



Roj: **STSJ CAT 1575/2024 - ECLI:ES:Tsjcat:2024:1575**

Id Cendoj: **08019340012024101004**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **05/03/2024**

Nº de Recurso: **3817/2023**

Nº de Resolución: **1347/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIQUEL ANGEL FALGUERA BARO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG** : 08019 - 44 - 4 - 2021 - 8043333

RM

**Recurso de Suplicación: 3817/2023**

ILMO. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO, Presidente

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMA. SRA. SARA M<sup>a</sup> POSE VIDAL

ILMO. SR. ADOLFO MATÍAS COLINO REY

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMO. SR. EMILIO GARCÍA OLLÉS

ILMA. SRA. NURIA BONO ROMERA

ILMA. SRA. AMPARO ILLÁN TEBA

ILMO. SR. SALVADOR SALAS ALMIRALL

ILMO. SR. AMADOR GARCÍA ROS

ILMO. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS

ILMO. SR. MIGUEL A. FALGUERA BARÓ

ILMA. SRA. M. MAR MIRÓN HERNÁNDEZ

ILMO. SR. JAUME GONZÁLEZ CALVET

ILMO. SR. RAÚL URÍA FERNÁNDEZ

ILMO. SR. JESÚS GÓMEZ ESTEBAN

ILMA. SRA. MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA

ILMA. SRA. M<sup>a</sup> PILAR MARTÍN ABELLÀ

ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL PURCALLA BONILLA

ILMO. SR. JAVIER NÚÑEZ VARGAS



En Barcelona a 5 de marzo de 2024

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

### EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA** núm. 1347/2024

En el recurso de suplicación interpuesto por Valle frente a la Sentencia del Juzgado Social 24 Barcelona de fecha 16 de diciembre de 2022 dictada en el procedimiento Demandas nº 824/2021 y siendo recurridos MINISTERIO FISCAL y ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACEUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L.U, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Miguel Angel Falguera Baró.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Tutela de derechos fundamentales, en la que el actor, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2022 que contenía el siguiente Fallo:

"Desestimando la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Valle frente a la empresa ICU Médico Productos Farmacéuticos y Hospitalarios S.L.U., en reclamación por despido, debo absolver y absuelvo a la empresa de la pretensión planteadada frente a ella."

**SEGUNDO.**- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.** La actora, D<sup>a</sup> Valle , con DNI nº NUM000 , venía prestando servicios para la empresa ICU Médico Productos Farmacéuticos y Hospitalarios S.L.U. con una antigüedad de 12-7-82, categoría profesional de Delegada de Ventas en Barceona-Girona y salario anual bruto con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias de 107.613,28 euros.

**SEGUNDO.** Su relación laboral se formalizó mediante la suscripción de un contrato de carácter indefinido (doc. 3 de la demandada).

**TERCERO.** Por carta de fecha 30-7-21 la empresa le comunicó la extinción de su relación laboral con efectos de 1-10-21 "al haber cumplido usted la edad necesaria para acceder a la prestación por jubilación además de reunir los requisitos legales necesarios para acceder al cien por cien de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva" (documento adjunto a la demanda, doc. 1 de la parte actora y doc. 7 de la demandada).

**CUARTO.** En esa fecha la actora tenía 68 años de edad y tenía cotizados 44 años, 5 meses y 7 días.

**QUINTO.** En fecha 4-10-21 la empresa contrató a otro trabajador con la categoría profesional de Delegado de Ventas (docs. 4 a 6 de la demandada).

**SEXTO.** La actora no ostentaba ni había ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores.

**SÉPTIMO.** En fecha 3-11-21 se celebró el correspondiente acto de conciliación previa, con el resultado de sin avenencia."

**TERCERO.**- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, Valle , que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado impugnó, ICU MEDICAL PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS S.L.U., elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO. -Objeto de la suplicación**

La presente suplicación tiene por objeto dilucidar si la extinción de la relación laboral de la trabajadora recurrente, habiendo alcanzado la edad ordinaria legal de jubilación y teniendo derecho a acceder al cien por cien de dicha pensión, debe reputarse como una jubilación forzosa lícita, o bien como un despido nulo, o, subsidiariamente, improcedente. La sentencia recurrida ha desestimado dicha pretensión, al considerar que concurría una jubilación forzosa adecuada a legalidad.



La parte recurrente fundamenta su recurso en dos motivos, el primero dirigido a la revisión de hechos probados en virtud del art.193.b) de la LRJS, y el segundo a la censura jurídica al amparo del art.193.c) del mismo texto. Este último motivo se compone, a su vez, de los siguientes apartados:

A) Denuncia como infringidos, por aplicación errónea, los arts. 21 del convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos para los años 2019 y 2020 (aprobado por Resolución de 27 de julio de 2020, de la Dirección General de Trabajo - BOE nº. 215, de 10 de agosto de 2020-), 49.1.f) del Estatuto de los Trabajadores y la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores.

Postula la recurrente que la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción vigente, es contraria a los artículos 1.2, 4.1 y 24 de la Carta Social Europea Revisada (Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 - BOE nº. 139, de 11 de junio de 2021, en adelante CSER), debiéndose de inaplicar.

B) Subsidiariamente, para el caso que la D.A 10 del Estatuto de los Trabajadores fuese de aplicación, respecto a si nos encontramos ante un despido o una jubilación forzosa, la recurrente denuncia, como infringidos, por aplicación errónea, los arts. 21 del Convenio Colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos para los años 2019 y 2020, 49.1.f) del Estatuto de los Trabajadores y la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores.

Entiende la trabajadora que la Sentencia estaría vulnerando, por inaplicación, los arts.4 y 5 del Convenio Colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos para los años 2019 y 2020 y el art.86 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción que dicho precepto tenía a la fecha de efectos del despido, esto es, 1.10.2021, ya que el Convenio en que se funda la extinción contractual por jubilación había perdido su vigencia en el momento del despido.

C) Alternativamente, para el caso de no prosperar el anterior motivo de recurso, la recurrente denuncia, como infringido, por aplicación errónea, el 49.1.f) del Estatuto de los Trabajadores y vulnerado, por inaplicación, el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto la carta de despido no cumple con las formalidades legales.

D) De prosperar cualquiera de los motivos anteriores, y en cuanto a la calificación jurídica que ha de merecer el despido operado a la actora, al haber validado la extinción contractual por Jubilación forzosa, la Sentencia de instancia habría vulnerado, por inaplicación, los siguientes artículos: Art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, Art. 14 de la Constitución Española, Arts. 1 5 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en adelante LOIEMH, Art. 17 Estatuto Trabajadores en concordancia con el Art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea así como el art. 108.2 LRJS. Como quiera que tampoco se fija el quantum indemnizatorio (pues se valida la extinción empresarial), la Sentencia habría vulnerado, por inaplicación, el art. 183 LRJS en tanto que la Sentencia deberá fijar la indemnización que proceda como daño moral derivado del despido.

Entiende la recurrente que el despido de la actora es nulo, ex. art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (en relación con el art. 108.2 LRJS) por dos motivos autónomos y diferenciados: Nulidad del despido por razón de la edad y, además, por razón de género.

En cuanto a las consecuencias de la nulidad del despido, la trabajadora petitiona que se fije indemnización por daño moral, por poniendo unas bases para su cálculo, a razón de 105,35 € diarios, desde a fecha del despido (1 de octubre de 2021) hasta la fecha de la sentencia que declare la nulidad del despido.

E) Subsidiariamente, de no prosperar cualquiera de los motivos señalados en los Apartados A) a C) del presente recurso, la Sentencia habría vulnerado, por inaplicación, los siguientes artículos: Art. 55.1, 55.3 y 55.4, en relación con el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores, así como el art. 108.2 LRJS, por cuanto que la Sentencia debió declarar el despido improcedente.

El recurso ha sido impugnado por la representación del ICU Médico Productos Farmacéuticos y Hospitalarios S.L.U., quien ha interesado su desestimación íntegra. En dicha impugnación consta también, por la vía del art. 197.1 LRJS solicita la modificación del hecho probado primero, en relación al salario.

## **SEGUNDO. - Revisión de los hechos probados solicitada en el recurso y en la impugnación**

### **1. Recurso de la parte actora**

#### **a) Modificación del hecho probado tercero**

Como se ha referido en el fundamento precedente, el primero de los motivos de recurso está dirigido a la revisión de hechos probados al amparo del art.193.b) de la LRJS, pretendiendo la recurrente que se modifique el hecho tercero, proponiendo la siguiente redacción alternativa:



"**TERCERO.** Por carta de fecha 30-7-21 la empresa le comunicó la extinción de su relación laboral con efectos de 1-10-21 "al haber cumplido usted la edad necesaria para acceder a la prestación por jubilación además de reunir los requisitos legales necesarios para acceder al cien por cien de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva" (documento adjunto a la demanda, doc. 1 de la parte actora y doc. 7 de la demandada).

En fecha 20-9-2021, la actora remitió burofax a la empresa, en contestación a su comunicación extintiva, donde se indicaba: "La Sra. Valle pone en su conocimiento que no acepta la resolución contractual ya que no tiene amparo legal alguno solicitándoles que se retracten de la comunicación

remitida." (Folio nº. 51; Doc. nº. 2 ramo de prueba actora). En fecha 1-10-2021 la empresa contestó el burofax de la actora remitiendo comunicación por la que se indicaba:

- D. Valle ha cumplido la edad legal exigida para la jubilación y cumple, así mismo, las condiciones necesarias para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva;

- ICU MEDICAL ha procedido a la contratación de un nuevo trabajador. (Folio nº. 54; Doc. nº. 3 ramo de prueba actora)".

#### b) Doctrina jurisprudencial pertinente

En concordancia con la redacción actual del art.193.b) de la LRJS, así como la naturaleza casacional y extraordinaria que caracteriza al recurso de suplicación, la reiterada doctrina jurisprudencial exige que, para poder prosperar la revisión de los hechos que se hubieran declarados como probados por el órgano judicial a quo, habrán de concurrir los siguientes presupuestos:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso de suplicación cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo ( STS 4 octubre 2007).

- Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

- Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara (art.196.3). El error de hecho ha de ser evidente y derivarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios ( STS de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia.

- Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

- Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido compendiada, entre otras muchas resoluciones, por las SSTS Pleno 929/2021, de 22 de septiembre, FJ 1º; y 90/2022, de 1 de febrero, FJ 3º. Más recientemente, se reproduce idéntica doctrina en la STS Pleno 197/2023, de 15 de marzo, FJ 1º.

#### c) Aplicación al supuesto de autos: desestimación

Trasladando las exigencias legales y jurisprudenciales al supuesto que nos ocupa, procede desestimar la alteración del relato fáctico contenido en la sentencia recurrida. La parte recurrente pretende adicionar al relato fáctico la respuesta dada por la trabajadora a la comunicación extintiva del empresario, y, a su vez, los motivos dados por la empresa para proceder a dicha extinción, lo que resulta irrelevante para dirimir las cuestiones de fondo que se han suscitado en este debate litigioso. Ya consta en los hechos probados los motivos esgrimidos por la empresa para extinguir el contrato de trabajo, y que se procedió por aquella a la contratación de un nuevo trabajador después de la jubilación de la demandante.

### 2. Pretensiones de la demandada en la impugnación del recurso

#### a) Modificación del hecho probado primero

Como antes se indicaba la empresa, por la vía del art. 197.1 LRJS, postula la modificación del hecho probado primero, con remisión al documento número 10 de su ramo de prueba, abogando por la fijación de un salario de 104.640,36 euros anuales, en lugar de los 107.613,28 euros que allí constan.

#### b) Criterios de aplicación del art. 197.1 LRJS al respecto



Conforme a dicho precepto en el escrito de impugnación del recurso de suplicación pueden alegarse " *motivos de inadmisibilidad del recurso, así como eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias, aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia, con análogos requisitos a los indicados en el artículo anterior*". Se trata de una previsión introducida ex novo por la vigente ley procesal laboral, siguiendo la previa doctrina constitucional en aquellas situaciones en las que la parte vencedora pueda verse afectada negativamente por gravamen o perjuicio por el contenido de un pronunciamiento judicial. Como se indica en la STS 20.04.2015 -Rec. 354/2014-) " *se trata de una más de las manifestaciones del principio estructural de eventualidad del proceso laboral que es correlativo al principio de concentración igualmente característico del proceso social, que obliga a las partes a concentrar la formulación de sus pretensiones de condena o de absolución y debe llevar también a permitir que esa alegación concentrada pueda hacerse también con carácter eventual o subsidiario, de modo que sean resueltas de forma también concentrada en la sentencia todas las cuestiones que condicionan la resolución definitiva del asunto, y así evitar que sean necesarias sucesivas instancias o procesos ulteriores, obteniendo, en instancia o en recurso según sea el caso, una respuesta judicial única, pronta, cierta y eficaz*".

