

«ENVEJECIMIENTO ACTIVO» VERSUS PROHIBICIÓN DE «DESPIDO POR EDAD»: ¿QUIÉN DEBE PAGAR LOS COSTES SOCIALES?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 23 de febrero de 2015, rec. núm. 32/2014**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

... el viejo derecho considera «la prueba» no como una «obligación», sino como un «derecho» de las partes... La moderna teoría de la «carga de la prueba»... difiere del viejo sistema en la concepción de la prueba como «obligación»

... el desenvolvimiento social moderno ha desarrollado... motivos de índole general que debilitan el racionalismo formal del derecho

M. Weber

Sociología del Derecho

1. EL MARCO NORMATIVO: ¿SABEMOS QUÉ QUIERE EL LEGISLADOR Y QUÉ QUEREMOS LA SOCIEDAD?

En todas las épocas, el Derecho ha conocido una radical distinción, que determina que el «deber ser» –lo que las normas prescriben cómo debería ser el mundo– se diferencie de lo que «es» –lo que la práctica enseña que sucede en la vida cotidiana–. Hoy en día, uno de los tópicos más relevantes que desafían, y confirman, esa recurrente tensión entre los valores superiores que predicamos nuestros Códigos de derechos fundamentales y nuestras prácticas –en especial de gestión económica y empresarial– es el relativo al llamado «*envejecimiento activo*», fenómeno-conflicto social intergeneracional generalizado en las sociedades europeas.

Las paradojas y contradicciones que envuelven este tema en el Derecho vigente ya nacen en la propia realidad del fenómeno-conflicto: la causa del fenómeno es muy positiva, y debería alegrarnos

–aumento de la esperanza de vida–, pues implica que el Estado de Bienestar funciona; pero en su éxito incubaría el virus que lo amenaza, e incluso arriesga con hacerlo fracasar, pues esa «positiva longevidad biológica» desafía todas sus instituciones, a comenzar con el sistema de pensiones, pero también al mercado laboral. A más pensionistas que viven durante más años con un incremento, aunque limitado, de sus pensiones, mayor carga sobre el sistema de Seguridad Social, que necesita incrementar sus ingresos al mismo ritmo que se crece su gasto. Si el Estado no está dispuesto a favorecer recursos que no provengan solo de las cotizaciones –vía impuestos, por ejemplo–, debería llevar a cabo políticas eficaces para incrementar masivamente el número de cotizantes –manteniendo a los trabajadores durante más tiempo en activo y/o favoreciendo el empleo de los colectivos que integran la población activa no ocupada, incluso no activa, muy numerosos en España–.

Por doquier, ese es el caso español, se intensifican las leyes de ampliación de la edad de jubilación ordinaria –que ahora ya tiende a situarse en los 67 años y subiendo en expectativa–, e incluso se prohíbe, también es el caso español, cualquier tipo de medida, incluso convencional, que obligue a jubilarse anticipadamente –nueva disp. adic. 10.^a [Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#)–, incentivando la continuidad con más pensión. Siendo esto así, entonces, ¿cómo que una estrategia dominante en la mayor parte de las empresas de todos los países más desarrollados, y desde luego las europeas, incluyendo a las españolas, es la de favorecer la salida del mercado de las personas de 50 o más años de forma masiva, a través de los llamados «sistemas de prejubilación», sin regulación específica en España? Además, si esa estrategia de expulsión de las personas de más edad de las plantillas avasalla desde hace décadas el escenario de «reajuste», ¿para qué hacer de la gestión de seguridad y salud en el trabajo desde el enfoque del «envejecimiento activo» uno de los ejes de esa política en el futuro si buena parte de empresarios y trabajadores coinciden en hacer de una prejubilación un objetivo común –[III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva](#)–, aunque haya que aportar más recursos al Erario Público –disp. adic. 16.^a [Ley 27/2011](#)–?

