

**SELECCIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS POR DESPIDO
COLECTIVO Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD**

Comentario a la STSJ Andalucía, de 23 de febrero de 2015, Proc. núm. 32/2014

RAQUEL POQUET CATALÁ*

SUPUESTO DE HECHO: La empresa demandada inicia un procedimiento de despido colectivo donde cesa, dentro del departamento de telefonistas, a cinco de las ocho trabajadoras. La confederación sindical interpone demanda denunciando la nulidad del procedimiento de despido colectivo por varios motivos, siendo uno de ellos el que en la sección de telefonistas, a diferencia de otros departamentos, el criterio utilizado a efectos de seleccionar a los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo ha sido el de la edad. La empresa alega que las personas de menos edad, esto es, más jóvenes se adaptan mejor a los cambios tecnológicos.

RESUMEN: El TSJ estima parcialmente la demanda sobre impugnación de despido colectivo interpuesta por la Confederación Sindical de CCOO de Andalucía, pues de los diferentes motivos planteados en la demanda, declara todos conforme a Derecho, salvo el criterio de selección de las trabajadoras al considerar que presumir que este grupo de trabajadoras por razón de la mayor edad tiene más dificultades o menos capacidad para adaptarse a los cambios tecnológicos, supone discriminación, pues sin ninguna individualización la empresa ha deducido su menor capacidad de adaptación. Por ello, declara la nulidad del despido del grupo de telefonistas ordenando su inmediata readmisión con abono de los salarios dejados de percibir.

* Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesora asociada de la UNIR y Profesora-consultora de la UOC.

ÍNDICE

1. SENTENCIA OBJETO DE ANÁLISIS
2. MARCO LEGAL
3. TUTELA DE LOS TRABAJADORES DE CIERTA EDAD EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS
4. LA EDAD COMO CRITERIO DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN UN DESPIDO COLECTIVO
5. VALORACIÓN FINAL
6. BIBLIOGRAFÍA

1. SENTENCIA OBJETO DE ANÁLISIS

La importancia de esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se halla en la posibilidad de que marque el inicio de una nueva línea judicial a favor de la tutela de los trabajadores en los despidos colectivos que enmascaran una situación discriminatoria hacia ciertos colectivos, concretamente, en este caso, la edad madura.

La demanda es interpuesta por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía impugnando el despido colectivo realizado por la Cooperativa Farmacéutica del Campo de Gibraltar, a la cual se acumulan las demandas del Comité de Empresa de la Sociedad Cooperativa Farmacéutica del Campo de Gibraltar y del Sindicato Provincial de Comercio, Hostelería, Turismo y Juego de la Unión General de Trabajadores. Los motivos se sintetizan en que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita del expediente de regulación de empleo iniciado por la empresa demandada, que se adopta estando vigente un expediente temporal previamente acordado, que el Consejo Rector no está legitimado para adoptar esa decisión, que no se ha entregado la documentación prevista en el art. 51.2 ET, que la decisión se ha adoptado con fraude, abuso de derecho y sin respetar el deber de buena fe comercial y que la decisión extintiva se efectúa vulnerando el derecho a la no discriminación por razón de edad.

El TSJ, después de analizar las alegaciones de ambas partes, desestima todos los motivos, salvo el último, al considerar que sí concurre la causa económica alegada, que el hecho de que esté vigente un expediente temporal no impide otro, que el Consejo Rector tiene la facultad para tomar la decisión, que se ha entregado toda la documentación requerida por el art. 51.2 ET y que se negoció de buena fe porque la empresa había hecho diferentes propuestas. No obstante, y de ahí su aspecto crucial, estima parcialmente la demanda por apreciar discriminación por razón de edad en el despido de las trabajadoras del departamento de telefonistas, ya que la empresa deduce unos resultados de las

mismas sin tener prueba alguna al respecto y sin individualizar o estudiar caso por caso, efectuando una conjetura genérica y sin fundamento alguno.

2. MARCO LEGAL

El principio de igualdad de trato, de oportunidades y de no discriminación en el empleo es reconocido por normas internacionales, comunitarias e internas. Así destaca el art. 26 del Convenio núm. 111 de la OIT¹ que define la discriminación como “*cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen racial que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*”. Asimismo, el principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo encuentra reflejo en los Convenios núm. 122 OIT², núm. 156 OIT³ y núm. 181 OIT⁴.

