



LOS LÍMITES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA REGULAR LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR RAZÓN DE EDAD

PEDRO GÓMEZ CABALLERO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

El establecimiento de edades de jubilación obligatoria mediante la negociación colectiva es una cuestión, que desde la primera versión de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ha sido objeto de estudio por la doctrina y ha dado lugar a decisiones de la jurisprudencia, que demuestran que está lejos de ser pacífica. Un inicial posicionamiento del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, favorable a la existencia de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, ha permitido que durante dos décadas se hayan venido aplicando estas cláusulas, que justificaban la extinción del contrato de trabajo cuando el trabajador, que había madurado su derecho a la prestación de jubilación, cumplía la edad establecida en las mismas. Sin embargo, esta situación que parecía consolidada, ha sufrido en los últimos tiempos alteraciones que pueden tener incidencia en el ejercicio del derecho al trabajo y en el derecho a la negociación colectiva, cuyo alcance es difícil de determinar por ahora. La derogación, por la Ley 12/21001, de 9 de julio, de la disposición adicional 10.^a del Estatuto de los Trabajadores y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las SSTS de 9 de marzo de 2004, son dos resortes que han puesto de nuevo de actualidad la cuestión de las cláusulas de jubilación obligatoria de los convenios colectivos. No obstante, este problema no es más que un aspecto de otra problemática mucho más amplia, de extraordinaria trascendencia para nuestro sistema de relaciones laborales, que es la definición de las relaciones Ley-convenio y la configuración de los ámbitos que le corresponden ocupar a cada uno de estos instrumentos de regulación. En el presente estudio analizamos el estado esta cuestión, desde la perspectiva de las cláusulas de jubilación forzosa, a la vista de las últimas manifestaciones de la doctrina y la jurisprudencia.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. EFECTOS DE LA DEROGACIÓN DE LA DA 1.ª ET. SU CONCRECIÓN EN LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA
3. EL PAPEL DE LA LEY EN REGULACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO
4. EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN Y LOS LÍMITES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
5. LOS CAMBIOS EN LA POLÍTICA DE EMPLEO
6. LAS REPERCUSIONES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
7. LA NULIDAD SOBREVENIDA DE LAS CLÁUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN VIGOR
8. CONCLUSIONES

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde su inicial regulación en la Disposición Adicional 5.ª de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, de 10 de marzo¹, la jubilación forzosa ha supuesto un problema, que ha estado silenciado durante un buen número de años, hasta que la Ley 12/2001, de 9 de julio, resolvió derogar la regulación más actual que se contenía en la Disposición Adicional 10.ª del Real Decreto-Legislativo 1/1995, Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. Es sobradamente conocida la atención que recibió la DA 5.ª por parte de la doctrina y la jurisprudencia, que culminó con importantes y discutidas² decisiones del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la referida disposición; concretamente: STC 22/1981, de 27 de julio, STC 58/85, de 30 de abril, y STC 95/85, de 29 de julio³. Estas decisiones vinieron a admitir la constitucionalidad de la utilización de la jubilación forzosa como medida de política de empleo, para lo que se habilitaba el Gobierno y a las partes de la negociación colectiva, aunque esta habilitación estaba condicionada a la maduración del derecho a la pen-

¹ La DA 5.ª establecía lo siguiente: «La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrán el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos 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». Como se sabe, la STS 22/81 declaró la inconstitucionalidad de esta disposición «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».

² Cfr. DURÁN LÓPEZ, F., «Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo», *MTSS*, 1992, págs. 69-86, donde se contiene un extensa y fundada crítica a la doctrina del Tribunal Constitucional. Igualmente, SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, 1996, págs. 233 y ss.

³ Las indicadas sentencias han sido complementadas por las SSTC 111 a 136/1985, de 11 de octubre, y 207/1987, de 22 de diciembre.



sión del trabajador jubilado, y a la no amortización del puesto de trabajo vacante por la jubilación, exigencia esta última, que pronto resultó desvirtuada por la propia doctrina del Tribunal Constitucional⁴, opción que siguieron los Tribunales ordinarios.

Con el Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el establecimiento de un límite máximo de edad para trabajar es regulado en la Disposición Adicional 10.^a⁵, en la que se mantiene la misma previsión relativa a la posibilidad de pactar libremente edades de jubilación en la negociación colectiva.

La jurisprudencia que, inicialmente, flexibilizó de forma apreciable la exigencia de no amortización de los puestos de trabajo⁶, acabó admitiendo la validez de las cláusulas de jubilación forzosa que no cumplieran dicha exigencia⁷. Es llamativa la evolución de la doctrina jurisprudencial que, en decisiones anteriores a las que comentamos, llega a defender una especie de «independencia normativa» de los convenios colectivos respecto de la Ley, admitiendo la posibilidad de que a la hora de establecer edades de jubilación forzosa, el legislador esté sometido a consideraciones de política de empleo, mientras que no tienen este condicionante las partes de la negociación colectiva⁸.

⁴ En la STC 95/85, se alegó que la cláusula del convenio colectivo que se aplicó para extinguir el contrato del trabajador no estaba condicionada a ninguna medida de fomento del empleo. Esta alegación no fue respondida por el Tribunal, que se limitó a decir «...existe el pronunciamiento de los Tribunales laborales que la estiman como una medida de solidaridad que cubre el necesario engarce de la jubilación con la política de empleo...».

⁵ La DA 10.^a establecía lo siguiente: «Límite máximo de edad para trabajar. 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».

