

LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS.

(Comentario de urgencia a la STS de 9 de marzo de 2004 -Recurso num.008/765/2003; Ponente: Excmo. Sr. D. José María Botana López-, sobre la Derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores y sobre la Vigencia de las Cláusulas Convencionales sobre Jubilación Forzosa a los 65 años).

Abdón Pedrajas Moreno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Madrid, Marzo 2004

SUMARIO

- 1.- Las cuestiones sometidas a la STS de 9 de marzo de 2004.
- 2.- Los hechos normativos relevantes.
- 3.- Los antecedentes normativos y jurisprudenciales de la jubilación forzosa convencional.
- 4.- La situación normativa resultante de la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores.
- 5.- Los argumentos favorables a la nulidad de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa.
- 6.- Los argumentos favorables a la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa.
- 7.- Los argumentos utilizados por la Sentencia.
- 8.- Los argumentos utilizados por el voto particular.

Anexo: STS de 9 de marzo de 2004 (Recurso num.008/765/2003; Ponente: Excmo. Sr. D. José María Botana López), sobre la Derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores y sobre la Vigencia de las Cláusulas Convencionales sobre Jubilación Forzosa a los 65 años.

1.- LAS CUESTIONES SOMETIDAS A LA STS DE 9 DE MARZO DE 2004.

Se trata de la primera Sentencia del Tribunal Supremo, dictada además en unificación de doctrina, que conoce del alcance de la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y sobre la vigencia de las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa vigentes en el momento de su derogación, resolviendo sobre la base de sentencias muy dispares dictadas en suplicación por los Tribunales Superiores de Justicia.

Las cuestiones planteadas en el recurso se centran en:

1º) “Establecer si la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET ... supone la prohibición de que los convenios colectivos contengan cláusulas de esta naturaleza o bien se trata de una simple deslegalización de la materia que no ha de impedir que los convenios sigan regulando en el futuro edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de seguridad Social a estos efectos”

2º) “Y, en caso negativo, determinar si la jubilación forzosa acordada por el empresario a tenor de un convenio ya vigente antes de la mencionada derogación ... es válida como tal para extinguir la relación laboral entre las partes ... aún después de la vigencia de la Ley derogatoria o, por el contrario ... la extinción acordada por la empresa debe entenderse injustificada y considerada como despido”.

La doctrina sentada por la Sentencia respecto de las dos cuestiones anteriores es la siguiente:

1º) “Derogada la Disposición Adicional Décima ... no es actualmente posible establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa”.

2º) “La solución debe ser otra para las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en la fecha de derogación de la Disposición Adicional Décima. Estas tenían amparo legal en dicha norma. Y su derogación no supone la pérdida de su vigencia”.

Esta Sentencia ha sido objeto de voto particular formulado por el Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero, al que se han adherido los Magistrados D. Luis Gil Suárez y D. Manuel Iglesias Cabero, donde se manifiesta la discrepancia con la primera parte de la doctrina de la Sentencia, señalando que, aún desaparecida la Disposición Adicional Décima del ET, “la jubilación forzosa es posible acordarla en convenio colectivo”, si bien limitadamente.

2.- LOS HECHOS NORMATIVOS RELEVANTES.

Los hechos normativos relevantes son los siguientes:

a) La Disposición Adicional Décima del ET establecía que “en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”.

b) El art.49.1.f) del ET, por su parte, señala que “el contrato de trabajo se extinguirá...por jubilación del trabajador”.

c) La disposición derogatoria del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo - convalidado más tarde por la Ley 12/2001, de 9 de julio,- derogó expresamente la Disposición Adicional Décima del ET.

3.- LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES DE LA JUBILACION FORZOSA CONVENCIONAL.

Para comprender en toda su amplitud el problema planteado y de la Sentencia y del voto particular a la misma, es preciso hacer un mínimo de historia normativa y jurisprudencial acerca de las posibilidades de establecer lícitamente la jubilación forzosa en un convenio colectivo en nuestro ordenamiento:

A) Vigente la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo de 24 de abril de 1958, continuaba vigente una O.M. de 1 de julio de 1953 en la que se establecía lo siguiente: “La jubilación por edad es siempre un derecho del trabajador, quien podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan”, añadiendo a continuación que “(este) derecho reconocido al trabajador...es compatible con las facultades (de organización y dirección) que a las empresas confiere la ley”, refiriéndose a la posibilidad que la empresa tiene de extinguir el contrato de trabajo, en su caso, por ineptitud del trabajador al llegar a una edad determinada en malas condiciones.

Esta norma tenía el carácter de norma imperativa de derecho necesario absoluto, indisponible por tanto por convenio colectivo, como se encargó de reconocer la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS.T.S. de 30 de junio de 1966, Ar/3636, de 22 de septiembre de 1966, Ar/3870 o de 7 de marzo de 1969, Ar/1108). En otras sentencias el Tribunal Supremo extendería esta prohibición legal de pactar la jubilación forzosa al contrato individual de trabajo por idénticas razones, esto es, debido al carácter imperativo de la O.M. de 1953 (por todas, SS.T.S. de 23 de octubre de 1967, Ar/3680 o de 22 de diciembre de 1967, Ar/4347).

B) Con la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, su Disposición Adicional Quinta, párrafo segundo, vino a derogar la O.M. de 1953, y así lo reconoció expresamente la jurisprudencia (por todas, SS.T.S. de 7 de octubre de 1980, Ar/3969 o de 25 de noviembre de 1980, Ar/4396), al establecer que “en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”, añadiendo el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, por su parte, que “el contrato de trabajo...se extinguirá por jubilación del trabajador”.

C) Planteada cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo primero de la Disposición Adicional Quinta del ET, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 22/1981, de 12 de julio, si bien no entró a valorar la constitucionalidad del párrafo segundo de esta Disposición, referido a la negociación colectiva, limitándose a declarar la inconstitucionalidad del párrafo primero, relativo a la edad legal y reglamentaria de jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo por contrario al derecho al trabajo (art.35.1. C.E.) y al principio de no discriminación por razón de edad (art.14 C.E.), vino a sentar las siguientes bases interpretativas del precepto:

a) Resulta inconstitucional la Disposición Adicional del ET interpretada como norma que prohíbe trabajar a los 69 años o a la edad inferior que pueda fijar el Gobierno “de forma directa e incondicionada”.

b) Es, por el contrario, constitucional la Disposición Adicional del ET interpretada como norma que prohíbe trabajar a las edades indicadas anteriormente siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: 1ª) Que no se amortice el puesto de trabajo, sustituyendo al trabajador jubilado por un trabajador desempleado y 2ª) que el trabajador haya completado el periodo

mínimo de cotización legalmente exigido para causar derecho a la pensión de jubilación contributiva.

En definitiva, la Sentencia vino a solucionar el conflicto que se produce entre varios derechos constitucionales de acuerdo con la conocida “doctrina del equilibrio” entre los mismos que mantiene el Tribunal Constitucional. Así, acepta la compensación del atentado contra los derechos a la no discriminación por razón de edad (art. 14 C.E.) y al trabajo (art.35.1 C.E.) por razones de política de empleo(art.40 C.E.) y respetando los derechos de jubilación del trabajador (art.50 C.E.).

D) La Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1995, de 30 de abril, abordaría años más tarde frontalmente la cuestión de constitucionalidad del párrafo segundo de la Disposición Adicional Décima del ET.

En ella se mantuvo la doctrina de que, “si bien la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual...no puede tampoco negarse la capacidad de incidencia de un convenio colectivo en el terreno de los derechos individuales” y que, por tanto, todo es una “cuestión de equilibrio” entre la autonomía colectiva y la autonomía individual.

Se continúa razonando en el sentido de que en este caso ha sido el propio legislador el que ha realizado el ajuste entre las dos autonomías en la Disposición Adicional Quinta del ET, lo que fue interpretado por algunos como que esta Disposición Adicional era la necesaria ley habilitante que permite negociar en convenios colectivos las cláusulas de jubilación forzosa.

Concluía la Sentencia afirmando que “no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante convenio colectivo pueda fijarse la jubilación forzosa en la medida en que se garantice que el afectado pase a percibir la

pensión de jubilación”, guardando silencio, sin embargo, acerca de la segunda compensación que señalaba la anterior Sentencia del Tribunal Constitucional - la 22/1981 - en el sentido de garantizar la no amortización del puesto de trabajo dejado vacante por el trabajador jubilado, esto es, las razones de política de empleo.

E) Con posterioridad a esta Sentencia, el Tribunal Constitucional dictaría hasta un total de 41 Sentencias, resolviendo otros tantos recursos de amparo acerca de la cláusula de jubilación forzosa del Convenio Colectivo de Renfe de 1982, en idéntico sentido, aceptando la constitucionalidad de la determinación convencional de la jubilación forzosa siempre que se respeten los derechos de Seguridad Social de los trabajadores afectados.

