (31). En este sentido la jurisprudencia reconoce que «el ofrecimiento debe ser tal que el destinatario pueda sin más requisito posterior que su personal y voluntaria determinación hacer efectiva la suma dineraria» (sentencia de TCT de 3 de mayo de 1980 y de 3 de marzo de 1982); o que «la puesta a disposición»

exige «algo más que un mero ofrecimiento como es... la indicación precisa de la cuantía indemnizatoria y el lugar en que el trabajador la tiene efectivamente a su disposición» (sentencia del TC de 12 de noviembre de 1982). Sin embargo es claro y de ello también existe una reiterada doctrina jurisprudencial que «lo que la ley exige es que el empresario ofrezca la indemnización y la tenga efectivamente disponible» y no la entrega efectiva de la misma, incurriendo en responsabilidad tan sólo «cuando exigida la entrega, ésta no se efectúa» —sentencia TCT de 20 de mayo de 1986 (R. 3472)—. Y en igual sentido la sentencia asimismo de TCT de 29 de octubre de 1985 (5781): «La puesta a disposición no supone la entrega efectiva». Y es suficiente esta puesta a disposición sin que sea necesario el hecho de su entrega efectiva porque «en tal caso bastaría para enervar la decisión empresarial el negarse simplemente a recibir la cantidad» —sentencia TCT de 3 de marzo de 1982 (R. 1342)—. Es más, se admite que «la entrega posterior de la indemnización cuando las partes están de acuerdo no produce la nulidad de la extinción sino tan sólo la obligación del cumplimiento de lo acordado por la empresa» —sentencia de 20 de marzo de 1985 (R. 1965)—.

La indemnización, de cuantía idéntica, por lo demás, a la prevista para el despido por circunstancias económicas o tecnológicas —veinte días de salario por año de servicio— se calculará atendiendo a las reglas del art. 53, 1, b) que prevén el prorrateo respecto a los períodos de tiempo trabajados inferiores al año. Entrando en el cálculo indemnizatorio, como expresamente se advierte en la sentencia TCT de 14 de mayo de 1982 (R. 2865), en un supuesto de despido objetivo «el salario bruto con inclusión de las pagas extraordinarias», y en el caso específico del despido por ineptitud el tiempo transcurrido durante la situación de ILT e IP. También en este caso la doctrina del TCT es reiterada, así las sentencias de 3 de noviembre de 1984 (R. 8900) en donde se dice que: «Ha de computarse como tal período de servicios todo el transcurrido desde el ingreso y el cese del trabajador, dándose valor efectivo al tiempo en que por causas ajenas al mismo ha estado suspendido el contrato de trabajo como ocurre durante la situación de invalidez provisional». Posición que igualmente se defiende en la sentencia de 24 de enero de 1985 (R. 414): «El tiempo transcurrido durante la situación de ILT e IP ha de estimarse de servicio por aplicación analógica del art. 5, 4) del Convenio 132 de la OIT de 24 de junio de 1970».

Finalmente, la aceptación y cobro de la indemnización no supone la conformidad del trabajador ni con el despido en sí, ni con la cuantía de la cantidad recibida como se afirma en el art. 107 de la LPL. «La percepción por el trabajador de la indemnización ofrecida...no enerva el ejercicio de la acción ni supone conformidad con la decisión empresarial».

El tercer requisito cuya «observancia» parece exigir el art. 53 es la concesión al trabajador despedido de un plazo de preaviso cuya duración será mayor o menor en relación al tiempo de antigüedad del trabajador en la empresa. El mismo artículo establece la duración del mismo según el grado de antigüedad: un mes para los trabajadores que lleven menos de un año

en la empresa; dos meses para los que superen el año de trabajo, siempre que su antigüedad no supere a los dos años; y tres meses, cuando la antigüedad sea de dos o más años.

Es esta una nueva peculiaridad con respecto al acto del despido disciplinario, en el que, como se sabe no existe la obligación del preaviso, consecuencia más —como la obligada existencia de la indemnización— de ser este un despido no imputable al trabajador.

Sin embargo, este requisito no es consustancial al instituto de que se trata, como se dice en el art. 53,4 (y 109 LPL): «la no concesión del preaviso no anulará la extinción» o en la sentencia de TCT de 6 de julio de 1984 (R. 6147) con apoyo en la citada norma: «la indeterminación del preaviso es omisión que no origina la nulidad».

Sustituyendo el mismo artículo a continuación la obligación empresarial del preaviso por la «de abonar los salarios correspondientes a dicho período». En este sentido las sentencias TCT de 7 de diciembre de 1982 y últimamente la de 5 de noviembre de 1986 (R. 11026): «La falta de preaviso conlleva la obligación de pagar los días dejados de preavisar».