Por su parte, la Unión Europea ha impulsado de manera muy especial el desarrollo del principio de igualdad y la prohibición de trato discriminatorio contando con un amplio elenco de normas jurídicas y acciones políticas que comprenden muy diferentes dimensiones de la igualdad y de la lucha contra las discriminaciones. De ellas, interesa la Directiva 2000/78/CE⁵ cuyo fin es que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato que supondrá la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en la edad. Según la misma, existe discriminación directa cuando, a causa de la edad, una persona es, ha sido o puede ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga, mientras que la indirecta aparece cuando una disposición, criterio o práctica, en apariencia neutra, pueda ocasionar un perjuicio a personas de una edad determinada, con respecto a otras.

¹De 25 de junio 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, ratificado por España el 6 de noviembre de 1967.

²De 9 de julio de 1964, relativo a la política de empleo, ratificado por España el 28 de diciembre de 1970.

³De 23 de junio de 1981, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, ratificado por España el 11 de septiembre de 1985.

⁴De 19 de junio de 1997, sobre las agencias de empleo privadas, ratificado por España el 15 de junio de 1999.

⁵De 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

No obstante, cabe tener presente que la diferencia de trato puede estar justificada objetiva y razonablemente, de tal forma que excluiría su carácter discriminatorio. Cuando el motivo proscrito es la edad, el art. 6.1 Directiva 2000/78/CE permite a los Estados miembros justificar ciertas diferencias de trato por razón de edad si constituyen un medio adecuado y necesario para lograr objetivos legítimos de la política de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional. Así, las diferencias de trato podrán incluir la fijación de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional de jóvenes, trabajadores de mayor edad o los que tienen personas a cargo y el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo⁶. La posible incorporación de tratos peyorativos aparece así formulada de manera muy amplia en el acceso y en las condiciones de empleo.

Concretamente, en relación con las discriminaciones por razón de edad máxima, la doctrina judicial europea⁷ ha llevado a cabo una interpretación bastante flexible de las limitaciones de la edad máxima en el acceso al empleo incorporando criterios que se dirigen a los intereses empresariales como el requerimiento de una mayor fuerza o capacidad física para el desempeño del puesto.

Así, la Directiva no es tan exigente en relación a la edad como lo es en relación a otros factores, como el sexo o la nacionalidad, en la medida en que permite más fácilmente diferencias de trato basadas en la edad si se derivan de

⁶ No obstante, otra línea, concretamente, STJUE de 22 de noviembre de 2005, asunto Mangold, no entiende justificado el establecimiento en la normativa alemana de medidas especiales de contratación temporal para trabajadores que rebasen una determinada edad con un claro objetivo de inserción laboral de un colectivo con especiales dificultades de acceso al empleo, salvo que se sustente en la formación que le aporta esta experiencia a quien se inserte a través de este vínculo. En el mismo sentido, STJUE de 11 de septiembre de 2007, asunto Lindofer, C-2007/04. Por su parte, las SSTJUE de 18 de junio de 2009, asunto Hutter, C-88/08; y de 19 de enero de 2010, asunto Kucukdeveci, C-555/07, cuestionan la posible ilegalidad comunitaria de una serie de diferencias peyorativas para el colectivo de jóvenes, relacionadas con una disminución en el cálculo de la antigüedad, configurado supuestamente con la intención de favorecer su contratación.

⁷ STJUE de 12 de enero de 2010, asunto Wolf, C-229/08, que considera conforme a la igualdad que se limite la incorporación de trabajadores mayores de treinta años a determinadas actividades, siempre que la edad sea un factor relevante para el desempeño del puesto de trabajo. En concreto, se trataba de funcionarios en el servicio de bomberos al existir un interés en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del mismo. En términos similares, SSTJUE de 6 de mayo de 2010, asunto Andersen, C-440/2010; de 12 de enero de 2010, asunto Peterson, C-341/2010.

las características o requerimientos profesionales del puesto de trabajo⁸. Además, no cabe duda que esta permisibilidad refleja ciertos prejuicios sociales sobre la equiparación de edad y discapacidad en el entendido de que, a medida que se cumple una edad, las facultades merman y se es menos apto para el trabajo⁹, lo que se traduce en una menor productividad unido a otros factores concurrentes con la edad que pueden dificultar el empleo de los trabajadores maduros. En definitiva, la edad se relaciona con el rendimiento laboral, cuando mucho más determinante que la edad lo es la formación y la capacidad del trabajador en concreto¹⁰.

