

LA LEGITIMIDAD DE LAS JUBILACIONES FORZOSAS
ESTABLECIDAS POR CONVENIO COLECTIVO TRAS LA
DEROGACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 10ª TRET

(A propósito de la STSJ de Madrid de 18 de junio de 2003)

El supuesto de hecho que plantea la sentencia que se comenta presenta el atractivo de analizar desde un punto de vista formal el inconcluso problema de las relaciones entre fuentes del Derecho del Trabajo, en concreto, de la relación Ley-convenio colectivo e, íntimamente relacionado con lo anterior, de la existencia o no de reservas o prohibiciones de materias a la regulación convencional de condiciones de trabajo.

Ello se inserta en el marco de la polémica que ha tenido lugar con ocasión de la práctica del establecimiento de cláusulas sobre jubilación forzosa en sede convencional y la reciente derogación, operada por Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, del precepto estatutario que habilitaba dicha práctica¹. La reforma laboral de 2001, auspiciada por la mencionada norma y el RD Ley 5/2001, parece permitir, *a priori*, la distinción de dos momentos normativos y doctrinales sobre la validez de las cláu-

¹ Véase el RD Ley 5/2001, de 2 de marzo, sustituido posteriormente por la Ley 12/2001, de 9 de julio, cuya Disposición Derogatoria única ha derogado a la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante, TRET), que establecía que «Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos». Recuérdese que la DA 10ª TRET dio una nueva pincelada a la primigenia redacción de la materia contenida en la DA 5ª del Estatuto de los Trabajadores en 1980, pero manteniendo la jubilación forzosa por edad a través de la habilitación al Gobierno para ello y a la negociación colectiva, siendo esta última la única que ha procedido a establecer jubilaciones forzosas por edad

sulas convencionales que imponen al trabajador una edad obligatoria de jubilación: una anterior y otra posterior a la misma, pretendiendo zanjar a su vez la discusión sobre el carácter constitutivo o meramente declarativo de la Disposición Adicional 10ª del TRET².

Lo llamativo es que las polarizadas posturas que sostienen su admisión o su prohibición tras la reforma se fundamentan en los mismos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia³, pero realizando o relegando a un segundo plano, según la óptica del intérprete⁴, la particular visión que sobre tales pronunciamientos realizó en su día el Tribunal Supremo⁵, así como la normativa de Seguridad Social al respecto⁶. Es por ello que en estas páginas no ha de perderse de vista la regulación laboral y de seguridad social, así como la doctrina de ambos Tribunales y, cómo no, la del resto de los órganos judiciales que, en sentido antitético han venido a terciar en la polémica tras la modificación normativa⁷.

² Sobre el carácter constitutivo o declarativo de la DA 10ª TRET (con anterioridad DA 5ª TRET), véase, entre otros, J. L. TORTUERO PLAZA: «La jubilación forzosa en las políticas de empleo», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 33, 2001, pg. 251 y ss.; una visión crítica de la falta de claridad de la entonces DA 5ª ET y sus indicios de inconstitucionalidad puede verse en J. GARCÍA MURCIA: «El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador», REDT núm. 19, 1984.

³ La doctrina constitucional a la que se hace referencia en el texto es la que contienen las SSTC 22/1981, de 2 de julio (BOE 20 de julio) y 58/1985, de 30 de abril (BOE 5 de junio).

⁴ Entre otros, véase, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER: «La flexibilidad de la edad de jubilación (I, II y III)», RR.LL núm. 18 y 21 de 2002 y núm. 1 de 2003; R. PÉREZ YÁÑEZ: «Algunas consideraciones sobre la derogación de la Disposición Adicional 10ª ET», Temas Laborales núm. 61, 2001, pgs. 347 y ss.; L. MELLA MÉNDEZ: «Jubilación forzosa pactada en convenio colectivo y política de empleo», REDT núm. 105, 2001, pgs. 451 y ss.; I. CAMOS VICTORIA: «La reforma de la pensión de jubilación y su incidencia sobre la política de empleo», REDT núm. 110, 2002, pgs. 209 y ss.

⁵ La interpretación flexible de los requisitos que, según el TC, debían de concurrir para admitir estas prácticas negociadoras puede verse en las SSTC de 27 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7210 y 7211), de 27 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10011), de 23 de julio de 1993 (RJ 1993, 1871), y de 26 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1250), así como en la STSJ de Madrid 5 de febrero de 1998 (AS 1998, 585), o en la STSJ de Aragón de 14 de octubre de 1997 (AS 1997, 3818). Véanse también las SSTC núm. 111 a 136 de 11 de octubre de 1985.

⁶ Destacan algunos autores que aunque la jubilación es una decisión empresarial amparada por el Derecho del Trabajo, sus consecuencias y su posibilidad misma están rígidamente vinculadas al ordenamiento de Seguridad Social, en concreto, con los arts. 39 y 207 LGSS. B. GONZALO GONZÁLEZ: «La jubilación forzosa de los trabajadores y sus derechos de ciudadanía», RRL.LL núm. 11, 2003, pg. 31; véase también el ya clásico trabajo de M. E. CASAS BAAMONDE: *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

⁷ Con anterioridad a la reforma también se producían, aunque minoritarias, resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia contrarias a la doctrina asentada por el TS. Al respecto puede verse la STSJ de Galicia de 23 de enero de 1998 (AS 1998, 9) y la STS de 8 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2612), entre otras, aunque referidas al necesario cumplimiento del requisito de carencia necesaria para acceder a la pensión de jubilación.

Una muestra de esto último es, sin duda, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de junio de 2003 que, en una interpretación actualizada de las normas referidas a la jubilación forzosa mediante instrumento colectivo y del contexto en el que se producen cuestiona la legitimidad de tal práctica en nuestro Ordenamiento Jurídico⁸. Frente a esta postura se encuentran, sin embargo, los pronunciamientos judiciales a los que la modificación normativa no viene a aportar nada nuevo a la situación preexistente, motivo por el que asumen que la Disposición Adicional 10ª TRET tenía carácter meramente declarativo y, por ello, continúan aplicando sin mayores cuestionamientos la doctrina asentada por el TS al respecto⁹.