⁶ STS, 6.^a, 27-10-1987 (A 7210), admite el pacto con amortización de puestos de trabajo si «ello contribuye a salvar la empresa y por tanto a mantener los puestos de trabajo de la mayoría de los trabajadores afectos, lo que no deja de ser una política favorecedora del empleo». STS, 4.^a, 29-10-90 admite la validez de las cláusulas de jubilación forzosa «cuando tal jubilación persiga, en alguno de estos ámbitos una redistribución del trabajo, o facilitar el acceso al empleo de aquellos que están en situación de paro, o la viabilidad o mantenimiento de empresas en dificultades, o cualquier otras análogas».

⁷ STS, 4.^a, 18-12-1989 (A 9041) ya afirmó que no era necesario, para prever la jubilación forzosa en convenio, que se obligue a la empresa a cubrir los puestos de trabajo de los jubilados con otros desempleados, ya que no existe más condicionamiento que garantizar al jubilado el percibo de la pensión correspondiente.

⁸ STS, Social, 14-7-2000 (A 6630) dice «Llama la atención, ahora y antes, que *lo que no puede hacer el legislador "libremente" si que lo pueda hacer el Convenio Colectivo*, cual

Con la derogación de la DA 10.^a realizada por el RD Ley 5/2001, de 2 de marzo, convalidado por Ley 12/2001, de 9 de julio, se reabrió la polémica. En la doctrina pronto tomaron cuerpo dos posiciones claramente diferenciadas. Para unos, la derogación de la DA 10.^a significaba la imposibilidad de que, a través de la negociación colectiva, pudieran continuar estableciéndose cláusulas de jubilación forzosa al haber desaparecido la habilitación legal que realizaba aquella⁹; para otros, sin embargo, la derogación de dicha norma no impedía que los convenios colectivos pudieran continuar regulando cláusulas de jubilación obligatoria, al no haberse previsto ninguna prohibición legal al respecto, lo que era posible gracias al art. 37.1 CE¹⁰.

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia surgida después de la derogación de la DA 10.^a, ha seguido las mismas pautas registradas en la doctrina —como se tendrá ocasión de comprobar a continuación—, hasta que el Tribunal Supremo, recientemente, ha unificado doctrina en dos sentencias de 9-3-04¹¹, poniendo de nuevo de actualidad este problema. Con estas decisiones el Tribunal Supremo realiza un cambio radical

es pactar una edad de jubilación inferior a la legal, pero ello se comprende si se tiene en cuenta que la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que necesariamente, en esa transacción, se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que deriva. Aquella *regulación de los intereses recíprocos* que constituye la base de la negociación entre representantes institucionales de trabajadores y empresarios, derivada de lo dispuesto en el art. 37.1 de la Constitución, *es lo que hace diferente una norma convenida de una norma estatal y lo que hace que las consideraciones de política de empleo se exijan en la una y no en la otra*.

⁹ Cfr. En este sentido, ALZAGA RUIZ, I., «Jubilación forzosa pactada en convenio colectivo tras la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores», *AS* núm. 11/2003, pág. 27; BLASCO PELLICER, A. *La jubilación forzosa en la negociación colectiva. (Efectos de la derogación de la Disposición Adicional 10.^a ET)*, Tirantonline; MONTOYA MELGAR, A., y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo», *RMTAS*, núm. 33/2001, pág. 29; TORTUERO PLAZA, J.L., «La jubilación forzosa en las políticas de empleo», *RMTAS*, núm. 33/2001, págs. 255 y ss.

¹⁰ Cfr. GARCÍA VIÑA, J. y GARRIDO BANÚS, J.L. «¿Es posible pactar en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa? Análisis de las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión», *AL* núm. 25/2003, págs. 470-471; PÉREZ YÁÑEZ, R., «Sobre la validez de las cláusulas convencionales que establecen la jubilación forzosa tras la reforma del año 2001. Comentario a la STSJ Cataluña de 27-9-2002 y STSJ Castilla-La Mancha, Albacete, de 24-4-2002» *AS* núm. 19/2003 pág. 32; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., CASAS BAAMONDE, M.E., *La Ley*, Tomo I, 2001, pág. 90; SEMPERE NAVARRO, A.V. y NICOLAS FRANCO, A. «Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva», *RMTAS*. Núm. 33/2001, págs. 144-147.

¹¹ Una dictada en Recurso núm. 765/2003, interpuesto contra la STSJ de Madrid de 17-12-02 (JUR 124941), Ponente: BOTANA LÓPEZ, J.M.; la otra, dictada en recurso 2319/2003, contra la STSJ de Madrid de 5-2-03 (AS 1925), Ponente SAMPER JUAN, J.



en la doctrina aplicada durante largo tiempo, pronunciándose, sin cortapisas, a favor de vetar al convenio colectivo la posibilidad de regular cláusulas de jubilación forzosa, si no existe una habilitación legal que lo permita. En cualquier caso, las primeras reacciones de la doctrina que han aparecido hacen presumir que el debate no está agotado, al mantenerse, básicamente, las mismas posiciones que se registraban con anterioridad ¹².

En el presente trabajo, se realiza un análisis de este viejo problema, que parece no resuelto definitivamente, que se realiza, fundamentalmente, al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de las recientes decisiones del Tribunal Supremo, poniendo de manifiesto aspectos que, a nuestro juicio, no han sido tratados hasta ahora adecuadamente o han pueden avalarse con argumentos distintos a los habitualmente utilizados.