En el presente caso resulta evidente que -por las consecuencias que a efectos de posibles responsabilidades administrativas o judiciales ulteriores la determinación del salario pueda tener para la empresa concurre plena legitimación para petitionar dicha modificación fáctica, sin que se precise acudir a la vía del recurso al no alterarse con el cambio propuesto el fallo de la sentencia.

*c) Aplicación al supuesto de autos: desestimación*

En el fundamento jurídico primero de la sentencia, la magistrada de instancia afirma: " *de las nóminas aportadas en los ramos documentales de ambas partes se desprende que el total devengado por la trabajadora desde octubre de 2020 a septiembre de 2021 ascendió a un total de 109.881,15 euros, si bien, habiendo alegado la parte actora un salario anual de 107.613,28 euros al mismo deberá estarse*".

Cabe observar que la impugnante no discute la naturaleza salarial de los distintos complementos que figuran en las nóminas (entre ellos: vehículo, combustible, seguro de vida, seguro de accidentes, etc.), limitándose a reseñar que la suma del salario percibido en las doce últimas nóminas ofrece la cantidad por la que aboga.

Ciertamente, conforme constante jurisprudencia, el salario a computar en las demandas de despido se corresponde con el percibido en el último mes anterior al mismo con la inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias (por todas: STS UD 30.05.2003, Rec. 2754/2002), salvo en aquellos supuestos en los que la persona trabajadora devengue otras retribuciones periódicas no mensuales (como aquí ocurre); supuesto en el cual corresponde sumar todas las retribuciones del año anterior, prorrateadas en su caso por meses o días (entre otras muchas: STS UD 25.01.2006, Rec. 3813/2004).

Pues bien, en el presente caso concurre una evidente problemática: de las hojas de salario aportadas consta que en los dos meses inmediatamente anteriores a la extinción del contrato permaneció de baja, cobrando la correspondiente prestación y percibiendo un complemento a cargo de la empresa. En la medida en que la sala desconoce si dicha mejora voluntaria cubría o no la totalidad de la retribución y en tanto que la impugnación no ofrece criterio de cálculo alguno, limitándose a proponer la suma de todas las nóminas, cabrá validar el criterio seguido en el primer grado jurisdiccional, lo que nos debe llevar a la desestimación de este motivo.

**TERCERO. - De la aplicabilidad de la DA 10ª del Estatuto de los Trabajadores : control de convencionalidad por contravención de la Carta Social Europea**

*1. Tesis de la recurrente.*

Conforme a lo expuesto en el escrito de interposición del recurso de suplicación, descartada la modificación del relato de hechos probados, procede la resolución del apartado A) del segundo motivo, formulado al amparo del art.193.c) de la LRJS, y por el que se denuncia infracción de los arts. 21 del Convenio Colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos para los años 2019 y 2020, 49.1.f) del Estatuto de los Trabajadores y la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores.

Arguye la recurrente que la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores es contraria a los artículos 1.2, 4.1 y 24 de la Carta Social Europea Revisada, por lo que no puede resultar de aplicación. En síntesis, la demandante esgrime los siguientes razonamientos:

- El art.1.2 de la CSE prohíbe la discriminación en el empleo, por lo que se opone a la DA 10ª del ET que permite expulsar a un trabajador por razón de su edad.

- El art. 4.1.a de la CSE reconoce el derecho de los trabajadores a una remuneración equitativa, lo que se contraponen a la DA 10ª al permitir que el asalariado pase de percibir la retribución pactada a una pensión notablemente inferior.



- El art. 24.a) de la CSE sólo permite el despido del trabajador por razones justificadas relacionadas con su aptitud o conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, habiendo sido menoscabada esta garantía por la extinción unilateral decidida por el empresario, que no es una jubilación, sino un despido carente de causa.

Por otra parte, en el apartado final de su recurso, se alega también la vulneración del art. 14 CE, alegando discriminación por razón de edad, lo que -como luego se verá- tiene una evidente conexión con el motivo aquí analizado.

Resulta evidente que la tesis más reforzada del recurso pasa por la referida vulneración de diversos preceptos de la Carta Social Europea (revisada), de tal forma que aquello que, en definitiva, se nos pide es que efectuemos un juicio de convencionalidad; por tanto, que dotemos de primacía aplicativa a dicha norma internacional por encima de la legislación española, tanto en relación a la causalidad de la propia extinción, como respecto a la no discriminación por razón de edad.

## 2. La Carta Social Europea (revisada) y la interpretación efectuada por el Comité Europeo de Derechos Sociales.

Ciertamente la Carta Social Europea (revisada) resulta de aplicación a la presente litis, en tanto que, tras la suscripción de la misma por el Estado español, entró en vigor el 1 de julio de 2021 y la extinción del contrato por jubilación obligatoria tuvo efectos de 31 de julio de dicho año. En todo caso, a juicio de la sala el contenido de dicha norma internacional debe ser analizado teniendo en cuenta las informes "ad hoc", resoluciones y conclusiones emitidas en su interpretación por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), con valor parajurisdiccional (en especial, en los procesos de reclamaciones colectivas previsto en el Protocolo Adicional, suscrito también por España).

Por lo que hace a la alegada vulneración del art. 4.1.a de la Carta, la sala ha de desestimar "a limine" dicha pretensión, en tanto que en el mismo lo que se protege es el derecho a una remuneración justa y digna, lo que no tiene relación alguna con el caso aquí analizado. Ciertamente la pensión de jubilación a la que la actora tiene derecho es sensiblemente inferior al salario que percibía anteriormente. Pero ocurre que, al margen de que ambos escenarios no superan un juicio de comparación, esto ocurre en prácticamente todos los supuestos de jubilación, especialmente cuando la retribución percibida por el trabajo supera los límites máximos de cotización, con los consiguientes efectos sobre la base reguladora.

Mayor enjundia reúne la alegada inaplicación del art. 1.2 pretendido por la recurrente, puesto que, en el mismo, aunque la garantía observada se refiere derecho de las personas asalariadas a ganarse la vida conforme al trabajo libremente elegido, también se incluye, según el CEDS, la interdicción de cualquier causa de discriminación en el empleo (en relación al art. 20), entre las que se encuentra la edad. En consecuencia, cabría considerar que en el presente caso -como se pretende posteriormente en el recurso- concurre una discriminación por razón de edad, en tanto que es este factor cronológico el que comporta -aunque sea indirectamente- la extinción del contrato.

Y, finalmente, sí tiene un efecto directo en nuestras reflexiones la alegada vulneración del 24.a) de la CSE, al preverse en él la limitación del despido por razones justificadas relacionadas con su aptitud o conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, habiendo sido menoscabada -según la recurrente- dicha tutela por la extinción unilateral decidida por el empresario, que no es una jubilación, sino un despido carente de causa.

Pues bien, en esta materia existen pronunciamientos concretos del CEDS. En primer lugar, por su importancia, cabe citar la decisión de 2 de julio de 2013, adoptada en el asunto Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, reclamación n. 74/2011, en la que se aborda la interpretación conexa tanto del art. 1.2, como del 24 a) CSE, respecto a un cambio legislativo que se estaba operando en dicho país septentrional conforme al cual se podía notificar la finalización contractual de los marineros a partir de los 62 años, únicamente por la edad.

El contenido de dicha decisión puede ser resumido en la forma siguiente:

\* Citando las conclusiones 2012, Introducción General, se recuerda que el concepto de despido se refiere a cualquier terminación del empleo por iniciativa del empleador, por lo que la extinción del contrato por iniciativa del empleador por cumplimiento de la edad normal de jubilación (edad en la que una persona tiene derecho a una pensión) será contrario a la Carta, a menos que la terminación esté debidamente justificada con referencia a uno de los motivos válidos expresamente establecidos en la misma.

\* La extinción por edad queda, por tanto, condicionada a si concurre una justificación incurso a uno de los motivos válidos expresamente enlistados en dicho Artículo. El Comité observa en este sentido que la normativa noruega permite el despido de los marineros afectados a la edad de 62 años sin tener en cuenta su capacidad o conducta, así como cualquier requisito operativo de la empresa, establecimiento o servicio. Por lo que, dado



que la ley nacional no requiere otros motivos que no sean la edad para justificar el despido, la disposición impugnada claramente cae dentro del ámbito de aplicación del art. 24 CSE.

\* A partir de dicha consideración se rechaza que concorra como causa justificada la garantía de la salud y seguridad de las personas que trabajan en el mar, al existir revisiones médicas periódicas de quienes realizan este tipo de trabajos, sin que el gobierno noruego aportara justificación suficiente sobre los requisitos profesionales esenciales que imponen la jubilación anticipada de los marineros.

\* Y, finalmente, respecto a la tesis sostenida por el ejecutivo del país afectado sobre la creación de condiciones sociales beneficiosas que probablemente contribuirían al reclutamiento en la profesión, se reitera que no se ha aportado documentación estadística al respecto.

Por otra parte, el CEDS ha dictado también una resolución indirectamente afectante al supuesto aquí analizado, como son las Conclusiones 2008, Lituania, en las que se indica que el despido por motivos de edad no constituirá una razón válida para la terminación del empleo a menos que la terminación esté, en el contexto de la legislación nacional, objetiva y razonablemente justificada por un objetivo razonable, como una política de empleo legítima, objetivos del mercado de trabajo o los requisitos operativos de la empresa, establecimiento o servicio y siempre que los medios para lograr ese objetivo sean adecuados y necesarios.

### 3. El control de convencionalidad

Como se ha dicho antes la pretensión central de la recurrente es que se apliquen las citadas disposiciones de la Carta Social Europea (revisada) por encima de la legislación española.

La determinación de si un juez nacional puede primar la aplicación de los tratados internacionales sobre la ley interna (el denominado control de convencionalidad), interpretando ésta de conformidad con aquéllos o, incluso, dejando de aplicar la norma estatal por contradicción con otra internacional ha sido durante años objeto de polémica doctrinal.

Aunque doctrinalmente siempre se ha considerado por la mayor parte de autores que los Tratados Internacionales están jerárquicamente situados por encima de la Ley, la Constitución española no contempla la vía compositiva en los supuestos de colisión entre ambos, en tanto que su art. 96 se limita a consagrar un modelo monista. Sin embargo, sí lo hace el art. 31 de la Ley 25/2014 de 27 de noviembre sobre Tratados y otros Acuerdos Internacionales, conforme al cual: *" las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional"*.

Sin embargo, dicho marco legal no determina a qué órgano jurisdiccional (o constitucional) corresponde aplicar el juicio de convencionalidad. Dicha cuestión fue abordada por la STC 140/2018, de 20 de diciembre. En la misma el TC rechazó asumir esas competencias, dejando en manos de los jueces y tribunales la determinación de si prima o no la norma internacional sobre la ley española. Se destacaba a dichos efectos que esa elección es una mera cuestión de aplicación de normas, sin que en el caso de que el órgano jurisdiccional se decantara por la norma supranacional se derivase en forma alguna un control de validez de la Ley. Se afirma en dicha sentencia: *" El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14 y 180/1993, de 31 de mayo ). En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales ( STC 102/2002 , FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto"*.

El propio Tribunal Supremo ha acudido esporádicamente a efectuar dicho control de convencionalidad, como, por ejemplo -y en relación a la Carta Social Europea de 1961- en su sentencia de 28 de marzo de 2022 (Rcud. 471/2020).

Ahora bien, cabe indicar que el juicio de convencionalidad determina que, por simple jerarquía normativa, los tratados internacionales primen sobre la ley nacional -en este caso, la Disposición Adicional Décima de la Ley Estatuto de los Trabajadores- y los convenios colectivos -en el presente supuesto, el Convenio colectivo



estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos-, ex art. 96 CE. Pero ocurre que esa prevalencia no concurre respecto a la Constitución, ex art. 95 CE y a la normativa de la Unión Europea, ex art. 93 CE (con independencia ahora del largo y complejo debate sobre la preeminencia de uno u otro). Indirectamente así se difiere del art. 5.1 y 4 bis.1 LOPJ.

De ahí que por simple metodología expositiva debamos analizar a continuación la oscilante evolución normativa de la jubilación forzosa y la doctrina constitucional en la materia, lo que tiene una evidente conexión con los criterios fijados por el TC y el TJUE respecto a la discriminación por razón de edad.

#### 4. La prolija evolución de la jubilación forzosa en nuestro ordenamiento y la doctrina constitucional respecto

Como se acaba de señalar, antes de entrar en el análisis sobre la tesis sostenida por la recurrente es preciso hacer un somero análisis del complejo devenir legislativo y judicial de la figura de la denominada "jubilación forzosa".

##### e) La DA 5ª del ET de 1980

Al menos desde la Orden de 1 de julio de 1953, el "retiro" ha sido siempre voluntario en nuestro ordenamiento (lo que también se deriva de la Recomendación 162 de la OIT). Sin embargo, la aprobación del texto originario de la Ley Estatuto de los Trabajadores en 1980 conllevó un cierto cambio de este axioma. En concreto, su Disposición Adicional Quinta preveía la capacidad gubernativa de limitar " *la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo (...) en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo*". Y en dicho momento histórico se vino a fijar ya un tope máximo: los sesenta y nueve años " *sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación*" (requiriéndose, por tanto, en forma implícita que se tuviera derecho a la mentada prestación). A continuación, la mentada disposición adicional delegaba a la negociación colectiva la posibilidad de pactar la edad de jubilación .