A nivel interno, a pesar de que la edad no es una de las circunstancias enumeradas en el art. 14 CE, sin embargo, de sobra es conocida la doctrina constitucional¹¹ de que el referido precepto no encierra una lista cerrada, sino que tan sólo contiene una explícita interdicción hacia determinadas condiciones que, por muy arraigadas históricamente, han situado a lo largo de los años a sectores de la población en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. La edad queda incluida, pues, en la cláusula general con la que finaliza el art. 14 CE.

En el ámbito laboral, son los arts. 4.2 c) y 17.1 ET los que prohíben de forma expresa las discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de la edad, de tal forma que se deja abierta la posibilidad de discriminaciones favorables, esto es, privilegios o preferencias en la contratación. Ello implica que son admisibles las diferencias de trato que tienden a someter a ciertos grupos de edad a una tutela específica y aquéllas dirigidas a favorecer a ciertos colectivos su inserción en el mercado de trabajo. La discriminación por edad difiere de otras causas discriminatorias en que no identifica a una específica clase, como lo puede ser la discriminación por motivos raciales y no es una característica invariable de la persona, sino que va cambiando a lo largo de las etapas de la vida.

En general, cuando se habla de discriminación por razón de edad, automáticamente se piensa en las personas mayores, pero no cabe olvidar que en

⁸ GÓNZALEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de la edad”, en *TL*, núm. 59, 2001. p. 95.

⁹ STSJ Asturias, de 29 de octubre de 1990, que señala que la juventud es “la legítima expresión del vigor y solvencia física que se requiere para acceder a determinados puestos de trabajo en perjuicio de los más mayores”.

¹⁰ GÓNZALEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón... *op. cit.* p. 93.

¹¹ SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 200/2001, de 4 de octubre.

muchas ocasiones son los jóvenes quienes la sufren, como se puede comprobar si se analizan aspectos tales como salarios, tipos de contrataciones, tasas de desempleo, representatividad en puestos de responsabilidad o su escasa participación en las negociaciones de las condiciones de trabajo. Se trata de una causa de discriminación compleja, porque opera a dos niveles distintos, esto es, una edad mínima y una edad máxima, ligados a los correspondientes estereotipos sociales, como la falta de experiencia, en el primer caso y la menor competitividad y fuerza física o la resistencia al cambio, en el segundo¹². De cualquier forma, la forma de discriminación más frecuente es por razón de edad madura.

3. TUTELA DE LOS TRABAJADORES DE CIERTA EDAD EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS

Nadie duda que los despidos colectivos generan importantes costes sociales, en tanto implican la extinción de los contratos de trabajo de un elevado número de trabajadores y ello tiene efectos sobre sus familias. Las características personales y familiares de los trabajadores afectados por un despido colectivo son factores importantes que influyen en la entidad de los costes sociales derivados de un despido colectivo. Así existen ciertos colectivos de trabajadores que, por sus circunstancias personales y familiares, son más vulnerables en tanto que tienen mayores problemas para reincorporarse al mercado de trabajo, como lo son los trabajadores mayores de cierta edad. En este sentido, establecer criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo que protegiesen a los trabajadores que, por sus características subjetivas, tienen más dificultades para reincorporarse al mercado de trabajo, limitaría considerablemente los costes sociales derivados de un despido colectivo. De hecho, el conflicto que subyace en esta situación es el choque entre el razonable interés del trabajador al mantenimiento del puesto de trabajo y el del empresario a desprenderse de trabajadores que suponen un menor rendimiento¹³. Además, se alega que estos trabajadores son de mayor coste económico por el peso de los derechos adquiridos, como la antigüedad de cara a la indemnización y pueden ser más problemáticos por tener unas convicciones más asentadas y no ser tan flexibles de cara a los posibles nuevos valores empresariales.