F) Así las cosas, la jurisprudencia ordinaria del Tribunal Supremo seguiría posteriormente esta misma doctrina interpretativa, señalando que:

a) Es perfectamente constitucional y legal pactar en un convenio colectivo una cláusula de jubilación forzosa siempre que se garantice el derecho del trabajador a la pensión de jubilación por haber cumplido el período de carencia exigido.

b) El convenio colectivo no tiene por qué exigir a la empresa la no amortización del puesto de trabajo y su sustitución por otro trabajador desempleado. Respecto de este último aspecto, tan sólo la S.T.S. de 20 de octubre de 1990, Ar/7937, vendría a situarse en línea con la doctrina de la primera Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, subordinando la validez de la cláusula convencional a medidas de política de empleo, si bien sin exigir necesariamente la no amortización de la vacante, bastando con “una redistribución del trabajo, facilitar el acceso al empleo de aquellos que están en

situación de paro, la viabilidad o el mantenimiento de empresas en dificultades u otras análogas.

G) Esta historia jurisprudencial finalizaría con la S.T.S., en unificación de doctrina, de 14 de julio de 2000, Ar/6630, donde se dejaría meridianamente claro que el único límite exigible a la jubilación forzosa convencionalmente establecida era el fijado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985 de garantizar al trabajador afectado la pensión de jubilación contributiva y no el fijado por la anterior Sentencia de este Tribunal 22/1981 de exigir expresas medidas de política de empleo.

En este sentido, la Sentencia citada llegaría a decir: “Aunque llama la atención que lo que no puede hacer la ley o el reglamento sí pueda hacerlo el convenio colectivo, ...ello se comprende si se tiene en cuenta que la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que necesariamente, en esa transacción, se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que deriva”.

F) Finalmente, el Texto Refundido del ET de 1995 modificaría el párrafo primero de la Disposición Adicional Quinta, respetando el párrafo segundo en sus propios términos y convirtiéndola en la Disposición Adicional Décima, ahora derogada por el Real Decreto-Ley 5/2001, hoy Ley 12/2001.

4.- LA SITUACIÓN NORMATIVA RESULTANTE DE LA DEROGACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

En el plano doctrinal y jurisprudencial, la cuestión fue objeto de un apasionado debate interpretativo en el que se produjeron básicamente dos posiciones enfrentadas, siendo desde luego variados los argumentos interpretativos en que se apoyaron las respectivas posturas.:

a) La de los que mantenían que nada había sucedido con la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET y que los convenios colectivos, tras la derogación, podían seguir pactando cláusulas de jubilación forzosa.

b) La de los que consideraban que, a partir de la derogación, ya no era posible pactar válidamente estas cláusulas de jubilación forzosa.

5.- LOS ARGUMENTOS FAVORABLES A LA NULIDAD DE LAS CLAUSULAS CONVENCIONALES DE JUBILACION FORZOSA.

Entre los argumentos manejados a favor de la imposibilidad de negociar cláusulas de jubilación forzosa, sin ánimo exhaustivo y aludiendo tan sólo a los de mayor relevancia, cabría señalar los siguientes:

1º) En primer lugar, la intención del legislador, manifestada en la Exposición de Motivos de la Ley, que había sido la de cambiar la política legislativa establecida en 1980, pasando, de defender la jubilación forzosa y, en general, aquellas medidas tendentes a favorecer el adelanto de la edad de jubilación por razones de política de empleo, a defender la oportunidad de prolongar la vida laboral de los trabajadores, respetando por ello la voluntariedad de la jubilación, fomentando su progresividad y flexibilidad (la jubilación parcial combinada con el trabajo a tiempo parcial) y el retraso de la jubilación misma (primando a los trabajadores que se jubilen más allá de los 65 años con aumentos del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión, por

encima del 100 por 100 de la misma). En este sentido se manifestaba la STSJ de Madrid, de 17 de diciembre de 2002.

2º) En segundo lugar, la reserva material de ley establecida en los arts. 35.2 y 53.1 de la Constitución para la regulación del derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 de la Constitución, que impediría la negociación de estas cláusulas convencionales sin una ley que lo permitiera. Se argumentaba que la propia Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985 salvó expresamente la inconstitucionalidad de la jubilación forzosa convencional por existir una ley - la Disposición Adicional Quinta, más tarde Décima, del ET,- y que, una vez derogada esa ley, un convenio colectivo que estableciese una cláusula de jubilación forzosa atentaría contra la reserva de ley constitucionalmente establecida.

3º) En tercer lugar, que, según el art. 17.1 y 2 del ET, están prohibidas las discriminaciones desfavorables al trabajo por razón de edad salvo que una ley les de cobertura, ya que sólo por ley se permite establecer “exclusiones para ser contratados”, entre las que podría incluirse, en sentido contrario e implícito, la jubilación forzosa. Y, al desaparecer esta cobertura legal, con la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, estaría legalmente prohibida la discriminación desfavorable por razón de edad consistente en una jubilación forzosa. En este sentido se manifestaban las SS.TSJ de Castilla- La Mancha, de 24 de abril de 2002 y de Madrid, de 17 de diciembre de 2002

4º) En cuarto lugar, que la admisibilidad de la jubilación forzosa convencional supondría establecer por convenio colectivo una nueva causa de extinción del contrato de trabajo no prevista en el art. 49 del ET, que solamente se refiere a la jubilación voluntaria del trabajador, lo que atentaría contra la relación de causas de extinción contractual que establece una norma de

derecho imperativo absoluto -el art. 49 del ET- considerada siempre como un “numerus clausus”.

5º) En quinto lugar, y sobre todos los demás argumentos, se defendía que si algún significado tiene la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET era el de derogar “la necesaria ley habilitadora” para negociar cláusulas de jubilación forzosa, ya que una jubilación forzosa convencionalmente pactada sin ley habilitadora vulneraría el derecho al trabajo (art. 35.1 C.E.) y la no discriminación por razón de edad (art. 14 C.E.). Este argumento se apoyaba sobre todo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985 que pareció atribuir, según esta interpretación, a la Disposición Adicional “carácter constitutivo”, esto es, carácter de ley habilitadora sin la cual no era posible negociar colectivamente cláusulas de jubilación forzosa. En este sentido se manifestaba la STSJ de Castilla- La Mancha, de 24 de abril de 2002.

6.- LOS ARGUMENTOS FAVORABLES A LA VALIDEZ DE LAS CLAUSULAS CONVENCIONALES DE JUBILACION FORZOSA.

A favor de la posibilidad de negociar válidamente cláusulas de jubilación forzosa aún después de la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, se contrargumentaba del siguiente modo:

1º) Por lo que se refiere al argumento relativo a la intención del legislador al derogar la Disposición Adicional Décima del ET, se señalaba que, aún admitiendo que ésta fuese la señalada por los defensores de la nulidad de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, que sin duda lo fue, con la derogación lo que se pretendía no era tanto impedir jurídicamente la jubilación forzosa convencional - lo que era dudoso que pudiera incluso hacer una ley expresamente sin incurrir en inconstitucionalidad,- sino tan sólo “desincentivar” su práctica ya que, al no ser necesaria una ley de habilitación para su

negociación, su derogación nada significaba jurídicamente, debiendo por ello ser interpretada en “clave política” y no “jurídica”. En este sentido se manifestaban las SS.TSJ de la Comunidad Valenciana, de 21 de noviembre de 2002, del País Vasco, de 19 de febrero de 2002 y de Cataluña, de 29 de octubre de 2002.

2º) En cuanto al segundo de los argumentos, referido a la existencia de una reserva constitucional de ley que impide la negociación colectiva de estas materias sin una ley de habilitación, se señalaba que la reserva de ley establecida en la Constitución se refiere únicamente al reparto de poderes normativos entre la ley y el reglamento y no al reparto de poderes normativos entre la ley y el convenio colectivo. Este último reparto de poderes entre ley y convenio colectivo no se explicita en la Constitución, que tan sólo reconoce el derecho de negociación colectiva en el art. 37.1, cuyo contenido vendrá limitado por el respeto a otros derechos constitucionales de acuerdo con la “doctrina del equilibrio entre derechos”, conforme ha mantenido el propio Tribunal Constitucional. En este sentido se manifestaba la STSJ de Madrid, de 11 de enero de 2002.

3º) Por lo que respecta al tercero de los argumentos utilizado a favor de la nulidad de estas cláusulas, que señalaba que, una vez desaparecida la cobertura legal de la Disposición Adicional Décima del ET, estaría legalmente prohibida la discriminación desfavorable por razón de la edad consistente en una jubilación forzosa, se contrargumentaba que la ley que da cobertura a la negociación de las jubilaciones forzosas se encuentra en los art. 37.1 de la Constitución y en el art. 85.1 del ET, sobre la libertad del contenido negocial - y no en el art. 17.2 del ET,- preceptos que permanecen vigentes tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET. En este sentido se manifestaban las SS.TSJ de Aragón, de 23 de enero de 2002, de Cataluña, de 6 de febrero y de 29 de octubre de 2002.