Se trataba, por tanto, de la posibilidad de imposición por el poder ejecutivo de una jubilación con carácter forzoso, con disponibilidad colectiva, en su caso.

Como es notorio la STC 22/1981, de 2 de julio declaró la DA 5ª ET80 inconstitucional " *interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad*".

A los efectos de clarificar nuestro razonamiento posterior interesa destacar que de dicha inicial doctrina se derivan varias reflexiones significativas. En ella se partía de la constatación que, aunque la jubilación constituya un hito en el desarrollo del Estado Social de Derecho, se precisa, en principio, la voluntariedad de la persona afectada, lo que resulta contrario a un imperativo legal obligatorio. Sin embargo, ello no comporta que el legislador -o, por delegación, la negociación colectiva- no pueda romper en ningún caso el requisito de voluntariedad. Implícitamente se desprende de la sentencia que son posibles dos excepciones. La primera radica en razones cronofisiológicas, por tanto, la constatación de que en edades proventas pueda concurrir un menoscabo de las condiciones físicas o intelectuales que aconseje la separación de la persona afectada del mercado de trabajo (lo que se descartaba en dicha sentencia por considerarse no razonable presumir una ineptitud general sin valorar las distintas aptitudes requeridas en las diversas actividades laborales). Es por ello que el primer inciso de la referida DA 5ª se imputaba como inconstitucional si su interpretación se basaba únicamente " *en el hecho de haber alcanzado el trabajador una edad determinada*". La segunda de dichas excepciones -sobre la que queremos hacer un mayor énfasis-, se sustentó en la posible justificación de motivos vinculados con las políticas de empleo, lo que hallaba cobijo en la proclamación de la igualdad real y efectiva y la participación de la ciudadanía en la vida económica del país del art. 9 de la Constitución, así como en el sometimiento de la autonomía individual al bienestar general, en relación al paro juvenil, en relación a la Declaración Universal de Derechos humanos y en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, incluyéndose implícitamente como lógico condicionante que la persona afectada tuviera efectivo derecho a la pensión de jubilación. Se afirmaba en ese sentido: " *puede afirmarse que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo*".

Sin embargo, la referida sentencia, como se derivaba de su contenido, centraba el análisis de constitucionalidad en el primer párrafo de la DA 5ª y apenas contenía referencia al segundo; esto es: la posible disponibilidad de la negociación colectiva. Ello dio lugar a que diversas sentencias del Tribunal Supremo (especialmente en el caso de RENFE) aceptaran la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por este motivo cuando existiera una concreta previsión legal (entre otras muchas: SSTS 28.03.1983, 26.04.1983, etc.)





La adecuación a constitucionalidad del segundo párrafo (esto es: la disponibilidad colectiva) fue abordada en forma directa posteriormente por la STC 58/1985, de 30 de abril. El objeto de la misma versó, esencialmente, en la determinación de si un convenio colectivo podía o no imperar sobre un ejercicio de la autonomía individual de las personas trabajadoras como es el acceso a la jubilación. Aunque la sentencia rehuyó entrar en forma directa en ese dilema -considerando que se trataba de un aspecto a decidir en sede judicial- se indicó que el sometimiento de los derechos individuales derivaba de la propia Ley (la mentada DA 5ª ET 80). Una conclusión similar se alcanzó en la STC 95/1985, de 29 de julio (así, como las posteriores sentencias 111/1985 a 136/1985, todas ellas de 11 de octubre), esta vez desde la perspectiva de una alegada vulneración del derecho a la igualdad.

Hallamos pues en tan temprana doctrina constitucional dos hermenéuticas que, con los vaivenes legislativos que se analizarán a continuación, se han venido manteniendo a lo largo del tiempo. En primer lugar, que un derecho de ejercicio intuitu personæ como la jubilación puede ser impuesto (con la evidente consecuencia de la extinción contractual) por razones de empleo. A lo que cabe añadir, como segundo elemento caracterizador de dicha doctrina, la disponibilidad colectiva derivada de la ley.

f) *El texto refundido del ET de 1995*

La Disposición Adicional Décima del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, mantuvo sustancialmente en su Disposición Adicional Décima, los dos parámetros interpretativos a los que se acaba de hacer mención, aunque con dos novedades: de un lado, la eliminación de la jubilación forzosa a los sesenta y nueve años; de otro, haciendo una mención expresa a la "posibilidad" de uso "*como instrumento para realizar una política de empleo*". Se trataba de un intento de readaptación -de pobre contenido- a la doctrina constitucional.

Pese a ello el sojuzgamiento de la autonomía individual a la ley y/o a la negociación colectiva mereció en alguna ocasión críticas desde determinados sectores, especialmente doctrinales, al considerar que los derechos individuales de índole personalísima debían prevalecer en todo caso sobre los colectivos.

Probablemente es por esas críticas que la Disposición Derogatoria única. a) del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo y la posterior Ley 12/2001, de 9 de julio, abrogaron la DA 10ª ET 95. Aunque en el nuevo panorama legal emergió con fuerza el debate sobre si, pese a la anomía legal, la negociación colectiva podía fijar una edad de jubilación (por tanto, el debate en su día soslayado por la STC 58/1985), la jurisprudencia consideró que las cláusulas "ad hoc" posteriores a dicho cambio normativo eran nulas de pleno derecho (por todas: STS UD 09.03.2004, Rec. 2319/2003).

Sin embargo, la Ley 14/2005, de 1 de julio, recuperó ese motivo de extinción, aunque con una redacción más restringida y garantista. De esta forma, aunque desapareció la posibilidad de imposición gubernativa, sí se regulaba la disponibilidad colectiva (a través de los convenios) cuando se alcanzara la "*edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social*", siempre que se cumplieran determinados requisitos. Al margen de exigir que la persona afectada tuviera cubierto el período mínimo de cotización (un elemento que, como ya se ha indicado, ya estaba presente en los pronunciamientos constitucionales anteriores y en el ET80), se reclamó que en el convenio se previera la concurrencia de un vínculo con "*objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo*".

Dicha regulación dio lugar a que la jurisprudencia viniera indicando que la disponibilidad colectiva en la materia no era universal, sino que estaba condicionada por la existencia de cláusulas que garantizaran en forma efectiva la creación -o mantenimiento- del empleo y no, a meras declaraciones retóricas (entre otras: STS UD 04.12.2015, Rec. 233/2014).

Pero el confuso devenir legislativo no finalizó ahí. En efecto, la disposición adicional 36a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto incluyó en la DA 10ª ET95, además de la exigencia que la persona afectada tuviera un período de cotización que permitiera aplicar el porcentaje del 80% a la base reguladora para el cálculo de la pensión, un nuevo párrafo, conforme al cual se autorizaba al Gobierno a "*demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta disposición adicional*". Y posteriormente, la disposición final 4.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, no únicamente derogó, de nuevo, dicho precepto, sino que previó que "*las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social*" devenía "*nulas y sin efecto, cualquiera que sea la extensión y alcance*" de las mismas.

La STC 8/2015, de 22 de enero declaró la adecuación a constitucionalidad de la Ley 3/2012, y, en concreto, la declaración de nulidad de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, previstas en la misma, al



considerar que el mantenimiento de las personas asalariadas en edad de jubilación también constituía una política de empleo; aunque matizando que la determinación de ésta corresponde al legislador. Sin embargo, se reiteraba que la opción normativa de jubilación forzosa tenía también legitimación constitucional " *porque aun cuando suponga una limitación del ejercicio del derecho al trabajo de unos (vertiente individual), se justificaba constitucionalmente en el objetivo de promover el reparto o redistribución del trabajo facilitando de esta manera el ejercicio del derecho al trabajo de otros (vertiente colectiva)*".

El redactado derivado de la denominada reforma laboral del 2012 se mantuvo incólume en la redacción inicial del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

#### g) El RDL 28/2018

Con el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, volvió a recuperarse la posibilidad de jubilación forzosa, en un texto muy similar al de la Ley 14/2005, aunque con dos novedades: a) de un lado, incluyendo como causa extintiva el " *relevo generacional*"; b) de otro, reclamando que, en todo caso, la persona trabajadora afectada tuviera derecho " *al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva*".

Finalmente, hasta la fecha, la disposición final 1.1 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre ha venido a contemplar un nuevo marco regulador, introduciendo dos innovaciones: en primer lugar, se ha extendido la edad de jubilación a los 68 años, aunque regulando como excepción -y remisión a la edad ordinaria de jubilación- el supuesto de contratación de mujeres en sectores con escasa feminización; y en segundo lugar, las cláusulas de empleo se refieren ahora " *al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora*".

Cabe reseñar que, por razón de la fecha de la finalización contractual aquí analizada, esta última modificación no resulta de aplicación, por lo que cabrá estar a la redacción vigente en dicho momento, por tanto, la derivada del mentado RDL 28/2018.

#### 5. La no discriminación por razón de edad

Siguiendo el orden metodológico de nuestras reflexiones en los términos fijados anteriormente (y, en tanto que el recurso postula la nulidad del despido por razón de edad, además de por motivos de género) forzoso es analizar ahora los criterios hermenéuticos fijados por la doctrina constitucional y del TJUE a este respecto.

##### a) Doctrina constitucional

Centrando nuestras reflexiones únicamente en el posible trato desigual por razón de edad justificada por las políticas de empleo (y dejando al margen por tanto las posibles razones derivadas de motivos cronofisiológicos), cabe, en primer lugar, hacer mención a la ya referida STC 95/1985, de 29 de julio en la que se afirma que " *es cierto que el establecimiento de un límite de edad para la permanencia en el trabajo origina una desigualdad con respecto a aquellos trabajadores que aún no la han alcanzado, pero la consecuencia no es constitucionalmente discriminatoria pues aparece precisamente justificada por una medida constitucional*". Aunque se trata de una parca reflexión, el hecho cierto es que de la misma cabe diferir que, aunque ab initio, nos hallamos ante un trato diferenciado por razón de edad, concurre una razón justificada (motivos de empleo y acceso a la pensión de jubilación).

Sin embargo, tan escaso contenido narrativo fue más tarde desarrollado respecto al denominado "edadismo" por la posterior doctrina constitucional. Así, la STC 280/2006, de 9 de octubre, en la que se concluye (respecto a una cláusula convencional de mantenimiento de empleo): " *la confluencia de un compromiso en el convenio que favorece la estabilidad en el empleo (...) durante toda su vigencia, y la constatación de que la empresa, en la aplicación de la cláusula de jubilación obligatoria, ha garantizado una oportunidad de trabajo a otro trabajador, permiten apreciar la existencia de una justificación de la medida convencional y de un fundamento legítimo de la decisión empresarial, ligados a políticas de empleo*". En sentido similar, se afirma en la STC 341/2006, de 11 de diciembre: " *para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado, es preciso, de un lado, que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito. Y, en este sentido, hemos considerado que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucionalmente legítima siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo. De otro lado, es necesario, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. De este modo, el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación y se cumple el resto de los requisitos para acceder a la pensión correspondiente*".

En sentido similar puede citarse la STC 161/2011, de 19 de octubre. En la misma se analiza, entre otras cuestiones, el posible carácter discriminatorio en la convocatoria de un concurso público para la autorización de nuevas oficinas de oficinas en Extremadura, con exclusión de las personas que tenían más de 65 años. Y



ella se concluye que concurre una "justificación (...) razonable y razonada en el propio ámbito de competencias autonómicas de fomento del empleo (...), y para estimular la creación de empleo en zonas profundamente afectadas por el paro, resultando sus efectos proporcionados, en abstracto, respecto a la finalidad perseguida; sin que entrañe discriminación alguna".

E, indirectamente, resulta significativo el análisis de la STC 66/2015, de 13 de abril, puesto que en ella lo que se analiza es si la afectación en un despido colectivo de las personas de mayor edad constituye una discriminación por razón de edad. El TC parte de la afirmación que "la edad, como factor al que alcanza la prohibición constitucional de discriminación, sólo puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, debemos analizar las circunstancias concretas que se dan en este supuesto". Sin embargo, considera el intérprete de nuestra Carta Magna que, aunque la disminución de costes alegada por la empresa no es causa justificativa suficiente, sí lo es -con cita expresa a las SSTC 22/1981 y 58/1985- el menor perjuicio que el despido supone para los trabajadores de más edad, dada la mayor protección social brindada a los mayores de cincuenta y cinco años.

#### b) La Directiva 2000/78 y la doctrina del TJUE

Como resulta notorio, la prohibición de discriminación por razón de edad está también tipificada en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. De su contenido cobra especial relevancia el régimen de excepciones previstas en su artículo 6.1, en el que se permite un trato diferenciado derivado de la edad si concurre una causa justificada, objetiva, razonable y finalista "incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional", siempre que "los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios".

