

A RECENTE DOCTRINA UNIFICADA EN CASACIÓN, SOBRE OS EFECTOS DA DERROGACIÓN DA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DO ESTATUTO DOS TRABALLADORES DE 1995

M^a del Rosario Martínez Reimúndez

Licenciada en Dereito. Oficial da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. AS DISTINTAS OPINIÓNS DOCTRINAIS FORMULADAS
- III. O PECHER DESTA SITUACIÓN NORMATIVA
- IV. PROBLEMAS QUE PRESENTA A NOVA SITUACIÓN E A NECESIDADE DE UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POLO TRIBUNAL SUPREMO
- V. AS SENTENCIAS DO TRIBUNAL SUPREMO DO 9 DE MARZO DE 2004

I. - INTRODUCCIÓN

A entrada en vigor do Real Decreto lei 5/2001, do 2 de marzo, de Medidas Urxentes de Reforma do Mercado de Traballo, para o incremento de emprego e a mellora da súa calidade e a posterior Lei 12/2001, do 9 de xullo, supuxeron a derogación da disposición adicional décima do Estatuto dos Traballadores de 1995¹; derogación que trouxo consigo importantes contradicións, tanto na doutrina científica coma na xudicial -Salas

1 *"Dentro dos límites e condicións fixados neste precepto, a xubilación forzosa poderá ser utilizada como instrumento para realizar unha política de emprego. - A capacidade para traballar, así como a extinción dos contratos de traballo, terá o límite máximo de idade que fixe o Goberno en función das disponibilidades da Seguridade Social e do mercado de traballo, sen prexuízo de que poidan completarse os períodos de carencia para a xubilación. - Na negociación colectiva poderán pactarse libremente idades de xubilación sen prexuízo do disposto en materia de Seguridade Social para estes efectos"*

do Social dos Tribunais Superiores de Xustiza das distintas Comunidades Autónomas-, sobre o significado e o alcance desta reforma, despois de transcorrer máis de dous anos. Cuestión que foi abordada por dúas sentencias dictadas en recurso de casación para a unificación de doutrina, pola Sala Cuarta do Tribunal Supremo, constituída por tódolos seus Maxistrados, de conformidade co art. 197 LOPJ, ámbalas dúas de data 9 de marzo de 2004 (Rezo. 008/765/2003 y 008/2.319/2003).

II. AS DISTINTAS OPINIÓNS DOUTRINAIS FORMULADAS

As distintas opinións formuladas sobre a cuestión, antes das sentencias do Tribunal Supremo e que son aludidas por estas, pódense traducir en dous posicionamentos: 1) nada impide despois da derogación da disposición adicional décima, que a negociación colectiva poida seguir fixando idades máximas de xubilación² e, 2) a derogación implica a prohibición de que por Convenio Colectivo se establezan idades de xubilación, volvéndose á regra de que o traballador non pode ser despedido por idade, senón por incapacidade, no seu caso³.

Estas posicións doutrinarias inciden en determinadas cuestións. Por un lado, na extinción individual do contrato, en canto pode supoñer un despedimento nulo -a teor dunha serie de sentencias- ou improcedente -segundo outras-; e, por outro, sobre a posible nulidade da cláusula sobre xubilación do Convenio Colectivo con posterioridade á derogación, e, mesmo, a posible ilegalidade sobrevida de tales cláusulas en Convenios anteriores á mencionada derogación.

Como sinalan as referidas sentencias de unificación, xa unha antiga sentenza do Tribunal Supremo do 30 de xuño de 1966, precisaba que a Orde do Ministerio de Traballo do 1 de xullo de 1953 (BOE do 7 de xullo), vedaba ós Convenios Colectivos a imposición o traballador de idades de xubilación, por cuanto nesta afirmábase no seu artigo 1 que *"a xubilación por idade é sempre un dereito do traballador, quen poderá exercitalo cando reúna as condicións e requisitos establecidos nas disposicións que o regulan"*, co que se recoñecía un dereito subxectivo ó traballador, que constituía o que hoxe chamariamos *"mínimo de dereito necesario absoluto"*, indispoñible, polo tanto, por Convenio. Esta doutrina veu sendo reiterada por constante xurisprudencia ata a promulgación do Estatuto dos Traballadores en 1980, que incluíu no seu articulado e nas súas disposicións adicionais, normas que abren unha nova etapa nesta materia.

2 M. RODRÍGUEZ-PIÑERO e BRAVO FERRER, F. VALDES DAL-RE e M.E-V. CASAS BAAMONDE, "La reforma del mercado de trabajo 'para el incremento del empleo y la mejora de su calidad'", Relaciones Laborales, núm. 7, 2001, páxina 24.

JESÚS MARTINEZ GIRON, "La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional 10.ª del Estatuto de los Trabajadores". Actualidad laboral. Suplemento nº 8. Páxina 144.

LUIS ESCUDERO ALONSO, "La validez de las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en Convenio Colectivo". Actualidad Laboral nº 18. páxina 297 e ss.

Sentencias dos Tribunais Superiores de Xustiza do País Vasco do 29 de abril de 2003 (recurso 604/03) e de Cataluña do 6 de febreiro de 2002 (recurso 4.134/01) de 27 de setembro e 30 de outubro de 2002 (recursos 1478 e 4.930/02)..

3 M. ALONSO OLEA e M.E-V. CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo, 19ª edición, Civitas (Madrid 2001), páxina 505.

Sentencias das Salas do Social dos Tribunais Superiores de Xustiza de Madrid de 12 de marzo e 1 de abril de 2003 (recursos 213/03 e 5766/02) sobre nulidade das cláusulas de xubilación forzosa por idade e de Castela, do 24 de abril de 2002 (recurso 295/02).

Por outra banda, a xurisprudencia non dubidou en aplica-lo establecido no parágrafo segundo da antes mencionada disposición adicional quinta, pero o Tribunal Constitucional dictou dúas sentencias transcendentales. Unha a **22/1981, do 2 de xullo** que resolveu unha cuestión de inconstitucionalidade que versaba sobre o parágrafo primeiro e que deixou imprejuizado o contido do parágrafo segundo e, posteriormente, a **58/1985, do 30 de abril**.

Esta sentenza non entrou a valora-la constitucionalidade ou non da concreta cláusula de xubilación forzosa do Convenio Colectivo que nos ocupa, dado que *"non lle corresponde formular unha teoría xeral sobre a extensión e límites da negociación colectiva, tarefa esta que han de ir elaborando paulatinamente doutrina e xurisprudencia laborais á vista das concretas experiencias contractuais e dos cambios e vicisitudes da legalidade infraconstitucional e do ámbito económico e social en que a devandita legalidade se desenvolve"*.