Nuestro ordenamiento jurídico no establece los criterios de selección que

¹² STSJ Cantabria, de 28 de marzo de 2007, rec. núm. 249/2007.

¹³ RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., "La extinción de la relación laboral por edad del trabajador", en *RPS*, núm. 97, 1973. p. 27.

debe tener en cuenta el empresario para determinar los trabajadores afectados por un despido colectivo. Únicamente establece un derecho a permanecer en la empresa de forma preferente a los representantes legales de los trabajadores¹⁴. No obstante, cabe señalar que, la reforma laboral de 2012¹⁵ ha marcado un punto de inflexión al subrayar que la nueva concepción del despido colectivo tiene en cuenta determinados aspectos sociales a fin de amortiguar los perjuicios que para el empleo ocasiona la utilización de dicho expediente, especialmente en determinados colectivos de trabajadores. Con la reforma se pone el acento en la adopción de medidas sociales destinadas a la recolocación de los trabajadores afectados, así como se dirige a la autonomía colectiva para que sea ésta la que establezca prioridades de permanencia para ciertos trabajadores, concretamente, los mayores¹⁶. En pocas palabras, se está emplazando a los negociadores para que, a través de los convenios colectivos, protejan a los trabajadores de cierta edad frente a la expulsión del mercado laboral¹⁷. Por el momento, el actual Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva¹⁸ no señala nada al respecto, por lo que se tendrá que acudir a los concretos convenios colectivos.

En esta misma línea, el art. 51.11 ET dispone que las empresas que despidan de forma colectiva a trabajadores de cincuenta años o más deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, con lo que se vuelve a reforzar la protección de este colectivo de trabajadores, que son los que más difi-

¹⁴ GINÉS I FABRELLAS, A., “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”, en AS, núm. 14, 2010 (versión on line)

¹⁵ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

¹⁶ Literalmente, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 señala que “*La nueva regulación refuerza los elementos sociales que deben acompañar a estos despidos. De una parte, se incentiva que mediante la autonomía colectiva se establezcan prioridades de permanencia ante la decisión de despido de determinados trabajadores, tales como aquellos con cargas familiares, los mayores de cierta edad o personas con discapacidad. De otra parte, en aquellos despidos colectivos que afecten a más de cincuenta trabajadores, la ley contempla una efectiva obligación empresarial de ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación externa, que incluya medidas de formación, orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo*”.

¹⁷ Art. 51.5 ET y art. 13 RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. El primero de ellos señala “*5. Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.*”

¹⁸ III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, de 8 de junio de 2015.

cultades van a experimentar en el mercado laboral tras el despido, castigando así la práctica habitual de incluir en el expediente precisamente a estos trabajadores de más edad, con el objeto de liberarse de los que tienen mayor antigüedad en la empresa, que son “más caros” y suele tener un mayor grado de concienciación sindical¹⁹. Se pretende, en definitiva, poner una barrera al recurso muy utilizado de incluir a trabajadores de esta edad en los expedientes extintivos. El art. 2.1 b) RD 1484/2012²⁰ dispone que la obligación de efectuar la citada aportación económica va destinada a empresas que procedan a un despido colectivo y cuyo “porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa”, de tal forma que establece una protección, aunque sea relativa, frente al despido discriminatorio por razón de edad. Las razones del establecimiento de esta contribución “se encuentran en la necesidad de atemperar los impactos sociales y económicos de los procesos de reajuste empresarial que provocan, de un lado, la expulsión prematura del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad, afectados estructuralmente en nuestro mercado de trabajo por una tasa de actividad por debajo de los países europeos de nuestro entorno y que tiene problemas para poder volver a incorporarse al empleo; y, por otro, un importante coste para nuestro sistema de protección por desempleo, difícil de asumir socialmente, cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos en práctica, aun habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica como la actual”²¹.

Por otro lado, cabe hacer hincapié que la actual redacción del art. 2.1 b) RD 1484/2012 tiene una perspectiva diferente, pues con anterioridad a la reforma del RDL 5/2013 se señalaba que iba dirigida a cualquier empresa que incluyera en el expediente a “trabajadores de cincuenta o más años de edad”, mientras que ahora, como se ha indicado, se hace referencia al porcentaje de los trabajadores de dicha edad afectados. Con ello, no se trata de proteger a los mayores de cincuenta años, sino que ahora se trata de tutelar la inexistencia de despidos discriminatorios, estableciéndose así una medida antidiscriminatoria.