En aplicación de dicha excepción -y respecto al marco normativo derivado de la Ley 14/2005-, la STJCE de 16 de octubre de 2007 (asunto C-411/05, Palacios de la Villa) declaró que la mentada Directiva no se oponía a una legislación interna que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que: a) dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y b) los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.

Idéntico criterio se ha seguido por el TJUE en sus sentencias de 5 de marzo de 2009 (asunto C-388/07, Incorporated Trustees of the National Council on Ageing), 12 de octubre de 2010 (asunto C-45/09, Rosenblatt), 8 de septiembre de 2011 (asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10, Hennigs), 21 de julio de 2011 (asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10, Fuchs), 28 de febrero de 2018 (asunto C 46/17, John), etc.

#### 5. Sobre la no aplicación del juicio de convencionalidad en el presente supuesto

Como puede comprobarse por las reflexiones previamente efectuadas el Tribunal Constitucional ha venido indicando con reiteración que las políticas de empleo pueden ser una razón justificativa de la extinción del contrato por cumplimiento de la edad de jubilación pactadas en convenio, siempre y cuando se cumplan dos requisitos: que la persona afectada no sufra menoscabo en su pensión de jubilación (lo que actualmente está regulado en nuestro marco legal) y que dicha extinción tenga un efecto sustitutivo real de la plantilla real, sin que pueda admitirse una referencia a la política de empleo meramente retórica. A lo que cabe añadir que tanto el TC como el TJUE han venido indicando que razones que puedan favorecer la ocupación son causas justificadas, suficientes y objetivas para determinar que no concurre discriminación por razón de edad.

Y aunque es cierto que este tipo de extinciones contractuales no tienen en principio cabida en el elenco de causas del art. 24 CSE, también los es que el propio CEDS ha venido indicando (Conclusiones 2008, Lituania) que aunque el despido por motivos de edad no constituye una razón válida para la terminación del contrato, no se vulnera dicho precepto cuando concurra en la legislación nacional un objetivo de fomento de la política de empleo, siempre que el mismo tenga una causa objetiva y razonable y siempre que los medios para lograr ese objetivo sean adecuados y necesarios. Y no enerva dicha conclusión la resolución del CEDS recaída en la reclamación del asunto 74/2011 (FFFS), puesto que allí lo que esencialmente se valoraron fueron motivos de índole cronofisiológica, descartándose entrar en aspectos de ocupación por no aportación de datos estadísticos (a lo que cabe añadir que en la normativa noruega allí analizada no existía obligación alguna de cobertura de vacante).

No concurre, como hemos visto, una resolución expresa del CEDS respecto a una legislación como la española (y sin que se haya dado aún respuesta a las consultas formuladas por los sindicatos más representativos a

nivel estatal sobre nuestro modelo de despido) por lo que no nos hallamos ante una norma internacional que ofrezca "claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica" ( STS UD 02.11.2022, Rec. 3208/2021).

Por otra parte, el hecho cierto es que el juicio de convencionalidad pretendido por la recurrente opera, como se ha dicho, respecto a la Ley, pero sin que pueda "escalar" en la escala de la jerarquía normativa; por tanto, sin que pueda extenderse a la Constitución -en la interpretación de la misma dada por el TC-, ni a la normativa comunitaria -en la interpretación efectuada por el TJUE-. Como fácilmente puede comprenderse es difícilmente aceptable que una disposición legal validada por el TC y por el TJUE (aunque con redactados distintos) puede ser omitida en un mero juicio de convencionalidad que limita sus efectos únicamente a la norma legal. Una cosa es que el análisis de la incidencia de un tratado internacional se sitúe en aspectos no abordados por el TC o el TJUE; y otra, distinta, que opere sobre cuestiones que en forma directa han sido tratadas por dichos tribunales, como aquí ocurre.

Ciertamente desde una perspectiva de política del derecho podrá reflexionarse si la figura de la jubilación forzosa tiene una eficacia real en el empleo (en relación con las reflexiones contenidas al respecto en la citada STC 8/2015). Como también podrá cuestionarse desde esa misma perspectiva -y en forma más significativa- si en nuestro marco legal la mera sustitución de una persona trabajadora por otra o la conversión de un contrato indefinido en fijo o el "relevo generacional" justifican en forma suficiente y razonable la invasión de la negociación colectiva por delegación legal en un ámbito tan esencialmente privado como es la jubilación. Sin embargo, esas reflexiones son ajenas a la función jurisdiccional. Incluso, más allá del marco legal, cabría cuestionarse -en un terreno meramente hipotético- si el uso por la empresa de la Disposición Adicional Décima ET con el claro objetivo de reducir la masa salarial y ahorrar costes fijos incurre en antijuridicidad. Es ésta una cuestión que, sin embargo, no puede ser analizada en esta sentencia, en tanto que la sala desconoce la retribución que percibe el sustituto de la recurrente (y sin que se haya pretendido tampoco la modificación fáctica al respecto por la vía de la letra b) del art. 193 LRJS).

De ahí que el motivo deba ser desestimado.

#### **CUARTO. - Respecto a la vulneración por razón de sexo**

##### *1. Tesis del recuso*

En la parte final de su recurso la actora alega que la finalización de su contrato incurre en discriminación por razón de sexo. Es obvio que, al tratarse de un aspecto de constitucionalidad que afecta a la posible calificación de nulidad del despido -como se peticiona- es ésta una cuestión que debemos abordar con carácter previo a otras alegaciones que se sitúan en el terreno de la mera legalidad.

##### *2. Desestimación por inexistencia de indicios suficientes*

Pues bien, cabrá recordar que, conforme al art. 181.2 LRJS -y abundante doctrina constitucional previa- en las acciones de tutela de derechos fundamentales corresponde a la parte actora, además de probar su ejercicio o, en su caso, su inclusión dentro de los colectivos de especial protección en los supuestos de discriminación, aportar "indicios" suficientes para que el órgano jurisdiccional competente alcance una "sospecha fundada" respecto a que la decisión o acto objeto de la acción tiene una finalidad contraria al mandato constitucional.

En el presente caso la tesis sostenida pasa por la consideración de que la actora -mujer- ha sido sustituida por un hombre en su anterior puesto de trabajo.

Es del todo evidente que dicha afirmación, aun siendo cierta y desprenderse del relato fáctico de la sentencia, no constituye indicio de tipo alguno, en tanto que la mera lógica pone en evidencia la carencia de racionalidad de una conclusión de la que se deduce que en todo caso, con independencia de las situaciones concurrentes, cualquier extinción contractual en aplicación de la DA 10ª ET que afectara a una mujer determinaría una "sospecha fundada" de discriminación en el caso de que su puesto fuera cubierto por un hombre. La impropriadamente denominada "prueba de indicios" requiere algo más que la simple invocación del sexo de la persona sustituta.

De aquí que el motivo deba ser también desestimado.

#### **QUINTO. - En relación a la habilitación convencional**

##### *1. Tesis del recurso*

Como ya se ha indicado previamente, sostiene también la recurrente, con carácter subsidiario, que la decisión empresarial de poner fin al contrato se sustenta sobre una norma convencional inhábil, puesto que halla cobijo en el art. 21 del convenio estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos para los años 2019 y 2020 (BOE de 10.08.2020), que en el momento de la extinción, no se encontraba en vigor, conforme al art. 86.3 ET, en la redacción entonces vigente.



## 2. El marco convencional de aplicación

Cabe observar en este sentido que, efectivamente, cuando tiene lugar la comunicación de finalización del contrato por aplicación de la DA 10ª ET el convenio de 2019/2020 había finalizado la vigencia que se prevía en su artículo 4 (31 de diciembre de 2020), no publicándose la nueva norma convencional hasta el BOE de 23 de septiembre de 2022, regulándose en su apartado 4 una entrada en vigor con efectos de su publicación, salvo en materia de aspectos económicos.

Cabe observar que el artículo 5 del convenio previo al vigente (por tanto, el que resulta de aplicación a esta litis), remitía en materia de revisión a la legislación entonces vigente, regulándose la denuncia automática en los tres meses anteriores al fin de la vigencia. Y el art. 86.4 ET, en la redacción anterior al RDL 32/2021 (aquí de aplicación), contemplaba la prórroga de la vigencia de la norma colectiva anterior hasta un año después de la denuncia. De esta forma, aunque en el momento de la extinción -1 de octubre de 2021- el convenio 2019/2020 no estaba en vigor (sin que conste pacto de mantenimiento de la ultraactividad).

## 3. Conclusión de la sala

Pese a la indudable certeza de la última conclusión expuesta no puede obviarse que en el momento de la comunicación extintiva -30 de julio de 2021- el convenio sí estaba vigente, siendo dicha decisión la que aquí se impugna. Conclusión a la que cabe añadir la conocida hermenéutica contractualista que, en relación al art. 86.4 ET tras la denominada "reforma laboral del 2012" efectuó el Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 22 de diciembre de 2014 -Rec. 264/2014-, en la se indica que " *cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque -como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente*".

Todo ello debe llevarnos a la desestimación de este motivo.

### **SEXTO. -Sobre la insuficiencia de la misiva extintiva**

#### 1. Tesis del recurso

Finalmente, el recurso denuncia con carácter subsidiario la infracción del art. 49.1 f) ET en relación al art. 55.1 ET. Se sustenta en este motivo que en la carta de comunicación del fin del vínculo laboral nada se decía en relación a la contratación de un nuevo trabajador, lo que tuvo lugar con posterioridad en fecha 4 de octubre.

#### 2. Conclusión de la sala

También este motivo debe decaer. En efecto, aunque es cierto que la contratación de una persona (o el resto de medidas prevista en la legislación vigente en la normativa de aplicación) que sustituya a la persona que ve extinguido su vínculo laboral con una empresa per causa del cumplimiento de la edad de jubilación es un requisito necesario, ello no determina que la ausencia de mención al cumplimiento de este condicionante legal en la misiva que pone fin al contrato genere indefensión de ningún tipo. Otra cosa es, obviamente, que la contratación no se produzca o que sea insuficiente o que obedezca a motivos ajenos a la finalidad de la norma. En este último caso la reflexión se situará en el control de causalidad, mientras que la tesis sostenida por la recurrente se adecúa al previo control de formalidad.

Por tanto, el cumplimiento de los requisitos legales opera ex post, no ex ante, como se sustenta por la actora. Consideración a la que cabe añadir que la fecha fijada para la finalización del contrato era, calendario en mano, un viernes y que la formalización del vínculo laboral con el trabajador que sustituyó a la demanda se hizo efectiva el siguiente lunes.

De aquí que también este motivo debe ser desestimado, como ya hemos apuntado, y con él la integridad del recurso.

De conformidad con los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

Que hemos de desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dª Valle, frente a la sentencia nº 309/2022 del Juzgado Social nº 24 de Barcelona de fecha 16 de diciembre de 2022, dictada en el procedimiento nº 824/2021, por lo que la confirmamos íntegramente



Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma.

Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL ILMO. SR. JAVIER NÚÑEZ VARGAS Y AL QUE SE ADHIEREN EL ILMO. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO, EL ILMO. SR. FRANCISCO J. SANZ MARCOS, LA ILMA. SRA. M. MAR MIRÓN HERNÁNDEZ, EL ILMO. SR. JAUME GONZÁLEZ CALVET, LA ILMA. SRA. MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA Y EL ILMO. SR. MIGUEL ÁNGEL PURCALLA BONILLA

**De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ ) y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC ), formulo Voto Particular a la sentencia dictada en el recurso de suplicación número 3817/2023, para exponer la tesis sostenida en la deliberación, acogéndome a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC . Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, basando el presente voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:**

PRIMERO.- Delimitación de la disconformidad con el criterio mayoritario

Como refiere la sentencia dictada por esta Sala General, la presente suplicación tiene por objeto dilucidar si la extinción de la relación laboral de la trabajadora recurrente habiendo alcanzado la edad ordinaria legal de jubilación, y teniendo derecho a acceder al cien por cien de dicha pensión, debe reputarse como una jubilación forzosa lícita, o bien como un despido nulo, o, subsidiariamente, improcedente.



Con carácter previo a analizar el fondo de la controversia litigiosa, es preciso señalar que el disenso manifestado en el presente voto particular tan sólo se proyecta sobre el examen y resolución de la censura jurídica esgrimida en el apartado A) del segundo motivo de suplicación, que es abordada en el fundamento de derecho tercero de la sentencia adoptada por la Sala General, así como respecto de las consecuencias jurídicas que se desprenden de dicha fundamentación jurídica en la calificación del acto extintivo empresarial.

Conforme a lo expuesto en el escrito de interposición del recurso de suplicación, el motivo reseñado se formula al amparo del art.193.c) de la LRJS, para denunciar infracción de los arts.21 del Convenio Colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos para los años 2019 y 2020, 49.1.f) del Estatuto de los Trabajadores y la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores. Arguye la recurrente que dicha disposición es contraria a los artículos 1.2, 4.1 y 24 de la Carta Social Europea Revisada (Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 - BOE nº. 139, de 11 de junio de 2021, en adelante CSE), por lo que no puede resultar de aplicación.