Sobre a base desta doutrina constitucional, o Tribunal Supremo⁴, veu recoñecendo que é perfectamente constitucional e acorde coa legalidade ordinaria, pactar unha idade de xubilación forzosa no seo da negociación colectiva, sinalando tres regras: 1^a) que se garanta o dereito do traballador á pertinente prestación de xubilación, 2^a) que a negociación colectiva leva implícita en si mesma unha transacción entre os intereses{xuro} colectivos dos traballadores e os intereses{xuro} dos empresarios e, nesa transacción enténdense que van implícitas as consideracións de política de emprego, que nunha norma imposta necesitan ser explicitar dada a unilateralidad da que se deriva e, 3^a) que a negociación colectiva ó te-lo seu fundamento no artigo 37 da Constitución, que é o que fai diferente a unha norma convencional a unha estatal, fai que as consideracións da política de emprego non se esixan na norma convencional, e si na norma estatal.

III. O PECHE DESTA SITUACIÓN NORMATIVA ANTERIOR

A sentenza do Tribunal **Supremo** (Salga do Social), de **14 xullo de 2000**, recurso de casación para a unificación de doutrina 3428/99, veu a pechar a situación normativa, en onde estiveron sucesivamente vixentes as disposicións adicionais quinta e décima do Estatuto dos Traballadores das súas versións de 1980 e 1995, argumentando, dita sentenza, o seguinte:

"Trátase de decidir, pois, se unha xubilación acordada cumprindo os requisitos do art. 23 precitado, pode ou debe de ser cualificada de despedimento nulo por entender que o devandito precepto, ó establece-la xubilación ós 65 anos, a sen condicionar a ningún instrumento de política de emprego, como podería se-la obriga pola empresa de substituír ó traballador xubilado, é contrario ás esixencias de igualdade que se conteñen no art. 14 da Constitución ou ó dereito ó traballo consagrado no art. 35 da mesma norma fundamental.

... Chama a atención, agora e antes, que o que non pode face-lo lexislador «libremente» si que o poida face-lo Convenio Colectivo, cal é pactar unha idade de xubilación inferior á legal, pero iso compréndese se se ten en conta que a negociación colectiva leva implícita en si mesma unha transacción entre os intereses colectivos dos traballadores e os intereses dos empresarios e que necesariamente, nesa transacción, se entende que van

4 Por todas sentencias de Tribunal Supremo de 11 de outubro de 1983 (Aranzadi 5085) e do 29 de outubro de 1990 (Aranzadi 7937), que entendeu, que a fixación é inconstitucional se non responde á política de emprego e realízase de forma directa e incondicionada.

implícitas as consideracións de política de emprego que nunha norma imposta necesitan ser explicitar dada a unilateralidad da que deriva. Aquela regulación dos intereses recíprocos que constitúe a base da negociación entre representantes institucionais de traballadores e empresarios, derivada do disposto no art. 37.1 da Constitución, é o que fai diferente unha norma convida dunha norma estatal e o que fai que as consideracións de política de emprego se esixan nunha e non na outra".

IV. PROBLEMAS QUE PRESENTABA A NOVA SITUACIÓN E A NECESIDADE DE UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POLO TRIBUNAL SUPREMO

Facíase necesario determinar, se a derogación legal introducida pola Lei 12/2001, supoñía unha prohibición de que os Convenios conteñan cláusula desta natureza, ou ben se trataba dunha simple deslegalización da materia que non ha de impedir que os Convenios sigan regulando no futuro esta modalidade.

Esta cuestión fora abordada pola doutrina de suplicación, non só de xeito diferente senón mesmo oposto, pola que se fixo necesaria a unificación de doutrina pola Sala Cuarta do Tribunal Supremo, o que foi abordado en Sala Xeral polas dúas citadas sentencias do 9 de marzo de 2004⁵, que tamén constitúen xurisprudencia nos termos do artigo 1.6 C.Civil⁶. Sin embargo, aínda despois destas dúas sentencias, cabe entender que a cuestión non se atopa plenamente resolta.

Sobre a doutrina de suplicación, poderíamos cita-la sentencia de **17 de setembro de 2003** (recurso 1038/02), da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Canarias radicada en **Las Palmas de Gran Canaria**, que estima en parte o recurso, sinalando que a posibilidade de que un Convenio Colectivo conteña unha cláusula que estableza unha idade forzosa de xubilación para o traballador precisa de habilitación legal, de modo que a negociación colectiva non podía fixar tal condición extintiva, antes da vixencia da disposición adicional quinta da primeira redacción da Lei do Estatuto dos Traballadores, despois disposición adicional décima, baixo o amparo da cal se negociaron, pactaron e publicaron os Convenios Colectivos estatal e provincial da Construcción aplicados pola Sentencia de instancia recorrida.

Segue argumentando a sentenza que puido establecerse esa cláusula ó amparo da mencionada disposición adicional décima, pero, unha vez que a Lei 12/2001, do 9 de xullo (e antes o Real Decreto lei 5/2001, do 12 de marzo) derogou a amentada disposición adicional décima, **tales cláusulas dos Convenios Colectivos deviñeron inaplicables** porque esta derogación supón *"a cancelación da habilitación legal para que o convenio colectivo puidese establecer idades de xubilación forzosa ou idades máximas laborais"* o que privou á negociación colectiva dun requisito imprescindible no criterio da Sala que se apoia en doutrina do Tribunal Constitucional invocada, e iso conduce á Sala á conclusión de que a extinción do contrato non podía ampararse en tales cláusulas e ó ser unha decisión unilateral da empresa constituíu un despedimento, que, por carecer de

5 Recs. 008/765/2003 y 008/2.319/2003

6 "A xurisprudencia complementará o ordenamento xurídico coa doutrina que, de modo reiterado, estableza o Tribunal Supremo a interpretar e aplica-la lei, o costume e os principios xerais do dereito".

causa, é cualificado como improcedente, coas consecuencias legais anoadas á devandita cualificación.

Sen embargo, esta liña doutrinal non foi unánime nas Salas do Social dos Tribunais Superiores de Xustiza, e ó igual que na doutrina científica, cabe distinguir dous claros posicionamentos de signo oposto:

A) Sentencias en contradicción coa anterior, é dicir, que as cláusulas dos Convenios Colectivos debeñan inaplicables pola derogación da disposición adicional décima.

Neste apartado podemos agrupar, entre outras sentencias, a da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de **Cataluña de 27 de setembro de 2002** (recurso 1478/2002). Nela, xúlgase a extinción dun contrato de traballo, decidida unilateralmente pola empresa, con invocación do Convenio Colectivo aplicable, que establece a xubilación forzosa ós 65 anos de idade. A Sala do Social desestima o recurso e declara que **a derogación da disposición adicional décima** do Estatuto dos Traballadores pola Lei 12/2001 do 9 de xullo **non implica que afectara ás partes negociadoras dos Convenios Colectivos** na súa facultade de pactar no ámbito da súa competencia a fixación do límite de idade da xubilación obrigatoria e que o seu exercicio implique a súa inconstitucionalidade.

Di esta sentenza que "A cuestión reside agora en determinar se a modificación legal introducida pola Lei 12/2001 supón unha prohibición de que os convenios conteñan cláusulas desta natureza, ou unha simple deslegalización da materia que non ha de impedir que os convenios sigan regulando no futuro esta posibilidade.