¹⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Tres años de reforma del despido colectivo ¿ha conseguido su propósito el legislador?* Madrid: Dykinson, 2014. p. 182.

²⁰ Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

²¹ Exposición de Motivos del RD 1484/2012.

4. LA EDAD COMO CRITERIO DE SELECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN UN DESPIDO COLECTIVO

En el caso de que la negociación colectiva no establezca previsión alguna para la tutela de los trabajadores mayores de cierta edad, va a ser el propio expediente de regulación de empleo, en el trámite del período de consultas, quien podrá prever medidas protectoras, y en su ausencia, será el propio poder de dirección del empresario conferido por el art. 20 ET el que decidirá quiénes son los trabajadores a incluir en el despido colectivo. No obstante, dicha elección deberá ser totalmente respetuosa con los derechos fundamentales, especialmente, la proscripción de discriminación impidiendo que “razones subjetivas de cualquier índole imperen sobre los objetivos con relación a determinados empleados”²², y es aquí donde el criterio de la mayor edad puede ser un criterio no legítimo por incurrir en discriminación, ya que esta vía tiene “por objetivo combinar el cubrir las necesidades empresariales de reducción de empleo con el atenuar las consecuencias de estas medidas para los trabajadores, de forma que, del conjunto de los trabajadores de posible afectación por el expediente, éste se aplique a aquéllos para quienes la pérdida de empleo no se traduce en una cesación de las expectativas de permanencia de ingresos, propias éstas de la continuidad de la relación laboral, puesto que con el sistema habitualmente denominado de prejubilaciones los trabajadores afectados tienen garantizados ingresos hasta pasar a la condición de pensionistas”²³, sin ser una medida discriminatoria.

El empresario no puede fundamentar la elección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo en alguna de las circunstancias personales o sociales previstas en dichos preceptos: raza, sexo, religión, opinión, edad, discapacidad... La decisión empresarial no puede ser en ningún caso arbitraria ni caprichosa, sino que debe cumplir el principio de igualdad, debe fundamentarse en criterios de razonabilidad y ser coherente con los fines buscados²⁴.

La decisión del empresario en relación con la selección de los trabajadores afectados por el despido sólo es revisable judicialmente si existe fraude de ley,

²² AA.VV., *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*. Madrid: CGPJ, 1997. p. 215.

²³ STSJ Cataluña, de 15 de marzo de 2005, rec. núm. 2247/2004.

²⁴ STSJ Cataluña, de 23 de febrero de 1996, que literalmente señala que “la designación no puede ser caprichosa o arbitraria, debe ser coherente con los fines buscados y debe respetar el principio de que la amortización de puestos de trabajo se materialice del modo en que ocasione el menor sacrificio de intereses ajenos posible”.

abuso de derecho o móvil discriminatorio correspondiendo a la parte que alega la vulneración de los derechos fundamentales la aportación de indicios razonables, no siendo suficiente su mera alegación desprovista de todo elemento que pueda suponer una prueba verosímil o un principio de prueba de la existencia de discriminación. Lo que tiene que acreditar el empresario en el despido económico se limita, en principio, a que la “actualización de la causa económica afecta al puesto de trabajo” amortizado y únicamente si se acusa un panorama discriminatorio, o si se prueba por parte de quien lo alega fraude de ley o abuso de derecho, cabe extender el control judicial más allá del juicio de razonabilidad del acto o actos de despido sometidos a su conocimiento²⁵. Así, el TC²⁶ reitera que los trabajadores, cuando de vulneración de derechos fundamentales se trata, deben acreditar la existencia de unos indicios razonables de que se ha producido la vulneración del derecho, pero una vez hecho esto, corresponderá a la empresa probar que su comportamiento no ha incurrido en la vulneración del derecho fundamental. No se trata de someter al empresario a una probatio diabólica, sino que deberá probar que su decisión se presenta razonablemente ajena al móvil atentatorio del derecho fundamental invocado.