2. EFECTOS DE LA DEROGACIÓN DE LA DA 10.^a ET. SU CONCRECIÓN EN LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

Las SSTS 9-3-2004 se pronuncian sobre los efectos que se producen por la derogación de la DA 10.^a ET, en las posibilidades de regulación de la jubilación forzosa por convenio colectivo. Estas sentencias abordan la cuestión planteando dos ámbitos distintos sobre los que deben de posicionarse. Por una parte, se plantea, si es posible o no, que, tras la derogación de la DA 10.^a, el convenio colectivo pueda establecer cláusulas de jubilación forzosa. Las sentencias se plantean pronunciarse sobre:

- a) Si la derogación supone la prohibición de que los convenios colectivos contengan cláusulas de esta jubilación forzosa, o
- b) Por el contrario, la derogación supone una simple deslegalización de la materia, que no impide que los convenios colectivos sigan regulando, en el futuro, edades de jubilación.

Por otra parte, las SSTS 9-3-2004 plantean una segunda cuestión, para el caso de que, de los anteriores interrogantes, se concluya que el convenio colectivo no puede establecer edades de jubilación, que se refiere a los efectos que produciría la derogación de la DA 10.^a sobre los convenios colectivos en vigor, que contienen cláusulas de jubilación forzosa.

En realidad, el gran problema que se plantea en las SSTS 9-3-2004, aunque presentado mediante la formulación de cuestiones separadas en la forma que acabamos de indicar, hace referencia a los ámbitos de actuación

¹² De las que se ha ocupado con rapidez la doctrina Cfr. CAVAS MARTÍNEZ, F. «¿Me jubilo o me jubilan? A propósito de dos recientes sentencias del Tribunal Supremo sobre los efectos de la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores», AS núm. 2/2004. DURÁN LÓPEZ, F. «Jubilación y convenios colectivos», *Expansión*, 30-3-2004.

de la negociación colectiva y en cómo pueden operar las relaciones Ley-convenio, cuando aquélla no establece expresamente prohibiciones o límites a la negociación colectiva. El caso que examinamos es, a nuestro entender, un supuesto que se puede ubicar en este contexto.

Las SSTS 9-3-2004 han venido precedidas de una serie de decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia, que pueden agruparse en dos corrientes o posturas, coincidentes con las de la doctrina científica que antes expusimos:

- a) La que entiende que la derogación de la DA 10.^a ET impide que los convenios colectivos puedan regular cláusulas de jubilación obligatoria o forzosa. Estimada dicha prohibición, la virtualidad impeditiva de la derogación se extiende a las cláusulas de jubilación forzosa que se contienen en los convenios colectivos vigentes a la entrada en vigor de la norma derogatoria ¹³.
- b) La que entiende que la derogación de la DA 10.^a ET no ha afectado a las posibilidades de que, mediante la negociación colectiva, se puedan pactar cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, al no existir norma legal que expresamente lo prohíba ¹⁴.

Estas posiciones de la jurisprudencia son la consecuencia de la aplicación de cláusulas de jubilación forzosa, contenidas en los convenios colectivos, pactadas con anterioridad a la entrada en vigor de la derogación de la DA 10.^a ET. Es decir, cláusulas pactadas bajo la vigencia de una doctrina jurisprudencial que admitía la posibilidad de extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de edad, sin que hubiera, necesariamente, razones de política de empleo (en este sentido, es expresiva la STS 14-7-2000).

La doctrina que se contiene en las SSTS de 9-3-04 sobre las posibilidades futuras de regulación de edades de jubilación forzosa en los convenios colectivos, se construye básicamente sobre dos pilares fundamentales: el papel de la ley en la regulación del derecho al trabajo y la existencia de nuevas tendencias en materia de política de empleo. Sin embargo, para resolver la cuestión relativa a los efectos de la derogación de la DA 10.^a sobre los convenios colectivos vigentes, las sentencias se separan de la construcción jurídica anterior.

¹³ STSJ Castilla-La Mancha 24-4-02 (AS 3321); STSJ Madrid de 17-12-02 (JUR 124941), y con posterioridad a la recurrida STSJ Madrid 1-4-03 (AS 2964).

¹⁴ STSJ Madrid 11-1-02 (AS 8580); STSJ Aragón 23-1-02 (A 325); STSJ Cataluña 6-2-02 (JUR 100338), 29-10-02 (AS 3989); STSJ Comunidad Valenciana 21-11-02 (AS 3384); STSJ País Vasco 19-2-02 (AS 1251); y con posterioridad a la recurrida STSJ Aragón 28-5-03 (AS 1979).



3. EL PAPEL DE LA LEY EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO

Hay dos cuestiones relacionadas con el papel de la Ley en la regulación del derecho al trabajo, que se traen a colación con frecuencia: por una lado, el carácter de norma habilitante que debe tener la Ley, y por otro, la reserva de Ley constitucional que afecta al derecho al trabajo. Las SSTS 9-3-2004 abordan estas dos cuestiones (en el fundamento jurídico núm. 5), justificando que la negociación colectiva no pueda ocuparse de regular edades de jubilación forzosa, después de la derogación de la DA 10.^a.