Contrariamente a lo concluido por la mayoría de esta Sala General, la tesis que se defenderá en los fundamentos de derechos subsiguientes postula que, en las circunstancias concretas que contextualizan el supuesto de autos, la CSE desplaza la norma nacional ( DA 10 ET y art.21 del Convenio colectivo de referencia) y goza de preferencia aplicativa, dotando de una mayor protección a la trabajadora y determinando la calificación de la extinción contractual como despido nulo por discriminación por razón de edad.

SEGUNDO.- De la aplicabilidad de la DA 10ª del Estatuto de los Trabajadores: control de convencionalidad por contravención de la Carta Social Europea

#### 1. Control de convencionalidad: doctrina constitucional

La constante doctrina constitucional ha venido entendiendo que "los órganos de la jurisdicción ordinaria no pueden inaplicar una ley postconstitucional vigente sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, pues al hacerlo incurren en exceso de jurisdicción de conformidad con los arts. 153 a) y c) y 163 CE, en la medida en que interpretan preceptos y normas de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad ( STC 173/2002, FJ 7), y vulneran además las garantías procesales del art. 24 CE, pues aunque pueda resultar esa decisión judicial 'aparente o formalmente motivada' no es, sin embargo 'una resolución fundada en Derecho' resultando así 'lesiva de las garantías del proceso debido' y provocando 'indefensión' a la parte recurrente (por todas, STC 177/2013, de 21 de octubre, FJ 8, con cita de otras)" ( STC 1/2017, de 16 de enero, FJ 3).

Sin embargo, se ha reconocido la posibilidad de que los tribunales ordinarios puedan declinar la aplicación de una norma legal para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional. En este sentido, "el marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3, y 102/2002, FJ 7).

La facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales ( STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto ( STC 120/2021, de 31 de mayo, FJ 3º).

En conclusión, "el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de Derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional" ( SSTC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6; 87/2019, de 20 de junio, FJ 6; y STC 156/2021, de 16 de septiembre). Ello sin perjuicio de que corresponda al TC revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que excluye las resoluciones judiciales arbitrarias o irrazonables (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5; y 145/2012, de 2 de julio, FJ 4).

#### 2. Análisis de los preceptos de la Carta Social Europea invocados



Esta Sala habría de partir de la significación que de los preceptos de la CSE esgrimidos por la trabajadora en su escrito de suplicación ha establecido el Comité Europeo de Derechos Sociales (en lo sucesivo CEDS) en su labor exegética del propio tratado.

I.- Según reza el art.1 de la CSE, "toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen": "2. a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido".

El propio Comité ha comenzado precisando que el art.1.2, abarca las tres siguientes cuestiones: 1) la prohibición de cualquier forma de discriminación en el empleo; 2) la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio; 3) la prohibición de cualquier otra práctica que pueda afectar el derecho a ganarse la vida trabajando libremente (Conclusiones II,1971; Conclusiones XVI-1, 2002). Según el artículo 1.2, la legislación debe prohibir cualquier discriminación en el trabajo, en particular por motivos de sexo, raza, origen étnico, religión, discapacidad, edad, orientación sexual y opiniones políticas, incluida la objeción - o no objeción - de conciencia [Conclusiones 2006, Albania; Conclusiones 2012, Islandia, República de Moldavia y Turquía; Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italia, reclamación nº 91/2013, decisión sobre el fondo de 12 octubre 2015, f.238].

Esta prohibición de discriminación en el empleo queda reforzada por el principio general de no discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en la Carta que figura en el artículo E de la Parte V de la misma. No obstante, como ya ha señalado en diversas ocasiones el CEDS, la función del artículo E es similar a la del artículo 14 del CEDH, por lo que no tiene una existencia propia y debe combinarse con una disposición sustantiva de la Carta [Unión de Agregados de Educación Superior (SAGES) c. Francia, denuncia nº 26/2004, decisión sobre el fondo del 15 de junio de 2005, §34; Confederación Democrática del Trabajo de Francia (CFDT) c. Francia, denuncia nº 50/2008, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2009, §§ 37-39 y 42].

II.- Conforme al art.4 de la CSE, "para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes se comprometen: 1. a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso".

Esta garantía es de aplicación a todos los trabajadores, incluidos los funcionarios públicos y los agentes contractuales en el servicio público nacional, regional y local (Conclusiones XX-3, 2014, Grecia), a los sectores y trabajos no cubiertos por un convenio colectivo, a trabajos atípicos como empleos subsidiados (Conclusiones 2014, Francia), y los regímenes o estatutos especiales como los trabajadores migrantes (Conclusiones 2014, Andorra).

Para ser considerado justo en el sentido del Artículo 4§1, el salario más bajo realmente cobrado en el mercado laboral debe representar al menos el 60% del salario neto medio nacional. La valoración se basa en el importe neto, es decir, después de deducir las cotizaciones a la seguridad social y los impuestos. Cuando el importe neto es difícil de establecer, corresponde a los Estados Partes interesados proporcionar estimaciones de este importe (Conclusiones XVI-2, 2003, Dinamarca).

III.- Finalmente, según el art.24 de la CSE, "para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio".

Más allá de la amplia proyección de este precepto, debemos centrarnos en la cuestión objeto de controversia, acerca de la extinción contractual por jubilación del trabajador. En estos casos, resulta de aplicación el art.24 de la CSE, toda vez que el concepto de despido que maneja dicho tratado es amplio, alcanzando a todos los supuestos de terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador (Anexo 1 del art.24). Respecto del despido por iniciativa del empleador por haber alcanzado la edad normal de jubilación, el Comité ha indicado que será contrario a la Carta, salvo que el despido esté debidamente justificado por alguna de las causales válidas expresamente establecidas por esta disposición de la Carta (Conclusiones 2012, Ucrania: Conclusiones 2012, Países Bajos).

En esta misma línea, se ha reiterado que la legislación que permite el despido directo en función de la edad y que, por tanto, no garantiza efectivamente los derechos de protección de las personas en caso de despido, es contraria a la Carta [Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, reclamación n. 74/2011, decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2013]. Por su trascendencia para la resolución de las cuestiones controvertidas, debe atenderse especialmente a esta última resolución dictada por el CEDS, en la cual se evaluaba la norma noruega que permitía el despido de los marineros a partir de la edad de 62 años, sin derecho a indemnización alguna. Por lo tanto, aunque este límite de edad no regía como una jubilación obligatoria, debía aplicarse la garantía





del art.24 de la CSE al eliminar la norma nacional la protección por despido del trabajador. El comité concluye la violación de la Carta en sus arts.1.2 y 24, en base a las siguientes consideraciones principales:

- Si bien cuando la finalización de la relación laboral trae causa de la edad máxima establecida en una disposición legal estatutaria no será objeto de aplicación el art.24, el despido a instancia del empresario por haber alcanzado el trabajador la edad en la que pueda acceder a la pensión de jubilación será contraria a la CSE, salvo que la extinción se ampare en alguna causa válida prevista en el art.24.
- En tanto que la disposición de Derecho interno posibilitaba la extinción del contrato de trabajo únicamente por razones de edad, constituye una restricción del derecho a la protección en caso de despido del art.24 de la CSE.
- Al fundarse el acto extintivo en la edad del trabajador, exclusivamente, se desconocen las causas válidas del despido que enumera el art.24 de la CSE.
- El hecho de que el trabajador despedido por razón de su edad pueda tener acceso a la pensión de jubilación no justifica la terminación de la relación laboral.
- Aun cuando se justificó la norma nacional por la consecución de fines de políticas de empleo, la seguridad y la salud en el trabajo, no se han encontrado evidencias que permitan sostener la eficacia de la medida para alcanzar dichas metas. Concretamente, podrían adoptarse otras decisiones alternativas para preservar la seguridad y salud en el trabajo, como exámenes médicos periódicos o la exigencia de certificados de aptitud.
- La norma interna comporta un trato menos favorable a los marineros frente a otros trabajadores que puedan continuar en el trabajo después de haber cumplido la edad de 62 años.
- Aunque la disposición interna no comportaba la jubilación forzosa a los 62 años, con frecuencia las empresas habían diseñado un sistema de jubilación automática a dicha edad, lo que afecta al art.1.2 al reconocer el derecho a la ganarse la vida por el trabajo libremente elegido, aplicable a las personas de mayor edad, en consonancia con uno de los objetivos principales del art.23, cual es la participación efectiva de dichas personas en la sociedad y que sigan formando parte del mercado laboral.

Un criterio semejante se ha mantenido posteriormente por el CEDS, insistiendo en que una legislación nacional que permite al empresario extinguir el contrato de trabajo cuando el trabajador haya alcanzado la edad de jubilación no es conforme al art.24 de la CSE, incluso cuando aquel tenga acceso a la pensión de jubilación o no se prohíba la contratación de personas que hayan superado dicha edad (Conclusiones 2012, 2016 y 2020, Malta; Conclusiones 2012 y 2020, Países Bajos; Conclusiones 2016, Irlanda; Conclusiones 2016, Italia).

IV.- Aun cuando la parte recurrente no ha alegado la contravención de normas de Derecho comunitario por la DA 10ª del ET, dada la íntima vinculación de la materia con las disposiciones emanadas de la Unión Europea, interesa recordar que, como ha especificado el CEDS, la legislación comunitaria puede desempeñar un papel positivo en la aplicación de la Carta; sin embargo, no hay presunción de conformidad con la Carta cuando un estado está en conformidad con las directivas, incluso si el objeto de estas últimas se relaciona con el ámbito de la Carta [Confederación General del Trabajo (CGT) c. Francia, denuncia nº 55/2009, decisión sobre el fondo de 23 de junio de 2010, §§ 31-38].

### 3. Normas nacionales, legales y convencionales, a considerar

Partiendo del relato fáctico inmutado en esta alzada, la extinción del contrato de trabajo tuvo lugar con efectos 1 de octubre de 2021, es decir, antes de la reforma operada en la DA 10ª del ET por la DF 1.1ª de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, por lo que debemos estar a la redacción dada a dicha norma legal por la DF 1ª del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, con el siguiente tenor:

"Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.
- b) La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo".



Descendiendo a la normativa convencional, el art.21 del Convenio Colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos para los años 2019 y 2020, cuya aplicación al supuesto de autos no es controvertida, dispone lo siguiente:

"Las partes firmantes del presente convenio colectivo acuerdan incorporar al mismo la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.
- b) si el trabajador hubiese cumplido la edad legal exigida para la jubilación, a requerimiento de la empresa efectuado con una antelación mínima de 2 meses aquel deberá facilitar a ésta última un certificado de vida laboral expedido por la Seguridad Social, con la finalidad de comprobar el cumplimiento o no de las condiciones necesarias para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.
- c) Las partes firmantes del presente convenio colectivo vinculan la presente medida a objetivos coherentes de política de empleo en el ámbito de la distribución mayorista de productos farmacéuticos. Por lo tanto, en caso de extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad legal de jubilación la correspondiente empresa deberá proceder alternativamente a la contratación de un nuevo trabajador o a la transformación de un contrato temporal en indefinido.

En cualquier caso, y en materia de jubilación, se estará a lo establecido en cada momento en la legislación vigente".

#### 4. Evolución legislativa, presupuestos y significación de la jubilación forzosa en la norma nacional

Para la cabal comprensión de los términos en que se expresa la DA 10ª del ET, en la redacción dada por el RDL 28/2018, y su compatibilidad con el sentido del art.24 de la CSE, es sumamente trascendente exponer los principales hitos de su evolución normativa.

Comencemos por destacar que la relevancia constitucional de la jubilación forzosa resulta indubitada, toda vez que pugna con el derecho al trabajo de aquel ciudadano al que se le impone obligatoriamente la extinción de su relación de trabajo. Como ha precisado la STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 10º, la consagración constitucional del derecho al trabajo ( art. 35.1 CE) determina que el recurso a la edad de jubilación como causa extintiva de la relación laboral opere como una fórmula racional conforme a la cual, en la medida de lo posible y siempre que las circunstancias socio-económicas lo permitan, sea ejercitada como una opción voluntaria del trabajador y no como una imposición del legislador. Con apoyo en esta hermenéutica, la STC de 2 de julio de 1981 declaró inconstitucional la incapacitación a los 69 años, de forma directa e incondicionada, que se establecía en la antigua DA 5ª del ET 1980.

Sin embargo, se ha admitido también una política de empleo basada en la jubilación forzosa y, por tanto, la posibilidad de que el legislador fije una edad máxima como causa de extinción de la relación laboral porque, aunque suponga una limitación al ejercicio del derecho al trabajo de unos trabajadores, sirve para garantizar el derecho al trabajo de otros, o, lo que es lo mismo, sirve al reparto o redistribución del trabajo ( STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8). Tempranamente, la STC 58/1985, de 30 de abril, admitió que en la negociación colectiva pudieran pactarse libremente las edades de jubilación como causa de extinción de la relación iuslaboral, avalando el segundo párrafo de la citada DA 5ª del ET 1980. Así, las SSTC 280/2006, de 9 de octubre, FJ 6, y 341/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, descartaron la existencia de discriminación constitucionalmente ilegítima en el establecimiento convencional de una edad de jubilación obligatoria.