4º) Respecto del argumento que afirmaba que la admisibilidad de la jubilación forzosa convencional supondría establecer por convenio colectivo una nueva causa de extinción contractual, se señalaba, igualmente, que con ello no se creaba una nueva causa de extinción del contrato de trabajo, distinta de las previstas en el art. 49 del ET, sino que simplemente se concretaba la causa legal del art. 49.1.f) del ET, relativa a la “jubilación del trabajador”, donde no se especifica si la jubilación ha de ser voluntaria o forzosa o si caben ambas.

5º) Pero, sobre todo, en relación con el último y principal argumento utilizado para negar validez a estas cláusulas convencionales de jubilación forzosa - el de la necesidad de una ley habilitadora para negociar este tipo de cláusulas,- se defendía que la negociación colectiva de la jubilación forzosa no necesita de una ley ordinaria habilitadora ya que tal posibilidad comercial tiene su fundamento y cobertura en el art. 37.1 de la Constitución y en su correlato el art. 85.1 del ET.

La Disposición Adicional Décima del ET no era, así, una ley habilitadora, sino una norma meramente declarativa (y no constitutiva), limitándose a declarar lo que era, y sigue siendo, facultad del convenio colectivo. Se trataba, en este sentido, de un precepto legal que, “pedagógicamente”, recordaba la oportunidad de negociar estas cláusulas, “perversión normativa” ésta a la que nos tiene acostumbrado el legislador de “aconsejar” o “promocionar” tal o cual política o conducta a seguir, sin que tal “mandato” tenga carácter normativo sino recomentatorio. Esta Disposición Adicional tenía, así, un contenido más “político” que “jurídico” y su derogación, interpretada en esta última clave, no significaba más que un cambio de orientación política en la promoción de las jubilaciones forzosas convencionales.

La cuestión - se decía - al no necesitarse ley habilitadora para negociar este tipo de cláusulas, era la misma tras la derogación que antes con la Disposición Adicional Décima del ET vigente. Se trataba, y se trata, de un problema de límites, de equilibrio entre derechos constitucionales contrapuestos y de proporcionalidad y de ponderación en el sacrificio de los distintos intereses enfrentados; entre el derecho de negociación colectiva (art. 37.1 C.E.), de un lado, y el derecho al trabajo (art. 35.1 C.E.) y a la no discriminación por razón de edad (art. 14 C.E.), de otro, jugando como mecanismos compensatorios, el necesario respeto del derecho a una pensión de jubilación contributiva (art. 50 C.E.) y la exigencia constitucional de llevar a cabo una política de pleno empleo (art. 40 C.E.). Equilibrio conseguido, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985, siempre que se respete el derecho de jubilación del trabajador afectado.

6º) Finalmente, aunque no fuese éste, desde luego, un argumento jurídico sólido, se traía a colación la apreciación sociológica de que la negociación posterior a la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET continuaba produciéndose en la misma línea que con anterioridad, negociándose las mismas cláusulas de jubilación forzosa sin que se produjese la impugnación de oficio de ninguna de ellas.

7.- LOS ARGUMENTOS UTILIZADOS POR LA SENTENCIA.

En relación con la posibilidad de pactar cláusulas en los convenios colectivos de jubilación forzosa tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, la Sentencia mantiene una posición contraria basada en los siguientes argumentos:

1º) En primer lugar, que la Disposición Adicional Décima del ET era la necesaria ley habilitadora, asentada a su vez en una justificación objetiva y

razonable, que impedía que, durante su vigencia, pudieran considerarse discriminatorias las cláusulas convencionales relativas a la jubilación forzosa. Con su desaparición desaparece la habilitación legal necesaria, dándose entonces una discriminación injustificada.

2º) En segundo lugar, que la limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de la reserva de ley establecida en el art. 53.1 de la Constitución. Desaparecida la norma legal, queda la negociación colectiva sin el marco legal habilitante para establecer limitaciones al derecho al trabajo.

3º) En tercer lugar, la desaparición de las razones que justificaron las consideraciones de política de empleo implícitas en los convenios colectivos a partir del Pacto de Toledo - canon interpretativo a seguir “ex art. 3.1 del Código Civil”, - tendiéndose ahora a flexibilizar la edad de jubilación de forma gradual y progresiva e incluso a la compatibilización entre pensión de jubilación y trabajo.

4º) En cuarto lugar, la misma tendencia constatable en las Directrices Comunitarias de Empleo y, sobre todo, en la Directiva 78/2000, del Consejo, de 27 de noviembre, recientemente transpuesta en nuestro ordenamiento, de prolongar la vida laboral activa de los trabajadores y de no discriminar por razón de edad a los trabajadores.

5º) Y, finalmente, la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001, que derogó la Disposición Adicional Décima del ET, aludiendo al cambio de orientación de la política económica y social, por haber desaparecido las razones de política de empleo, objetivas y razonables, que justificaron el nacimiento y la vigencia de dicha Disposición.

8.- LOS ARGUMENTOS UTILIZADOS POR EL VOTO PARTICULAR.

En relación con la cuestión planteada, el voto particular mantiene una postura favorable, basada en los siguientes argumentos:

1º) En primer lugar, que la Disposición Adicional Décima del ET no era la norma habilitante de la posibilidad de negociar cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, siendo la norma habilitante el art. 37.1 de la Constitución, atribuyendo al convenio colectivo una “fuerza vinculante”. Por ello, se razona, de su derogación no puede derivarse la prohibición de tal práctica negocial, “sino tan sólo que (el legislador) ha optado por no intervenir en esta materia”. Sin que, tampoco, la derogación de la Disposición Adicional en cuestión haya significado la “resurrección” de la norma predemocrática prohibitiva de la fijación de edades de jubilación por medio de convenio (la Orden de 1 de julio de 1953).

No resulta, en este sentido, tampoco, suficiente fundamento el hecho de que los Pactos de Toledo, la Exposición de Motivos de la Ley Derogatoria o las normas posteriores sobre jubilación caminen en una dirección contraria, aconsejando retrasar la edad de jubilación, ya que “nos encontramos en la actualidad con una deslegalización de aquella materia y el juez en su función de intérprete y aplicador del derecho no puede llenar la laguna legal aplicando criterios sociológicos en un sistema jurídico en el que se halla prevista expresamente la posibilidad de que la negociación colectiva pueda regular todas las materias que tengan relación con las condiciones de trabajo y la productividad”(arts. 82 y 85 del ET). Por lo que, a falta de una norma legal reguladora de esta materia, la norma aplicable habrá de ser el convenio colectivo.

2º) En segundo lugar, se niega virtualidad argumental a la afirmación del carácter discriminatorio por razón de edad en el trabajo de las cláusulas convencionales controvertidas. Y ello por varias razones:

a) Primero, porque el aludido art. 35 de la Constitución se refiere no sólo a los trabajadores en activo sino también a los trabajadores en paro.

b) Segundo, porque, dada la ubicación del mismo en el Capítulo II del Título I de la Constitución, por mandato del art. 53 de la Constitución habrá que estar a lo que disponga la ley y la ley no dice nada.

c) Y tercero, porque el art. 14 de la Constitución, que también se cita en la Sentencia, no se refiere a la jubilación ya que, si así fuera, hubiera sido igualmente inconstitucional la Disposición Adicional Décima del ET, confundiendo la Sentencia el “principio de no discriminación” con el de la “prohibición de trato desigual injustificado”, mucho más matizado.

3º) En tercer lugar, se niega igualmente valor al argumento de la exigencia de una reserva material de ley del art. 35 de la Constitución por cuanto este precepto no pretende el reparto de competencias entre ley y convenio colectivo cuanto el reparto de competencias entre ley y reglamento, no pudiendo por ello aplicarse a este caso.

4º) Y, finalmente, se señala que con ello no se está creando una nueva causa de extinción contractual por la vía convencional, teniendo cabida en el art. 49 del ET que admite la jubilación del trabajador como causa extintiva.

Bufete

A b d ó n P e d r a j a s

ABOGADOS ASOCIADOS

ANEXO

STS de 9 de marzo de 2004 (Recurso num.008/765/2003; Ponente: Excmo. Sr. D. José María Botana López), sobre la Derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores y sobre la Vigencia de las Cláusulas Convencionales sobre Jubilación Forzosa a los 65 años.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA:

Presidente Excmo. Sr. D. : Luis Gil Suárez

Fecha Sentencia: 09/03/2004

Recurso Num.: 008/765/2003

Votación: 04/02/2004

Ponente Excmo. Sr. D. José María Botana López

Secretaría de Sala: Sra. Mosqueira Riera

Reproducido por: ARR

DEROGACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES DE 1995. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL AL AMPARO DE LA CLAUSULA DEL CONVENIO QUE ESTABLECIA LA JUBILACIÓN FORZOSA A LOS 65 AÑOS. DESPIDO NULO.