La primera de las cuestiones que hemos apuntado hace referencia al papel de norma habilitante que jugaba la disposición adicional 10.^a para que, durante su vigencia, no pudieran considerarse discriminatorias las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos. Vienen a decir las SSTS 9-3-2004, que había una «habilitación legal», la DA 10.^a, asentada, a su vez, en una justificación objetiva y razonable. Para ello recurren a la doctrina contenida en los fundamentos jurídicos 8 y 9 de la STC 22/81. A nuestro juicio, no es afortunada la utilización de la doctrina sentada en estos fundamentos jurídicos, pues en ellos no se hace referencia alguna al carácter de norma habilitante del precepto legal que analizó el Tribunal Constitucional en dicha sentencia (DA 5.^a). En los fundamentos jurídicos 8 y 9 STC 22/81, el Tribunal Constitucional expone los argumentos que pueden servir a la constitucionalidad de una eventual limitación del derecho al trabajo, que tendrá su fundamento en normas internacionales —Declaración Universal de Derechos Humanos y Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales— y su justificación real, en la utilización de la jubilación forzosa, como medida de política de empleo. Es, sin embargo, el fundamento jurídico núm. 10 de la misma sentencia el que contiene el sentido que el Tribunal Constitucional atribuye a la DA 5.^a en su redacción de 1980, precedente normativo de la DA 10.^a, que es el de autorizar al Gobierno o bien a las partes que intervienen en la negociación colectiva para establecer edades de jubilación ¹⁵.

Pero donde puede verse con mayor claridad el carácter habilitante de la DA 5.^a, es en la STC 58/85. En esta sentencia el Tribunal Constitucional se planteó pronunciarse sobre la validez constitucional de establecer legalmente (DA 5.^a ET), que la negociación colectiva pueda fijar edades de jubi-

¹⁵ STC 22/81, FJ núm. 10 «...la disposición adicional quinta tiene el sentido de autorizar, bien al Gobierno (párrafo primero) para establecer un límite de edad cuyas consecuencias son análogas a las de la jubilación forzosa aplicada a todo tipo de relación laboral sujeta al Estatuto de los Trabajadores, bien a las partes que intervienen en la negociación colectiva (párrafo segundo) para establecer edades de jubilación en sectores productivos concretos».

lación obligatoria. En la resolución de este interrogante, el Tribunal Constitucional concluyó en la constitucionalidad del precepto legal cuestionado, que autoriza a la negociación colectiva para fijar un límite temporal al derecho individual al trabajo. El Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad del precepto en el sentido de que el legislador puede determinar que sea la negociación colectiva la que limite el derecho individual al trabajo, condicionado a que exista la compensación de poder percibir la pensión de jubilación¹⁶.

La segunda cuestión que planteamos al principio y de la que también se han ocupado las SSTs 9-3-2004, en el fundamento jurídico núm. 5, hace referencia a la reserva de ley constitucional que afecta al derecho al trabajo. Afirman las sentencias que «la limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de reserva de Ley establecida en el art. 53.1 de la Constitución». Se argumenta en las sentencias que en la conjugación de los artículos 35.1 CE y 37.1 CE, debe prevalecer el primero sobre el segundo, teniendo en cuenta el art. 14 CE; y, por ello, para limitar el derecho al trabajo, desconociendo el principio de igualdad, debe haber una norma con rango legal que lo autorice. En esta misma línea argumental, se afirma que «los convenios colectivos están obligados a respetar no solo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también el mandato de la reserva de Ley que impone la Constitución...». Sin entrar a ocuparnos, por ahora, del alcance que puede darse al respeto a las disposiciones legales de derecho necesario por el convenio colectivo, hay que poner de relieve que una cosa queda clara para el Tribunal Supremo: que los convenios colectivos deben respetar el mandato de la reserva de ley que el art. 53.1 CE impone en relación con el derecho al trabajo.

Ello plantea, a nuestro juicio, un problema que presenta múltiples aristas que afecta a las relaciones Ley-convenio colectivo, como es la determinación del significado y alcance de la reserva de ley en relación con el derecho al trabajo, lo que determinará también el ámbito de actuación y límites del convenio colectivo.

Las SSTs 9-3-2004 parecen identificar habilitación legal y observancia de la reserva de Ley, en el sentido de que estaría cumplida la exigencia

¹⁶ STC 58/95, FJ. núm. 7 «...se trata de analizar... un precepto legal que, ...autoriza a la negociación colectiva a regular una materia que con anterioridad se había considerado excluida de la misma. Quiere decirse que *es el propio legislador quien, en ejercicio de una competencia que no puede negársele...* Siendo la Ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación para el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación».



constitucional de reserva de Ley, con la remisión que se hace por la misma Ley a la negociación colectiva. Parece que las sentencias entienden que es suficiente, para cumplir la exigencia de reserva de Ley constitucional, con la sucinta manifestación de voluntad del legislador de que, mediante la negociación colectiva, puedan establecerse edades de jubilación forzosa. Esto está en relación con la determinación del ámbito de la reserva de Ley, problema que se apunta en la STC 22/81, FJ núm. 11, sobre el que no se pronuncian, ni esta sentencia, ni las posteriores SSTC 58/885 y 95/85. Esta identificación, a nuestro juicio, no es acertada en todos los casos. Una cosa es que el legislador autorice que mediante la negociación colectiva se puedan regular derechos afectados por reserva de Ley constitucional, y otra distinta que, en todo caso, haya determinados aspectos concernientes a los mismos que necesariamente deban ser regulados por Ley.