La finalidad del preaviso es, en general, el evitar al trabajador los efectos perjudiciales que toda ruptura brusca del contrato de trabajo produce, a fin de que disponga de tiempo retribuido y —más o menos— suficiente para encontrar nueva colocación. De aquí que sea posible la sustitución dineraria por el plazo de preaviso que le va a permitir igualmente la disposición de un lapso de tiempo pagado, y de aquí que se establezca en el art. 53, 2 que «durante el período de preaviso el trabajador de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo». La jurisprudencia viene entendiendo —por todas las sentencias del TCT de 28 de junio de 1978 (R. 4063)— que la omisión de la licencia semanal no determina, al igual que sucede con la falta del preaviso, la nulidad del despido sino que da lugar, a la sustitución dineraria, incluida por lo demás, en los salarios correspondientes al preaviso.

Finalmente ni la existencia del preaviso, ni el recibo de la indemnización, ni consecuentemente, el uso del trabajador de la licencia para buscar nuevo empleo, enerva el ejercicio de la acción, ni supone conformidad con la decisión empresarial, conforma al art. 107 de la LPL.

Concluye el régimen del preaviso con una disposición un tanto sorprendente. El art. 53, 2 extiende el derecho a la licencia de seis horas semanales retribuidas con el fin de buscar nuevo empleo, al «representante legal de un disminuido si lo tuviera», con lo que quiere referirse a los tutores de disminuidos o incapacitados, pero obviamente, no para el trabajo.

En este caso, no se entiende muy bien la razón de esta norma tan excepcional que, sobre arrojar dudas acerca de la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos de empleo, se convierte en inoperante<sup>32</sup> en aquellos casos en donde el trabajador sea tutor de un trabajador disminuido de otra empresa.

## NOTAS

1. Entre otros, ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid (Ed. IEP), 1958, pp. 132-136; VIDA SORIA, J.: «La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para la que fue contratado» en *Diecisiete lecciones sobre causas de despido*, Madrid (Fac. de Derecho Univ. Complutense), 1969, pp. 109-124; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Ineptitud, despido y desempleo», *RPS*, n. 89, 1971, p. 12 y ss.; SUAREZ GONZALEZ, F.: *La terminación del contrato de trabajo*, Madrid, 1976, p. 94 y ss.
2. Art. 77 de la LCT: «Se estimaran causas justas de despido del trabajador...d) La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado».
3. Citadas por GONZALEZ ORTEGA, S.: «La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral», *RPS*, n. 127, 1980, p. 211.
4. GONZALEZ ORTEGA, S.: «La ineptitud», op. cit., p. 211, argumentando contra la tesis mantenida por VIDA SORIA, J.: «La ineptitud...» op. cit. en cuanto este autor definía la ineptitud como el «incumplimiento objetivo, de la objetivamente valorable obligación de rendimiento», lo que, en opinión del primero supondría que se desplaza «el punto nuclear del análisis de lo que es la causa —la ineptitud— a lo que es su consecuencia normal —el defecto de rendimiento— hasta el extremo de que desaparece la ineptitud como causa de despido para diluirse en otra nueva que se crea mucho más genérica pese a su pretendida objetividad: la disminución del rendimiento...que hace inútil y superflua la investigación de la causa del mismo.
5. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Ineptitud...» op. cit., p. 15. Muy significativa resulta la sentencia de TS de 14 de julio de 1982 (R. 4613) a efectos de distinguir entre ineptitud y disminución voluntaria de rendimiento: «Por ineptitud se entiende la falta de suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer un empleo o cargo, la inhabilidad, ignorancia o incompetencia para desarrollar provechosamente el trabajo encomendado, actitud señalada como causa suficiente para el despido por circunstancias objetivas». Ineptitud y disminución voluntaria de rendimiento «responden a distintas actitudes y circunstancias, pues mientras la primera, la ineptitud, ha de ser permanente y no meramente circunstancial, imputable al trabajador y no achacable a defectuosos medios de trabajo, verdadera y no disimulada, ya que ésta se integraría en otro tipo de falta general, o sea, referida al conjunto o, por lo menos, a la principal de las tareas encomendadas, de suficiente entidad, es decir, una aptitud apreciablemente inferior a la media normal, y sobre todo independientemente de la voluntad, no debida a un actuar deliberado y consciente del sujeto, aunque sí en ocasiones a abulia o descuido; la segunda, la disminución del rendimiento normal de trabajo, tiene como característica esencial la voluntariedad y continuidad en su comisión, y por ello, en tanto aquella se regula dentro del tipo de despido colocando bajo la rúbrica de causas objetivas, la última lo es dentro del despido disciplinario».
6. GARCIA FERNANDEZ, M.: «El rendimiento debido en la relación de trabajo», *REDT*, n. 3, 1980, p. 389.
7. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo* 10. Ed. revisada, Madrid (Fac. de Derecho, Univ. Complutense), p. 380.
8. Citada por BAYLOS GRAU, A.P.: «Algunos aspectos de la interpretación jurisprudencial del despido objetivo» *RPS*, n. 122, 1979, p. 316.