Más allá del marco general sentado por la doctrina constitucional, la posibilidad legal de extinguir el contrato de trabajo por la jubilación forzosa del trabajador ha variado notablemente en las diferentes reformas que sobre esta materia se han ido sucediendo, siempre al albur de los cambios habidos en la conformación de las distintas mayorías parlamentarias en cada legislatura.

Asumiendo el criterio legislativo marcado por la DA 5ª del ET 1980, la redacción originaria de la DA 10ª del ET 1995 continuó indicando que "la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo", permitiendo que en la negociación colectiva se pacten edades de jubilación. No obstante, esta posibilidad fue eliminada por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo (aprobado posteriormente como Ley 12/2001, de 9 de julio), que deroga aquella disposición adicional al considerar que se fundaba en concepciones y "realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas", como apuntaba su Exposición de Motivos.



Ante la derogación de la DA 10ª por el RDL 5/2001, la doctrina de la Sala IV entendió que no era posible que los convenios colectivos continuaran previendo la extinción contractual por la jubilación forzosa del trabajador. Esta circunstancia fue revertida por la nueva reforma de la DA 10ª derivada de la Ley 14/2005, de 1 de julio, que volvió a permitir pactar en la negociación colectiva la extinción del contrato de trabajo por la jubilación forzosa del trabajador, siempre y cuando la medida estuviera vinculada a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el propio convenio (estabilidad y sostenimiento del empleo, contratación de nuevos trabajadores o mejora de la calidad en el empleo), y el trabajador cumpliera, al menos, el período mínimo de cotización para lucrar la pensión de jubilación. Nótese que la Exposición de Motivos de la Ley 14/2005, de 1 de julio, dedica buena parte de su redacción a justificar la conformidad de dicha medida legislativa con los pronunciamientos del TC, y, principalmente, con la Directiva 2000/78 y la interpretación que de la misma habían sentado el TJCE hasta la fecha, sin hacer mención alguna a la CSE.

Posteriormente, en un contexto de crisis económica indudable, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, matizó la reforma de 2005, estableciendo como requisito que el trabajador habría de tener cubierto un período de cotización que permitiera aplicar el porcentaje del 80% a la base reguladora para el cálculo de la pensión. En este mismo entorno económico adverso, e iniciada ya una nueva legislatura parlamentaria, la Ley 3/2012, de 6 de julio, modificó la DA 10ª del ET 1995, para declarar "nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo" por alcanzar el trabajador la edad ordinaria de jubilación, aunque fijando un período transitorio.

La redacción de la DA 10ª se mantuvo inalterada incluso en el nuevo ET 2015. Sin embargo, una vez más, alterada la conformación de las mayorías parlamentarias que propició un cambio de gobierno, se efectuó una nueva reforma de la meritada disposición por el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, dando a la misma la redacción que, según se ha razonado más arriba, resulta de aplicación al supuesto de autos. Finalmente, por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre se ha llevado a cabo otra modificación del texto legal, que es intrascendente para abordar la controversia litigiosa.

En definitiva, dependiendo de la coyuntura parlamentaria presente en cada etapa histórica, la norma nacional ha excluido la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por alcanzar el trabajador la edad de jubilación ordinaria, o, por el contrario, lo ha permitido como medida tendente a la consecución de objetivos de la política de empleo. Este último supuesto es el que se reputa no conforme con las garantías derivadas del art.24 de la CSE.

##### 5. Solución a la controversia litigiosa

Atendido el sentido de cada uno de los preceptos de la CSE que son invocados por la parte recurrente en su escrito de recurso, procedería estimar el apartado A) del segundo motivo de suplicación, declarando que, en las circunstancias singulares del caso a enjuiciar, la DA 10ª del ET, en la redacción dada por el RDL 28/2018, no es conforme al art.24 de la Carta, en relación al art.1.2 y 23 de la misma. En todo caso, antes de examinar el núcleo del debate debemos partir de una serie de consideraciones preliminares.

I.- Como ya precisara la doctrina casacional, puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adopta esta Sala no prejuzga lo que proceda en otras materias ( STS 268/2022, de 28 de marzo, FJ 9º; este criterio ha sido reiterado en la STS 421/2022, de 11 de mayo).

Siguiendo estos mismos parámetros, la doctrina casacional ha establecido en estos últimos años una serie de cautelas en el control de convencionalidad que los Juzgados y Tribunales han de efectuar respecto a la Carta Social Europea y nuestras disposiciones normativas de Derecho interno. Las SSTS 270/2022, de 29 de marzo (rcud. 2142/2020); 888/2022, de 2 de noviembre (rcud. 3208/2021) y 489/2023, de 6 de julio (rcud. 3501/2022), han advertido que "el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica". Esta hermenéutica encuentra su principal apoyo legislativo en el art.30 de la Ley 25/2014, el cual indica que "los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes".

Resulta imperioso destacar que dicha doctrina jurisprudencial ha sido sentada por la Sala IV al casar diversas sentencias dictadas por esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en las que se declaraba que el ya derogado despido objetivo por inasistencia al trabajo del art.52.d) del ET conculcaba, además de otros instrumentos internacionales, el art.3 de la CSE. Conforme dispusieron las sentencias recaídas en unificación de doctrina, que se han relacionado en el párrafo precedente, el meritado art.3 de la CSE no goza de aplicación directa, por cuanto "no establece un derecho a la seguridad e higiene en el



trabajo con un contenido distinto del derecho a la protección de la salud del artículo 43.1 CE en relación con el derecho de los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo del artículo 40.2 CE"; es decir, en términos constitucionales españoles, el art.3 de la CSE no pasaría de tener la condición de principio rector de la política social y económica, que sólo podría ser alegado ante los Tribunales cuando así se prevea en su desarrollo legislativo ( art.53.3 CE). Este razonamiento jurídico es acorde a la propia redacción del art.3 de la CSE, el cual se limita a enunciar el compromiso de los Estados contratantes para: 1º) formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente sobre seguridad e higiene en el trabajo y sobre el entorno laboral; 2º) promulgar reglamentos de seguridad e higiene; 3º) adoptar las medidas precisas para garantizar la aplicación de tales reglamentos; 4º) promover el establecimiento progresivo de servicios de higiene en el trabajo para todos los trabajadores, con funciones esencialmente preventivas y de asesoramiento.

Sin embargo, en el supuesto de autos, el precepto de la Carta sobre el que pivota la controversia jurídica, el art.24, principalmente, no es un mero principio programático que contenga un mandato a los poderes públicos necesitado de desarrollo normativo previo. Tampoco se trata de un artículo que contenga conceptos genéricos de significación abstracta que puedan reputarse ambiguos o equívocos. Muy al contrario, el art.24 de la CSE consagra un principio universal, presente en todos los instrumentos nacionales e internacionales de Derecho laboral, cual es el despido causal. La redacción de la Carta en que se traduce dicha garantía es taxativa, exigiendo que todo despido esté basado en razones válidas "relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio".

El hecho de que el art.24 de la CSE, bien en la dicción del mismo precepto bien en la del anexo correspondiente, no incluya una prohibición concreta de la jubilación forzosa no puede conducir a la inaplicación de la propia Carta que imposibilite efectuar el control de convencionalidad que, en este caso, demanda la parte recurrente. No se conoce ninguna norma transnacional, ya fuere emanada del ámbito general de las Naciones Unidas, de los Convenios de la OIT, o incluso del ámbito del Derecho de la Unión Europea (incluyendo la Directiva 2000/78, a la que luego nos referiremos), como Tratado constitutivo o norma de Derecho derivado, que contenga una prohibición expresa de la extinción del contrato de trabajo por la jubilación forzosa del trabajador. Pese a esta circunstancia, no se discute la aplicación rigurosa de todos estos instrumentos internacionales o comunitarios, muy singularmente las normas dictadas por las Instituciones de la Unión en el ejercicio de las potestades legislativas que les confieren los Tratados fundacionales.

En adición a lo argumentado, téngase presente que, incluso para la doctrina casacional ya expuesta, no ha sido un inconveniente que en la redacción del precepto invocado de la CSE se incluya algún concepto jurídico indeterminado, que precisa de concreción en su traslación al caso litigioso. Sirvan como ejemplo las ya citadas SSTs 268/2022, de 28 de marzo y 421/2022, de 11 de mayo, en las cuales se concluye que la ausencia de preaviso del desistimiento empresarial en el contrato de apoyo a emprendedores prevenido en la Ley 3/2012 no es acorde al derecho de los trabajadores a un plazo "razonable" de preaviso en caso de terminación de la relación laboral. No se olvide que el mismo art.4 de la CSE, en su último párrafo, prevé su desarrollo por la negociación colectiva, lo que no impidió que fuera aplicado por la Sala IV, actuando como "resorte interpretativo auxiliar".

Todos estos impedimentos aplicativos no se aprecian en el supuesto de autos, ya que, como se ha razonado, el art.24.a de la CSE no precisa de previo desarrollo normativo, sino que su eficacia es directa, y tampoco contiene en su letra ningún concepto genérico o abstracto, lo que tampoco sería un obstáculo insalvable como se ha comprobado. En consecuencia, el art.24 de la CSE, vigente en nuestro ordenamiento interno en la fecha de la extinción contractual que nos ocupa, goza de la eficacia directa que prevé el art.30 de nuestra Ley 25/2014 para los tratados internacionales. En los siguientes apartados habrá de comprobarse si, además de dicha eficacia directa, disfruta de prevalencia aplicativa frente a la norma nacional.

II.- Para concluir la falta de conformidad de la DA 10ª del ET con el art.24 de la CSE, en el supuesto específico que nos ocupa, debe atenderse especialmente a la justificación dada por el legislador nacional para reintroducir el mecanismo legal de la jubilación forzosa. La Exposición de Motivos del RDL 28/2018 es rotunda al concebir la extinción contractual por la edad del trabajador como un mecanismo dirigido a la realización efectiva de las políticas de empleo.

Más allá del restablecimiento del "papel protagonista de la negociación colectiva" a que hace mención el texto, la Exposición incide en que la nueva DA 10ª "permitirá el rejuvenecimiento de plantillas, dado que los contratos extinguidos serán reemplazados, en ciertas condiciones legales, por nuevas contrataciones de desempleados o por transformaciones de temporales en indefinidos o de trabajadores contratados a tiempo parcial por contrataciones a tiempo completo". Este mecanismo de la edad máxima para trabajar pactada en convenio tiene por misión combatir con rigor el alto nivel de desempleo entre los menores de treinta años, que excedía del 25 por ciento, frente al 14,55 por ciento de tasa de paro general en la fecha de aprobación del RDL 28/2018.



La Sala IV del Tribunal Supremo ha fijado la significación de la DA 10ª, en su redacción dada por el RDL 28/2018. Como precisa la STS 540/2022, de 13 de junio (rec.1518/2021), "los objetivos de política de empleo que enumera la norma son propósitos que pueden o no concurrir conjuntamente de forma que cualquiera de ello permitiría entender cubierta y cumplida la finalidad legítima que se persigue". La misma resolución añade que "la ocupación de la vacante, ciertamente, no es por sí solo medio suficiente porque debe anudarse a los objetivos que marca la norma: estabilidad en el empleo - mediante la transformación de contratos temporales en indefinidos-, sostenimiento del empleo -mediante la contratación de nuevos trabajadores-, el relevo generacional -mediante la contratación de jóvenes-, o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo -que la jurisprudencia ejemplifica con promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc., que repercutan en bondad del empleo". En todo caso, la meritada sentencia entiende que la simple contratación de un nuevo trabajador indefinido a tiempo completo, por el empresario que previamente ha despedido a otro trabajador por jubilación forzosa, es suficiente para afirmar el cumplimiento de los fines legítimos de política de empleo. Así se reitera en la posterior STS 985/2022, de 20 de diciembre (rec.108/2022).

III.- Frente al tenor literal de la norma nacional y las justificaciones dadas por el legislador patrio en las exposiciones de motivos de las distintas leyes históricas, no habría de desconocer esta Sala el parámetro interpretativo sentado por el CEDS respecto al art.24 de la Carta.

Como se adelantó en el apartado 2 de este fundamento, la extinción de la relación laboral únicamente puede basarse en las circunstancias relacionadas con las aptitudes o conducta del trabajador, o con las necesidades de funcionamiento de la empresa. Este presupuesto incontestable comporta que la extinción contractual por el simple hecho de que el trabajador alcance la edad ordinaria de jubilación prevista en la ley nacional transgrede el art.24 de la CSE, incluso cuando, como prevé la DA 10ª del ET, se condiciona esta extinción a que el empleado tenga acceso efectivo a la pensión de jubilación, lo que no desvirtúa la ausencia de causa justa para finalizar la relación laboral [Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, reclamación n. 74/2011, decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2013].