El voto particular de las SSTS 9-3-2004, rechaza el argumento de la reserva de Ley, por entender que lo que realmente ha pretendido el legislador constitucional con esta reserva, es evitar que los derechos laborales se regulen por vía reglamentaria, pero no su aptitud para constituir materia de negociación colectiva¹⁷. Sirva esta referencia para adentrarnos en otro punto importante sobre el que se pronuncia la sentencia.

4. EL ÁMBITO DE ACTUACIÓN Y LOS LÍMITES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sin hacer una argumentación extensa, las SSTS 9-3-2004 se pronuncian sobre esta cuestión al exponer los argumentos referidos al carácter de norma habilitante de la DA 10.^a y a la reserva de Ley. El pronunciamiento que se hace en las sentencias, sobre las posibilidades de regulación por convenio colectivo de edades de jubilación forzosa, está en relación con la cuestión que en este punto abordamos.

Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia que sirven de contraste¹⁸ a las SSTS 9-3-04, entran en este tema, así como el voto particular de

¹⁷ Para avalar el argumento expuesto, el voto particular acude, incluso, a otra doctrina del Tribunal Constitucional, como la sentada en STC 232/1993, relativa a la posibilidad del vulneración del derecho a la libertad sindical, cuando se desconoce que el derecho a la negociación colectiva en aspectos fundamentales del contenido laboral, ya que este derecho forma parte del contenido esencial de aquél. Recientemente DURÁN LÓPEZ, *Jubilación...*, pág. 79, para el que «tampoco tiene mucho que ver el establecimiento de cláusulas de jubilación obligatoria en la negociación colectiva con el principio de reserva de ley que afectaría a la regulación del derecho al trabajo».

¹⁸ STSJ Cataluña 27-9-02 (AS 3322).

estas últimas. En síntesis, en estos pronunciamientos, se viene a afirmar y defender, que la derogación de la DA 10.^a no afecta a las posibilidades del convenio colectivo para regular edades de jubilación forzosa, dado que la Ley no prohíbe expresamente esta posibilidad. Con la derogación de dicha disposición, lo que el legislador pretende es no intervenir en esta cuestión¹⁹, siendo su intención únicamente, la de no estimular para el futuro medidas de jubilación forzosa²⁰. Estas conclusiones se vienen avalando fundamentalmente en base a los siguientes argumentos extraídos de la doctrina del Tribunal Constitucional:

- a) La facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios (art. 37.1 CE) de regular los intereses recíprocos, mediante la negociación colectiva, es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional (FJ núm. 3 STC 58/85).
- b) Del texto constitucional no se deriva, expresa o implícitamente, ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva, la regulación de las condiciones de ejercicio de derechos fundamentales (FJ núm. 5 STC 58/85).

Estos argumentos están en la línea de otros que se contienen también en la STC 58/85, que pueden servir, desde luego, para respaldar la posición anterior. Así, se pueden traer a colación algunas afirmaciones que son significativas:

- Reconocimiento constitucional de un *poder de regulación*, a los representantes de los trabajadores y los empresarios, para un concreto fin, cual es la ordenación de las relaciones laborales en su conjunto (FJ núm. 4).
- La jubilación forzosa, dentro de determinadas condiciones resulta posible y no vulnera ningún precepto constitucional, incluidos los derechos fundamentales, y ello sucederá tanto cuando sea establecida por ley *como cuando lo sea por convenio colectivo* (FJ núm. 5).

A la vista de las consideraciones expuestas, no es extraño que se pueda concluir que la negociación colectiva pueda establecer edades para la jubilación forzosa del trabajador. Desde esta perspectiva, la facultad de regulación, de origen constitucional, que poseen los representantes de los trabajadores y los empresarios no tendría límites, mientras no hubiera una expresa prohibición establecida por el legislador. Un significativo sector de la doctrina propuso esta interpretación tras la derogación de la DA 10.^a. Para este

¹⁹ Voto particular párrafo 3.º, punto 2.º.

²⁰ STSJ Cataluña 27-9-02 (AS 3322).

sector «tendría que prohibir expresamente la ley a la negociación colectiva el establecimiento de edades de jubilación, reservándose para sí esa materia, que quedaría excluida del contenido posible de la negociación»²¹, y tal ley no existe, sin que el art. 85.1 ET cubra la exigencia de prohibición al no contener una determinación expresa. Se basa esta conclusión en la STC 58/85 y en la apreciación de que en esta sentencia se analizaba la constitucionalidad de la disposición adicional del ET, y no la de un convenio colectivo que estableciese la jubilación forzosa de los trabajadores a una determinada edad.

El problema es que esta doctrina del Tribunal Constitucional, que sirve de fundamento a las posiciones contrarias a las SSTs 9-3-2004, presenta, a nuestro parecer, una falta de consolidación contundente que, a veces, se refleja en la propia doctrina que el Tribunal Constitucional emana en la STC 58/85 que, incluso, puede entenderse contradictoria:

- No le corresponde al Tribunal Constitucional formular una teoría general sobre la extensión y límites de la negociación colectiva, tarea ésta que han de ir elaborando paulatinamente doctrina y jurisprudencia laborales, a la vista de las concretas experiencias contractuales y de los cambios y vicisitudes de la legalidad infraconstitucional y del entorno económico y social, en que dicha legalidad se desenvuelve (FJ. núm. 5).
- El legislador, en ejercicio de su competencia, puede autorizar a la negociación colectiva establecer edades de jubilación forzosa (FJ. núm. 7).
- Es la Ley la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva (FJ. núm. 7).
- La integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho supone *el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley*, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede *desplegar una virtualidad limitadora* de la negociación colectiva y puede, igualmente, de *forma excepcional*, reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva (FJ. núm. 3).