En cualquier caso, no ha de olvidarse que, a la espera de nuevos pronunciamientos por el Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo en casación para unificación de doctrina, el tema no está zanjado, aunque sí es verdad que la postura continuista de la situación anterior es la que parece tener más adeptos entre la doctrina judicial más reciente. Ello, no obstante, no ha de impedir el análisis crítico de ambas posturas en tanto, a mi juicio, ninguna de las dos carece de elementos cuestionables.

Ha de advertirse, además, que el objeto de análisis en que se centra la mencionada sentencia del TSJ de Madrid se limita al supuesto de jubilación forzosa decidida por convenio colectivo estatutario, dejando al margen los casos en que la jubilación forzosa es pactada en fase de consulta en los procedimientos de despidos colectivos¹⁰ o en pactos extraestatutarios¹¹, así como los supuestos en que el trabajador jubilado forzosamente es un funcionario público¹² o presta sus servicios en el extranjero¹³.

⁸ En el mismo sentido, véanse, entre otras, las SSTSJ de Madrid de 17 de febrero de 2002 (JUR 2003, 124941), y de 5 de febrero de 2003 –recurso núm. 4772/2002–, STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002 (AS 2002, 3321).

⁹ Entre otras, véanse, la STSJ de Madrid de 11 de enero 2002 (AS 2002, 858), la STSJ del País Vasco de 19 de febrero de 2002 (AS 2002, 1251) y las SSTSJ de Cataluña de 27 de septiembre (AS 2002, 3322) y 3 de diciembre de 2002 (AS 2003, 259).

¹⁰ Sobre alguno de los problemas que se plantean en tal caso pueden verse, entre otras, la STS de 12 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6436), la STS de 30 de mayo de 1991 (RJ 1991, 5233), la STS de 21 de enero de 1997 (RJ 1997, 622) y la STS (Contencioso-Administrativa) de 14 de junio de 2000 (RJ 2000, 6740) y la STS (Contencioso-Administrativa) de 25 de enero de 1999 (RJ 1999, 344); también, la STSJ de Andalucía de 23 de marzo de 2001 (AS 2001, 2804).

¹¹ Al respecto, véase la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de enero de 1995 (RJ 1995, 344) y el comentario a la misma realizado por C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO: «Jubilación forzosa mediante pacto extraestatutario», *Aranzadi Social* 1999-I, pgs. 2629 y ss. Asimismo, con posterioridad a la reforma laboral de 2001, véanse las SSTSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2002 (AS 2003, 259) y de 7 de diciembre de 2001 (JUR 2001, 64934).

¹² Entre otras muchas, SAN (Contencioso-Administrativa) de 27 de mayo de 2002 (JUR 2003, 68811) y STS (Contencioso-Administrativa) de 21 de mayo de 2002 (RJ 2002, 5085).

¹³ Al respecto, SSTS (Social) de 17 de junio de 1994 (RJ 1994, 5448) y de 17 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2023); SSTSJ de Madrid de 19 de febrero de 1998 (AS 1998, 597) y de 10 de febrero de 1999 (AS 1999, 598).

a) Supuesto de hecho:

El trabajador reclama por despido ante la notificación recibida el 4-7-2002 por parte de la empresa en la que se le comunica que, conforme al convenio colectivo vigente en la empresa, el cumplimiento de los 65 años de edad provoca el pase a la situación de jubilación forzosa. Dicho trabajador que desempeñó funciones y puesto de Director de Prestaciones de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (LA FRATERNIDAD MUPRESPA) y, desde 1996, el puesto de Director Técnico, cumplió el requisito de edad exigido el 3-7-2002.

Cumplido el trámite de conciliación previa ante el SMAC, sin avenencia, el Juzgado de lo Social núm. 21 de Madrid resolvió estimar la falta de acción articulada por la defensa de la Mutua, absolviéndola de la prestación. Contra dicha resolución se interpone recurso de suplicación por el demandante, resolviendo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de manera diferente al juzgador *a quo*. Al respecto, los aspectos más interesantes que al hilo de la misma pueden plantearse son, entre otros, los siguientes:

1. El contrato individual de trabajo y las prácticas de empresa como posibles mecanismos excluyentes de la aplicación del convenio colectivo

Con amparo en el apartado b) del artículo 191 LPL, el demandante pretende añadir un nuevo hecho probado consistente en que desde la fecha de su contratación el trabajador ha estado excluido del Convenio colectivo aplicable en la empresa, según se deduce de su contrato individual de trabajo y de la práctica de la empresa en puestos directivos similares¹⁴.

La alegación efectuada por el demandante en este momento procesal incita a plantearnos, teóricamente, si la relación que une al trabajador con la Mutua es común o especial. Se debe ello a que si bien es cierto que no se determina que el trabajador afectado estuviera sometido a una relación laboral de carácter especial, en particular, la de Alta Dirección¹⁵, puede darse razonablemente sobre tal circunstancia en atención a las funciones y puestos de trabajos desempeñados por el trabajador¹⁶. Por tal motivo se

¹⁴ Sobre la posible existencia de una condición más beneficiosa en los supuestos que analizamos véase, entre otras, STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2002 (AS 2002, 1721) y STSJ del País Vasco de 14 de julio de 2000 (JUR 2001, 39148).

¹⁵ La normativa de esta relación se contiene en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del Personal de Alta Dirección (en adelante, RDAD).

