

Jubilación forzosa y alcance de la derogación de la Disp. Adic. 10 del Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la STS, social, de 9 de marzo de 2004 (RJ 841)

Dra. Carolina Gala Durán, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de Barcelona

1. Antecedentes de hecho.

La empresa “*Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)*” recurre ante el Tribunal Supremo en casación para la unificación de doctrina la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5-2-2003 (AS 1925), solicitando que se declare que la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora fundamentada en el convenio colectivo aplicable, que prevé la jubilación obligatoria a los 65 años, es plenamente válida, a pesar de la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por parte del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, (posteriormente Ley 12/2001, de 9 de julio).

2. Fundamentos de derecho

1. En primer lugar, el Tribunal Supremo identifica el polémico y complejo tema objeto de debate: en efecto, se trata de decidir si la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores supone la prohibición de que los convenios colectivos contengan cláusulas de jubilación forzosa, o bien, por el contrario, implica 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 como consecuencia de ello, deberá determinarse también si la jubilación forzosa acordada por el empresario a tenor de lo dispuesto en un convenio colectivo ya vigente en el momento de derogarse la citada disposición adicional es válida (tesis de la sentencia de contraste: sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27-9-2002) o por el contrario (tesis de la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5-2-2003), dicha extinción contractual debe considerarse como injustificada y, por tanto, debe calificarse como un despido.

2. En segundo lugar, el Tribunal Supremo se centra en los antecedentes legales y jurisprudenciales existentes en esta importante cuestión, señalando al respecto que:

a) Una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 30-6-1966 declaró que la Orden del Ministerio de Trabajo de 1-7-1953 prohibía a los convenios colectivos la imposición al

trabajador de edades de jubilación forzosa, por cuanto en la misma se afirmaba que: *“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”*, con lo que, en opinión del citado Tribunal, se reconocía un derecho subjetivo al trabajador, considerable como *“mínimo de derecho necesario absoluto”* y, por tanto, indisponible por convenio. Esta postura jurisprudencial se mantuvo reiteradamente hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

b) El mencionado Estatuto introdujo importantes cambios en esta materia a través de su disposición adicional 5ª, donde se señalaba 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 períodos 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”*. Ese último párrafo pasaría a constituir, a partir del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995, la disposición adicional 10ª.

A lo que cabe añadir que la mencionada disposición adicional 5ª fue examinada por dos sentencias del Tribunal Constitucional –22/1981, de 2 de julio, y 58/1985, de 30 de abril-, donde, aun cuando no era el tema objeto de análisis, se hacían referencias interesantes al eventual establecimiento de edades de jubilación forzosa vía negociación colectiva.

De este modo, en la sentencia 22/1981 se afirmaba 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.. puedan pactarse libremente edades de jubilación en la negociación colectiva-”*.

Por su parte, la sentencia 58/1985 señalaba, en la misma línea, que: *“...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...”*.

c) Tomando como base esa doctrina constitucional, el Tribunal Supremo admitió que era plenamente posible pactar una edad de jubilación forzosa a través de convenio colectivo cuando se cumplían tres requisitos:

- Se garantizase la protección del trabajador a través de la correspondiente pensión de jubilación.

- La negociación colectiva llevaba implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y, en esa transacción se entendía que iban incluidas las consideraciones de política de empleo, que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que se deriva.

- La negociación colectiva al tener su fundamento en el artículo 37 de la Constitución, conllevaba que las consideraciones de la política de empleo no se exigiesen explicitadas en la norma convencional y sí en la norma estatal.

Y, d) en la misma línea anterior, se situaba la sentencia del Tribunal Supremo de 14-7-2000 (RJ 6630).

3. Partiendo de los citados antecedentes, el Tribunal Supremo concluye que ya no es posible pactar cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos suscritos tras la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, basándose para ello en los argumentos siguientes:

a) La citada disposición adicional impedía que, durante su vigencia, pudieran considerarse discriminatorias las cláusulas de los convenios colectivos referidas a la jubilación forzosa porque contaban con esa previa habilitación legal asentada, a su vez, en una justificación objetiva y razonable. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981 establecía 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... 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...”*.

b) En este marco concurren los artículos 35.1 (*“derecho al trabajo”*) y 37 (*“derecho a la negociación colectiva laboral”*) de la Constitución, y en esa concurrencia debe prevalecer el primero sobre el segundo, ya que el artículo 14 del texto constitucional 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 actualmente no existe una norma con rango legal que autorice, por razones justificadas y razonables, la limitación del derecho al trabajo y el desconocimiento del principio de igualdad. Por tanto, desaparecida la norma legal habilitante –disposición adicional 10ª– queda la negociación colectiva sin el marco habilitante para establecer limitaciones a los derechos a los que aludieron las sentencias del Tribunal Constitucional 22/1981 y 58/1985.

Y ello por cuanto los convenios están obligados a respetar no sólo 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.

c) Junto a lo anterior, cabe señalar también que han desaparecido las razones que en su momento justificaron tanto la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores como las consideraciones sobre política de empleo presentes en los convenios colectivos. Y ello por cuanto la situación social y laboral actual es muy diferente de la de los años 80, habiéndose producido un importante cambio de tendencia presente en iniciativas como la prolongación de la vida laboral o la jubilación gradual y progresiva.

Tendencia también prevista en el ámbito europeo (Consejo Europeo de Helsinki de 1999, y Directiva 78/2000, traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 62/2003), donde se incide en 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, así como en la necesidad de erradicar, salvo que existan razones justificadas (entre ellas, las medidas de política de empleo), las discriminaciones por razón de edad.