Pero además, se pueden oponer otras razones a la posibilidad de que la negociación colectiva actúe autónomamente si no existe prohibición expresa. Así, se puede afirmar que habría resultado intrascendente la inclusión

²¹ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, VALDÉS DAL-RÉ, CASAS BAAMONDE, *op. cit.* pág. 90.

por el legislador en el ET de la posibilidad de que la negociación colectiva pueda establecer edades de jubilación (salvo que se entendiera que su función era la de estimular a las partes de la negociación para establecer cláusulas de jubilación obligatoria, argumento, desde luego, discutible). Si se entiende que la negociación colectiva puede actuar siempre que no se lo prohíba la Ley, no tiene sentido pensar en que haya podido tener virtualidad alguna, la manifestación de voluntad del legislador autorizando ámbitos de actuación de la negociación colectiva. La opción del legislador posibilitando la intervención de la negociación colectiva tiene sentido, precisamente, cuando la Ley debe ocupar su espacio de regulación.

Por otro lado, hay que pensar en que regular las condiciones de ejercicio no es privar del ejercicio de un derecho fundamental²². La negociación colectiva podrá regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, pero lo que no podrá determinar son los requisitos que son esenciales para que dicho ejercicio pueda darse. La negociación colectiva no puede tener las llaves de entrada y de salida al ejercicio del derecho. De la misma manera que la Ley fija una edad mínima para acceder al ejercicio del derecho al trabajo debe fijar la edad para dejar de ejercerlo. Estos son aspectos esenciales del derecho que no limitan su efecto a la relación laboral, sino que excede del ámbito de la misma²³, determinando en la persona la imposibilidad de ejercer un derecho fundamental. El establecimiento de una edad de jubilación forzosa no solamente afecta al trabajador que ve extinguido su contrato de trabajo a una determinada edad, sino que también afecta a las personas que pudiendo y queriendo trabajar pueden verse impedidos de hacerlo por la voluntad de las partes que firman un convenio colectivo. En este sentido, la cláusula del convenio colectivo que fije edad de extinción obligatoria del contrato, estaría actuando como norma que incapacita para trabajar en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Por ello, el establecimiento de una edad máxima para mantener el puesto de trabajo o para acceder al empleo es un requisito para el ejercicio del derecho que debe estar contemplado en la Ley.

Las SSTs 9-3-04 estiman, como uno de los límites del convenio colectivo, el respeto a las disposiciones legales de derecho necesario, exigencia que deriva, como así lo expone también el Tribunal Constitucional, de la ubicación del convenio colectivo en el sistema de fuentes, que lo somete jerárquicamente a la Ley. Estimar que la negociación colectiva puede entrar

²² Cfr. En el mismo sentido DURÁN LÓPEZ, F., «Jurisprudencia Constitucional y Derecho al Trabajo», *MTSS*, 1992, pág. 84.

²³ Cfr. ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, Civitas, 1982, págs. 116-117, para el que negociación y convenio tienen como ámbito preciso las condiciones de trabajo.



en la regulación de aspectos del derecho al trabajo para los que no exista expresa prohibición, equivale a decir que no es derecho necesario lo que no está expresamente dicho. En concreto, en el derecho al trabajo, la edad sería un requisito en relación con el que sería derecho necesario la edad mínima de admisión al trabajo, porque está prevista expresamente (art. 7 ET); circunstancia que impediría a la negociación colectiva entrar a regular. Esto no sucedería con la edad máxima para trabajar o para mantener vigente un contrato de trabajo, si la Ley omite cualquier manifestación al respecto. Es decir, ante el silencio de la Ley sobre la existencia de una edad máxima para trabajar, podría la negociación colectiva entrar a regular edades de extinción del contrato o de jubilación forzosa.

A nuestro juicio, al menos en el supuesto que nos ocupa, no se puede interpretar la omisión o el silencio en la Ley de edades máximas de admisión al trabajo o de jubilación forzosa, como una ausencia de prohibición expresa a los negociadores colectivos para regularlas mediante convenio colectivo. El hecho de que la Ley no se pronuncie sobre la edad máxima para trabajar, es una cuestión que hay que interpretarla atendiendo al carácter que la jubilación tiene en nuestro ordenamiento en su regulación legal. En ésta, la jubilación tiene un carácter voluntario lo que es coherente con la ausencia de fijación de edades máximas para trabajar. Si la jubilación en la Ley tiene carácter voluntario, es lógico y coherente que en la Ley no se establezcan edades máximas para trabajar o de jubilación forzosa. Desde esta perspectiva, no sería admisible el establecimiento de edades de jubilación obligatoria cuando la Ley no establezca prohibición expresa, ni aún cuando puedan tener para los trabajadores las compensaciones de la prestación por jubilación y en el contexto de una política de empleo.