¹⁶ El art. 1.2 del RD 1382/1985 señala que «se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad». Véase al respecto, SSTTS de 24 de enero, 6 de marzo y 12 de septiembre de 1990.

plantearán brevemente algunas cuestiones puntuales relacionadas con esta hipótesis, aunque avanzamos ya que ello no implicaría necesariamente la exclusión del ámbito de aplicación personal del convenio colectivo aplicable en una empresa, en tanto éste puede aplicarse total o parcialmente a aquellas relaciones especiales siempre que la autonomía de la voluntad de las partes contenida en el contrato individual de trabajo –primera norma reguladora de esta relación especial– no estableciera otra cosa¹⁷. De lo anterior surgen, sin embargo dos problemas interpretativos distintos: por un lado, saber si el contrato individual de trabajo del personal de alta dirección tendría que excluir la aplicación del convenio colectivo de manera expresa o si, por el contrario, es admisible la aplicación del convenio colectivo cuando el contrato individual del personal de alta dirección no se ha pronunciado sobre dicha materia; por otro lado, y de manera más general, también podría plantearse si el convenio colectivo puede seleccionar o excluir de su ámbito de aplicación a determinados sujetos, ya estén éstos o no sometidos a relaciones laborales de carácter especial.

a) Respecto a esto último, y con carácter general, resulta claro que si las razones para excluir a determinados sujetos del convenio colectivo son objetivas y razonables no encontrará tal práctica impedimentos, según jurisprudencia constitucional, para su admisión¹⁸. Ahora bien, si partiéramos de que el demandante se regula por una relación laboral de carácter especial cuyo contrato-tipo en una determinada empresa tolerara la aplicación del convenio colectivo vigente en la empresa, resultara obvio el incremento de complejidad desde el punto de vista colectivo para hallar las causas que motiven la exclusión de algunos individuos del ámbito de aplicación del Convenio colectivo y, en cambio, no de otros sujetos que compartan las mismas circunstancias que los anteriores¹⁹. Esta situación reclamaría, sin duda, la aplicación de la misma doctrina constitucional que para las relaciones laborales

¹⁷ Señala el art. 3 del RD 1382/1985 que «1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que le sean de aplicación. 2. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto o así se haga constar específicamente en el contrato. 3. En lo no regulado por este Real Decreto o por pacto entre las partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales».

¹⁸ Entre otras, SSTC 53/1987, de 7 de mayo y 136/1987, de 22 de julio. La doctrina de estas sentencias ya venía siendo admitida para el personal directivo en la Sentencia del extinto TCT de 21 de septiembre de 1983. En la doctrina científica, véase, entre otros, H. MERINO SENOVILLA y M^a D. ROMÁN DE LA TORRE: «Convenios colectivos y exclusiones del ámbito personal», RR.LL., Tomo II, 1987, pgs. 967 y ss.; M^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ: «La exclusión de trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos», RR.LL. 1988, Tomo I, pgs. 397 y ss.

¹⁹ Téngase en cuenta que el TS no ha considerado lesivo del derecho de libertad sindical ni contrario al principio de legalidad la exclusión de este personal del ámbito de aplicación de los convenios colectivos aunque, en alguna ocasión, ha reconocido el derecho del mismo a participar en la negociación colectiva. Véanse, STS (Contencioso-Administrativo) de 22 de octubre de 1987 y STS de 15 de marzo de 1990.

comunes; desde la perspectiva individual, sin embargo, la exclusión del ámbito de aplicación personal del convenio colectivo vigente en una empresa resulta mucho más factible en cuanto que, en este caso, lo colectivo cede ante el interés particular reflejado en el contrato que contempla estas relaciones especiales. En cualquier caso, la Sala no analiza la cuestión, por lo que, debido a la importancia que ello tendría para la resolución del supuesto, parece lógico deducir que la relación que une al demandante con la Mutua no es una relación laboral de carácter especial sino una relación laboral común u ordinaria. Es por ello, quizás, que el demandante hiciera alusión a la supuesta práctica empresarial que, según él, también llevaría a excluir la aplicación del convenio colectivo a trabajadores con puestos directivos similares al suyo. En tal caso, la existencia de dicha práctica de empresa exigiría la prueba de su existencia pero, sobre todo, de que no exista disposición legal, convencional o contractual que establezca otra cosa, circunstancias que no se cumplen en el caso enjuiciado.

b) En lo referente a si el contrato individual de trabajo ha de manifestarse expresamente sobre la aplicación o no del convenio colectivo para que éste pueda aplicarse, resulta obvio que cuando la relación laboral es ordinaria el interés individual es el que cede ante el colectivo, siendo además el convenio de aplicación inmediata, inderogable e indisponible de modo relativo por la voluntad individual de los trabajadores²⁰. Recuérdese que dicha circunstancia sólo sería distinta si la relación laboral no fuera común sino especial de Alta Dirección, ya que en este caso la voluntad de las partes manifestada en el contrato individual de trabajo sería la primera norma a tener en cuenta según el art. 3 del RDAD, aunque, como ya se ha dicho, ello no impediría la aplicación del Convenio colectivo si así lo dispone expresamente el contrato de trabajo.

2. La legitimidad de los convenios colectivos que regulan la jubilación forzosa de los trabajadores

Sabido es que las cláusulas de los convenios colectivos contrarios a la Constitución o a las Leyes son nulas y se tienen por no puestas²¹. Conforme a ello, y teniendo en cuenta que la nulidad es la sanción extrema del ordenamiento

²⁰ Sobre ello, véase, A. OJEDA AVILÉS: *Derecho Sindical*, Tecnos, 2003, pgs. 786 y ss. Algunas sentencias sobre la materia que tratamos señalan que «el contenido normativo de los convenios colectivos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación, sin precisar de técnicas de contractualización ni, por tanto, del complemento de la voluntad individual, pues no cabe una visión privatista de la facultad representativa de las partes negociadoras –su representación es institucional, de intereses, por tanto, no de voluntades–»: SJS núm. 3 de Jaén de 14 de marzo de 2001.