En fin, en la misma línea, la propia Exposición de Motivos de la Ley 12/2001 señaló expresamente que *“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 política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distinta de las actuales”*.

En opinión del Tribunal Supremo se reconoce con todo ello que han desaparecido las razones de política de empleo, objetivas y razonables que justificaron el nacimiento y la vigencia de la disposición adicional 10ª.

Y, d) de todo ello se deducen, según el Tribunal Supremo, dos conclusiones:

- Derogada la disposición adicional 10ª, a los convenios que entren en vigor tras la misma les resulta de aplicación lo establecido en los artículos 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 (directa o indirectamente) para el empleo, o una vez empleados... por razones de... edad dentro de los límites marcados por esta Ley...”*, y el segundo establece que *“se entenderán nulos y sin efecto... las cláusulas de los convenios colectivos... que contengan discriminaciones... desfavorables por razón de edad...”*.

Esos dos preceptos, cuyo espíritu es el mismo que el de la Orden Ministerial de 1-7-1953, implican que recobre actualidad la jurisprudencia surgida en torno a aquella, que, como vimos, atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de mínimo de derecho necesario absoluto. Por ello, en opinión del Tribunal Supremo, actualmente no es posible establecer cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos.

- Sin embargo, la conclusión es muy distinta en el caso de las cláusulas de jubilación forzosa ya vigentes en el momento de la derogación de la disposición adicional 10ª. Y ello por cuanto dichas cláusulas fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración del convenio, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciaciones entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse.

Esta última conclusión se fundamenta en lo establecido en la disposición transitoria 2ª del Código Civil y no resultaría contraria a la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1990.

3. El contenido del voto particular

4. En el interesante voto particular que acompaña a la sentencia que comentamos se defiende que es plenamente posible que, a pesar de la derogación de la disposición adicional 10ª, los convenios colectivos sigan incluyendo cláusulas de jubilación forzosa. Los argumentos que fundamentan tal opción son los siguientes:

a) 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 tal decisión o, en su caso, plantear una cuestión de inconstitucionalidad; pero no es esa la solución adoptada.

En efecto, 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 artículo 2.2 del Código Civil. Ello implica, asimismo, que la derogación de la disposición adicional 10ª no supone la revitalización de la doctrina derivada de la Orden de 1-7-1953.

b) No es válido sustentar el principio de prohibición en el hecho de que tanto en el año 2001 como actualmente las políticas públicas nacionales y comunitarias sobre jubilación tiendan a incentivar la prolongación de la vida laboral, y ello por cuanto una cosa es incentivar dicha prolongación y otra entender que no es ya posible establecer cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos.

c) Nos encontraríamos ante una situación de deslegalización, 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, 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 del Estatuto de los Trabajadores) .

d) Con la opción anterior no se ven afectados los artículos 35 y 14 de la Constitución.

Y, e) finalmente, el voto particular concluye señalando que sigue siendo posible pactar a través de convenio colectivo cláusulas de jubilación forzosa, pero siempre que se trate de previsiones basadas en políticas de empleo expresa o tácitamente deducibles de los términos del pacto, y siempre que los trabajadores afectados cumplan los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación. En definitiva, *“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...”*.

4. Valoración

Esta importante sentencia –en el mismo sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 9-3-2004, RJ 873– resuelve una de las cuestiones que mayor polémica, tanto doctrinal como judicial, ha planteado en los últimos años, esto es, si tras la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores podían seguir pactándose cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos (tal y como, por otra parte, siguen promoviendo los agentes sociales) y qué ocurriría con las cláusulas convencionales ya vigentes en el momento de producirse la mencionada derogación.

A nuestro entender, la solución adoptada por el Tribunal Supremo puede considerarse acertada, aun cuando no resuelve todos los interrogantes planteados (por citar sólo uno: no se aclara durante cuánto tiempo resultarán válidas las cláusulas sobre jubilación forzosa recogidas en los convenios colectivos ya vigentes con anterioridad a la derogación de la mencionada disposición adicional) y sus fundamentos jurídicos son un tanto parcos, presentando –tal y como se señala en el propio voto particular- un importante cariz sociológico.

Sin embargo, es muy posible también que la sentencia comentada no constituya el punto final del debate planteado y que muy probablemente, por una vía u otra, el Tribunal Constitucional acabe entrando en esta cuestión y ello, por cuanto no cabe olvidar que el debate de fondo se centra especialmente en la difícil determinación de los límites y el alcance del derecho a la negociación colectiva y del derecho al trabajo del trabajador afectado y en el enfrentamiento de dos perspectivas: una esencialmente laboral –derecho a la negociación colectiva vía artículo 37 de la Constitución– y una perspectiva de Seguridad Social –derecho a la jubilación y no, por tanto, obligación de jubilarse, artículos 35.1, 41 y 50 de la Constitución. Derecho a la jubilación respecto del que habrá que confirmar si, tal y como señala la sentencia comentada, es un verdadero derecho subjetivo con naturaleza de mínimo de derecho necesario absoluto.

Intuimos que de plantearse esta cuestión en términos estrictamente de concurrencia de derechos, primará el derecho a la negociación colectiva, pero ello sólo podría ser aceptable, si tal y como se afirma en el voto particular de la sentencia, la jubilación forzosa viene acompañada de una verdadera –no implícita ni superficial– política de empleo.

A lo que cabe añadir que tal medida sólo sería posible además –salvo situaciones excepcionales- cuando el trabajador afectado no sólo tenga derecho a la pensión de jubilación sino cuando ese derecho se traduzca en el 100% de la correspondiente base

reguladora. Resulta sorprendente que a este condicionamiento se le ha atribuido una escasa importancia hasta el momento.