Recurso Num.: /765/2003

Ponente Excmo. Sr. D.: José María Botana López

Votación: 04/02/2004

Secretaría de Sala: Sra. Mosqueira Riera

SENTENCIA NUM.:**TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL****Excmos. Sres.:**

D. Luis Gil Suárez
D. Aurelio Desdentado Bonete
D. Benigno Varela Autrán
D. Victor Fuentes López
D. Antonio Martín Valverde
D. Mariano Samp Pedro Corral
D. Luis Ramón Martínez Garrido
D. José María Botana López
D. Gonzalo Moliner Tamborero
D. Juan Francisco García Sánchez
D. Joaquín Samper Juan
D. Jesús Gullón Rodríguez
D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea
D. Bartolomé Ríos Salmerón
D. Manuel Iglesias Cabero

En la Villa de Madrid, a nueve de Marzo de dos mil cuatro. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrado D^a Ana Isabel Heras Sancho, en nombre y representación de AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA (AENA), frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 17 de diciembre de 2002, dictada en el recurso de suplicación número 2274/02, formulado por ASEPAN, contra la sentencia del Juzgado de lo social número 21 de Madrid, de fecha 8 de febrero de 2002, dictada en virtud de demanda formulada por DON SILVESTRE FLORES CORRAL, frente a AEROPUERTOS NACIONALES Y NAVEGACIÓN AEREA (AENA), en reclamación sobre jubilación obligatoria y despido nulo".

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 8 de febrero de 2002, el Juzgado de lo Social número 21 de Madrid, dictó sentencia en virtud de demanda formulada por DON SILVESTRE FLORES CORRAL, frente a AEROPUERTOS NACIONALES Y NAVEGACIÓN AEREA (AENA), en reclamación sobre jubilación obligatoria y despido nulo, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO.- DON SILVESTRE FLORES CORRAL, suscribió

contrato de trabajo escrito con AENA el 11-12-91, donde además de reconocerse una antigüedad de 8 trienios, optando el actor, que hasta esa fecha era funcionario público, por su integración en la plantilla laboral del Ente Público, para prestar sus servicios como Titulado Superior, con idénticas funciones a las que venía realizando en el cuerpo de procedencia, y entre otros extremos, en la cláusula decimoquinta, se hacía referencia expresa a la aplicabilidad del entonces vigente VI Convenio Colectivo de Aeropuertos Nacionales y Aviación Civil. SEGUNDO.- Durante todo ese periodo ha venido percibiendo las retribuciones pactadas y convenidas, según el desglose y detalle del hecho primero de su demanda, siendo el promedio del mes de septiembre de 836.033 pts. incluidas prorratas de pagas. TERCERO.- Con fecha 16-5-01, presentado el 2-8-01, el actor se dirigió por escrito al Director de Recursos Humanos, expresándole su voluntad de no jubilarse a los 65 años, alegando la carencia de personal cualificado de la empresa y a efectos de facilitarle la planificación de recursos humanos para el próximo ejercicio. CUARTO.- La respuesta de 5-9-01 del Director de Recursos Humanos, fue que era jurídicamente inviable acceder a tal pretensión por ser de aplicación el art. 136 del II Convenio Colectivo de AENA, que acordaba la obligatoriedad de la jubilación a cumplir los sesenta y cinco años, estando además acreditado en su expediente personal haberse completado el periodo mínimo de cotización para causar derecho a dicha prestación. QUINTO.- El 3-9-01 y con efectos del 7-10-01, se adoptó la Resolución del cese por jubilación obligatoria al cumplir los 65 años y al abono en nómina del 100% del valor de tres mensualidades de salario base, más complemento de antigüedad. SEXTO.- No conforme el actor interpuso escrito de Reclamación Previa el 8-10-01, por entender que el cese acordado era un despido, solicitando dejase sin efectos el mismo". Y como parte dispositiva: "Que debía estimar la falta de acción en la demanda de DESPIDO formulada por DON SILVESTRE FLORES CORRAL contra ENTIDAD PUBLICA EMPRESARIAL AEROPUERTOS ESPAÑOLES y NAVEGACIÓN AEREA (AENA), absolviéndole de dicha pretensión".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 17 de diciembre de 2002, en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESIONALES DE LA GESTION AEROPORTUARIA Y DE LA NAVEGACIÓN AEREA (ASEPAN), en nombre y representación de DON SILVERTRE FLORES CORRAL, frente a la sentencia número 39/02, dictada por el Juzgado de lo Social número Vientiuno de Madrid, el día 8 de febrero de 2002, en los autos número 847/01, en procedimiento por despido seguido frente a AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA y en consecuencia revocamos la misma y declaramos NULO el despido del trabajador, condenando a la patronal a reintegrarle en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes del despido, así como abonarle, desde la fecha del mismo y hasta que la readmisión sea efectiva, los salarios dejados de percibir, a razón de 172,90 euros diarios, de los que se deduciran las cantidades que le hubieren sido abonadas en concepto de cese por jubilación obligatoria, así como las cantidades que por el concepto de pensión de jubilación haya percibido el trabajador, que deberán ser ingresadas por el empresario, junto con la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, en la Entidad Gestora".

TERCERO.- Contra dicha sentencia preparó la representación letrada de AENA, en tiempo y forma e interpusieron después recurso de casación para la unificación de doctrina. En el mismo se denuncia la contradicción producida con la sentencia dictada por la Sala de lo

Social de los Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 27 de septiembre de 2002 (recurso 1478/02).

CUARTO.- Se impugnó el recurso por el recurrido, e informó sobre el mismo el Ministerio Fiscal en el sentido de estimar procedente el recurso.

QUINTO.- Señalado día para la deliberación, votación y fallo de la sentencia, se celebró el acto de acuerdo con el señalamiento acordado y por acumulación de asuntos no se cumplió el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte que recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada el 17 de diciembre de 2.002 (rec. 2274/02) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interesa que se desestime la demanda formulada sobre despido por el actor y, en consecuencia, se "declare que la extinción del contrato de este trabajador amparada en el artículo 136 del II Convenio Colectivo de Aena, que prevé la jubilación obligatoria a los 65 años, a pesar de la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, por el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, convalidado por Ley 12/2001, de 9 de julio, debe considerarse válida y ajustada a derecho y, por tanto, no constituye despido alguno".

La cuestión planteada en el presente recurso para la unificación de doctrina se centra en establecer si la derogación de la Disposición Adicional Décima (límite máximo de edad para trabajar) del Estatuto de los Trabajadores de 1995, producida por la Ley antes citada, supone la prohibición de que los Convenios Colectivos contengan cláusulas de esta naturaleza, o bien se trata de una simple deslegalización de la materia que no ha de impedir que los Convenios sigan regulando en el futuro edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos; y, en caso negativo, determinar si la jubilación forzosa acordada por el empresario a tenor de lo dispuesto en un Convenio Colectivo ya vigente antes de la mencionada derogación y que disponía la jubilación a los 65 años de forma plena e incondicionada, es válida como tal para extinguir la relación laboral entre las partes (tesis de la sentencia referencial) aún después de la vigencia de la Ley Derogatoria, o por el contrario, tal como concluye la sentencia impugnada, la extinción acordada por la empresa debe entenderse injustificada y considerada como despido.

La demandada recurrente denuncia violación del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos, 136.1 del II Convenio Colectivo de AENA, 37 de la Constitución, 82 y 85 de la citada norma estatutaria y, cita como sentencia de contraste la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de Septiembre de 2002 (recurso 1478/2002). En ella, se juzga la extinción de un contrato de trabajo, decidida unilateralmente por la empresa mediante escrito de 19 de julio de 2001, con invocación del Convenio Colectivo con vigencia del 1 de mayo de 2001 a 30 de abril de 2004, que establece la jubilación forzosa a los 65 años de edad. La Sala de lo Social desestima el recurso del trabajador y declara que la derogación de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 12/2001 de 9 de julio no afecta a las partes negociadoras de los Convenios Colectivos en su facultad de pactar en el ámbito de su competencia la fijación del

límite de edad de la jubilación obligatoria, pues el legislador no ha pretendido introducir una prohibición legal, sino tan solo deslegalizar cualquier regulación de la misma para de alguna forma dejar de incentivar de ese modo la jubilación. "Así se desprende -dice esta sentencia- del hecho de que en esta Ley no se contenga previsión expresa alguna prohibiendo este tipo de acuerdos, y tan sólo se proceda en su disposición derogatoria a suprimir la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, «que estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo» como se dice en su exposición de motivos, poniendo de manifiesto que la intención del legislador únicamente es la de no estimular para el futuro este tipo de medidas, pero en ningún caso prohibirlas".