O contido e literalidade da Lei 12/2001, xunto cos mesmos razoamentos que contén a antedicha sentenza do Tribunal Supremo ó fío da doutrina emanada do Tribunal Constitucional, nos levan a entender que o lexislador non pretendeu introducir unha prohibición legal que impida incluír nos convenios colectivos pactos desta natureza, senón tan só deslegalizar calquera a súa regulación para dalgunha forma deixar de incentivar este modo de xubilación.

Así despréndese do feito de que nesta Lei non se conteña previsión expresa nin unha prohibindo este tipo de acordos, e tan só se proceda na súa disposición derogatoria a suprimi-la disposición adicional décima do Estatuto dos Traballadores, *«que estimulaba a adopción de medidas dirixidas a logra-la xubilación dos traballadores de maior idade e a súa retirada do mercado de traballo»* como se di na súa exposición de motivos, poñendo de manifesto que a intención do lexislador unicamente é o de non estimular para o futuro este tipo de medidas, pero en ningún caso prohibilas".

A do Tribunal Superior do **País Vasco do 19 de febreiro de 2002** (recurso 2.891/01), en que se axuíza a extinción dun contrato de traballo, por decisión da empresa, fundada no cumprimento da idade de 65 anos polo traballador e invocando o artigo 99 do Convenio Colectivo da Construcción -a mesma norma sectorial da Sentencia Canarias-, norma que se declara eficaz, porque non se entende que fose afectada pola derogación da disposición adicional do Estatuto dos Traballadores efectuada pola reiterada Lei 12/2001. Para iso argumentase:

"Habemos de sinalar en primeiro lugar, que se trata o presente caso dun suposto en que se pretende aplicar un convenio colectivo vixente con anterioridade a tal normati-

va e non un novo xurdido "a posteriori", aplicándoo nun momento en que se atopa vixente o Real Decreto lei e non a Lei, se nos atemos ós feitos probados.

A recorrente considera infrinxidas as dúas disposicións derogatorias dos textos legais do ano 2001 anteriormente mencionados, afirmando que a derogación da disposición adicional décima do Estatuto dos Traballadores alí contida significa que, dende a súa entrada en vigor, xa non se poderá pactar en negociación colectiva a xubilación forzosa ós 65 anos, eliminando esta figura como unha medida para a política de emprego.

Non compartímo-la conclusión, pois, como certa parte da doutrina puxo de relevo, o feito da derogación dunha norma permisiva non significa que estea prohibido legalmente o por ela ata entón permitido, senón que, se se considera prohibido, así deberá fixarse expresamente.

O anterior, ademais, garda relación co carácter declarativo e non constitutivo que tal norma derogada tiña para un grupo de autores: a norma declaraba o que xa resultaba do propio ordenamento xurídico.

Por outra parte, a propia lectura da Exposición de Motivos de ámbolos dous textos, bastante similar neste punto, parece revelar que o que se pretende é deixar de estimular medidas de xubilación forzosa por cambia-las circunstancias, pero non prohibir esta, senón só deixar de estimulala, ó sinalar, por exemplo o Real Decreto lei 5/2001 «... xunto a iso, merece destacarse a derogación da disposición adicional décima do Estatuto dos Traballadores, que estimulaba a adopción de medidas dirixidas a lograr a xubilación forzosa dos traballadores de maior idade e a súa retirada do mercado de traballo, como instrumento no marco dunha política de emprego inspirada en concepcións e apoiada en realidades demográficas e do mercado de traballo claramente desactualizar». Parecidos termos atopamos na Lei 12/2001.

Á parte de apreciar un léxico criticable en ámbolos dous casos, dedúcese que o que se pretende coa derogación é deixar de estimular tales medidas, desincentivalas, pero de aí non cabe deducir vontade prohibitiva ningunha.

Doutro lado, entendemos que, de se-la vontade do lexislador a de impoñer tal prohibición, doadamente tería podido así declaralo expresamente, o que resultaría o axeitado, tanto porque se pretendería fixar unha conducta sancionable coa ilegalidade, fronte á previa legalidade, como porque así aconsellábo a situación fáctica previa: convenios en vigor que regulaban tal instituto, xurisprudencia interpretadora da normativa estimulante de tal medida pactada en convenio, etc...

Coñecemos eminente doutrina que mantén o criterio contrario, entre outros argumentos, baseándose en que esta mesma sentenza citada alude a que nela se sinala que o precedente de tal precepto (antiga disposición adicional quinta) supuxo unha modificación da situación preexistente, «autoriza a negociación colectiva a regular unha materia que con anterioridade se considerara excluída desta». Empero, respectando moi profundamente a autoridade de quen a sustenta, non compartímo-lo argumento, pois, no peor dos casos suporía unha contradicción interna da sentenza, pois anteriormente nesta considérase que, dende parámetros constitucionais, non hai obxección a que se regule a xubilación forzosa por convenio colectivo. A iso habemos de engadir que atopamos unha interpretación de tal afirmación que salva a contradicción: interpretar que ó aludir á situación previa, tal sentenza se refire á previa á Constitución, que fixa un novo marco da negociación colectiva e a regulación das relacións laborais (principalmente o seu artigo 37.1 e os con este relacionados), o que parece harmonizar co dato de que en tal sen-

tencia se estaba a dilucidar sobre unha cuestión de constitucionalidade formulada en relación co texto orixinario do Estatuto dos Traballadores (Lei 8/1980, de 10 Mar.).

Do anterior xa se deduce que entendemos que, ó interpretar da forma en que se fai na sentenza recorrida, a aludida dobre derogación, non se infrinxe o artigo 3.1 do Código Civil, que regula a interpretación das normas, sobre o que tratamos ata agora.

Por outra banda, tampouco entendemos que a lexislación ordinaria de mínimos [artigo 3.1 a) e 3.2 do Estatuto dos Traballadores] prohibíao. A recorrente parte, ó aludir ó principio de xerarquía normativa, sobre o que cita o artigo 3.1 do Estatuto dos Traballadores e o artigo 2.1 do Código Civil, do presuposto de afirmar que tal derogación normativa supón a prohibición da regulación en convenio colectivo da xubilación forzosa, o que xa explicamos que non asumimos.

En relación co anterior, sinalar que os reparos á validez de tal pacto baseándose no contido no artigo 17.1 e 2 do Estatuto dos Traballadores non os compartimos. A discriminación prohibida no primeiro dos preceptos non foi considerado que se dea no período de vixencia daquela disposición derogatoria, tanto polo Tribunal Constitucional coma polo Tribunal Supremo. De selo, por afectar ó dereito fundamental a non ser discriminado por razón dunha circunstancia persoal, cal é a da idade, así declarácese, ó conculcarse o artigo 14 da Constitución e xa sinalouse que a validez de tal posibilidade foi referendada polo Tribunal Constitucional. O artigo 17.2 do Estatuto dos Traballadores fixa unha reserva de lei efectivamente, pero para casos de contratación, segundo se deduce da súa lectura e do normado no artigo 17.3 do mesmo Texto, non se refire a casos de extinción de contrato.