La jubilación en nuestro ordenamiento constituye un derecho del trabajador, cuyo ejercicio vincula al empresario en cuanto produce la extinción del contrato de trabajo. Precisamente, porque está concebida como un derecho que ejerce el trabajador voluntariamente, el silencio de la Ley no puede interpretarse como la ausencia de prohibición expresa que habilita a la negociación colectiva a regular edades de jubilación forzosa. Si es admisible constitucionalmente el establecimiento de edades de jubilación forzosa, parece que lo razonable sería lo contrario, que la Ley establezca unos requisitos mínimos para que la negociación colectiva pueda actuar, preservando aquellos requisitos. La Ley establecería la edad mínima a partir de la cual se podría determinar a través de la negociación colectiva edades de extinción obligatoria del contrato (que podría ser aquella a partir de la que tenga el trabajador derecho a percibir la pensión de jubilación), así como las compensaciones que debería tener el trabajador y, en su caso, las circunstancias de empleo que deban concurrir. Esta posición se ajusta y podría conciliar doctrina constitucional que puede entenderse contradictoria, como la que admite el establecimiento de edades de jubilación forzosa tanto por

Ley como por convenio colectivo (FJ núm. 5 STC 58/85) y, al propio tiempo, declara que la integración de los convenios colectivos en el sistema de fuentes del Derecho supone el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido en la Ley, que puede desplegar virtualidad limitadora y, de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedarían excluidas de la negociación (FJ. 3 STC 58/85). Podría de esta forma darse respuesta, igualmente, a la exigencia de reserva de Ley constitucional que el art. 53.1 CE prevé en relación con el art. 35.1 CE.

5. LOS CAMBIOS EN LA POLÍTICA DE EMPLEO

Se puede con ellos un conjunto de argumentos que coadyuvan a mantener la negativa a que la negociación colectiva pueda ocuparse de establecer edades de jubilación forzosa. Las SSTS 9-3-04, se ocupan de este aspecto y se refiere a la desaparición de las razones que justificaban la vigencia de la DA 10.^a. Se trata más bien de argumentos adicionales²⁴, que se utilizan para mostrar las razones que llevaron a derogar la norma, por la improcedencia de mantener la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo a través de los convenios. Parten las SSTS 9-3-2004 de que la situación social y laboral que en los años ochenta aconsejó adoptar medidas de política de empleo, como la que se recogía en la DA 10.^a, han desaparecido en la actualidad, siendo otra la tendencia que debe guiar la política de empleo. Para acreditar el cambio de orientación se traen a colación los siguientes argumentos:

- a) La modificación realizada en la legislación de Seguridad Social a partir del Pacto de Toledo. En éste fijan las SSTS 9-3-2004 el punto de partida del cambio de orientación en la política social y económica, tendente a la flexibilización de la edad de jubilación de forma gradual y progresiva, e incluso a la compatibilidad entre pensión de jubilación y mantenimiento de la vida laboral. Esta previsión del Pacto se tradujo a nivel legal, en la introducción de mecanismos compensadores (desgravaciones y deducciones en las cotizaciones), para cuando el trabajador opte por permanecer en activo después de cumplidos los sesenta y cinco años (DA 26.^a TRLGSS). La nueva regulación introducida por la Ley 24/1997, hay que estimarla contraria a la tendencia que utiliza la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo.

²⁴ Cfr. DURÁN LÓPEZ, *Jubilación...*, pág. 79, critica la utilización del argumento de las políticas de empleo para fundamentar en ellas la interpretación jurídica.

- b) Las tendencias sobre el empleo y no discriminación, contenidas en normativa comunitaria vinculante, que debe ser aplicada en el ámbito de la Unión Europea. Este es el caso de la Directiva 78/2000 del Consejo de 17 de noviembre, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Tiene por objeto esta Directiva establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de *edad* o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que, en los Estados miembros, se aplique el principio de igualdad de trato (art. 1). Es cierto que la Directiva prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer diferencias de trato por razón de edad, que no constituirán discriminación, «...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...» (art. 6.1); pero lo razonable es que, siendo los destinatarios de la Directiva los Estados miembros (art. 21), esta posibilidad se haga efectiva a través del pronunciamiento del legislador y siempre basándola en razones de políticas de empleo²⁵. La opción de nuestro legislador ha sido la de no establecer diferencias de trato por razón de edad, si nos atenemos a la transposición que se ha hecho de la Directiva por Ley 62/2003, de 31 de diciembre, que ha modificado los arts. 4.2,c) y 17.1 E.T., prohibiendo, el primero, las discriminaciones para el empleo o una vez empleados por razones de edad, y, estableciendo, el segundo, la nulidad y carencia de efectos de las cláusulas de los convenios colectivos que contengan discriminaciones desfavorables por la misma razón. Para las sentencias estos preceptos constituyen «mínimo de derecho necesario absoluto», que impiden establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa.
- c) La justificación de la derogación de la DA 10.^a que se contiene en la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001. En ésta se indica que la política de empleo que inspiró la disposición derogada, se inspi-

²⁵ Así parece que hay que entenderlo si se tiene en cuenta lo indicado en el considerando núm. 25 de la Directiva: «La prohibición de discriminación por razones de edad *constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos en las directrices sobre el empleo* y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que puedan variar, según la situación de los Estados miembros. Resulta, pues, esencial distinguir las *diferencias de trato justificadas, concretamente en objetivos de política de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional*, y debe prohibirse la discriminación».

raba en concepciones y se apoyaba en realidades demográficas del mercado distintas de las actuales. Al eliminar la DA 10.^a no parece que el legislador esté pretendiendo dejar de estimular la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de jubilación forzosa (como se entiende en la STSJ Cataluña 27-9-02), sino que no puedan ocuparse de ello. Es más razonable pensar que la idea del legislador al introducir la referencia a la negociación colectiva, era habilitar o autorizar a que mediante ésta, se pudieran establecer cláusulas de jubilación forzosa. La discusión estuvo y está en si, mediante la negociación colectiva se pueden establecer edades de extinción obligatoria del contrato de trabajo y si, para ello, es preciso que el legislador se pronuncie.