²¹ La nulidad, no obstante, sería parcial en tanto sólo afecte a uno o varios preceptos en función del principio de conservación del negocio jurídico, si bien ello tendría efecto desde el momento de la declaración de nulidad por el órgano correspondiente (nulidad «ex nunc»). Señala así la STC 210/1990, de 20 de diciembre, que la modificación introducida por una Ley nueva puede justificar la renegociación del convenio colectivo para el futuro, pero no conduce por sí misma a la nulidad total de dicho convenio alterado.

jurídico, ha de plantearse si esta nulidad también se produce en el caso concreto que analiza la sentencia comentada, es decir, cuando al amparo de una Ley se recepcionan en los convenios colectivos unas determinadas condiciones laborales que, tras la derogación de la Ley que cobijó tal situación, puede acarrear no sólo la ruptura del principio de complementariedad o el de suplementariedad –en tanto la norma inferior no mejora a la norma de rango superior que es de mínimos²²– sino, también, la vulneración de otros principios y derechos constitucionalmente protegidos, como es el caso del derecho al trabajo (art. 35 CE), del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE y arts. 4 y 17 del TRET)²³ y de la reciente normativa comunitaria al respecto²⁴.

2.1. *La directa atribución constitucional de eficacia al convenio colectivo para regular libremente cualquier materia que afecte a los trabajadores y empresarios*

En nuestro caso no hay, como ya se ha señalado, Ley que remita a los convenios colectivos para que regulen una determinada materia (principio de complementariedad) ni tampoco para que los convenios colectivos superen un mínimo establecido (principio de suplementariedad), por lo que la cuestión ha de centrarse sobre el interrogante de si existen o no materias prohibidas a la negociación colectiva cuando no hay Ley que expresamente así lo disponga²⁵. Ciertamente es, sin embargo, que la norma que prohibía con anterioridad a 1980 la regulación convencional de la jubilación forzosa se derogó tácitamente por la ahora desaparecida disposición adicional 10ª TRET²⁶,

²² Esto fue lo acontecido cuando se produjo la reducción de la jornada máxima legal de trabajo afectando a los convenios colectivos en vigor que tenían pactada una jornada superior, si bien sólo a partir de su entrada en vigor. Véase al respecto la STC 210/1990, de 20 de diciembre.

²³ Nos recuerdan algunos pronunciamientos judiciales que, dependiendo de la concreta ubicación en el texto constitucional del derecho lesionado de que se trate, la sanción en los procesos de despido será la nulidad o, en su caso, la improcedencia.

²⁴ En concreto, de la Directiva 78/2000 del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, publicada en el DOCE 303/2000, de 2 de diciembre. Algunos pronunciamientos judiciales señalan, sin embargo, que la Directiva 78/2000 dirigida a los Estados Miembros (art. 21) es de dudosa aplicación directa; es más, los Estados cuentan con el plazo de hasta el 13 de diciembre de 2003 –y que puede prolongarse tres años más respecto de las medidas antidiscriminatorias por razón de edad– para trasponer la misma a los ordenamientos internos, por lo que no puede considerarse aún vigente y no puede servir como base argumental para sostener la inviabilidad de las disposiciones convencionales que fijan una edad obligatoria de jubilación. A este respecto, véase SJS núm. 33 de Madrid de 24 de febrero de 2003 (AS 2003, 858).

²⁵ Señalan algunos pronunciamientos judiciales, a mi juicio acertadamente, que «el juicio de conformidad o disconformidad con la Constitución de los pactos colectivos sobre jubilación forzosa ha de ser estudiado desde la perspectiva de los límites y contenido de la negociación colectiva [...]»: SJS núm. 3 de Jaén de 14 de marzo de 2001 (JUR 2001, 230564).

²⁶ Véase la Orden del Ministerio de Trabajo de 1 de julio de 1953 que no fue derogada expresamente. En virtud de esta norma se reconocía la jubilación por edad del trabajador

pero este dato es poco relevante para el supuesto que enjuiciamos en tanto aquella normativa no puede recobrar su anterior vigencia y, sobretodo, porque el contexto socio-normativo en el que nos encontramos es sustancial y formalmente distinto a aquel en el que se fraguó la norma preconstitucional²⁷. En otras palabras, la Constitución Española de 1978 concede en materia laboral un papel relevante a la negociación colectiva en el art. 37.1, no siendo impedimento para ésta la regulación de materias laborales por una Orden Ministerial que no tenía si quiera como base la existencia de una Ley²⁸.

Centrándonos, pues, en el alcance y los límites de la negociación colectiva en la materia que nos ocupa ha de tenerse en cuenta a la doctrina del Tribunal Constitucional y, en particular, al art. 85 TRET que señala que «dentro del respeto a las Leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales [...]». La amplitud del precepto transcrito puede llevar a pensar que cualquier materia que afecte a las condiciones de trabajo puede regularse por convenio colectivo, si bien, el propio TRET establece un lí-

como un derecho individual que podía ejercitarlo cuando, reuniendo las condiciones y requisitos establecidos, tuviera por conveniente. En base a ella se estableció una contundente doctrina del Tribunal Supremo que en sentencias como la de 30 de junio de 1966 declaró que la imposición al trabajador de edades de jubilación era materia rigurosamente vedada a la negociación colectiva. Esta doctrina fue alterada por la Disposición Adicional 5ª del TRET y la interpretación que de la misma hizo el TC en su sentencia de 2 de julio de 1981 (22/1981). Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la derogación de una norma habilitante no supone el nacimiento de una norma prohibitiva tal como, respecto a la jubilación forzosa, señalan algunos autores: AV. SEMPERE NAVARRO y A. NICOLÁS FRANCO: «Las cláusulas de empleo en la negociación Colectiva», RMTAS núm. 33, 2001, pg. 147.

²⁷ De igual manera hay que entender, a mi juicio, el cambio que supuso en su día la DA 5ª ET en la restrictiva doctrina que el Tribunal Supremo mantuvo respecto a las posibilidades reguladoras de los convenios colectivos, pues aquella también debía valorarse en el contexto en que se produjo, es decir, en el marco que el nuevo orden constitucional había establecido. Sobre los orígenes normativos y convencionales de esta práctica, véase, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ: «La extinción de la relación laboral por edad del trabajador», Revista de Política Social, núm. 97, pg. 59; también, L. E. DE LA VILLA GILA y J. MONTALVO CORREA: «La jubilación forzosa en los convenios colectivos», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, febrero, 1967.