Por su parte, la sentencia impugnada resuelve en sentido contrario y declara la nulidad del despido por discriminatorio tras razonar, en síntesis, que: a) "el contexto económico y social español cuando entra en vigor el Estatuto de los Trabajadores ha cambiado sustancialmente y la jubilación forzosa ha dejado de ser un instrumento necesario para la regulación del mercado de trabajo, dentro de la actual política de empleo, encaminada, por el contrario, de conformidad con las directrices Comunitarias y con los acuerdos habidos entre el Gobierno y representantes de los Sindicatos y de las Asociaciones patronales, a lograr una prolongación de la vida laboral. . b) El Convenio Colectivo puede sí regular, en virtud de lo establecido en el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores, materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, pero siempre dentro del respeto a las Leyes, pudiendo mejorar las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma de mínimos, pero no cercenar o rebajar los derechos reconocidos en él, no pudiendo, por tanto, regular ni limitar derecho fundamental alguno, cuando el mismo no colisiona con otro que precise una mayor protección. . . c) si bien es cierto que el aludido artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores es una norma abierta que permite que el Convenio regule cualquier materia que afecte a las condiciones de empleo, la edad de jubilación excede del ámbito de tales condiciones cuando se contempla exclusivamente como un derecho individual (. . .) no pudiendo disponer los Convenios del mismo, cuando el acceso y la salida del mundo del trabajo es un derecho individual personalísimo constitucionalmente protegido y anterior y posterior a la vida de la relación laboral a la que afectan las condiciones de empleo que han de regularse por la repetida norma convencional . . .d) todas las disposiciones de los Convenios Vigentes, que establecen una edad de jubilación forzosa, son nulas, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 15 de la repetida Directiva, en tanto contrarias a sus mandatos, y, en todo caso han quedado derogadas, por la Disposición Derogatoria Unica del Real Decreto Ley 5/2001, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, todas las contenidas en Convenios firmados con anterioridad a su entrada en vigor, en cuanto se oponen al derecho reconocido en esta norma e incorporado al Estatuto de los Trabajadores a continuar trabajando con posterioridad a reunir todos los requisitos para obtener una prestación contributiva de jubilación ."

SEGUNDO.- A tenor de lo expuesto y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal procede concluir que existe contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste, pues nos encontramos con unos mismos fundamentos jurídicos en las acciones que se ejercitan por los trabajadores, así como en las causas de oposición a dichas acciones por parte de las demandadas. Debiendo rechazarse las alegaciones vertidas en el escrito de impugnación del recurso sobre la falta de constancia de la fecha en que ha ganado firmeza la sentencia de

contraste, pues según diligencia de secretaría es firme desde el 28 de octubre de 2002, y por tanto con anterioridad a la fecha de la sentencia combatida. Igual suerte adversa merece la alegación concerniente a no justificar de forma precisa la contradicción pues en el recurso se hace un análisis comparativo de las sentencias objeto de contraste para concluir que es doctrina correcta la de la sentencia referencial, suficiente para cumplir lo preceptuado en el artículo 222 de la Ley de Procedimiento Laboral.

TERCERO.- Con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que se convirtió tras el correspondiente trámite parlamentario, en la Ley 12/2001, de 9 de julio, una de las cuestiones que viene suscitando más encontradas opiniones doctrinales y judiciales es determinar las consecuencias de la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores de 1995. La recta comprensión del problema suscitado aconseja comenzar dejando constancia de la situación legal y jurisprudencial precedente.

Una ya antigua sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1966, precisaba que la Orden del Ministerio de Trabajo de 1 de julio de 1953 (BOE de 7 de julio), vedaba a los Convenios Colectivos la imposición al trabajador de edades de jubilación, por cuanto en la misma se afirmaba en su artículo 1 que "la jubilación por edad es siempre un derecho del trabajador, quien podrá ejercerlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan", con lo que se reconocía un derecho subjetivo al trabajador, que constituía lo que hoy llamaríamos "mínimo de derecho necesario absoluto", indisponible por tanto por Convenio. Esta doctrina vino siendo reiterada por constante jurisprudencia hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, que incluyó en su articulado y en sus disposiciones adicionales, normas que abrieron una nueva etapa en esta materia.

En concreto, la disposición adicional 5ª establecía que "La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y el mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación.- En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos". Este párrafo segundo, pasó a ser, en la versión del Estatuto de los Trabajadores de 1995, el párrafo tercero de la disposición adicional 10ª, sin sufrir cambio alguno en su tenor literal.

En relación con dicha adicional 5ª el Tribunal Constitucional dictó dos relevantes sentencias. La número 22/1981, de 2 de julio, resolvió una cuestión de inconstitucionalidad que versaba sobre el segundo inciso del párrafo primero pero que dejó imprejuizado el contenido del párrafo segundo. Sin embargo contiene afirmaciones de interés para la solución de este debate. Así al final del fundamento jurídico décimo, dice que "Cabe, pues, una interpretación sistemática y teleológica de la disp. adic. 5ª, de acuerdo con la cual su contenido se concreta en los siguientes términos: - El reconocimiento implícito por parte del legislador de la posibilidad de realizar una política de empleo utilizando como instrumento la jubilación forzosa. - La habilitación al Gobierno para que realice esa política de empleo dentro de los límites y condiciones fijados. - La posibilidad de que, dentro de ese marco (se refiere al delimitado previamente en la propia adicional) puedan pactarse libremente edades de jubilación en la

negociación colectiva". Y en su fundamento octavo añade que la "edad máxima de 69 años actúa como límite en una esfera dentro de la cual la autonomía colectiva puede establecer edades de jubilación". Posteriormente, la número 58/1985, de 30 de abril, en relación a este extremo señala "el precepto legal no pretende únicamente atribuir a la negociación colectiva la facultad de facilitar la jubilación voluntaria a través de una regulación promocional que no era preciso autorizar, pues nunca había sido negada y era frecuentemente ejercitada, sino superar el precedente obstáculo legal convirtiendo en disponible por la negociación colectiva un derecho que con anterioridad no lo era".

Sobre la base de esta doctrina constitucional, el Tribunal Supremo vino reconociendo, durante la sucesiva vigencia de las disposiciones adicionales 5ª y 10ª del Estatuto de los Trabajadores en sus versiones de 1980 y 1995, que era perfectamente acorde con la legalidad ordinaria, pactar una edad de jubilación forzosa en el seno de la negociación colectiva, señalando tres reglas: 1ª.- que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación, 2ª.- que la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y, en esa transacción se entiende que van incluidas las consideraciones de política de empleo, que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que se deriva y, 3ª.- que la negociación colectiva al tener su fundamento en el artículo 37 de la Constitución, que es lo que hace diferente a una norma convencional de una estatal, conlleva que las consideraciones de la política de empleo no se exijan explicitadas en la norma convencional, y sí en la norma estatal.

Como cierre de los antecedentes, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 14 julio de 2000, (recurso 3428/99), que estableció: "Se trata de decidir, pues, si una jubilación acordada cumpliendo los requisitos del art. 23 precitado, puede o debe de ser calificada de despido nulo por entender que dicho precepto, al establecer la jubilación a los 65 años, sin condicionarla a ningún instrumento de política de empleo, como podría ser a la obligación por la empresa de sustituir al trabajador jubilado, es contrario a las exigencias de igualdad que se contienen en el art. 14 de la Constitución o al derecho al trabajo consagrado en el art. 35 de la misma norma fundamental. ... Llama la atención, ahora y antes, que lo que no puede hacer el legislador «libremente» sí que lo pueda hacer el Convenio Colectivo, cual es pactar una edad de jubilación inferior a la legal, pero ello se comprende si se tiene en cuenta que la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que necesariamente, en esa transacción, se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que deriva"

CUARTO.- Pasando al examen de la legalidad actual, es de significar que esta Sala no se ha pronunciado hasta ahora sobre el alcance de la derogación producida por la Ley 12/2001, cuestión que si ha sido abordada repetidamente en suplicación y ha dado lugar a sentencias muy dispares que han acogido los diversos criterios de la doctrina científica, que tampoco es pacífica en la materia.

Así, los argumentos que exponen dichas sentencias a favor de que en los Convenios Colectivos se pueda seguir pactando cláusulas de jubilación forzosa, pueden resumirse como sigue: 1) el establecimiento por Convenio Colectivo no supone vulneración de una materia reservada por Ley (STSJ Madrid 11 de enero de 2002); 2) la jubilación forzosa es materia propia del contenido de los Convenios Colectivos, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores (SSTSJ Aragón de 23 de enero de 2002 y

Cataluña de 6 de febrero de 2002) y, además el ordenamiento jurídico no contiene ninguna norma prohibitiva expresa, ni existe disposición que impida que la voluntad del trabajador a la hora de decidir el momento de su jubilación sea sustituida por una decisión surgida en el seno de la negociación colectiva; 3) los Convenios Colectivos pueden regular una materia deslegalizada, ya que para ello no necesitan la autorización expresa de la Ley, puesto que su eficacia viene directamente de la norma suprema (STSJ Cataluña de 29 de octubre de 2002); 4) la originaria prohibición legal de negociar colectivamente edades de jubilación forzosa del trabajador, fue derogada por la disposición adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores en su versión de 1980 y por ello resulta clara la imposibilidad jurídica de resucitar la difunta prohibición legal originaria; 5) la derogación no supone una prohibición (STSJ Comunidad Valenciana de 21 de noviembre de 2002); y 6) la finalidad del cambio normativo sólo es desincentivar la opción de la jubilación forzosa (SSTSJ País Vasco de 19 de febrero de 2002 y Cataluña de 29 de octubre de 2002).