Por tanto, el empresario tiene la facultad, como una competencia incluida en el derecho constitucional de libertad de empresa, de seleccionar al colectivo afectado por el despido colectivo, únicamente limitada por el respeto de los derechos fundamentales y por la garantía de prioridad de permanencia atribuida por la ley, por la negociación colectiva o la pactada en el período de consultas del expediente extintivo.

El TC tiene declarado que “resulta inadmisibile desde el punto de vista constitucional la extinción del contrato de trabajo por el hecho exclusivo de la edad”²⁷. Como se ha comentado, en esta sentencia²⁸ el TSJ considera que se constatan indicios de que se ha producido una lesión con proyección general sobre un derecho fundamental que afecta al grupo de trabajadores, por cuanto que no se seleccionan para ser despedidos a unos trabajadores por la mayor dificultad que tuvieran para adaptarse a los posibles o hipotéticos avances tecnológicos que se pudieran producir en la empresa y se diera la circunstancia de que

²⁵ STS de 15 de octubre de 2003, rec. núm. 1205/2003. En el mismo sentido, SSTSJ Cataluña, de 26 de enero de 2015, rec. núm. 5471/2014; Navarra, de 19 de enero de 2015, rec. núm. 541/2014.

²⁶ STC 38/2005, de 28 de febrero.

²⁷ STC 58/1985, de 30 de abril.

²⁸ STSJ Andalucía, de 23 de febrero de 2015, proc. núm. 32/2014.

éstos fueran los de mayor edad. Estima que la alusión genérica a la mayor edad como criterio de selección de los trabajadores incluidos en el despido colectivo es un indicio claro de que se ha producido una discriminación por razón de edad y si el empresario no lo desvirtúa, queda clara esta vulneración del derecho fundamental. Presumir que un grupo genérico de trabajadores, por razón de la mayor edad, tienen mayores dificultades o menor capacidad para adaptarse a unos hipotéticos avances tecnológicos no concretados, supone una discriminación prohibida por los arts. 4.2 y 17.1 ET, pues no es el caso de que se tenga en cuenta la mayor edad como criterio de selección de los trabajadores como instrumento para disminuir los efectos perjudiciales del despido, posibilitando e incentivando su prejubilación, sino que, sin ninguna individualización, se ha deducido su menor capacidad de adaptación a unos cambios inciertos, y ello comporta claramente la vulneración de su derecho fundamental a la no discriminación. En esta misma línea, ya se tachó de discriminatorio el cese cuando, según la empresa, se debe a una pérdida de confianza en su persona²⁹. Más claro es el supuesto de una empresa que procede a despedir a 49 trabajadores en el período de un mes, siendo la edad media de los mismos de 44 años y la antigüedad media de los despedidos de dieciocho años. La forma de despido era mediante un despido disciplinario en cuya carta se alegaba falta de iniciativa y de motivación, y luego era reconocido improcedente por la empresa. En el fondo lo que buscaba la empresa era sanear su plantilla prescindiendo de los trabajadores de más antigüedad y de cierta edad, reconociendo así la doctrina judicial³⁰ un claro supuesto de discriminación por razón de edad. Discriminatorio también es considerado cuando se procede a despedir a unos trabajadores por modificación sustancial de condiciones de trabajo y a otro por despido objetivo coincidiendo en que la elección de este último trabajador era el de mayor antigüedad de la empresa, ya que los trabajadores habían sido despedidos a través de otras vías cuyo coste económico era superior al de éste, el cual vio rescindido su contrato por medio de otro despido por tener más edad y antigüedad³¹.

No obstante, otra línea judicial³² considera no discriminatoria la elección de aquellos trabajadores con mayor antigüedad o más edad para ser afectados en

²⁹ STSJ Asturias, de 26 de noviembre de 1999, rec. núm. 1476/1999.

³⁰ STSJ Madrid, de 3 de diciembre de 2002, rec. núm. 3591/2002.

³¹ STSJ Madrid, de 19 de octubre de 2010, rec. núm. 1613/2010.