²⁸ Señala, no obstante, la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002 (AS 2002, 3321) que «derogada la autorización, deviene con ello el mantenimiento de la prohibición y, en consecuencia, surge un límite legal al contenido negociador que debe ser respetado por los convenios (art. 85.1 ET) bajo sanción de nulidad de dicha cláusula (arts. 161 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral)». En apoyo de tal postura cita la STS de 9 de febrero de 1995; frente a ésta, sin embargo, entienden otras resoluciones judiciales que «el hecho de la derogación de una norma permisiva no significa que esté prohibido legalmente lo por ella hasta entonces permitido, sino que, si se considera prohibido, así deberá fijarse expresamente»: véase, STSJ del País Vasco de 19 de febrero de 2002 (AS 2002, 1251).

mite: el respeto a las Leyes y, por ende, a la Constitución. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional señala que el mandato que el art. 37.1 CE dirige a la Ley para garantizar la fuerza vinculante de los convenios no significa que esta fuerza venga atribuida *ex lege*. Antes al contrario, y en la medida en que la misma emana de la Constitución que garantiza el carácter vinculante los Convenios colectivos, proclama claramente que «la facultad la poseen los representantes de los trabajadores y empresarios de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia, que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional²⁹». Ello supone, en definitiva, que la falta de atribución directa de una materia por parte de la Ley a la negociación colectiva no entraña que a ésta se le impida regular la materia en cuestión, ya que la potestad reguladora proviene directamente de la Constitución y no de la Ley³⁰.

En tal tesitura se encuentra, a mi juicio, la Ley 12/2001 que deroga la Disposición Adicional 10ª TRET ya que en aquella no hay una prohibición expresa para que los convenios colectivos continúen regulando la jubilación forzosa sino, como dicen algunas resoluciones, una medida desincentivadora de este tipo de jubilación a futuro³¹. El convenio colectivo, por tanto, aunque no puede ir en contra de lo prohibido taxativamente en una Ley, sí puede regular una materia deslegalizada, ya que para ello no necesita la autorización expresa de norma legal alguna en cuanto que su eficacia deviene directamente de la Constitución, tal como señaló la mencionada STC 58/1985³². A ello no obsta, a mi juicio, el contenido del art. 39.2 LGSS, según el cual, «sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias [...] la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva»

²⁹ Entre otras, STC 58/1985, de 30 de abril.

³⁰ Apunta, además, un sector doctrinal, que «si la jubilación forzosa fuere contraria a la Constitución, no podría contemplarse en los convenios colectivos en ningún caso, hubiere mediado o no la intervención legislativa»: AV. SEMPERE NAVARRO y A. NICOLÁS FRANCO: «Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva», RMTAS núm. 33, 2001, pg. 146.

³¹ La propia Exposición de Motivos de la Ley 12/2001 dice de la derogada DA 10ª TRET que «estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa». Así, La STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2002 (AS 2003, 259) especifica que la derogación de la DA 10ª TRET no ha de ser entendida como un sinónimo de prohibición de una tal regulación colectiva, pues «lo que pretende la citada derogación es desactivar un estímulo de la adopción de las medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa. En ningún lugar de la norma se habla de una prohibición de tal medida».

³² En igual sentido, PÉREZ YÁÑEZ, R.: «Sobre la validez de las cláusulas convencionales que establecen la jubilación forzosa tras la reforma del año 2001», Aranzadi Social núm. 19, 2003, pg. 30, para quien, además, tampoco podría incluirse a la jubilación forzosa en el elenco de las materias que conforman el derecho necesario absoluto en tanto ello «exigiría más bien de la existencia de una norma estatal que de forma expresa prohibiera su regulación convencional sin que parezca suficiente a estos efectos la desaparición de una norma que hasta ahora lo permitía de forma expresa».

pues, como señala un sector doctrinal³³, la inclusión de la jubilación forzosa en el convenio colectivo no implica negociación alguna de la jubilación regulada en la legislación de Seguridad Social, recordando a tal efecto las propias afirmaciones del TC en su Sentencia 58/1985 a cuya virtud el convenio colectivo no puede «modificar ni afectar» la normativa propia de la Seguridad Social, circunstancia que garantiza que el cese forzoso por causa de jubilación no es posible si, conforme a la normativa de la Seguridad Social, no procede el pase a la situación de jubilado.

2.2. *La colisión de la regulación convencional de la jubilación forzosa con otros derechos constitucionales*

Conforme a lo anterior, la realidad es que, a mi juicio, no tiene gran sentido discutir sobre la legitimidad de una fijación forzosa de la edad de jubilación en convenio colectivo, sino sobre si ésta se hace dentro de las condiciones señaladas para ello por el Tribunal Constitucional cuando aquella regulación colisiona con otros derechos y libertades de los trabajadores. En otras palabras, la regulación convencional de la jubilación forzosa sería inconstitucional cuando no se cumplen los requisitos establecidos por el Tribunal constitucional para ello con ocasión de las dos cuestiones de inconstitucionalidad que se le plantearon sobre la hoy derogada Disposición Adicional 5ª, posteriormente, 10ª del TRET.