Entendemos que a invocación á interpretación que da medieval cláusula *rebus sic stantibus* faise neste caso parte tamén do apriorismo de considerar que a derogación aludida supón automaticamente a prohibición de regulación en convenio colectivo da xubilación forzosa, o que xa expuxemos que non compartimos, pois trátase de regular, en definitiva, unha materia afectante ás condicións de emprego e, polo tanto, dentro do ámbito do seu contido (artigo 85.1 do Estatuto dos Traballadores)".

Igualmente nesta orientación, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de **Madrid do 11 de xaneiro de 2002** (recurso 5.196/01), di: "sendo farto coñecido o criterio xurisprudencial, relativo a que o pactado en convenio colectivo ten virtualidade e eficacia vinculantes para os afectados e comprendidos nos devanditos convenios, dado que tales pactos convencionais emanan do disposto no artigo 37.1 da Constitución Española, que é desenvolvido nos artigos 82 e 85 do Estatuto dos Traballadores, ó establecer que os convenios colectivos obrigan a tódolos empresarios e traballadores e as súas organizacións representativas e sempre con respecto ás leis; polo que resulta evidente que a decisión de establecer unha determinada idade de xubilación a través da negociación colectiva, vén expresamente autorizada e consagrada no Estatuto dos Traballadores, como o demostra o feito de que o Convenio Colectivo citado volve a establecerse para os anos 2000 e 2001, no seu artigo 23, a xubilación forzosa ós 65 anos, a pesar de estar xa en vigor o R.D. Lei 5/2001, do 2 de marzo, que derogou a disposición adicional décima do Estatuto dos Traballadores, pero sen que se prohiba ou exclúa do ámbito da negociación colectiva a idade de xubilación".

B) Sentencias a favor de que as cláusulas dos Convenios Colectivos devenían inaplicables pola derogación da disposición adicional décima.

En cambio, seguen a mesma posición da aludida **sentencia de Canarias**, rectificando a doutrina da antes citada sentenza, as do mesmo Tribunal Superior de Xustiza de

Madrid, de 17 de decembro de 2002 (recurso 2.274/02) de 5 de febreiro de 2003 (recurso 4.772/02), 12 de marzo de 2003 (recurso 5.482/02) e 1 de abril de 2003 (recurso 5.766/02), baseándose nos seguintes argumentos:

Foi a partir do Pacto de Toledo, aprobado polo Pleno do Congreso dos Deputados en abril de 1995, cando se vai plasmando o cambio de orientación da política social e económica, establecéndose as directrices para a regulación da xubilación na forma acordada polos asinantes.

Acorde co citado pacto, a Lei 24/1997 de 15 de xullo, de consolidación e racionalización do sistema da Seguridade Social, establece, no seu artigo 12, unha nova disposición adicional vixésimo-sesta á Lei Xeral da Seguridade Social.

Na mesma liña, a política Comunitaria, abunda tamén nesta materia, e así a Directiva 78/2000 do Consello, de 27 de novembro, relativa ó establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación, publicada no DOCE 303/2000.

O seguinte paso, dentro das directrices políticas establecidas no Pacto de Toledo, e, en cumprimento da citada Directiva, é a derogación expresa da disposición adicional décima do Estatuto dos Traballadores, así como de cantas disposicións de igual ou inferior rango opóñanse ó disposto neste, polo Real Decreto lei 5/2001, validado pola Lei 12/2001 de 9 de xullo, coa cal desaparece da nosa lexislación calquera referencia á utilización da xubilación forzosa como instrumento para realizar unha política de emprego e suprímese a remisión á negociación colectiva para a regulación da idade de xubilación. Así mesmo, régúlase nesta Lei o contrato de relevo, modificando o artigo 12 do Estatuto dos Traballadores, configurándoo como un contrato a tempo parcial que pode celebra-lo traballador que cumprira a idade de xubilación e reúna os requisitos para acceder á prestación correspondente ou estea xa a percibila.

Finalmente, o Real Decreto-Lei 16/2001, de 27 de decembro, de medidas para o establecemento dun sistema de xubilación gradual e flexible, derogado pola Lei 35/2002 de 12 de xullo, de igual denominación e que pretende os mesmos fins, recolle o Acordo para a Mellora e o Desenvolvemento do Sistema de Protección Social, subscrito o 9 de abril de 2001 polo Goberno, a Confederación de Comisións Obreiras, a Confederación Española de Organizacións Empresariales e a Confederación Española da Pequena e Mediana Empresa, no que se incluíron un conxunto de medidas en relación coa flexibilidade da idade de xubilación, co fin de dotar esta dos caracteres de gradualidade e progresividade; e así régúlase a partir de dito Real Decreto a xubilación parcial para posibilita-la compatibilidade entre o cobro dunha pensión de xubilación e o desenvolvemento de actividades laborais dende o momento en que se comece a percibir unha pensión da devandita natureza a cargo do sistema da Seguridade Social exonerando do pagamento de cotizacións sociais, por continxencias comúns, coas salvidades que en dito Real Decreto recóllense.

É, pois, evidente que o contexto económico e social español cando entra en vigor o Estatuto dos Traballadores cambiou substancialmente e que a xubilación forzosa deixou de ser un instrumento necesario para a regulación do mercado de traballo, dentro da actual política de emprego, encamiñada, pola contra, de conformidade coas directivas Comunitarias e cos acordos habidos entre o Goberno e representantes dos Sindicatos e das Asociacións patronais, a lograr unha prolongación da vida laboral, tanto pola realidade social da mellora da calidade de vida e maior duración desta, que determina a aptitude dos individuos para permanecer activos durante máis tempo, como pola repercusión que isto ten no sistema da Seguridade Social.

Sentado o anterior, é claro que non existe na actualidade un dereito colectivo ó traballo que poida verse interferido ou menoscabado polo exercicio pleno do mesmo dereito de forma individual, o que nos leva ás seguintes consideracións:

1.^a) O exercicio dun dereito fundamental só pode limitarse polo doutro co que colisiona e ó que haxa de darse prioridade pola súa relevancia; así, o dereito individual de toda persoa ó traballo pode quedar limitado, como puxo de manifesto o Tribunal Constitucional, polo dereito colectivo a este, na medida en que aquel haxa de ceder a prol do ben da comunidade, coa finalidade de reparti-lo traballo en tanto este sexa escaso.

2.^a) Estando actualmente encamiñada a política social e económica comunitaria e nacional, precisamente, a prolonga-la permanencia activa dos traballadores máis alá da idade de xubilación, a limitación do repetido dereito fundamental individual non pode ampararse na súa colisión co dereito colectivo nin se configurar como un instrumento necesario para regula-lo mundo laboral, polo que, unicamente a Lei, conforme ó disposto no artigo 53.3 da Constitución, pode limita-lo exercicio do devandito dereito, amparado polo artigo 35 da Suprema norma.