Cierto, más preguntas que respuestas, que revelan no solo las contradicciones y las paradojas de esta nueva dimensión del problema-conflicto intergeneracional vinculado a la edad, en este caso de los trabajadores, sino las propias incertidumbres, lagunas y antinomias del Derecho español en esta materia, que viene navegando entre dos aguas, sin rumbo cierto. El problema jurídico mayor, que es lo que ahora interesa, no es ya que se diseñen medidas de carácter no vinculante –en el ámbito estatal la «[Estrategia 55 y más](#)»–, para incentivar «la longevidad laboriosa» o «envejecimiento activo», políticas preventivas, públicas y privadas, y luego queda en agua de borrajas, o que el núcleo duro de la acción se sitúe en la profusión de las socorridas «[Guías de buenas prácticas para la gestión de la edad](#)» en empresas –que cada vez cuentan con trabajadores de menor edad– (hay muchas autonómicas, aquí citaré una europea: «[Orientaciones que han de guiar el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones](#)», Comité de Protección Social y el Comité de Empleo, 2012). La cuestión central, a mi juicio es que, ninguna institución, o muy pocas y muy poco, se toman realmente en serio la efectividad práctica de la protección consagrada, eso sí, al máximo nivel, internacional –Informe «[Empleo y protección social frente al nuevo contexto demográfico](#)», presentado en la 102.^a Conferencia Internacional del Trabajo 2013–, comunitario –[Directiva 2000/78/CE](#) y art. 21.1 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)– y constitucional, de la prohibición de discriminación por razón de la edad, derecho humano fundamental.

2. EL CASO CONCRETO: SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO

Una empresa, con una plantilla de 75 trabajadores, comunica el inicio de la tramitación de un despido colectivo que afecta a 38 trabajadores. Las causas alegadas son tanto económicas como productivas. Abiertas las consultas, un eje del debate fueron los criterios de selección, porque, en el Departamento de Telefonistas, la representación laboral esgrimía que el criterio real era la edad de las personas afectadas a diferencia del resto, que atendía al criterio de la antigüedad. La empresa lo explicaba *«porque estos trabajadores son susceptibles de adaptarse mejor a los cambios tecnológicos que pudieran darse en el mismo»* (hecho probado quinto, reunión del 5 de agosto).

El periodo terminó sin acuerdo y entre los despedidos estaban *cinco de los ocho telefonistas del departamento*, porque la empresa *«había decidido conservar a los empleados del centro de trabajo de Algeciras más jóvenes, por ser susceptibles de adaptarse mejor a los cambios tecnológicos que en dicho departamento se dieran...»*.

Contra la decisión reclamarán los representantes, solicitando la nulidad, por vicios de forma y por vulneración de la prohibición de discriminación. Celebrado juicio, dictó sentencia la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla. En la vista, la argumentación de la empresa para pedir la desestimación de las demandas se basó en dos tipos de razonamientos.

- a) De índole procesal. La eventual discriminación del criterio no debe de resolverse en el procedimiento colectivo, sino en el individual (art. 124.13 [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#) –LRJS–).
- b) De análisis de gestión empresarial. La elección de los trabajadores de más edad no es discriminatoria, pues la edad hace a las personas resistentes a los cambios, en especial tecnológicos. Un argumento que, dicho sea de paso, compartió el Ministerio Fiscal.

3. LA DOCTRINA JUDICIAL: PRINCIPALES RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla, apartándose del criterio del Ministerio Fiscal, estimará parcialmente los recursos. De un lado, desestimaré todas las pretensiones de nulidad del despido para la mayor parte de los trabajadores afectados, declarándolo ajustado a derecho. De otra, sí calificará de nulo el despido de los trabajadores del Departamento de Telefonistas, por discriminatorio. Para ello, salvará las dos alegaciones de contrario realizadas por la empresa. Primero, para el eventual vicio al procesal, se remite al derecho de precedente jurisprudencial, conforme al cual, si bien se excluye con carácter general que sea objeto propio de la modalidad de despido colectivo *ex* artículo 124.1 de la [LRJS](#) el análisis individualizado de criterios de selección, acepta que pueda entrarse bajo dos condiciones. A saber: 1) Que haya indicios

de discriminación –o de lesión de un derecho fundamental– y 2) Que esa lesión pudiera afectar a todo un grupo indiferenciado de trabajadores. Para la sala concurre el presupuesto de *afectación del criterio selectivo a un grupo genérico*, basado en la edad, sobreviviendo solo los «jóvenes» y expulsándose a los «mayores» (FJ 6.º, párrafos segundo y tercero).