Las razones en contra de esa posibilidad, se pueden agrupar en los siguientes términos: 1) después de la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, al no haber habilitación legal ha desaparecido la potestad de los interlocutores sociales de pactar este tipo de cláusulas, pues derogada la autorización deviene con ello el mantenimiento de la prohibición (STSJ Castilla la Mancha de 24 de abril de 2002); 2) la jubilación forzosa sin habilitación legal implica una vulneración del derecho al trabajo desde sus dos puntos de vista individual y colectivo (STSJ Castilla la Mancha de 24 de abril de 2002); 3) supone actualmente discriminación (STSJ Madrid de 17 de diciembre de 2002); 4) La razón justificativa de la medida mantenida por la jurisprudencia ha desaparecido a partir del Pacto de Toledo (STSJ Madrid de 17 de diciembre de 2002); y, 5) las cláusulas vigentes en los Convenios Colectivos devienen nulas, al aplicar la misma teoría que la considerada por la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1990, de 20 de diciembre, respecto a la limitación legal de la jornada máxima de trabajo (SSTSJ Castilla la Mancha de 24 de abril de 2002 y Madrid de 17 de diciembre de 2002).

QUINTO.- En relación con la primera cuestión planteada, la posibilidad de pactar cláusulas en los Convenios Colectivos suscritos tras la derogación de la adicional 10ª, entiende esta Sala de un lado, que ya no es de aplicación la doctrina de la sentencia de 14 de julio de 2000 antes citada, al haber sido dictada con anterioridad a la derogación de la mencionada disposición adicional por el Real Decreto Ley 16/2001, Y de otro que después de dicha derogación, no es factible ya que mediante la negociación colectiva se puedan establecer determinadas edades de jubilación forzosa. Tal conclusión se fundamenta en las siguientes razones:

1.- La disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores de 1995, impedía que, durante su vigencia, pudieran considerarse discriminatorias las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas a jubilación forzosa, porque contaban con esa previa habilitación legal asentada, a su vez, en una justificación objetiva y razonable. La sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, señaló en su fundamento jurídico octavo, que "El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente.(. . .) La política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro

grupo. A través de ella se limita temporalmente al primero el ejercicio del derecho individual al trabajo mediante la fijación de un período máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo el ejercicio de ese mismo derecho". Y en el noveno añadió que "esta política de empleo supone la limitación de un derecho individual consagrado constitucionalmente en el art. 35; pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 29.2 -el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás - y se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (art. 9 de la Constitución). Por otra parte, dicha limitación puede quedar también justificada por su contribución al bienestar general -otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos humanos y en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales-, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil".

2.- La limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de reserva de ley establecida en el art. 53.1 de la Constitución. Dispone ésta en su art. 35.1 que "Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo"; y en el artículo 37.1, que "La Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral". En la conjugación de ambos derechos, que aparecen recogidos en la misma Sección segunda, Capítulo II, del Título I, ("De los Derechos y Deberes de los ciudadanos") del Texto Fundamental, debe prevalecer el primero sobre el segundo, puesto que el artículo 14 del mismo texto legal (Sección Primera del mismo Capítulo "de los derechos fundamentales") declara que "Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento ... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Y en la actualidad no existe norma con rango legal que autorice, por razones justificadas y razonables, la limitación del derecho al trabajo y el desconocimiento del principio de igualdad. En definitiva, desaparecida la norma legal autorizante - la Adicional 10ª - queda la negociación colectiva sin el marco habilitante para establecer limitaciones a aquellos derechos al que aludió el Tribunal Constitucional en las sentencias 22/1981 y 58/1985 de los que en el fundamento tercero se han transcrito los párrafos pertinentes. Porque los Convenio Colectivos están obligados a respetar no solo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también el mandato de reserva de ley que impone la Constitución, en la que tiene su fundamento la propia negociación colectiva.

3.- De otro lado ocurre que además de haber sido derogada la norma autorizante, han desaparecido también las razones que justificaron tanto la norma, como las consideraciones de política de empleo implícitas en los Convenios, a las que alude nuestra sentencia de 14 de julio de 2.000. La situación social y laboral actual (canon de interpretación de las normas ex. art. 3.1 C. Civil es muy diferente a la de los años 80. Y ello ha provocado que, sobre todo a partir del Pacto de Toledo, se vaya plasmando un rotundo cambio de orientación en la política social y económica tendente a la flexibilización de la edad de jubilación de forma gradual y progresiva, e incluso a la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el mantenimiento de la vida laboral. Prueba de ello es que el Pacto señala que "resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen".

Una clara manifestación legal de esa nueva orientación fue ya la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, que estableció en su artículo 12 una nueva disposición adicional vigésimo-sexta a la Ley General de la Seguridad Social, conforme a la cual «El Gobierno podrá otorgar desgravaciones, o deducciones de

cotizaciones sociales, en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo, una vez alcanzada la edad de 65 años, con suspensión proporcional al percibo de la pensión. La regularización de los mismos se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas».

4.- Dicha tendencia es igualmente manifiesta en todo el ámbito europeo. Así, viene marcada por las Directrices para el empleo del año 2000 aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999, que subrayan la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa. Y es seguida igualmente por la Directiva 78/2000 del Consejo, de 27 de noviembre (publicada en el DOCE 2 de diciembre de 2000) recientemente transpuesta a nuestro Derecho por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que procedió a modificar entre otros los artículos 17.1 y 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral.

5.- Dicha Directiva después de aludir a las citadas Directrices, señala en el número 25 del "considerando" que "La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta, pues, esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente, por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación". Y su articulado responde a ese objetivo. Así:

En su artículo 1 proclama que «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato». Concepto de discriminación, que da el artículo 2.2.b), al decir que: "Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas (. . .) de una edad. . .

En el artículo 6 contempla, como supuestos que autorizan diferencias de trato por motivo de la edad, que: "No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios".

En el 13, apartado 2, dispone que los Convenios Colectivos «respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación».

En el 16, sobre el cumplimiento de la Directiva, prevé que: "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que: a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato; b) se declaren o

puedan declararse nulas e inválidas o se modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales".

Finalmente, el artículo 18 establece que "Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 2 de diciembre de 2003 o bien podrán confiar su aplicación, por lo que se refiere a las disposiciones que dependen de los convenios colectivos, a los interlocutores sociales, a petición conjunta de éstos. En tal caso, los Estados miembros se asegurarán de que, a más tardar el 2 de diciembre de 2003, los interlocutores sociales hayan establecido de mutuo acuerdo las disposiciones necesarias; los Estados miembros interesados deberán tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la presente Directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión".

6.- En esa misma línea, la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001, que convalidó el Real Decreto Ley 5/2001 que derogó la disposición adicional 10ª, dice expresamente "... merece destacarse, finalmente, la derogación de la disp. adic. 10ª ET, que estimulaba la adopción de medidas para lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distinta de las actuales". Reconoce así que han desaparecido las razones de política de empleo, objetivas y razonables que justificaron el nacimiento y la vigencia de dicha Adicional.

SEXTO.- De todo lo hasta ahora expuesto cabe alcanzar dos conclusiones. La primera es que, derogada la disposición adicional 10ª, derogación que por supuesto no resucita la vigencia de la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953, y en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva, es de aplicación para los Convenios Colectivos que entren en vigor tras dicha derogación, lo dispuesto en el artículo 4.2.) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, de inequívoca inspiración constitucional, en cuanto que el primero establece el derecho de los trabajadores "A no ser discriminados [hoy `directa o indirectamente`] para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley ... " y el segundo prevé que "Se entenderán nulos y sin efecto ... las cláusulas de los convenios colectivos ... que contengan discriminaciones [hoy `directas o indirectas`] desfavorables por razón de edad".

Esos dos preceptos estatutarios, cuyo espíritu es el mismo - aunque ahora con rango de Ley - que el de la citada Orden Ministerial, implican que recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la referida Orden, que atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de "mínimo de derecho necesario absoluto". Por lo que no es actualmente posible establecer en los Convenios Colectivos cláusulas de jubilación forzosa,

SEPTIMO.- La segunda es que la solución debe ser otra para las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en la fecha de la derogación de la Disposición Adicional 10ª. Estas tenían amparo legal en dicha norma. Y su derogación no supone la pérdida de su vigencia, dado que fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los Convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre

mutuas renunciaciones entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse. Ello es conforme, además, con la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil cuando establece que "Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma". Conclusión que no es contraria a lo establecido por la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1990, de 20 de diciembre, cuyo objeto fue la Disposición transitoria de la Ley 4/1983, de 29 de junio, que modificó determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores, en concreto su artículo 34.2, y redujo la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo a cuarenta horas semanales de trabajo efectivo.

La razón es que dicha transitoria encerraba en su párrafo segundo: "La puesta en práctica de la jornada que se establece en la presente Ley, no afectará a la ordenación global de la jornada de trabajo existente en las empresas a la entrada en vigor de esta Ley, sino exclusivamente a su duración, salvo pacto en contrario", un mandato como norma mínima y de derecho necesario con eficacia imperativa a partir de su entrada en vigor. Mientras que la Adicional que examinamos no alcanza otra consecuencia jurídica que la derogación de una norma habilitante; derogación que, con lógica proyección de futuro, impide que las partes negociadoras de los Convenios puedan estipular en adelante cláusulas de jubilación forzosa, pero no alcanza a los pactos contenidos en los Convenios que estaban vigentes en la fecha en que se deroga dicha Adicional.