3.^a) O Convenio Colectivo pode si regular, en virtude do establecido no artigo 85 do Estatuto dos Traballadores, materias de índole económica, laboral, sindical e, en xeral, cantas outras afecten ás condicións de emprego e ó ámbito de relacións dos traballadores e as súas organizacións representativas co empresario e as asociacións empresariais, pero sempre dentro do respecto ás Leis, podendo mellora-las previsións do Estatuto dos Traballadores, que é unha norma de mínimos, pero non acernar ou rebaixa-los dereitos recoñecidos nel, non podendo, polo tanto, regular nin limitar dereito fundamental ningún, cando o mesmo non colisiona con outro que precise unha maior protección, como acontece na actualidade en que, como se repetiu, a política Comunitaria non demanda prioritariamente postos de traballo vacantes, senón o mantemento en activo dos traballadores que accederon á prestación de xubilación, polo que, *sen Lei que autorice tal limitación, está vedado ós Convenios* o establecemento dunha idade de xubilación forzosa.

4.^a) Así pois, actualmente, o establecemento por un Convenio Colectivo dunha idade de xubilación forzosa vulnera os seguintes preceptos:

- Os artigos 2 e 6 da Directiva 78/2000 do Consello, antes citada, na virtude da cal é discriminatoria a diferenza de trato por motivos de idade, se non está xustificada obxectiva e razoablemente, no marco do Dereito nacional, por unha finalidade lexítima, incluídos os obxectivos lexítimos das políticas de emprego, do mercado de traballo e da formación profesional, e se os medios para lograr este obxectivo son adecuados e necesarios, xustificación que non concorre.

- O artigo 14 da Constitución en tanto a xubilación forzosa entraña unha discriminación do traballador por razón exclusiva da idade, ó non haber outra causa para o seu establecemento.

- O artigo 17 da Constitución, dado que a exclusión do traballador do mundo laboral, acerna a súa liberdade, obrigándoo a face-lo que non quere, sen que exista un interese social superior ante o que deba cede-lo seu dereito.

- O artigo 35.1 da Constitución, ó priva-lo traballador do seu dereito ó traballo.

- O artigo 12.6 do Estatuto dos Traballadores que recoñece a todo traballador o dereito a continuar traballando cando reúna tódalas condicións esixidas, incluída a idade, pola Seguridade Social, para acceder á pensión contributiva de xubilación e facultalle, partindo de tal dereito, para facer novación o contrato e presta-los seus servizos a tempo parcial.

- Os principios informadores do Pacto de Toledo, da citada Directiva e das demais normas aludidas, que proclaman que a súa finalidade é a de prolonga-la vida activa dos traballadores e dotar á lexislación de medios de xubilación flexible, todo o cal é contrario ó establecemento dunha idade de xubilación forzosa, que faría estériles tódalas previsións normativas aludidas.

Ademais, habemos de sinalar que tódalas disposicións dos Convenios vixentes, que establecen unha idade de xubilación forzosa, son nulos, por imperativo do disposto no artigo 15 da repetida Directiva, en tanto contrarias ós seus mandatos, e, en todo caso quedaron derogadas, pola disposición derogatoria única do Real Decreto lei 5/2001, validado pola Lei 12/2001 de 9 de xullo, todas as contidas en Convenios asinados con anterioridade á súa entrada en vigor, en canto se opoñen ó dereito recoñecido nesta norma e incorporado ó Estatuto dos Traballadores a continuar traballando con posterioridade a reunir tódolos requisitos para obter unha prestación contributiva de xubilación, incluído o da idade, sendo de destaca-la doutrina do Tribunal Constitucional na súa sentenza 210/1990 de 20 de decembro da que foi relator o Señor Tomás e Valente, conforme á cal:

a) A Lei domina xerarquicamente sobre o Convenio Colectivo; e este ha de respecta-las normas legais de Dereito necesario absoluto e relativo.

b) A Lei nova afecta ó convenio colectivo, durante a vixencia deste, se a propia Lei non dispón o contrario.

c) A modificación introducida pola Lei nova pode xustifica-la renegociación do convenio colectivo para o futuro, pero non conduce por si mesma á nulidade total do devandito convenio alterado.

De todo o cal séguese a estimación do recurso, ó quedar derogado o precepto convencional no que se amparou a empresa para proceder á súa xubilación, sendo nula a mesma e estando polo tanto ante un despedimento que, en tanto discriminatorio, ha de declararse igualmente nulo á luz do disposto no artigo 55.5 do Estatuto dos Traballadores".

Nesta mesma liña, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Castela do 24 de abril de 2002, establece que a extinción do contrato de traballo, levada a cabo unha vez entrado en vigor o Real Decreto 5/2001, constitúe un despedimento improcedente, ó entender que xa non é aplicable a cláusula do Convenio Colectivo que establecía a xubilación forzosa dos traballadores ó cumpri-los 65 anos, por entender que o artigo 161.a-n) da Lei Xeral da Seguridade do 20 de xuño de 1994 regula a xubilación como un dereito do traballador e non como unha obriga inherente ó cumprimento da idade. E, non é posible que se pacten no Convenio Colectivo cláusulas de xubilación obrigatoria, por cuanto esa posibilidade quedou sen amparo legal e está en contra do principio de non discriminación do artigo 17.1 do Estatuto dos Traballadores, e ir en contra do dereito subxectivo ó traballo recoñecido con carácter xeral no artigo 7.a-n) do propio Estatuto dos Traballadores e nos artigos 322 e seguintes do Código Civil, dereito ó traballo que ten o seu amparo no artigo 35.1 do Texto Constitucional, así como no artigo 14 da propia Constitución en canto proscribe a discriminación, polo que xorde un límite legal ó contido negociador que debe ser respectado polos Convenios Colectivos a teor do artigo 85.1 do Estatuto dos Traballadores.

Tamén suscita e resolve a cuestión relativa á eficacia normativa de tales cláusulas pactadas en Convenios Colectivos anteriores vixentes á entrada en vigor da norma derro-

gatoria da disposición adicional décima do Estatuto dos Traballadores, afirmando que a aplicación da nova norma legal ós Convenios vixentes nese momento, non cabe entender que supoña unha aplicación retroactiva desta, pois non se pretende que afecte a situacións creadas con anterioridade, senón unicamente ás posteriores á súa vixencia, o que é acorde coa doutrina constitucional, derivada dun suposto moi similar, cando se produciu a redución da xornada máxima legal, afectando ós Convenios Colectivos en vigor que tiñan pactada unha superior, se ben solo a partir da súa entrada en vigor (STC do 20 de decembro de 1990).