³² STSJ Cataluña, de 9 de febrero de 2015, rec. núm. 5381/2014. En términos similares, STSJ Comunidad Valenciana, de 24 de septiembre de 2014, rec. núm. 1844/2014, que señala que queda totalmente justificado, puesto que se tiene como objetivo “establecer una estructura de plantilla que se mantenga a largo plazo y de ocasionar un menor perjuicio para el trabajador... resul-

un despido colectivo, “pues es habitual que las empresas seleccionen en los supuestos de extinción de contratos aquellos trabajadores de más edad, lo que supone mayor ahorro para la empresa en costes laborales y de Seguridad Social, y es más beneficioso para el colectivo total de trabajadores de la plantilla de la empresa, teniendo en cuenta la difícil reinserción en el mercado laboral de otros trabajadores de la empresa de menor edad, al tiempo que para el trabajador de más edad el despido tiene menor incidencia, pues percibe mayor indemnización por el cese y su jubilación está más próxima en el tiempo”. Según la doctrina judicial, la inclusión de la edad entre las circunstancias personales que no pueden ser razón para discriminar no impide que existan motivos justificados, y no puede ser considerada “desproporcionada por ser razonable que se aplique a quien está más cercano a la edad de jubilación de cara a posibilitar la viabilidad de la empresa desde la perspectiva de la crisis económica”³³. Por tanto, la utilización del criterio de la edad no puede ser tildada de excesivo en relación con la finalidad de aligerar la plantilla dentro del contexto general de reestructuración de las empresas para garantizar su viabilidad, pues se trata de prescindir de un porcentaje de trabajadores de los que necesariamente habría de prescindirse a corto y medio plazo, por lo que conectar la amortización de los excedentes de plantilla con aquellos trabajadores que se encuentran en una edad más próxima a la jubilación forzosa parece una medida razonable desde la perspectiva de crisis económica de las empresas, ya que el mantenimiento de las relaciones laborales de dichos trabajadores repercutiría negativamente en la delicada situación económica de las empresas. Por ello, “resulta menos costoso y no puede olvidarse que la medida impugnada se adopta como consecuencia de una delicada situación económica y supone afrontar la reestructuración de la plantilla de una forma más definitiva, para lo que parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquéllos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas”³⁴.

A pesar de que la edad no es aceptada en nuestro ordenamiento como causa exclusiva para extinguir el contrato, sin embargo, se ha reconducido en algún caso, como éste que se está analizando aunque sea de forma indirecta, vinculán-

tando afectados todos los trabajadores que tenían 55 años o más a quienes se les ha gestionado el convenio especial con la Seguridad Social”. En el mismo sentido, STSJ Comunidad Valenciana, de 2 de mayo de 2013, rec. núm. 531/2013.

³³ STSJ País Vasco, de 18 de noviembre de 2014, rec. núm. 1895/2014. En términos similares, STSJ Comunidad Valenciana, de 12 de diciembre de 2013, rec. núm. 1735/2013.

³⁴ STS (Sala contencioso-administrativo), de 17 de octubre de 2007, rec. núm. 8242/2004.

dola a la ineptitud regulada en el art. 52 a) ET. Aparentemente, ésta es una operación lógica, porque la difusa justificación ideológica que coloca en posición de inferioridad a los trabajadores maduros, se basa en presumir una pérdida de facultades de estos trabajadores y en considerarles obsoletos. Es una argumentación autoexplicativa y circular que considera a los trabajadores mayores como desfasados o incapaces porque son mayores, que en realidad no hace más que expresar crudamente “la desvalorización de la vejez” o en general de la edad avanzada propia de la sociedad moderna. Lo que ocurre es que tal argumentación vale solamente como lo que es, esto es, como cobertura ideológica de decisiones perjudiciales para los trabajadores maduros, pero en Derecho esas decisiones no pueden ser eficaces si no tienen una traducción jurídica precisa. Si se tiene en cuenta que la involuntariedad es una parte integrante esencial del concepto de ineptitud susceptible de hacer reconducir la pérdida de ciertas cualidades por edad del trabajador, esa falta de culpa del trabajador en la producción de una prestación deficiente, se presenta como una institución adaptada a la pérdida de cualidades profesionales por causa de la edad, pues nadie puede detener el paso del tiempo, ni ningún trabajador desde el deterioro de sus condiciones personales hasta el punto que le impida trabajar. Esta argumentación tan general es difícil de aceptar hoy en día, por lo que la presunción general de ineptitud por edad se debe probar caso por caso, lo que plantea bastantes problemas, como es que una medida que plantee la ineptitud sobrevenida por razón de edad para romper el contrato de trabajo es una medida que debe ser sometida a un escrutinio estricto por afectar a una categoría sospechosa³⁵. La ineptitud no tiene una definición normativa en nuestro ordenamiento jurídico, pero no parece que haya muchas objeciones en considerar que se refiere a determinadas condiciones subjetivas del trabajador cuya carencia le impide “cumplir adecuadamente con la obligación de trabajo dimanante del contrato del mismo nombre”³⁶.