Al respecto, merece la pena detenernos, aunque sea brevemente, en el análisis de los derechos constitucionales que podrían colisionar con el derecho a que la negociación colectiva regule una edad obligatoria de jubilación. En tal caso se encuentra el derecho al trabajo reconocido en el art. 35 CE –en su vertiente individual– y el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad [art. 14 CE y 17 y 4.2.c) del TRET]. Recuérdese que la posible colisión entre derechos constitucionales obliga a acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto para saber cuál de ellos tiene, en su caso, preferencia y cómo se acomodan en un supuesto concreto.

a) El Derecho al trabajo del art. 35 CE y la jubilación forzosa establecida en convenio colectivo. El derecho al trabajo y el derecho a la negociación colectiva se encuentran ubicados en la Sección Segunda del Capítulo II del Título I de la Constitución, por lo que de igual modo vinculan a los poderes públicos y «sólo por Ley, que en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos...» (art. 53 CE). De forma genérica, ambos derechos se reconocen en el art. 4, apartados a) y c) del TRET y, más específicamente, se regula legalmente el derecho a la negociación colectiva en el Título III del mismo cuerpo legal. Este último derecho no agota su virtualidad en la Ley pues, como se ha visto, el TC advierte que este derecho deriva directamente de la Constitución y no de la norma legal señalada. El derecho al trabajo, sin embargo, no disfruta de regulación específica sobre la que podamos averiguar si se respeta o no su

³³ R. PÉREZ YÁÑEZ: «Sobre la validez de las cláusulas convencionales que establecen la jubilación forzosa...», ob. cit., pgs. 30-31.

contenido esencial aunque, pese a padecer de una mayor ambigüedad, también ha de tenerse en cuenta que es el propio texto constitucional el que lo contempla. No hay pues, *a priori*, preferencia a favor de ninguno de los dos derechos, si bien podríamos decir que el derecho al trabajo es, en este caso, originario y, que el derecho a que la negociación colectiva regule la jubilación forzosa de los trabajadores es derivado, en tanto no se cuestiona el derecho a la negociación colectiva como tal, sino a que ésta regule una determinada materia que puede colisionar con otro derecho constitucional.

Así, en cuanto a la colisión que puede producirse entre ambos derechos, el Tribunal Constitucional ha señalado que la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud «iuris et de iure» carece de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial. Además entiende que, desde el mismo plano individual, la jubilación forzosa no puede considerarse como una medida de protección a la tercera edad pues en sentido contrario se muestra la Recomendación núm. 162 sobre los trabajadores de edad adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 66ª Reunión, celebrada en Ginebra en 1980, en la que se recomienda que, en todos los casos en que sea posible, se adopten medidas encaminadas a lograr que el paso del trabajador a la situación de retiro se efectúe voluntariamente y se establezca un sistema que permita una transición progresiva entre la vida profesional y un régimen de actividad libre; señala, incluso, que la política de protección a la tercera edad no va dirigida a la fijación de una edad de jubilación forzosa, sino a la flexibilización de las condiciones de acceso a las pensiones de jubilación³⁴.

Ahora bien, el TC sí entiende justificada la jubilación forzosa –mediante Ley o instrumento convencional– cuando la colisión se produce con el derecho colectivo al trabajo, distinguiendo en el art. 35 CE entre una vertiente individual y otra colectiva, en relación esta última con el art. 40.1 CE. Es decir, el derecho al trabajo en el aspecto individual «se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo [...]»; el derecho al trabajo en el aspecto colectivo –art. 35 CE en relación con el art. 40.1 CE– «implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo pues, en otro caso, el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma». De especial trascendencia para nuestro objeto es, además, que el TC aclara que «la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. A través de ella se limita temporalmente al primero el ejercicio del derecho individual al trabajo mediante la fijación de un

³⁴ STC 22/1981, de 2 de julio

período máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo el ejercicio de ese mismo derecho»³⁵.

De la transcripción anterior se extrae el planteamiento de una nueva colisión entre derechos constitucionales, pero es el propio TC quien lo soluciona argumentando que «la limitación del derecho que la política de empleo a través de la jubilación forzosa lleva implícita no tiene, por consiguiente, su origen y justificación en la realización de una política económica de pleno empleo; de aquí que no pueda afirmarse que con ella se limita un derecho reconocido en el art. 35 CE en aras de un principio orientador de política económica recogido en el art. 40 de la misma»³⁶. Argumentos adicionales a favor de su postura son los extraídos de la normativa internacional ya que, en palabras del Alto Tribunal, la política de empleo basada en la jubilación forzosa supone, ciertamente, la limitación del derecho individual al trabajo reconocido en el art. 35 CE «pero esa limitación resulta justificada pues tienen como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 29.2: el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (art. 9 CE). Por otra parte, dicha limitación puede quedar también justificada por su contribución al bienestar general –otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales–, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil»³⁷.

La conclusión que el TC extrae de su anterior argumentación es que «puede afirmarse que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que 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» sin que ello suponga, en ningún caso, «una amortización de puestos de trabajo»³⁸.

³⁵ STC 22/1981, de 2 de julio, y STC 58/1985, de 30 de abril.

³⁶ STC 22/1981, de 2 de julio. Véase a J. GARCÍA BLASCO: «Los compromisos sobre empleo en la concertación social y el papel de la negociación colectiva», AA VV La concertación social tras la crisis, Coord. OJEDA AVILÉS, Ariel, Barcelona, 1990, en la clasificación de las cláusulas de empleo contenidas en la negociación colectiva, incluyendo a la jubilación forzosa entre los pactos orientados a la creación de empleo. No obstante, sobre lo que son las cláusulas de empleo no existe unanimidad, aportándose por algunos autores un concepto amplio, estricto o moderado. Entre otros, véase, A. OJEDA AVILÉS: «El contenido de la negociación colectiva en materia de empleo y ocupación: las cláusulas sobre empleo», AA VV, Empleo, contratación y negociación colectiva, XI Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva, MTAS, Madrid, 1999 que incluye entre dichas cláusulas las denominadas «medidas de empleatividad», o a F. PRADOS DE REYES: «Cláusulas de contratación y empleo en la negociación colectiva», Documentación Laboral núm. 64, 2001, que atiende conjuntamente las cláusulas de contratación y empleo, entre otros.

³⁷ STC 22/1981, de 2 de julio

³⁸ STC 22/1981, de 2 de julio.

La aplicación de tal doctrina a la situación concreta de crisis económica y de empleo en que se encontraba sumido nuestro país en tales fechas llevó a concluir que la fijación de una edad obligatoria de jubilación, por Ley o convenio colectivo, era inevitable en nuestro ordenamiento jurídico, pero siempre que se cumpliera la finalidad expresada de repartir o redistribuir el empleo con quienes no lo tienen y que, además, el sujeto afectado por la medida no quedara económicamente desprotegido por el Sistema público de pensiones.