9. GARCIA MURCIA, J. y SALVADOR PEREZ, F.: «Ineptitud, invalidez permanente y mejora directa de las prestaciones de S.S.», *RL*, 1987, T. I, p. 388.
10. Sentencia del TS de 9 de julio de 1983 respecto a la ineptitud a causa de la retirada de la licencia federativa a un jugador; dos sentencias de TS de 27 de octubre de 1983, con más citas incluidas en ellas, sobre retirada de carnet de conducir a un trabajador cuyo puesto era precisamente de conductor; sentencia TS. de 5 de marzo de 1984 sobre retirada de carnet profesional (por la Administración) que inhabilita para todo trabajo en casinos.
11. En *RL*, n. 13, 1988, pp. 40-43.
12. ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Op. cit. p. 132-136: «normalmente la ineptitud surge de enfermedades o accidentes del trabajador, esto es de sucesos que los contratantes no pudieron prever, o de llegar éste a una edad avanzada, esto es, un suceso que los contratantes pudieron prever, pero no evitar».
13. Conviene recordar los siguientes conceptos. El art. 135 de la Ley General de Seguridad Social clasifica la invalidez permanente en los siguientes grados: a) «Incapacidad permanente "parcial" para la profesión habitual» (núm. 3): «Se entenderá...la que sin alcanzar el grado de totalidad ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma». b) «Incapacidad permanente "total" para la profesión habitual» (núm. 4): «La que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta». c) «Incapacidad permanente "absoluta" para todo trabajo» (núm. 5): «La que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio». d) «Gran invalidez» (núm. 6): «La situación del trabajador afecta la incapacidad permanente absoluta y que por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida...». Núm. 7: «La calificación de los grados de invalidez a que se refiere el presente artículo corresponderá a las Comisiones Técnicas Calificadoras».
14. Y entre otras, sentencias de TCT de 15 de abril de 1983 (R. 3189), 21 de junio de 1982 (R. 5891), 30 de marzo de 1982 (R. 1948), 23 de noviembre de 1984 (R. 8900); 24 de enero de 1985 (R. 414), 25 de febrero de 1986 (R. 1195).
15. En *AL*, n.º 28, 1988, pp. 1641-1642.
16. CARO IGELMO, J.: *El despido justo*, Barcelona (Ed. Bosch), 1957, p. 206: entiendo que sobre la edad máxima o mínima de jubilación «no pueden establecerse normas generales porque dependerá de infinidad de circunstancias objetivas —dureza del trabajo— y subjetivas —naturaleza del operario— el momento en que resulta inepto para la función, el productor en cuestión».
17. GOÑI SEIN, J.L.: «La ineptitud del trabajador como causa de despido». *REDT*, núm. 11, 1982, p. 437.
18. Vid. nota 14.
19. Esta Ley exige a los profesores de Educación Preescolar y Educación General Básica el estar en posesión de una titulación mínima (diplomado universitario, arquitecto o ingeniero técnico), según las especialidades.
20. Sentencia TS (S. VI) de 15 de julio de 1986, reproducida y comentada por LANDA, J.P. *RL*, Tomo I, 1987, pp. 418-428.

21. RAMIREZ MARTINEZ, J.M.: «Extinción por causas objetivas» en *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (EDERSA), p. 243, citando a otros autores.
22. GONZALEZ ORTEGA, S.: «La ineptitud...». *Op. cit.*, p. 205.
23. PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: «El supuesto base en los conflictos individuales de la clasificación profesional». *RPS*, n. 95, 1972, p. 85, distingue claramente ambas nociones: la categoría profesional, que «no es sino la fijación y definición de un haz o conjunto de competencias, aptitudes y conocimientos profesionales, en tanto en cuanto son efectivamente desempeñadas; es, en definitiva, la precisión legal de una cualificación y función profesional» y el grupo profesional, que constituye una «sistematización de las distintas categorías definidas».
24. GONZALEZ ORTEGA, S.: «La ineptitud...», *op. cit.*, p. 207.
25. GUIUGNI, G.: *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli (Ed. Jovene), 1963, p. 230.
26. GOÑI SEIN, J.L.: «La ineptitud...», *op. cit.*, p. 446.
27. GOÑI SEIN, J.L.: «La ineptitud...», *op. cit.*, p. 446.
28. GONZALEZ ORTEGA, S.: «La ineptitud...», *op. cit.*, p. 217.
29. GOÑI SEIN, J.L.: «La ineptitud...», *op. cit.*, p. 442.
30. En *RL*, 1988, T.I., p. 595.
31. MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 9 Ed., Madrid (Tecnos), 1988, p. 458.
32. *Ibidem*.