En el caso que nos ocupa, el objetivo de política de empleo que se persigue por el art.21 del Convenio colectivo aplicable, en relación con la DA 10ª del ET, es el rejuvenecimiento de la plantilla y estabilidad en el empleo, toda vez que aquella norma paccionada exige que, además de que el trabajador pueda lucrar el cien por cien de la pensión de jubilación, se proceda a contratar a un nuevo trabajador por parte de la empresa, o bien se transforme un contrato temporal en uno indefinido. A pesar de estos condicionantes, se ignora por dicha normativa interna la necesidad de fundar la extinción en una causa válida, como la aptitud o conducta del trabajador, sin que este requisito sea satisfecho por la invocación de una meta general de la política de empleo.

Tampoco cabría ignorar que el CEDS ha admitido como justificación legítima de la jubilación forzosa la consecución de fines relativos a la política de empleo (Conclusiones 2008, Lituania; Conclusiones 2016, Francia), pero también ha señalado que, en estos casos, dicha medida debe tender de forma eficaz a la realización de estos fines, rechazando tomar en consideración dichos fines cuando su validez no está debidamente contrastada [Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, reclamación n. 74/2011, apartados 90, 91 y 96].

En supuestos como el presente, en que el empresario procede a sustituir al trabajador jubilado forzosamente por otro trabajador indefinido, la inconsistencia de la política de empleo seguida, bajo la alusión al rejuvenecimiento de las plantillas, ya fue señalada, inicialmente, por la doctrina casacional. "El rejuvenecimiento de plantillas no puede ser por sí sola la finalidad habilitante para la extinción de los contratos, sino que deberá actuar unida al mantenimiento de empleo y dicho objetivo no puede lograrse con una mera sustitución de un trabajador por otro" ( STS de 4 de julio de 2012 -rec.2776/2011). El rejuvenecimiento de la plantilla implica una evidente reducción de costes finales para la empleadora, "lo que ciertamente podrá tener justificación en términos económicos y de competitividad, pero en manera alguna puede ampararse en la" DA 10ª ET ( STS de 12 de noviembre de 2014 (rec.3245/2013). No obstante, esta doctrina ha sido recientemente matizada, admitiendo la jurisprudencia como finalidad legítima la sustitución del trabajador despedido por otro indefinido, según ya se ha indicado más arriba.

Desde el prisma del art.24 de la CSE, la política de empleo que se esgrima como finalidad legítima por el legislador nacional para justificar la extinción de la relación laboral por el hecho de que el trabajador haya alcanzado la edad ordinaria en que pueda lucrar la pensión de jubilación debe gozar de una eficacia contrastada, que encuentre sostén real en un panorama fáctico riguroso, lo que no concurre en el presente caso. Como se desprende de la narración histórica, el empresario, con apoyo en la norma convencional de referencia y, a su vez, en la DA 10 del ET, se limitó a extinguir el contrato de trabajo de la demandante a sus 68 años de edad y a contratar a otro empleado en su lugar. De esta descripción de hechos no puede inferirse contribución alguna a la consecución efectiva de la política de empleo a la que se apela, sino, a lo sumo,



una reducción de costes empresariales en el caso probable de que el nuevo empleado contratado perciba un salario inferior al de la trabajadora despedida.

IV.- Como apuntaba la Exposición de Motivos de la Ley 14/2005, de 1 de julio, por la que se reintrodujo la extinción contractual por jubilación forzosa del trabajador, el supeditar este instrumento convencional a la consecución de un fin concreto de la política de empleo permitía concluir la compatibilidad de la medida con la Directiva 2000/78. Ciertamente, el Tribunal de Justicia de la Unión ( STJCE de 16 de octubre de 2007, C-411/05 y STJUE de 12 de octubre de 2010, C-45/09, entre otras muchas) ha fijado las condiciones que deben establecer los convenios colectivos para poder considerar válidas las cláusulas de jubilación forzosa; fundamentalmente, la posibilidad de acceso a la pensión de jubilación y que la medida esté conectada con medidas coherentes de política desempleo.

Aun cuando el legislador siempre ha pretendido asegurar la conformidad de la normativa interna con las disposiciones comunitarias, no es menos cierto que ha preterido en todas las reformas legislativas siquiera una mínima alusión a la CSE. Esta omisión es relevante, y hasta indicativa de la incompatibilidad de la disposición normativa interna con la Carta, máxime cuando la concordancia de la norma nacional con el Derecho comunitario no presume ni garantiza la adecuación con la CSE cuando esta dispensa una mayor protección al trabajador, como ya ha fijado en doctrina general el CEDS, y, particularmente, en el ámbito de la extinción del contrato de trabajo por jubilación forzosa (Conclusiones 2012, 2016 y 2020, Malta; Conclusiones 2012 y 2020, Países Bajos).

V.- Como ya se ha dicho, la conformidad de la jubilación forzosa con el Derecho de la Unión Europea ha sido admitida por el TJUE bajo ciertas condiciones. Sin embargo, la aplicación preferente de la CSE que se sostiene, no sólo es consecuencia del pertinente control de convencionalidad, sino, singularmente, del cumplimiento de las propias normas comunitarias, que, en todo caso, obligan a aplicar aquella disposición, nacional o internacional, que ofrezca la mayor protección al trabajador.

La doctrina sentada por el TJUE ha validado la extinción contractual por jubilación forzosa, siempre y cuando se cumplan convenientemente determinados presupuestos, por lo que ha acogido una interpretación restrictiva de dicho mecanismo extintivo, como puede verse en los siguientes pronunciamientos:

1º.- Ha reconocido que la jubilación forzosa a los 65 años puede admitirse cuando tiene por objeto distribuir mejor el acceso al empleo entre generaciones y, en particular, frenar el desempleo y que las personas afectadas disfruten de una pensión de jubilación adecuada ( sentencia de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05). En el mismo sentido, validando la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de edad pensionable de jubilación, como media de política de empleo, STJUE 12-10-2010, asunto Rosenbladt -Alemania, C-45/09, si bien precisa que la concreción de tal autorización extintiva por un convenio colectivo, no está exenta de control judicial.

2º.- Estimó que es válido el límite de edad de 65 años establecido, en el Derecho de la Unión, para los pilotos de transporte aéreo comercial de pasajeros, carga o correo. Está justificado por el objetivo de garantizar la seguridad de la aviación civil ( sentencia de 5 de julio de 2017, Fries, C-190/16). Sin embargo, declaró que la prohibición total de que los pilotos de líneas aéreas ejerzan su actividad después de los 60 años, constituye una discriminación por razón de edad, porque tal prohibición va más allá de lo necesario para garantizar la protección de la seguridad aérea ( sentencia de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otros, C-447/09).

Independientemente de la admisión, con restricciones, de la jubilación forzosa como instrumento de extinción contractual por el TJUE, la norma comunitaria obliga a aplicar cualquier otra disposición que pudiera contener un mayor estándar de protección del trabajador. Como viene siendo habitual en muchas de las normas de Derecho derivado comunitario, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, fija un principio de no regresión de los derechos ya garantizados por los Estados miembros. Concretamente, el art.8.1 de dicha Directiva precisa que "los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva". Y añade, en su apartado 2, que "la aplicación de la presente Directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma".

En el caso que nos ocupa, siendo la jubilación forzosa un límite evidente a la libertad de trabajar, estas previsiones deben cohonestarse con el derecho de toda persona "a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada", que se reconoce en el art.15 de la CDFUE. No puede desconocerse que esta libertad de trabajo habrá de concebirse en el sentido y con el alcance que le ha otorgado el TJUE, el cual, en aplicación del art.6 de la Directiva 2000/78, ha validado la jubilación forzosa del trabajador en determinados casos. Sin embargo, tampoco puede ignorarse que, en un sentido similar al art.8 de la referida Directiva, el art.53



de la CDFUE advierte que "ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrán interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros".

En conclusión, si la CSE dispensa al trabajador un mayor nivel de protección que la norma interna o comunitaria, habrá de aplicarse con preferencia la primera sobre la segunda, no sólo como resultado del correspondiente control de convencionalidad, sino por estricto y riguroso cumplimiento de la misma norma de la Unión Europea.

VI.- En alusión a la DA 10 del ET, la sentencia que expresa el parecer mayoritario de esta Sala General concluye lo siguiente: "es difícilmente aceptable que una disposición legal validada por el TC y por el TJUE (aunque con redactados distintos) puede ser omitida en un mero juicio de convencionalidad que limita sus efectos únicamente a la norma legal". Seguidamente añade que "una cosa es que el análisis de la incidencia de un tratado internacional se sitúe en aspectos no abordados por el TC o el TJUE; y otra, distinta, que opere sobre cuestiones que en forma directa han sido tratadas por dichos tribunales, como aquí ocurre".

En estrictos términos jurídicos, debo disentir del razonamiento acogido por la Sala, ya que, desde la perspectiva constitucional más escrupulosa, es plausible y correcto sostener la falta de conformidad de una disposición legal interna con un tratado internacional, pese a que, previamente, el TC haya afirmado la conformidad de dicha norma nacional con nuestra Carta Magna; incluso cuando también el TJUE haya determinado la compatibilidad del precepto de Derecho nacional con la normativa comunitaria. En el esquema de jerarquía normativa que preside nuestro ordenamiento ( art.9.3 CE), cuando el TC decide la validez constitucional de una disposición legal no comporta que dicha norma ordinaria ascienda a la categoría de norma de rango constitucional, y, por ende, el contenido de la ley validada no se erige en canon de la constitucionalidad. En los casos en que el TC falla la conformidad de una ley interna con nuestra norma suprema, tan sólo implica que el meritado precepto legal no se opone a nuestra Constitución, sin que el mismo se integre por ello en el bloque de la constitucionalidad, impidiendo un eventual juicio futuro de convencionalidad por su falta de conformidad con un tratado internacional, como es el caso de la CSE.

Aun cuando, como ya se ha expuesto con detenimiento, el TC ha admitido la validez constitucional de los diversos antecedentes normativos de la actual DA 10 del ET, este juicio de validez constitucional no se extiende a un hipotético juicio de convencionalidad con respecto a la normativa internacional, ya que este último extremo desborda ampliamente la competencia de nuestro Tribunal de garantías constitucionales. Como la propia doctrina constitucional ha señalado reiteradamente, el análisis de convencionalidad no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de Derecho aplicable, que queda extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional' ( SSTC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6; 87/2019, de 20 de junio, FJ 6; y STC 156/2021, de 16 de septiembre).

En consecuencia, la validez constitucional de la DA 10 del ET no excluye su falta de conformidad con el art.24 de la CSE, en este caso concreto.

VII.- En adición a lo antedicho, puede sostenerse que la DA 10ª del ET no es conforme al art.1.2 de la CSE, en tanto que permite al empresario extinguir el contrato de trabajo del empleado por razón de su edad, sustituyéndolo por otro más joven.

El art.1.2 de la CSE obligación a la legislación nacional a prohibir cualquier discriminación en el trabajo, en particular por motivos de sexo, raza, origen étnico, religión, discapacidad, orientación sexual y opiniones políticas, pero también por razones de edad. Si bien la DA 10ª del ET vincula la medida a la consecución de objetivos de la política de empleo, y a que el trabajador cumpla los requisitos necesarios para acceder a la pensión de jubilación, el presupuesto nuclear que habilita la extinción del contrato de trabajo es la superación de determinada edad por el empleado, por lo que la finalización de la relación laboral acontece por razón exclusiva de edad. Este razonamiento puede apreciarse en los distintos informes periódicos elaborados por el CEDS para evaluar el grado de cumplimiento de la Carta por los distintos Estados, en los cuales ha emitido diversas conclusiones de disconformidad respecto de aquellas normas nacionales que permitían la rescisión del contrato de trabajo cuando el trabajador alcanzaba la edad de jubilación ordinaria (Conclusiones 2012, 2016 y 2020, Malta; Conclusiones 2012 y 2020, Países Bajos).

Desde esta misma perspectiva, el propio CEDS ha dictaminado que esta práctica nacional, consistente en la extinción contractual por la jubilación impuesta al trabajador, menoscaba uno de los fines principales que el art.23 de la CSE establece, cual es el de la participación efectiva en la sociedad de las personas de edad avanzada "durante el mayor tiempo posible", así como "elegir libremente su estilo de vida" [Fellesforbundet for



Sj folk (FFFS) c. Noruega, reclamación n. 74/2011, decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2013]. Adviértase que esta finalidad expresada en la CSE es compartida por nuestro texto constitucional, el cual, desde el prisma de la igualdad material, encomienda a los poderes públicos "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" ( art.9.2 CE).