Respecto al argumento de fondo o sustantivo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla considera que sí hay discriminación por la existencia de un «indicio suficiente» –principio de prueba– de la discriminación por razón de edad. Este indicio desplazaría a la empresa la carga de probar que la medida respondía realmente, por encima de aquella apariencia, a razones de carácter económico y profesional –menor rendimiento, menor adaptación real, mayores costes para una mejora de su capacidad adaptativa, etc.– objetivas y razonables. Pero la empresa, en vez de probar con la suficiencia que le es debida, como le impone el artículo 181.2 de la [LRJS](#), se limita a presumir la menor capacidad de adaptación a los futuros cambios tecnológicos, manteniendo un *juicio hipotético de inferioridad adaptativa*.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA Y PREVISIBILIDAD DE SU DEVENIR COMO «JURISPRUDENCIAL»

Terminaba el primer apartado de este diálogo denunciando la poca seriedad con la que, hasta el momento, todos los actores del sistema jurídico, desde el legislador, hasta la jurisprudencia, pasando por los interlocutores sociales, se habían tomado la eficacia real de la prohibición de discriminación por razones de edad. Más allá de ciertos tópicos jurídicos –ejemplo: prohibición de establecer edades máximas de acceso a un empleo; ciertas cláusulas convencionales de jubilación forzosa que no garantizarán ni compensación adecuada por la extinción ni alguna medida, aun genérica, de empleo–, ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en otros ámbitos de la prohibición discriminatoria han estado, y están, muy activos y han resultado de todo punto determinantes de espectaculares giros jurisprudenciales y legales, han mostrado una actividad significativa en la lucha efectiva –con impacto práctico y sistemático en la vida real– contra la discriminación por razón de edad. La doctrina es bien conocida: introducir las diferencias –art. 6 [Directiva 2000/78/CE](#)–, de modo que no habría discriminación prohibida:

«si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios» (SSTJUE de [19 de enero de 2010, asunto C-555/07](#) y de [21 de mayo de 2014, asunto C-262/14](#)).

Pero toda regla general –en este caso negativa– tiene su excepción –aquí muy positiva–. A mi juicio, esta «anormalidad positiva» es la que representa la muy importante, más de lo que inicialmente pudiera parecer por tratarse de doctrina de un «Tribunal ordinario inferior», la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Social, de Andalucía/Sevilla, núm. 531/2015, de 23 de febrero](#),

[Autos 32/2014](#), que comentamos. Por las razones que de inmediato comentaré, brevemente, esta decisión judicial me parece más relevante, por su alcance tanto teórico como práctico, que otras todavía más recientes y más conocidas que versan sobre el mismo aspecto o tópico jurídico –la prohibición de discriminar por razón de la edad en el ámbito de las regulaciones extintivas de empleo–.

Me refiero, de un lado, a la [Sentencia de la Audiencia Nacional 100/2015, de 5 de junio](#) («Enmienda Telefónica»), que ha legitimado la disposición adicional 16.ª de la [Ley 27/2011](#), no ya solo como ajustada a Derecho, sino nada menos que como «socialmente loable» –esto es, justa, Icaria siempre perseguida por el jurista pero pocas veces lograda–. De otro, también prefiero esta como «*leader case*», como referente evolutivo y expresión del germen de un potencial nuevo salto cualitativo, por la novedad de su fallo y la valentía de su razonamiento jurídico, al margen de las críticas que se le puedan hacer –y le haré– que, la [Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015, de 13 de abril](#), que rechazó la existencia de discriminación en un despido colectivo, terminado con acuerdo, en el que la edad también se utilizó como criterio de selección, legitimándolo por el escaso sacrificio que habría significado en el caso tal medida.