5. VALORACIÓN FINAL

El cese en el trabajo vinculado a la edad del trabajador puede privar al sistema productivo de trabajadores de calidad y contradice la política del Derecho Social encaminada a promover la prolongación de la vida activa y el

³⁵ APARICIO TOVAR, J., OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2007. p. 164.

³⁶ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Ineptitud, despido y desempleo”, en *RPS*, núm. 89, 1971. p. 10.

envejecimiento activo³⁷. No obstante, cabe tener presente que la protección del derecho fundamental a la igualdad tiene un menor alcance desde la perspectiva constitucional cuando se mueve en el ámbito de las relaciones privadas, donde tales derechos “han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de autonomía de la voluntad”³⁸. Los arts. 4.2 c) y 17.1 ET han establecido la prohibición de discriminación entre los trabajadores, pero no ordenan la igualdad de trato en sentido absoluto, y ello por la eficacia del principio de autonomía de la voluntad.

Por ello, la mejor vía para evitar posibles discriminaciones, especialmente de los trabajadores de cierta edad, que son uno de los colectivos más vulnerables, sería introducir en el ordenamiento jurídico español unos criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo. Con ello, se reducirían considerablemente los costes sociales derivados del despido colectivo así como la economía de las familias, pues la pérdida temprana del empleo constituye “la forma más seria de discriminación por edad en Europa, en tanto que la mayoría de los trabajadores mayores tienen pocas posibilidades de encontrar un empleo en los años anteriores a la edad oficial de jubilación”³⁹. De hecho, ya la legislación laboral del franquismo incorporaba los criterios de selección que debían respetarse por la empresa para determinar los trabajadores afectados por un despido colectivo, estableciendo una preferencia para los trabajadores que desempeñaban cargos electivos de origen sindical⁴⁰, trabajadores mayores de cuarenta años⁴¹, cabezas de familia numerosa y sus cónyuges⁴² y minusválidos⁴³.

De cualquier forma, la clave la tiene la negociación colectiva, la cual puede actuar en dos momentos, esto es, en la propia negociación de los convenios colectivos donde se pueden fijar los criterios de selección que deberán respetarse en posibles expedientes de regulación de empleo, así como en la negociación desarrollada en el período de consultas del propio proceso de despido colectivo.

³⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., “ERES, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, en *RMTI*, núm. 1, 2010. p. 159.

³⁸ STC 36/2011, de 28 de marzo.

³⁹ AA.VV., *European Industrial Relation Review*, agosto 1994. p. 14.

⁴⁰ Decreto 1384/1966, de 2 de julio y Decreto 1878/1971, de 23 de julio.

⁴¹ Decreto 1293/1970, de 23 de abril.

⁴² Ley 25/1971, de 19 de junio y Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre.

⁴³ Decreto 2531/1970, de 22 de agosto.

6. BIBLIOGRAFÍA

- E. CARRIZOSA PRIETO, “Despido por incapacidad temporal: ¿Discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas Laborales*, núm. 96, 2008, pp. 267-283.
- R. DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, “El despido en situación de incapacidad temporal: el fin de una polémica. Comentario a la STSJCE de 11 de julio de 2006), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 719/2006
- J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2007, p. 1143
- S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, (2015), “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”. *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, nº 1, enero-marzo 2015, pp. 31-47
- A. GINÉS I FABRELLAS, “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo. La necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n 18/2010.
- L. LÓPEZ CUMBRE, (2015), “Despido por obesidad”, Centro de Estudios para el Consumo, 25 de enero de 2015,
<http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/DESPIDO-POR-OBESIDAD.pdf>
- A. MORENO MÁRQUEZ, “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 11, 2010
- A.V. SEMPERE NAVARRO, “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 866, 2013.