El Tribunal Supremo, sin embargo, realizó una interpretación particular de la doctrina constitucional pues, recepcionando la doctrina del TC respecto a la constitucionalidad de negociar la jubilación forzosa de los trabajadores mediante instrumento colectivo, consideró que sólo el último requisito era imprescindible para proceder al establecimiento de tales cláusulas. En tal sentido, los convenios colectivos podrían transaccionar genéricamente con la edad de jubilación siempre que el trabajador afectado al que concretamente se le aplique la medida cumpliera los requisitos establecidos en la LGSS para obtener la pensión contributiva de jubilación. Para ello argumentó que la negociación colectiva llevaba implícita en sí misma la transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que en esa transacción debían entenderse implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que deriva pero no en las normas pactadas³⁹.

Esta particular y, a mi juicio, precipitada interpretación del TS respecto de la doctrina asentada por el TC obedece, según algunos autores, a lo entendido por éste con ocasión de varios recursos de amparo en los que se admitió sin más la validez de la cláusula de jubilación forzosa en la empresa RENFE⁴⁰, si bien el TS parece olvidar que en el convenio colectivo de la mencionada empresa sí se contemplaba una cláusula en la que se preveía la sustitución de los jubilados por otros trabajadores⁴¹, además de contener en tales pronunciamientos un constante recordatorio de los requisitos exigidos en las SSTC 22/1981 y 58/1985 para la admisión de tal práctica convencional⁴².

³⁹ Se basaba además en una interpretación particular del término «libremente» que establecía la DA 5ª TRET: STS de 14 de julio de 2000 (RJ 2000, 6630). Además, dejaba al margen la apreciación de que resulta impensable que la política de empleo pueda llevarse a cabo por convenios colectivos, dada la visión forzosamente parcial y limitada que tienen los que intervienen en ellos y el hecho de que la política es función del Gobierno como establece el art. 97 CE: véanse las alegaciones del demandante recogidas en los antecedentes de la STC 95/1985, de 29 de julio.

⁴⁰ Véanse las SSTC núm. 111 a 136 de 11 de octubre de 1985.

⁴¹ Véase la cláusula 11 del III Convenio colectivo de Renfe para el año 1982 que, en cierta medida, recogía el Acuerdo Nacional sobre Empleo de 9 de junio de 1981.

⁴² Véase, entre otros, R. PÉREZ YÁÑEZ: «Sobre la validez de las cláusulas convencionales...», ob. cit., pg. 31.

Todo ello, en definitiva, desemboca en una complicada situación jurídica en la que los Tribunales de Justicia, tras la reforma laboral de 2001, sólo reinciden en el tema de la validez o no del establecimiento de cláusulas convencionales que fijan edades de jubilación forzosa, en lugar de analizar críticamente la adecuación de la jurisprudencia del TS a la doctrina y requisitos establecidos por el TC para ello. Quizás la derogación de la Disposición Adicional 10ª TRET en relación con la inexistencia de prohibición legal de negociar en convenio la edad de jubilación y la aplicación directa del art. 37.1 CE y del art. 85 TRET provoquen el momento oportuno para revisar la jurisprudencia asentada en Sentencias como las de 27 de octubre de 1987⁴³ o la más reciente de 14 de julio de 2000⁴⁴.

b) El derecho a la igualdad de trato y no discriminación y la jubilación forzosa. Es doctrina reiterada del TC 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», aunque, según la misma doctrina, «la consecuencia no es constitucionalmente discriminatoria» en tanto resulte «justificada por una medida constitucional»⁴⁵. Esta medida, que ya ha sido referida en el epígrafe anterior, promueve otros bienes constitucionales como la solidaridad y el derecho al trabajo de quienes no lo tienen por lo que no existe, en principio, infracción del principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE. El alegato de discriminación, por su parte, también presenta algunas fisuras pues, en palabras del TC, «las diferencias de condiciones de trabajo y empleo son connaturales a la negociación colectiva que se adapta en cada caso a las condiciones e intereses de los diversos colectivos sobre los que actúa»⁴⁶. Es más, en cuanto a la posibilidad de que la discriminación revista otras formas o variantes, la Directiva 78/2000 advierte que por principio de igualdad de trato ha de entenderse la ausencia de toda discriminación *directa o indirecta* basada en cualquiera de los motivos mencionados en el art.1 de la Directiva. El apartado b) de dicho precepto establece que «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una *edad* o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que [...]» **«dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios [...]»**.

Por su parte, los Estados miembros, en virtud del art. 15 de la mencionada Directiva, se comprometen «a adoptar las medidas necesarias para suprimir

⁴³ 27 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7210 y 7211).

⁴⁴ 14 de julio de 2000 (RJ 2000, 6630).

⁴⁵ Entre otras, STC 95/1985, de 29 de julio (BOE 14 de agosto). Textualmente señala que «como problema de igualdad, el pronunciamiento ha de recaer sobre el carácter justificado o no de la desigualdad que se reputa discriminatoria».

⁴⁶ STC 95/1985, de 29 de julio.

las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, declarando nulas o modificando todas las disposiciones contrarias al mismo, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales». En base a tal declaración, algunos pronunciamientos judiciales han querido ver un mandato dirigido al legislador nacional para que eliminara de nuestro ordenamiento la DA 10ª TRET aunque ha de tenerse presente, por un lado, que la Directiva aún no se ha transpuesto al ordenamiento interno y, por otro lado, que la propia Directiva deja abierta la posibilidad de que existan razones justificadas que permitan un trato diferente en función de la edad del trabajador.