Con frecuencia, las distintas legislaciones nacionales, al perfilar medidas como la extinción del contrato de trabajo por la jubilación forzosa del trabajador, suelen justificarlas acudiendo a metas generales atinentes a las políticas de empleo, invocando, casi como una cláusula de estilo, la mejora de la estabilidad en el empleo y otros fines aparentemente loables. Sin embargo, tras estos conceptos excesivamente abstractos y heterogéneos se trata de opacar una concepción del mercado de trabajo que descansa, en última instancia, en prejuicios y sesgos contra el trabajador de edad avanzada. El rejuvenecimiento de las plantillas y la lucha contra el desempleo juvenil, tantas veces argüido por la legislación nacional para amparar la extinción contractual del trabajador de edad avanzada, tiene como innegable resultado la contratación de otro trabajador más joven para sustituir a aquel al que previamente se ha excluido y marginado, forzosamente, del mercado de trabajo, pese a tener la voluntad de continuar en activo. No puede desconocerse que toda libertad o derecho constitucional está sujeto a unos límites, lo que debe predicarse también respecto al derecho al trabajo reconocido en el art.35.1 de la CE. No obstante, estos límites deben estar exentos de cualquier causa de discriminación, y ser compatibles con la esencia misma del derecho a la libre elección de la profesión u oficio, lo que entraña que sea lícito despedir a un trabajador de edad avanzada por su imposibilidad de continuar desempeñando las funciones propias de su puesto de trabajo, pero no por el simple hecho de alcanzar cierta edad.

Adviértase que este trato diferenciado de los trabajadores en función de su edad no puede justificarse por causas válidas como la aptitud del empleado para preservar la seguridad y salud en el trabajo, ya que no nos encontramos ante asalariados pertenecientes a colectivos profesionales específicos, cuya actividad comporta un nivel de exigencia ciertamente superior a los restantes sectores, como el caso de los controladores aéreos, cuya jubilación forzosa ha sido validada constitucionalmente sin mayores obstáculos ( ATC 84/2022, de 11 de mayo. Este criterio ha sido acogido por la doctrina casacional, pudiéndose citar, entre otras muchas, las SSTS de 16 de febrero de 2020, Rjud. 982/2018; de 18 de febrero de 2020, Rjud. 969/2018; de 21 de febrero de 2020, Rjud. 1114/2018; de 17 de septiembre de 2020, Rjud. 2486/2018; de 25 de noviembre de 2020, Rjud. 1545/2018; de 14 de abril de 2021, Rjud. 4320/2018; 1 de julio de 2021, Rjud. 2695/2019; 343/2022, de 19 de abril; y 540/2022, de 13 de junio).

VIII.- Conjugando los razonamientos expuestos en el presente fundamento de derecho, procedería concluir la disconformidad, en este caso concreto, de la DA 10ª del ET, y, por ende, la del art.21 del Convenio Colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos para los años 2019 y 2020, con los arts.1.2 y 24 de la CSE.

La consecuencia inmediata de este pronunciamiento sería la de, realizando un juicio de convencionalidad, desplazar la aplicación de la norma nacional ( DA 10ª ET y art.21 del Convenio en cuestión) en favor del tratado internacional ( arts.1.2 y 24 de la CSE), que se integra en nuestro ordenamiento interno conforme al art.96.1 de la CE, siendo prevalente la segunda en caso de conflicto con la primera ( art.31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, en relación con el art.27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969). Ante la ausencia de cobertura legal, la decisión extintiva del empresario demandado finalizando el contrato de trabajo suscrito con la demandante, con fecha de efectos 1 de octubre de 2021, debería reputarse como un despido ilícito, cuya calificación habrá de dirimirse en el fundamento siguiente.

TERCERO.- De la nulidad de la decisión extintiva empresarial

Sentado lo anterior, esta Sala habría de resolver el apartado D) del segundo motivo de suplicación, por el cual, al amparo del art.193.c) de la LRJS, se denuncia infracción de los siguientes preceptos: Art.55.5 del Estatuto de los Trabajadores, Art. 14 de la Constitución Española, Arts.1, 5 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en adelante LOIEMH, Art. 17 Estatuto Trabajadores en concordancia con el Art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea así como el art. 108.2 LRJS. Como quiera que tampoco se fija el quantum indemnizatorio (pues se valida la extinción empresarial), la Sentencia habría vulnerado, por inaplicación, el art. 183 LRJS en tanto que la Sentencia deberá fijar la indemnización que proceda como daño moral derivado del despido.

En síntesis, entiende la recurrente que el despido es nulo, ex. art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (en relación con el art. 108.2 LRJS) por dos motivos autónomos y diferenciados: Nulidad del despido por razón de la edad y, además, por razón de género.

1. Distribución de la carga probatoria en caso de vulneración de derechos fundamentales: doctrina constitucional





Desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, la doctrina del Tribunal de garantías ha ido perfilando el marco de efectividad de la tutela constitucional, los márgenes y límites de su función jurisdiccional y los criterios aplicables en el control realizado de las vulneraciones de derechos fundamentales. En lo concerniente a los criterios de distribución de la carga de probar, esta hermenéutica constitucional se ha condensado en la redacción del art.96.1 de la LRJS.

La distribución de cargas probatorias propia de la prueba indiciaria alcanza a supuestos en los que esté potencialmente comprometido cualquier derecho fundamental (por todas, STC 183/2015, de 10 de septiembre, FJ 4). En esta línea, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (por todas, SSTC 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4; 49/2003, de 17 de marzo, FJ 4; 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 3; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; y 171/2005, de 20 de junio, FJ 3).

Más específicamente, la doctrina constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la constatación del menoscabo al derecho fundamental del trabajador como consecuencia del despido por parte del empresario, conformando un nutrido cuerpo jurisprudencial (por todas, SSTC 140/2014, de 11 de septiembre; 30/2002, de 11 de febrero, o 98/2003, de 2 de junio), que puede sistematizarse en los siguientes términos: i) no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales; ii) no es suficiente tampoco una genérica explicación de la empresa, que debe acreditar ad casum que su acto aparece desconectado del derecho fundamental alegado; iii) lo verdaderamente relevante es que el demandado lleve a la convicción del juzgador que las causas que aduce para sustentar la decisión adoptada quedan desligadas y son por completo ajenas al factor protegido; iv) una vez acreditada la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado será ya irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca en un prisma de legalidad ordinaria ( STC 183/2015, de 10 de septiembre, FJ 5).

## 2. Calificación del despido litigioso: nulidad

Trasladando al supuesto de autos la doctrina constitucional expuesta, procedería estimar el apartado D) del segundo motivo de suplicación, calificando el despido de la trabajadora como nulo por discriminación por razón de edad.

Las circunstancias singularísimas del caso que nos ocupa nos obligan a comenzar subrayando que, conforme al inalterado relato de hechos probados, la decisión extintiva, con efectos 1 de octubre de 2021, fue adoptada por el empresario al amparo de la DA 10ª del ET y del art.21 del Convenio colectivo de referencia, que se han declarado inaplicables en el fundamento de derecho precedente. Sin embargo, la legítima creencia que el empresario pudiera albergar en la aparente adecuación de las normas legales y convencionales reseñadas no excluye la posibilidad de que el despido de la trabajadora comporte una lesión ilícita del principio constitucional de no discriminación.

Siguiendo esta lógica, como ya quedó sentado en los razonamientos desarrollados en el fundamento tercero, la causa de la extinción contractual no ha sido otra que la edad de la trabajadora despedida, al haber esta alcanzado la señalada como ordinaria para acceder a la pensión de jubilación. Más allá de la vinculación de la medida adoptada a objetivos generales de política de empleo, la razón primordial del despido de la trabajadora pivotó sobre la edad de la misma, exclusivamente, de suerte que esta, y no otra, fue la circunstancia desencadenante del despido. La invocación de una facultad legal o convencional, por formalmente legítima que pudiera esta parecer, no puede hacernos desconocer la discriminación sufrida por la trabajadora en atención a su edad, al haber sido sustituida por otro trabajador.

Por su parte, la empleadora demandada no ha aportado ninguna prueba concluyente que desconecte la decisión extintiva de la discriminación por razón de edad descrita. Muy al contrario, aun cuando este elemento no consta en la narración histórica de la sentencia recurrida, es lícito suponer que el trabajador contratado en lugar de la demandante percibirá un salario sustancialmente inferior al de aquella, ya que la actora acumulaba la muy significativa cifra de más de 39 años de antigüedad en la empresa, lo que implica habitualmente el derecho a lucrar los complementos salariales que por este concepto se suele prever en el convenio colectivo aplicable (en el caso concreto, se previene el abono de cuatrienios y premios por permanencia -arts.19 y 20



del Convenio aplicable). Esta circunstancia evidencia un notorio ahorro de costes salariales para la mercantil empleadora en detrimento de los derechos legítimamente adquiridos por la trabajadora demandante a lo largo de su carrera profesional.

En otro orden de cosas, la parte recurrente ha alegado para justificar la nulidad del despido, además de la discriminación por razón de edad ya analizada, discriminación por razón de sexo. No obstante, este argumento no puede tener favorable acogida, toda vez que, como se ha venido indicando hasta aquí, la causa exclusiva del despido fue la edad de la trabajadora, sin que exista indicio alguno del que pueda deducirse la discriminación por razón de sexo alegada, más allá del simple hecho del sexo femenino de la demandante.

CUARTO.- De la indemnización por vulneración de derechos fundamentales

Según se ha referido en el fundamento anterior, la trabajadora, al igual que hiciera en la instancia, peticiona ser indemnizada por haberse vulnerado su derecho fundamental a no ser discriminada, al amparo del art.183.2 de la LRJS.

Acudiendo a la aplicación analógica de la Ley 35/2016 que establece el nuevo baremo de accidentes de tráfico, la trabajadora peticiona que se fije indemnización por daño moral, proponiendo como base para su cálculo la de 105,35 € diarios, en aplicación de la tabla 3 b de aquel, desde a fecha del despido (1 de octubre de 2021) hasta la fecha de la sentencia que declare la nulidad del despido.

1. Indemnización por vulneración de derechos fundamentales: naturaleza y cuantificación

Con ocasión de la fijación del importe indemnizatorio por violación de derechos fundamentales, la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido una serie de parámetros, que, en lo que aquí nos interesa, han sido confirmados por el Tribunal Constitucional ( STC 247/2006, de 24 de julio).

La utilización de la LISOS para la monetización del daño inmaterial o moral es una constante en la doctrina jurisprudencial, que repite y reitera, la oportunidad de su utilización, pero acudiendo más a parámetros valorativos de su empleo. La consideración de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, cuya como criterio orientador está expresamente admitido por la jurisprudencia, entre otras SSTS de 15 de febrero de 2012, recurso. 67/2011; 5 de febrero de 2013, recurso 89/2012; 11 de febrero de 2015, recurso 95/2014; y 43/2017, de 24 de enero.

Es doctrina asentada que, en principio, la cuantificación de los daños es algo que corresponde al juzgador de instancia y que solamente debe ser revisada si es manifiestamente irrazonable o arbitraria. Así, la STS de 25/1/2010 (rec.40/2009) afirma: "conforme a nuestra doctrina ( STS de 16 de marzo de 1998, recurso 1884/9 y 12 de diciembre de 2005, recurso 59/05) el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias del caso, fijará el importe de la indemnización a su prudente arbitrio, sin que su decisión pueda ser revisada por el Tribunal que conozca del recurso, salvo que sea desproporcionada o irrazonable". Este razonamiento ha sido mantenido por otras resoluciones posteriores, como la STS 382/2016, de 5 de mayo.

Más recientemente, las SSTS de 23 de febrero de 2022 (rec.4322/19) y 9 de marzo de 2022 (rec.2269/19) contiene la doctrina casacional a seguir, indicando la primera de ellas que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. A esta advertencia añade que la indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [ SSTS/1ª 27/07/06 Ar. 6548; y 28/02/08 -rec. 110/01-] ( SSTS 21/09/09 - rcud 2738/08-; y 11/06/12 -rcud 3336/11-), de tal forma que "en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS se considera que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada".

2. Solución al supuesto de autos

Trasladando al caso a enjuiciar la doctrina expuesta, procedería reconocer a la trabajadora despedida una indemnización por haberse menoscabado su derecho fundamental a no ser discriminada por razón de su edad, ex art.14 de la CE, en consonancia con lo declarado en el anterior fundamento de derecho.



Reconocido el derecho de la trabajadora a ser indemnizada por haber sido discriminada por razón de edad, procedería cuantificar dicha indemnización. A juicio de este Magistrado discrepante, el importe indemnizatorio habría de ascender a 10.000€, correspondiente al importe medio inferior del grado mínimo de la sanción establecida en el art.40.1.c) de la LISOS para las faltas muy graves, ya que la discriminación sufrida por la trabajadora supuso la extinción de su vínculo laboral en los últimos años de su carrera profesional. No obstante, como se ha precisado más arriba, el caso que nos ocupa presenta unas circunstancias particularísimas, y es que la decisión fue adoptada por el empresario, no en virtud de un especial ánimo vejatorio de la dignidad de la trabajadora, sino con basamento en unas disposiciones legales y convencionales aparentemente adecuadas, lo que aconseja no incrementar el montante indemnizatorio hasta el grado intermedio.

En consecuencia, se habría de haberse estimado parcialmente el recurso de suplicación.

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