OCTAVO.- A tenor de las razones expuestas y de conformidad con el precedente informe del Ministerio Fiscal, procede con la matización a que se acaba de hacer referencia en el fundamento de derecho inmediatamente precedente, estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia de 17 de diciembre de 2.002 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y resolver en suplicación con pronunciamientos ajustados a la anterior doctrina. Lo que comporta la desestimación del recurso de tal naturaleza formulado por AENA y la confirmación de la sentencia de instancia. Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

F A L L A M O S

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D^a Ana Isabel Heras Sancho, en nombre y representación de AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AEREA (AENA), frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 17 de diciembre de 2002, que casamos y anulamos. Y resolviendo en suplicación desestimamos el recurso de esta naturaleza formulado por la parte actora y confirmamos la sentencia de instancia. Sin hacer especial pronunciamiento en costas y procedase a dar el destino legal a los depósitos y consignaciones efectuadas.

Devuélvanse las actuaciones al organismo de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero, a la sentencia dictada en Sala General en el recurso nº 008/765/2003, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Luis Gil Suárez y D. Manuel Iglesias Cabero.

El presente voto particular es un voto concurrente con el Fallo de la sentencia dictada en el indicado recurso, por cuanto está de acuerdo en que la jubilación del demandante en el presente procedimiento estuvo plenamente justificada como la sentencia entiende.

En el presente voto particular lo que se quiere manifestar es la discrepancia con alguno de los razonamientos que llevaron a la Sala a estimar el recurso. Se trata por lo tanto de un voto particular concurrente en cuanto al fallo y discrepante de los argumentos que condujeron al mismo.

La exposición de nuestros argumentos contrarios a los de la sentencia exige en primer lugar resumir los antecedentes fácticos en los que se enmarca la discrepancia, para poder, sobre ellos, articular nuestros propios fundamentos jurídicos, como sigue:

PRIMERO.- Los antecedentes necesarios para la articulación de nuestra posición jurídica se concretan en señalar que la jubilación del trabajador que intervino como demandante en las presentes actuaciones tuvo su origen en una decisión de la empresa AENA apoyada en el art. 136 del II Convenio Colectivo regulador de las relaciones laborales en la misma, en el que se establecía la jubilación forzosa de todos los trabajadores a su servicio al cumplir los sesenta y cinco años de edad. La sentencia de esta Sala estima que la jubilación forzosa de dicho demandante estuvo justificada porque cuando la empresa tomó tal decisión el trabajador había cumplido aquella edad, y porque el acuerdo de jubilación se apoyaba en la previsión que en tal sentido se contenía en un Convenio Colectivo suscrito en fecha anterior a la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo. Pero en la misma sentencia se viene a señalar que no se aceptaría tal justificación si el Convenio Colectivo se hubiera suscrito después de tal derogación, pues se sostiene la idea de que la jubilación forzosa de los trabajadores no puede válidamente establecerse en un Convenio Colectivo que haya sido suscrito después de aquella derogación, utilizando como argumento fundamental que el Estatuto de los Trabajadores jugaba en esta materia como “norma habilitante” de posibles acuerdos de jubilación y que, desaparecida esta habilitación, queda fuera del contenido negociador de un Convenio Colectivo la posibilidad de acordar la fijación de una edad de jubilación forzosa.

SEGUNDO.- Nuestra discrepancia en relación con la sentencia se concreta, como ya hemos apuntado más arriba, en que entendemos que a pesar de haber sido derogada aquella Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores sigue siendo posible en nuestro derecho que por la vía de la negociación colectiva se pueda seguir fijando la jubilación forzosa de los trabajadores al llegar a una determinada edad si se cumplen determinadas condiciones; lo que fundamos en los siguientes argumentos:

1º.- El hecho de que haya sido derogada aquella disposición adicional 10ª por el Real Decreto Ley 5/2001, en decisión posteriormente convalidada por la Ley 12/2001, de 9 de julio no conduce a entender que el acuerdo de jubilación forzosa no sea posible adoptarlo en convenio colectivo, pues, de acuerdo con la normativa rectora de la negociación colectiva en nuestro derecho ni el Estatuto de los Trabajadores puede calificarse de “norma habilitante” de aquella posibilidad ni, por lo tanto, su derogación puede calificarse de norma impeditiva de aquella negociación. En efecto, aunque el Convenio Colectivo tiene reconocida una fuerza vinculante que necesariamente ha de estar sometida a la Ley, pues no otra cosa puede deducirse del principio democrático de división de poderes y de lo dispuesto en el art. 85 del propio Estatuto de los Trabajadores, el que ello sea así no puede llevarnos a olvidar otro principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico cual es el de que el Convenio Colectivo tiene una “fuerza vinculante” que deriva directamente de la Constitución como se deduce de lo dispuesto en el art. 37 de la CE, cual ha reconocido de forma expresa el Tribunal Constitucional en su STCº 58/1985, de 30 de abril al reconocer tanto que “la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del derecho, resultado de la unidad del ordenamiento jurídico supone, entre otras consecuencias que no hace al caso señalar, el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley”, como que “la facultad que poseen “los representantes de los trabajadores y empresarios (arts. 37.1 de la CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional”

Quiere ello decir que si el legislador hubiera prohibido expresamente la posibilidad de que por la vía de la negociación colectiva se acordaran edades para la jubilación forzosa habría que respetar esta decisión o, en su caso, plantear una cuestión de inconstitucionalidad, pero no cabe duda de que, tanto los negociadores como los operadores jurídicos a todos los niveles habríamos de respetar esa prohibición que deriva de la necesaria sumisión al principio de legalidad - arts 9 y 117 CE -. Esta circunstancia no es, sin embargo, la que se ha producido a raíz de aquella derogación de la ya Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, pues lo que ha hecho el legislador es derogar una previsión normativa sin sustituirla por otra, y de ello no se puede deducir que el legislador haya prohibido lo que antes estaba permitido, sino tan solo que ha optado por no intervenir en esta materia, siendo ésta la única conclusión adecuada al principio de sucesión normativa que se contiene en el art. 2.2 del Código Civil, del que no solo se desprende que las leyes nuevas suceden y sustituyen a las anteriores, sino también que “por la simple derogación de una Ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado”. De lo que se sigue como consecuencia que de la derogación de aquel precepto no se desprende una revitalización de la predemocrática doctrina prohibitiva de la fijación de edades de jubilación por medio de Convenio que derivaba de lo que a tal efecto dispuso en su día la Orden de 1 de julio de 1953 como en la sentencia se mantiene. Tampoco es válido sustentar el principio de prohibición en el hecho de que tanto en el año 2001 - fecha de la derogación -, como en el momento actual las políticas públicas nacionales y comunitarias sobre jubilación aconsejen o tiendan a retrasar la misma por muy diversas razones, pues una cosa es que en los Pactos de Toledo, en la exposición de motivos de la Ley 12/2001, o en la Ley 35/2002 y Decretos de desarrollo de la misma, se trate de incentivar la prolongación de la edad de jubilación voluntaria, y otra cosa muy distinta es deducir de ello que ya no es posible la jubilación forzosa por edad acordada en un Convenio Colectivo, pues ambas cosas son, en principio, compatibles mientras no se disponga expresamente lo contrario por el mismo legislador que tiene en sus manos la posibilidad de combinar ambas posibilidades utilizando instrumentos jurídicos adecuados.

Nos encontramos, pues, en la actualidad con una deslegalización de aquella materia y el Juez en su función de intérprete y aplicador del derecho no puede llenar la laguna legal aplicando criterios sociológicos en un sistema jurídico en el que se halla prevista expresamente la posibilidad de que la negociación colectiva pueda regular todas las materias que tengan relación con las condiciones de trabajo y la productividad - art. 82 ET-, lo que incluye la regulación de “materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, todas cuantas afecten a las condiciones de empleo...dentro del respeto a las Leyes “ - art. 85 ET-. Por lo que entendemos que, en principio, y a falta de un sistema legal regulador de esta materia, la norma aplicable habrá de ser la norma colectiva salvo que hubiera otras limitaciones derivadas de otros textos legales a los que también la sentencia se refiere.