Por último, declara que o despedimento é improcedente e non nulo como pedía a actora, por canto non existía discriminación, xa que a extinción da relación laboral efectúabase de acordo cunha cláusula dun Convenio Colectivo a validez do cal se cuestionaba, polo que se a mesma era válida non se estaba ante ningún tipo de despedimento mentres que se se entende que quedou derogada se está ante un despedimento sen causa pero non discriminatorio, o que comporta que a decisión empresarial, ó carecer do apoio normativo, deba declararse como despido improcedente.

Os argumentos doutrinarios e xurisprudenciais a favor do mantemento da posibilidade de seguir pactándose estas cláusulas nos Convenios Colectivos, pódense agrupar nos seguintes apartados⁷: 1) o establecemento por Convenio Colectivo non supón vulneración dunha materia reservada por Lei (STSJ Madrid 11 de xaneiro de 2002), 2) a xubilación forzosa é materia propia do contido dos Convenios Colectivos, de acordo coa regulación contida no artigo 85.1 do Estatuto dos Traballadores (STSSJ Aragón do 23 de xaneiro de 2002 e Cataluña do 6 de febreiro de 2002) e, ademais o ordenamento xurídico non contén ningunha norma prohibitiva expresa, nin existe disposición que impida que a vontade do traballador á hora de decidi-lo momento da súa xubilación sexa substituída por unha decisión xurdida no seo da negociación colectiva, 3) os Convenios Colectivos poden regular unha materia deslegalizada, xa que para iso non necesitan a autorización expresa da Lei, posto que a súa eficacia vén directamente da norma suprema (STSJ Cataluña do 29 de outubro de 2002), 4) a orixinaria prohibición legal de negociar colectivamente idades de xubilación forzosa do traballador, foi derogada pola disposición adicional quinta do Estatuto dos Traballadores na súa versión de 1980 e por iso resulta clara a imposibilidade xurídica de resucita-la defunta prohibición legal orixinaria⁸, 5) a derogación non supón unha prohibición (STSJ Comunidade Valenciana do 21 de novembro de 2002), 6) a finalidade do cambio normativo só é desincentiva-la opción da xubilación forzosa (STSJ País Vasco do 19 de febreiro de 2002 e Cataluña do 29 de outubro de 2002).

Os argumentos doutrinarios e xurisprudenciais en contra do mantemento da posibilidade de seguir pactando estas cláusulas nos Convenios Colectivos, poderían ser agrupados nos seguintes apartados⁹, 1) despois da derogación da disposición adicional décima do Estatuto dos Traballadores, ó non haber habilitación legal desapareceu a potestade dos interlocutores sociais de pactar este tipo de cláusulas¹⁰, pois derogada a autorización

7 JORDI GARCIA VIÑA e JOSE LUIS SALÍDO BANUS, "¿Es posible pactar en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa? Análisis de las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión". Actualidad laboral nº 25, 2003. páxina 464 a 466.

8 MARTINEZ GIRON, "La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores", Actualidad laboral, Tomo 1, 2002, páxinas 154-155.

9 JORDI GARCIA VIÑA e JOSE LUIS SALÍDO BANUS, "¿Es posible pactar en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa? Análisis de las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión". Actualidad laboral nº 25, 2003. páxina 466 a 470.

10 ALONSO OLEA e CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo, Madrid, Civitas, 2002, páxina 517.

devén con iso o mantemento da prohibición (STSX Castela do 24 de abril de 2002), 2) pois a xubilación forzosa sen habilitación legal implica unha vulneración do dereito ó traballo dende os seus dous puntos de vista individual e colectivo (STSX Castela do 24 de abril de 2002), 3) discriminación (STSX Madrid do 17 de decembro de 2002), 4) perda de xustificación da medida mantida pola xurisprudencia a partir do pacto de Toledo (STSX Madrid do 17 de decembro de 2002) e, 5) as cláusulas vixentes nos Convenios Colectivos debeñen nulas, ó aplica-la mesma teoría que a considerada pola sentenza do Tribunal Constitucional 210/1990, do 20 de decembro, respecto á limitación legal da xornada máxima de traballo (STSSX Castila la Mancha do 24 de abril de 2002 e Madrid do 17 de decembro de 2002).

V. AS SENTENCIAS DO TRIBUNAL SUPREMO DO 9 DE MARZO DE 2004

A teor do expuesto, como xa se indicou, facíase preciso que o Tribunal Supremo se pronunciase en unificación de doutrina e, iso fíxoo, nas citadas sentencias do 9 de marzo de 2004, dictadas en Sala Xeral, en onde se formularon dúas cuestións. Unha, con carácter principal *"establecer se a derogación da disposición adicional décima (límite máximo de idade para traballar) do Estatuto dos Traballadores de 1995, supón a prohibición de que os Convenios Colectivos conteñan cláusulas desta natureza, ou ben se trata dunha simple deslegalización da materia que non ha de impedir que os Convenios sigan regulando no futuro idades de xubilación sen prexuízo do disposto en materia de Seguridade Social para estes efectos"*. E outra, como alternativa para o suposto en que a anterior cuestión se resolvese en sentido negativo, consistente en *"determinar se a xubilación forzosa acordada polo empresario a teor do disposto nun Convenio Colectivo xa vixente antes da mencionada derogación e que dispoñía a xubilación ós 65 anos de forma plena e incondicionada, é válida como tal para extinguir a relación laboral entre as partes, aínda despois da vixencia da Lei Derrogatoria, ou pola contra, tal como conclúe a sentenza impugnada, a extinción acordada pola empresa debe entenderse inxustificada e considerada como despido"*.

En relación, sobre a primeira das cuestións, manteñen as sentencias, que despois da derogación, non é factible xa que mediante a negociación colectiva se poidan establecer determinadas idades de xubilación forzosa, o que se fundamenta nas seguintes razóns:

1. - A disposición adicional décima do Estatuto dos Traballadores de 1995, impedía que, durante a súa vixencia, puidesen considerarse discriminatorias as cláusulas dos Convenios Colectivos referidas a xubilación forzosa, porque contaban con esa previa habilitación legal asentada, á súa vez, nunha xustificación obxectiva e razoable. A sentenza do Tribunal Constitucional 22/1981, sinalou no seu fundamento xurídico oitavo, que *"O dereito ó traballo non se esgota na liberdade de traballar; supón tamén o dereito a un posto de traballo e como tal presenta un dobre aspecto: individual e colectivo, ámbolos dous reconecidos nos arts. 35.1 e 40.1 da nosa Constitución, respectivamente (...) A política de emprego baseada na xubilación é unha política de repartición ou redistribución de traballo e como tal supón a limitación do dereito ó traballo dun grupo de traballadores para garanti-lo dereito ó traballo doutro grupo. A través dela limítase temporalmente ó primeiro o exercicio do dereito individual ó traballo mediante a fixación dun período máximo en que ese dereito pode exercitarse, coa finalidade de facer posible ó segundo o*

exercicio dese mesmo dereito". E no noveno engadiu que "esta política de emprego supón a limitación dun dereito individual consagrado constitucionalmente no art. 35; pero esa limitación resulta xustificada, pois ten como finalidade un límite recoñecido na Declaración Universal de Dereitos Humanos no seu art. 29.2 -o recoñecemento e respecto ós dereitos dos demais- e ápoíase en principios e valores asumidos constitucionalmente, como son a solidariedade, a igualdade real e efectiva e a participación de todos na vida económica do país (art. 9 da Constitución). Por outra banda, dita limitación pode quedar tamén xustificada pola súa contribución ó benestar xeral -outro dos límites recoñecidos na Declaración Universal de Dereitos humanos e no Pacto Internacional de Dereitos económicos, sociais e culturais-, se se teñen en conta as consecuencias sociais de carácter negativo que poden ir unidas ó paro xuvenil".