Pero, si bien es verdad que el derecho a la igualdad no se lesiona cuando la desigualdad está fundamentada, ha de situarse la medida adoptada en el contexto económico y social en el que se produce, es decir, que si la política de empleo basada en el reparto y distribución del trabajo justificó en la década de los ochenta un trato desigual para los trabajadores de edad a través de la negociación colectiva, ha de valorarse si el entorno actual de empleo en que se encuentra nuestro país continúa justificando las jubilaciones forzosas de los trabajadores por vía convencional. En esta ocasión, el referente a tener en cuenta es la salvedad a la excepción señalada en la Directiva 78/2000, es decir, la que gira en torno a la consideración de si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios.

Para valorar la situación en sus justos términos ha de tenerse en cuenta nuevamente no sólo la normativa estatal sino, también, la procedente de la Unión Europea. Así, en lo que al ordenamiento interno se refiere, ha de acudir a la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, que, acorde con el denominado Pacto de Toledo aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en abril de 1995, ha establecido que «el Gobierno podrá otorgar desgravaciones o deducciones de cotizaciones sociales en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo una vez alcanzada la edad de 65 años, con suspensión proporcional al percibo de la pensión. La regularización de los mismos se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas»⁴⁷. Por su parte, el RD Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, derogado por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de igual denominación y, con idénticos fines que el anterior RD Ley, recoge el Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protec-

⁴⁷ El art. 12 de la mencionada ley introdujo pues la actual disposición adicional vigesimosexta a la LGSS. El Pacto de Toledo plasma un cambio de orientación de la política social y económica estableciendo las directrices para la regulación de la jubilación en la forma acordada por los firmantes del mismo, de manera que se pretende la flexibilización de la edad de jubilación, de forma gradual y flexible, así como la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el mantenimiento de la vida laboral, señalándose que «resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen...».

ción Social, suscrito el 9 de abril de 2001 entre el Gobierno, la Confederación de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, proponiendo la compatibilización del percibo de una pensión de jubilación con el ejercicio de actividad profesional mediante la novedosa figura de la jubilación parcial de los trabajadores. Igualmente, la actual redacción del art. 12 TRET, en su apartado 6, también reconoce a los trabajadores el derecho a continuar trabajando cuando reúna todas las condiciones exigidas, incluida la edad, para acceder a la pensión contributiva de jubilación y le faculta, partiendo de tal derecho, para novar el contrato y prestar sus servicios a tiempo parcial⁴⁸.

Ello incita a pensar, obviamente, que el contexto económico y social español actual ha variado sustancialmente respecto del que existía cuando entró en vigor el Estatuto de los Trabajadores ya que, además de caracterizarse la más reciente normativa por el deseo de dotar a la jubilación de gradualidad y progresividad, se pretende que la jubilación no impida una presencia social activa de los ciudadanos por razón de su edad, teniendo en cuenta, entre otras razones, que la permanencia en el trabajo repercute en la propia autoestima del trabajador, tiene efectos positivos sobre el sistema de pensiones y presenta indudables ventajas para la sociedad en general que puede aprovechar la experiencia y conocimientos de los trabajadores de más edad⁴⁹. En atención a las nuevas circunstancias se podría cuestionar, sin duda, que el objetivo de repartir o redistribuir el trabajo, pese a ser legítimo, no se consigue ya mediante la jubilación forzosa de los trabajadores de edad en tanto éste no es el medio más adecuado y necesario para alcanzar aquella finalidad, motivo que permitiría empezar a descalificar en nuestro ordenamiento jurídico, aunque sea tímidamente, el empleo de dicho mecanismo para discriminar objetivamente en razón de la edad.

Ahora bien, pese a ser argumentos de peso los mencionados, no considero que sean razones definitivas para sostener que la jubilación forzosa establecida en convenio colectivo haya dejado de ser un instrumento apto para la regulación del mercado de trabajo dentro de la actual política de empleo, pues equivaldría ello a tanto como decir que en España se ha alcanzado el pleno empleo. No hay que negar que la permanencia de los trabajadores de edad en las empresas es la tendencia que reflejan los más recientes acuerdos en la cumbre entre los representantes de trabajadores y empresarios, así como también las directrices comunitarias y las normas arriba mencionadas, aunque todas dejan a salvo la legitimidad del posible uso de la jubilación forzosa como medio de fomento de empleo en tanto no la prohíben expre-

⁴⁸ Sobre la actual regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial véase, por todos, A. OJEDA AVILÉS: «El contrato de trabajo a tiempo parcial», Modalidades de Contrato de Trabajo, Tecnos, 2002, pgs. 89-145; en la misma obra, sobre el apartado 6 del art. 12 TRET, véase, J. GORELLI HERNÁNDEZ: «Contratos de relevo y jubilación parcial», pgs. 147-178.

⁴⁹ Argumentos aportados, entre otras, por la STSJ de Madrid de 18 de junio de 2003.

samente. Sería la Ley, por tanto, la única autorizada a prohibir que la negociación colectiva continuara contemplando la jubilación forzosa de los trabajadores, debiendo compaginarse entonces ello, a *sensu contrario*, con el art. 37.1 CE y art. 85 TRET.

En definitiva, puede señalarse que el legislador actual modera o, mejor aún, reconsidera su postura anterior de incentivar las jubilaciones forzosas como medida de fomento de empleo⁵⁰, sin que ello impida que tal circunstancia se ponga en relación con la política comunitaria en la materia y, particularmente, con la Directiva 78/2000, del Consejo, de 27 de noviembre, que tiene el interés de considerar discriminatoria la «diferencia de trato por razón de edad si no está justificada 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» (art. 6). El art. 13 de la Directiva añade que los convenios colectivos «respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación». La finalidad legítima a la que hace referencia la normativa comunitaria sigue siendo, a mi juicio, la del reparto o redistribución del empleo pero siempre que ello se ajuste a los estrictos requisitos fijados por el TC.

Inmaculada MARÍN ALONSO
Profesora Titular de Universidad Sevilla.

⁵⁰ Aunque cierto es que el Gobierno, pese a la habilitación de la DA 10ª TRET, no acudió nunca al establecimiento de jubilaciones forzosas.