2º.- En efecto, la posible ilegalidad de una jubilación forzosa acordada en Convenio Colectivo la deduce también la sentencia de la que discrepamos del hecho de que el art. 35.1 de la CE dispone que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo”, o de que la jubilación forzosa es contraria al principio de no discriminación que se contiene en los arts. 14 de la CE y 17 del ET. Pero ninguno de dichos argumentos pueden aceptarse, porque acudir al art. 35 CE para defender la prohibición de la jubilación por edad, con independencia de que dicho precepto rige no solo para los trabajadores en activo como para los que quieren trabajar y no tienen empleo, su ubicación en el Capítulo II del Título I de la Constitución, nos reconduce a lo que sobre dicho principio se disponga en el Estatuto de los Trabajadores por disposición expresa del art. 53 CE, o sea, al punto de partida de todas las reflexiones sobre esta problemática materia; sin que sobre tales preceptos constitucionales pueda argumentarse tampoco apelando a la reserva material de Ley que contiene la remisión del art. 35 CE a la regulación estatutaria, porque lo que realmente se ha querido evitar con aquella reserva es la regulación de los derechos laborales por vía reglamentaria, pero no su aptitud para constituir materia de negociación colectiva, pues, como ha señalado el TCº en sentencias 58/1985, de 30 de abril, y 95/1985, de 29 de julio, del indicado texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos laborales. Es más, como ha señalado la misma doctrina del Tribunal Constitucional apreciable, entre otras en STCº 232/1993, de 28 de junio, el desconocimiento del derecho sindical a la negociación colectiva en aspectos fundamentales del contenido laboral en cuanto este derecho forma parte integrante del contenido esencial de aquel derecho fundamental, puede encerrar una lesión directa del derecho a la libertad sindical del art. 28 de la CE, como podría serlo la prohibición absoluta de negociar una jubilación forzosa de trabajadores en empresas o sectores en las que por razones económicas, organizativas u otras en las que pudieran estar de acuerdo los negociadores aquella decisión se considerara necesaria para defender intereses generales de los trabajadores.

Por otra parte el principio de no discriminación contenido en el art. 14 CE y en el art. 17 ET nada tiene que ver con la posibilidad de la jubilación en una u otra fecha, pues si se tratara de un problema de discriminación no sería posible en ningún caso ni la jubilación forzosa de los trabajadores ni la de los funcionarios (que sí que se jubilan por edad), ni hubiera sido nunca posible con la Disposición Adicional Décima en vigor; en la sentencia lo que realmente ocurre es que se ha confundido el principio de “no discriminación “ con el de la “prohibición de trato desigual injustificado” que en este caso sí que puede jugar, sin que sea este momento adecuado para reiterar toda nuestra doctrina sobre la diferencia entre un supuesto y otro, apreciable con toda claridad en sentencias de esta Sala de 3-10-2000 (Rec.- 984/2000) o 25-7-2002 (Rec.-

1281/2001), entre otras, coincidentes con las dictadas en el mismo sentido por el Tribunal Constitucional - por todas en la STC° 39/2002, de 14 de febrero -. Por lo que, tratándose de un problema relacionado con un posible trato desigual entre trabajadores por razón de la edad, y no de discriminación la solución ya no puede ser la de una antijuridicidad absoluta sino condicionada al concurso o no de causas justificativas del trato desigual, como más adelante veremos.

3°.- Aun cuando en la sentencia no se recoge el argumento, sí que se utilizó en la deliberación el relativo a la contradicción que supondría aceptar una jubilación forzosa por vía de Convenio Colectivo, con el art. 49 del ET en cuanto supondría aceptar en contra de las previsiones legales una nueva causa de extinción del contrato de trabajo, pero tampoco este argumento es aceptable si se tiene en cuenta que en dicho precepto estatutario se prevé como causa de extinción de la relación laboral “la jubilación del trabajador”, y de lo que se trata en este caso de resolver es si esa jubilación del trabajador puede acordarse en Convenio Colectivo, sin que con ello se esté creando ninguna otra causa de extinción de la relación laboral.

Por lo demás, la reserva de Ley a favor de la legislación del Estado que se contiene en el art. 149 CE tiene que situarse en su contexto adecuado que no es otro que el del Título VIII de la CE en donde se hace la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sin que de ello pueda derivarse, como ocurriría si lleváramos este precepto a sus últimas consecuencias, que aquella reserva a favor del Estado excluía la posibilidad de que la negociación colectiva sólo pueda actuar como norma de desarrollo de la legislación estatal preexistente, contra lo querido por el art. 37 CE, o contra el principio de autonomía colectiva contenido en el art. 28 de la Constitución, dentro de cuyo contenido esencial ha situado el Tribunal Constitucional el derecho a la negociación colectiva.

En definitiva, ninguna de las anteriores objeciones derivadas de ley ordinaria o de ley constitucional consideramos que tengan fuerza jurídica suficiente para sostener el principio de prohibición que en la sentencia se sostiene.

TERCERO.- Eliminadas las objeciones que en la sentencia mayoritaria se recogen para defender posibilidad de que en la actualidad, después de la derogación de aquella Disposición Adicional 10ª del Estatuto, se puedan fijar por Convenio Colectivo edades para la jubilación forzosa de los trabajadores, de ello no deducimos, sin embargo, que nuestro ordenamiento jurídico permita completa libertad de negociación sobre esta materia pues entendemos que sí que existe un límite no señalado, aunque sí apuntado en la sentencia, y es el que a nuestro juicio deriva de la prohibición de trato desigual injustificado que se contiene en el art. 14 de la CE y se halla recogido, aunque defectuosamente traducido como “discriminación por edad” en el art. 17 del ET. Es en esta línea en la que se desarrolló la sentencia del Tribunal Constitucional nº 22/1981, de 2 de julio pues, no en relación con una jubilación forzosa establecida en Convenio Colectivo, pero sí en relación con el alegato de discriminación que se hizo de la jubilación a los 69 años que se contenía en la originaria Disposición Adicional Quinta del ET de 1980, dicha resolución, haciéndose ya eco de la tendencia internacional a facilitar la jubilación voluntaria y no forzosa de los trabajadores con cita expresa de la Recomendación nº 162 de la OIT en dicho sentido - que es el criterio que, como antes se dijo, informa tanto la Ley 12/2001 como otros acuerdos y normas coetáneas -, aceptaba la posibilidad de la jubilación forzosa fundada en razones de política de empleo, y siempre que el sacrificio personal y económico que se impone al jubilado no fuera desproporcionado en relación con el fin perseguido, entendiendo que debía

estimarse proporcionado cuando el trabajador afectado por la jubilación tuviera garantizadas las prestaciones de la Seguridad Social. Con lo cual, lo que, en definitiva vino a señalar es que la jubilación forzosa sólo era defendible, fuera establecida por Ley o por Convenio, cuando supusiera una medida justificada en razones de política de empleo y fuera razonable y proporcionada, entendiéndose que reunía tal condición cuando el sacrificio que se pedía al jubilado no le perjudicaba hasta el punto de privarle de su empleo sin la garantía de la jubilación, aplicando a esta situación los mismos razonamientos que en reiteradas ocasiones había utilizado para justificar un trato desigual al amparo del art. 14 de la Constitución; siendo en base a este argumento fundamental como se aceptaron jubilaciones forzosas pactadas en Convenio Colectivo tanto por dicho Tribunal Constitucional - por todas SSTC° 95/1985, de 29 de julio o 111 a 136/1985, de 11 de octubre - sino también por esta Sala - por todas SSTS 27-12-1993 (Rec.-4180/92), 8-3-2000 (Rec.-2436/99) o 14-7-2000 (Rec.-3428/1999)-.

En el momento actual, siguiendo la indicada decisión del Tribunal Constitucional, aunque somos conscientes de que son otras las coordenadas legislativas y sociológicas imperantes, consideramos que la única diferencia producida con la derogación de aquella Disposición Transitoria Décima se concreta por una parte en que ya no subsiste la habilitación al Gobierno para fijar un límite máximo de edad para trabajar, o lo que es igual, que ha desaparecido la habilitación que antes tenía el Gobierno para fijar una edad de jubilación, y por otra que ya no “podrán pactarse en la negociación colectiva libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”, pues éstas eran las previsiones específicas que contemplaba aquella Disposición; pero consideramos que, por lo hasta ahora dicho, seguirán pudiendo pactarse edades de jubilación en la negociación colectiva siempre que se trate de previsiones basadas en políticas de empleo expresa o tácitamente deducibles de los términos del pacto, y siempre que los afectados por tal sacrificio reúnan las exigencias que la LGSS establece para causar derecho a prestaciones de jubilación, actualmente fijadas en el art. 161 de dicha Ley, que se concretan en el hecho de reunir, además de los requisitos generales para causar derecho a cualesquiera prestaciones, el de haber cumplido sesenta y cinco años de edad y tener cubierto el período de carencia allí establecido.

Consideramos, en definitiva, que la combinación del principio de sucesión normativa con el de respeto a la autonomía colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, junto al reconocimiento del derecho al trabajo tanto en su vertiente individual como colectiva conducen a entender que la jubilación forzosa es posible acordarla en Convenio Colectivo porque no existe ninguna norma de rango superior que lo prohíba; pero que esta posibilidad no puede hacerse libremente sino sujeta a las exigencias justificativas del trato peyorativo que en relación con otros trabajadores afectados por el mismo Convenio van a sufrir los afectados por la jubilación, y que derivan del art. 14 de la CE y del art. 17 del Estatuto de los Trabajadores correctamente interpretado, lo que sólo se producirá cuando se cumplan las limitaciones antes indicadas.