2. - A limitación do dereito ó traballo pertence ó ámbito de reserva da Lei establecida no art. 53.1 da Constitución. Dispón esta no seu art. 35.1 que *"Tódolos españois teñen deber de traballar e o dereito ó traballo";* e no artigo 37.1, que *"A Lei garantirá o dereito á negociación laboral"*. Na conxugación de ámbolos dous dereitos, que aparecen recollidos na mesma Sección segunda, Capítulo II, do Título I ("Dos Dereitos e Deberes dos cidadáns") do Texto Fundamental, debe prevalece-lo primeiro sobre o segundo, posto que o artigo 14 do mesmo texto legal (Sección Primeira do mesmo Capítulo "Dos dereitos fundamentais") declara que *"Os españois son iguais ante a Lei, sen que poida prevalecer discriminación ningunha por razón de nacemento... ou calquera outra condición ou circunstancia persoal ou social"*. E na actualidade non existe norma con rango legal que autorice, por razóns xustificadas e razoables, a limitación do dereito ó traballo e o descoñecemento do principio de igualdade. En definitiva, desaparecida a norma legal autorizante -a adicional 10ª- queda a negociación colectiva sen o marco habilitante para establecer limitacións a aqueles dereitos ó que aludiu o T. Constitucional nas sentencias 22/1981 e 58/1985 dos que no fundamento terceiro se transcribiron os parágrafos pertinentes. Porque os Convenios Colectivos están obrigados a respectar non só as disposicións legais de dereito necesario, senón tamén o mandato de reserva de lei que impón a Constitución, na que ten o seu fundamento a propia negociación colectiva.

3. - Douro lado, acontece que ademais de ser derogada a norma autorizante, desapareceron tamén as razóns que xustificaron tanto a norma, como as consideracións de política de emprego implícitas nos Convenios, ás que aluden nosa sentenza do 14 de xullo de 2000. A situación social e laboral actual (canon de interpretación das normas ex. art. 3.1 C.Civil é moi diferente á dos anos 80). E iso provocou que, sobre todo a partir do Pacto de Toledo, vaiase plasmando un rotundo cambio de orientación na política social e económica tendente á flexibilización da idade de xubilación de forma gradual e progresiva, e mesmo á compatibilidade entre a pensión de xubilación e o mantemento da vida laboral. Proba diso é que o Pacto sinala que *"resultaría moi aconsellable en termos financeiros e sociais, facilita-la prolongación voluntaria da vida activa de quen libremente o desexen"*.

Unha clara manifestación legal desa nova orientación foi xa a Lei 24/1997, do 15 de xullo, de Consolidación e Racionalización do Sistema da Seguridade Social, que estableceu no seu artigo 12 unha nova disposición adicional vixésimo-sexta á Lei Xeral da Seguridade Social, conforme á cal *"O Goberno poderá outorgar desgravacións ou deducións de cotizacións sociais, naqueles supostos en que o traballador opte por permanecer en activo, unha vez alcanzada a idade de 65 anos, con suspensión proporcional ó cobro da pensión. A súa regularización farase logo da consulta ás organizacións sindicais e asociacións empresariais máis representativas"*.

4. - A devandita tendencia é igualmente manifesta en todo o ámbito europeo. Así, vén marcada polas Directrices para o emprego do ano 2000 aprobadas polo Consello Europeo de Helsinki os días 10 e 11 de decembro de 1999, que subliñan a necesidade de prestar especial atención ó apoio concedido ós traballadores de máis idade, co fin de prolonga-la súa participación na poboación activa. E é seguida, igualmente, pola Directiva 78/2000 do Consello, do 27 de novembro (publicada no DOCE 2 de decembro de 2000) recentemente trasposta ó noso Dereito pola Lei 62/2003, do 30 de decembro, de Medidas Fiscais, Administrativas e de Orde Social, que procedeu a modificar entre outros os artigos 17.1 e 4.2 c) do Estatuto dos Traballadores e o artigo 96 da Lei de Procedemento Laboral.

5. - A devandita Directiva despois de aludir ás citadas Directrices, sinala no número 25 do "considerando" que *"A prohibición de discriminación por razóns de idade constitúe un elemento fundamental para alcanza-los obxectivos establecidos polas directivas sobre o emprego e para fomenta-la diversidade neste. Non obstante, en determinadas circunstancias pódense xustificar diferenzas de trato por razóns de idade, e requiren polo tanto disposicións específicas que poden variar segundo a situación dos Estados membros. Resulta, pois, esencial distingui-las diferenzas de trato xustificadas, concretamente, por obxectivos lexítimos das políticas de emprego, do mercado laboral e da formación profesional, e debe prohibirse a discriminación"*. E o seu articulado responde a ese obxectivo. Así: No seu artigo 1 proclama que *"A presente Directiva ten por obxecto establecer un marco xeral para loitar contra a discriminación por motivos de relixión ou conviccións, de minusvalidez, de idade ou de orientación sexual no ámbito do emprego e a ocupación, co fin de que nos Estados membros se aplique o principio de igualdade de trato"*. Concepto de discriminación, que dá o artigo 2.2.b), ó dicir que: *"Existirá discriminación indirecta cando unba disposición, criterio ou práctica aparentemente neutros poida ocasionar unba desvantaxe particular a persoas (...) dunba idade..."*

No artigo 6 contempla, como supostos que autorizan diferenzas de trato por motivo de idade, que: *"Non obstante o disposto no apartado 2 do artigo 2, os Estados membros poderán dispoñer que as diferenzas de trato por motivos de idade non constituirán discriminación se están xustificadas obxectiva e razoablemente, no marco do Dereito nacional, por unba finalidade lexítima, incluídos os obxectivos lexítimos das políticas de emprego, do mercado de traballo e da formación profesional, e se os medios para lograr este obxectivo son adecuados e necesarios"*.

No 13, apartado 2, dispón que os Convenios Colectivos *"respectarán os requisitos mínimos establecidos na presente Directiva e as correspondentes medidas nacionais de aplicación"*.

No 16, sobre o cumprimento da Directiva, prevé que: *"Os Estados membros adoptarán as medidas necesarias para velar por que: a) se supriman as disposicións legais, regulamentarias e administrativas contrarias ó principio de igualdade de trato; b) se declaren ou poidan declararse nulas ou inválidas ou se modifiquen tódalas disposicións contrarias ó principio de igualdade de trato que figuren nos contratos ou convenios colectivos, nos regulamentos internos das empresas ou nos estatutos dos profesionais independentes e das organizacións sindicais e empresariais"*.