En todo caso, el análisis comparado de las tres permitirá comprender mejor el sentido de todas y definir qué canon de control judicial ponen en práctica en cada caso. A mi entender, difieren, significativamente, pese a partir de análogos presupuestos dogmáticos y normativos generales –la configuración constitucional y comunitaria de la prohibición discriminatoria por edad–. Siendo también tres los aspectos de interés jurídico que presenta la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en este punto –dejamos fuera la cuestión de las «cajas B» de las empresas, que también aparecen en ella, pero a la que resta importancia por no constar fehacientemente el *quantum*–. A saber: (1) el *criterio selectivo como objeto del proceso colectivo*, (2) su *carácter discriminatorio* y la (3) *nulidad solo parcial* del despido. Pero me detendré en la cuestión sustantiva, sin perjuicio de alguna referencia a los otros dos, estrechamente asociados.

En efecto, la [Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015](#) elige como canon de legitimidad un *enfoque típico del análisis económico costes/beneficios individual o contractual*, a fin de darle contenido al juicio de proporcionalidad, característico del método de ponderación de derechos –prohibición de discriminación, por un lado, libertad de empresa, por otro–. En efecto, no persuadido el Alto Tribunal por la primera razón empresarial para justificar el despido por edad (el ahorro de los costes de formación que la empresa debería asumir una vez que los trabajadores se jubilasen, con la ineludible necesidad de realizar nuevas contrataciones), quedó seducido por la segunda, coincidiendo con la posición del Ministerio Fiscal. Razona la empresa –y el Ministerio Fiscal asumió y se explayó– *sobre el menor perjuicio que el despido supondría para los trabajadores mayores de 55 años, dada la mayor protección social brindada*.

Con este argumento de la compensación individual, el Tribunal Constitucional se quedaría tranquilo en su convicción profunda, de modo que «*si puede convertir la edad próxima a la jubilación en un factor objetivo y no arbitrario de selección*», siempre que se cumpla la *compensación personal*. Afirmación que fundamenta en su «vieja» doctrina, tanto es vieja que prácticamente representa una de las primeras de «su edad de oro», de la época gloriosa –luego

vendrá el descenso al averno con las más recientes, donde le ha dado la vuelta, hasta retorcerla–, fijada en la [Sentencia 22/1981](#). En ella canonizó la legitimidad del sacrificio del trabajador mayor, no solo si beneficia a otro más joven, desempleado, sino también, y sobre todo, si se ve compensado de forma efectiva.

Por su parte, un análogo canon de legitimidad acogerá la [Sentencia de la Audiencia Nacional 100/2015](#), pero ahora, a diferencia del análisis costes-beneficios de tipo individualista (*juicio de eficiencia contractual*: relación entre la ganancia personal de quien gana –aquí el empresario, que se libera de la parte de plantilla no rentable– y la compensación de quien pierde –su empleo–), ajeno al coste que tiene para el conjunto de la sociedad –externalidades–, esta doctrina judicial asumirá un análisis costes-beneficios de tipo colectivo (*juicio de eficiencia social*: atiende no solo a la relación ganancia-compensación por sacrificios, sino a los costes para la sociedad a fin de evitar externalidades). Para la Audiencia Nacional, la disposición adicional 16.ª de la [Ley 27/2011](#) –la que obliga a ciertos pagos por prestaciones por desempleo a empresas que acudan al despido colectivo pese a tener beneficios– descarta que «*la norma sea injusta y desproporcionada, por cuanto que persigue un objetivo socialmente loable, que procura evitar que el impacto de la crisis económica se proyecte sobre los trabajadores mayores, cuando la empresa o el grupo en el que se integra tiene beneficios...*».

Y nuestro ¿«tribunal regional» ordinario? A mi juicio, se muestra mucho más clásico y ancla su argumento en el *análisis jurídico-garantista*, al margen de consideraciones de costes. La empresa adopta su decisión basada tan solo, le va a reprochar la sala, en una mejora de la gestión –eficiencia– de los recursos económicos disponibles, pero sin acreditar, de modo individual y circunstanciado –art. 182 LRJS; [STCO 38/2005, de 28 de febrero](#)–, las razones por las cuales la afectación a los trabajadores de mayor edad asegurarían ese fin, sin que aporte –y era su obligación porque tiene la carga de la prueba– ni un solo dato sobre la evaluación de su concreta «capacidad de adaptación a no se sabe qué cambios» –FJ 6.º último párrafo–. De este modo, sigue plenamente una de las «Orientaciones que han de guiar el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones», elaboradas por el Comité de Protección Social y el Comité de Empleo en 2012:

«Garantizar derechos iguales para los trabajadores mayores en el mercado laboral, absteniéndose de recurrir a la edad como criterio decisivo a la hora de evaluar si un trabajador es apto o no para un puesto de trabajo; evitar estereotipos negativos relacionados con la edad y actitudes discriminatorias para con trabajadores mayores en el puesto de trabajo; poner de relieve la contribución que hacen los trabajadores mayores».