Finalmente, o artigo 18 establece que *"Os Estados membros adoptarán as disposicións legais, regulamentarias e administrativas necesarias para dar cumprimento ó establecido na presente Directiva como moito o 2 de decembro de 2003 ou ben poderán confía-la súa aplicación, polo que se refire ás disposicións que dependen dos convenios colec-*

tivos, ós interlocutores sociais, a petición conxunta destes. En tal caso, os Estados membros aseguraranse de que, como moito o 2 de decembro de 2003, os interlocutores sociais estableceran de mutuo acordo as disposicións necesarias; os Estados membros interesados deberán tomar tódalas disposicións necesarias para poder garantir, en todo momento, os resultados fixados pola presente Directiva. Informarán inmediatamente diso á Comisión".

6. - Nesa mesma liña, a Exposición de Motivos da Lei 12/2001, que validou o Real Decreto lei 5/2001, que derogou a disposición adicional décima, di expresamente "...merece destacarse, finalmente, a derogación da disp. adic. 10ª ET. que estimulaba a adopción de medidas para logra-la xubilación forzosa dos traballadores de maior idade e a súa retirada do mercado de traballo, **como instrumento dunha política de emprego inspirada en concepcións e apoiada en realidades demográficas e do mercado de traballo distintas das actuais**". Recoñece así que desapareceron as razóns de política de emprego, obxectivas e razoables que xustificaron o nacemento e a vixencia de dita Adicional.

Sobre esta primeira cuestión á que se alude nos Fundamentos de Dereito Terceiro das sentencias, cabe a dúbida de se máis que constituír doutrina unificada son en realidade *obiter dicta*. Pois, aínda cando se formulan dúas pretensións no recurso, a verdadeira cuestión litixiosa é a que se fai figurar con carácter alternativo, é dicir, se continúan sendo válidas as xubilacións forzosas acordadas polo empresario, a teor do disposto nun Convenio Colectivo vixente antes da derogación da disposición adicional décima do Estatuto dos Traballadores. E a esta cuestión podían contesta-las sentencias, sen necesidade de facer pronunciamento ningún, sobre se mediante a negociación colectiva despois da derogación da citada disposición adicional, se poden pactar cláusulas establecendo límites máximos de idade para traballar. Pero, aínda que por iso se poida entender, que tales consideracións constitúen un *obiter dicta*, sen embargo resulta lóxico afirmar, que tal doutrina se ha de seguir polo Tribunal Supremo, cando se formulen novos recursos de casación para a unificación de doutrina nesta concreta materia. En todo caso, non cabe negar que as sentencias son congruentes cos termos en que se presentou o debate en casación da doutrina, se ben a pretensión que se formula como principal podería ser rexeitada polo Tribunal sen entrar no seu estudio, por falta de un "interese actual" necesitado de protección.

As citadas sentencias, en cambio, conteñen verdadeiro pronunciamento de unificación de doutrina no seu Fundamento de Dereito Sétimo en relación ás cláusulas de xubilación forzosa recollidas en Convenios Colectivos vixentes na data da derogación da disposición adicional décima, sobre cuyo particular sintan como doutrina o seguinte: "Estas tiñan amparo legal na devandita norma. E a súa derogación non supón a perda da súa vixencia, dado que foron establecidas de acordo cunha política de emprego temporalmente coincidente, polo menos, coa duración dos Convenios en cuestión, o equilibrio interno da cal, construído sobre mutuas renuncias entre os recíprocos dereitos das partes negociadoras, debe salvagardarse. Iso é conforme, ademais, coa Disposición Transitoria Segunda do Código Civil cando establece que "*Os actos e contratos asinados baixo o réxime da lexislación anterior, e que sexan válidos conforme a ela, producirán tódolos seus efectos segundo esta*". Conclusión que non é contraria ó establecido pola sentenza do Tribunal Constitucional 210/1990, do 20 de decembro, cuyo obxecto foi a Disposición transitoria da Lei 4/1983, do 29 de xuño, que modificou determinados preceptos do Estatuto dos Traballadores, en concreto o seu artigo 34.2, e reduciu a duración máxima legal da xornada ordinaria de traballo a corenta horas semanais de traballo efectivo.

A razón é que a devandita transitoria encerraba no seu parágrafo segundo: "A posta en práctica da xornada que se establece na presente Lei, non afectará á ordenación global da xornada de traballo existente nas empresas á entrada en vigor desta Lei, senón exclusivamente á súa duración, salvo pacto en contrario", un mandato como norma mínima e de dereito necesario con eficacia imperativa a partir da súa entrada en vigor. Mentres que a Adicional que examinamos non alcanza outra consecuencia xurídica que a derogación dunha norma habilitante; derogación que, con lóxica proxección de futuro, impide que as partes negociadoras das Convenios poidan estipular en diante cláusulas de xubilación forzosa, pero non alcanza ós pactos contidos nos Convenios que estaban vixentes na data en que se derogou a devandita Adicional.

Finalmente, dicir que ámbalas dúas sentencias conteñen un "voto particular", formulado por un Maxistrado, con adhesión doutros. Voto, que entenden, *"é concorrente co Fallo da sentenza dictada en Sala Xeral..."*, pero a discrepancia maniféstase *"... con algún dos razoamentos que levaron á Sala a estima-lo recurso"*. É dicir, trátase, pois, de *"un voto particular concorrente en canto ó fallo e discrepante dos argumentos que conduciron a este"*.

En síntese, a discrepancia céntrase en que, pese a ser derogada a disposición adicional décima do Estatuto dos Traballadores, segue sendo posible no noso dereito que pola vía da negociación colectiva se poida seguir fixando a xubilación forzosa dos traballadores ó chegar a unha determinada idade se se cumpren determinadas condicións.

Consideran, en definitiva, os Maxistrados que a combinación do principio de sucesión normativa co de respecto á autonomía colectiva e a forza vinculante dos convenios colectivos, xunto ó recoñecemento do dereito ó traballo, tanto na súa vertente individual como colectiva, conducen a entender que a xubilación forzosa é posible acordada en Convenio Colectivo, porque non existe ningunha norma de rango superior que o prohiba; pero que esta posibilidade non pode facerse libremente senón suxeita ás esixencias xustificativas do trato peroyativo que en relación con outros traballadores afectados polo mesmo Convenio van sufrí-los afectados pola xubilación, e que derivan do artigo 14 da CE e do art. 17 do Estatuto dos Traballadores correctamente interpretado, o que só se producirá cando se cumpran as limitacións antes indicadas.

En todo caso, á vista do anteriormente exposto, faise evidente que malia estas dúas sentencias de 9 marzo de 2004, dictadas polo Tribunal Supremo, a cuestión debatida aínda non se atopa plenamente resolta.