Por supuesto, «nuestro tribunal regional» es decidido en la defensa del razonamiento jurídico, pero no desconoce la vieja doctrina constitucional y como «quien nada, pero guarda la ropa», advertirá que su decisión pudo ser otra si la selección de los trabajadores de más edad se hubiera hecho «*como instrumento para disminuir los efectos perjudiciales del despido, posibilitando e incentivando su prejubilación*». Como siempre, o casi, no hay gozo ni dicha que sean completos.

El tribunal que tan valientemente ha defendido el enfoque jurídico –típico de las normas anti-discriminatorias, que no admiten compensar la prohibición con un plus de gravamen o coste empresarial– sobre otro económico, de análisis de costes-beneficios, –que es el defendido, a mi juicio incoherentemente, por la Audiencia Nacional, que ha prescindido por completo del juicio antidiscriminatorio– no lo es tanto como para desconocer la pauta que tiene dada el Tribunal Constitucional. Lo que ocurriría es que, en este caso, a diferencia del de la [Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015](#), no se ha dado esa compensación entre beneficios de quien despidе y sacrificios del perdedor.

No es esta la única debilidad argumental que tiene la sentencia, como advertíamos de inicio. Su fuerza, más allá del caso, vendrá de su devenir como criterio aplicado de forma más general, para lo que necesitaría consolidarse como jurisprudencia, y para eso necesita el *nula osta* del Tribunal Supremo. Y aquí vienen los problemas. Primero, no tengo conocimiento de que haya sido recurrida y, por tanto, si es o no firme. Segundo, y mucho más importante, no tengo seguridad razonable de que, de ser recurrida, constituya criterio a convalidar, no obstante lo conveniente y sólido de su línea de política judicial del derecho fuertemente defensora del valor práctico de la prohibición de discriminación por razón de edad. Sustancialmente dudo por dos motivos.

De un lado, por el vicio de incongruencia del que entiendo adolece su razonamiento respecto a la cuestión procesal. En efecto, le reprocha a la empresa que no haya realizado una justificación «*individualizada del impacto de la edad en su capacidad de adaptación a cambios*» hipotéticos. Pero, entonces, si la justificación precisa en cada caso de ese análisis, ¿no se estaría quebrando el criterio establecido por la [Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014](#), convirtiendo un juicio colectivo en otro individual o plural? De otro, al estimar parcialmente válido el ERE, aun siendo loable su objetivo de no causar dilaciones indebidas en un proceso de regulación de empleo que entiende necesario, ante la grave situación económica de una empresa, amenazando también a los empleos restantes, ¿no entra en colisión con la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo? En efecto, sabido es que, habiendo aceptado inicialmente la legitimidad de depurar –[STS 20 de septiembre de 2013](#)– los despidos legítimos de los ilegítimos ante una vulneración de derecho fundamental –en el caso la huelga–, el Tribunal Supremo se corrigió, incluso se anuló a sí mismo, como [estudiamos en su día](#), considerando que una vulneración de derechos fundamentales contamina todo el proceso, sin que el juez pueda sanear el proceso depurando los no afectados por la lesión ([STS, Sala 4.ª, de 18 de julio de 2014, caso Celsa Atlantic, SL](#)).

En suma, una de dos: o el criterio tiene una significación global, y afecta al conjunto, con la consiguiente nulidad de todo, o no la tiene, y es diferenciable, pero entonces quizás mejor analizar ese tema en los procesos individuales, no en el colectivo. En cualquier caso, la polémica está servida pero creo que tiene la suficiente trascendencia como para merecer más análisis jurídicos, y económicos, de los que hasta ahora ha tenido.