6. LAS REPERCUSIONES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Los estudios realizados hasta ahora sobre la regulación de la jubilación forzosa por convenio colectivo, normalmente, no se ocupan de las repercusiones que puede tener en el funcionamiento del sistema de Seguridad Social, el acceso del trabajador jubilado a la prestación de jubilación. Este es un problema que se ha puesto de manifiesto por algún autor²⁶, y que, sin embargo, la mayoría de la doctrina pasa por alto. Esta misma tónica la encontramos en las SSTS 9-3-2004, que no utilizan como argumento para fundamentar su decisión, el de las repercusiones que, en el sistema de Seguridad Social, puede tener el mantenimiento de un régimen de libre inclusión de la jubilación forzosa en los convenios colectivos. En estas sentencias se hace mención a la legislación de la Seguridad Social para expresar la nueva tendencia en la política de empleo. Entendemos que éste es un punto que podría haberse examinado, si tenemos en cuenta que una de las razones con las que se justificaba la constitucionalidad de una edad de jubilación obligatoria, era la garantía de que el trabajador que veía extinguido su contrato, tuviera una compensación económica —en este caso, la pensión de jubilación—, que atendiera la pérdida de ganancia por la extinción del contrato.

Es incuestionable la relación que existe entre el funcionamiento del mercado de trabajo y el sistema de Seguridad Social. Éste actúa ante las situaciones de necesidad en las que pueda encontrarse el trabajador, cuando se ve privado de su puesto de trabajo. Una situación de necesidad amparable por la acción protectora del sistema de Seguridad Social, es la pérdida del

²⁶ Cfr. TORTUERO PLAZA, *op. cit.* 256-257; MONTROYA MELGAR y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *op. cit.* pág. 29.



empleo al haberse extinguido el contrato, por haber cumplido una determinada edad. Por eso, estamos ante un aspecto del problema que no debe perderse de vista.

Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, que el legislador ordinario dispone de libertad para modular la acción protectora de sistema²⁷, aunque ese cometido no está exento de límites. La acción protectora deberá articularse teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan las situaciones de necesidad, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales²⁸. El Tribunal Constitucional deja fuera de duda, que la modulación del sistema de Seguridad Social debe realizarse en atención a las circunstancias económicas y sociales; circunstancias que califica de «imperativas» para la propia viabilidad y eficacia del sistema²⁹. Pero, además, el Tribunal Constitucional ha afirmado —*obiter*—, la imposibilidad de que el convenio colectivo pueda regular situaciones que repercutan en la Seguridad Social, porque su naturaleza y función carecen de aptitud para alterar el alcance y contenido de relaciones ajenas a las de trabajo³⁰.

A la vista de lo que se acaba de exponer, parece razonable defender que debe ser el legislador el que decida el establecimiento de edades de jubilación forzosa por la negociación colectiva. No se trata de apreciar que con el establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa en convenio colectivo no se vulnera el art. 39.2 TRLGSS, porque no se regulan cuestiones de Seguridad Social³¹, sino de tener presente que hay una incidencia inevitable en el sistema de Seguridad Social. Lo razonable es que esta medida se articule con las decisiones que debe adoptar el mismo legislador, para el funcionamiento adecuado del sistema de Seguridad Social. Las medidas de funcionamiento del mercado de trabajo deben tener el mayor grado de co-

²⁷ STC 37/94, 10-2, FJ. núm. 3.

²⁸ STC 65/87, 21-5, FJ. núm. 3; STC 77/95, 22-5, FJ. núm. 4, entre otras.

²⁹ STC 37/94, FJ. núm. 3.

³⁰ Así en la STC 187/94, de 20 de junio, FJ. núm. 3 se dice «...el Convenio Colectivo, encaminado a regular las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores, tanto por su naturaleza como por su función carecía de aptitud para alterar el alcance y el contenido de las relaciones ajenas a la de trabajo —como sería la de Seguridad Social...—, creando a cargo de la empresa obligaciones de índole tributaria de naturaleza pública, por ende, y condicionando el obrar y la responsabilidad de las Entidades Gestoras de Seguridad Social terceros respecto de las partes negociadoras del pacto». El asunto litigioso giraba en torno a la obligación de la empresa de cotizar a la Seguridad Social, durante el tiempo que unas trabajadoras habían estado en situación de excedencia forzosa, a la vista de que el convenio colectivo establecía que el tiempo de permanencia en esta situación, se computaría como de servicio activo.

³¹ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, VALDÉS DAL-RÉ, CASAS BAAMONDE, *op. cit.* pág. 90, que entienden que la exigencia de prohibición no la cubre el art. 39.2 al no regularse en los convenios cuestiones de Seguridad Social.

ordinación posible con las que se apliquen en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

Pensamos, pues, que ésta puede ser una razón más, que podría esgrimirse en para defender la necesidad de que sea el legislador el que mediante Ley, posibilite que la negociación colectiva pueda encargarse de regular edades de jubilación obligatoria. Desde esta perspectiva no parece adecuado que sean las partes negociadoras del convenio las que decidan libremente, al margen del legislador, cuándo el trabajador debe extinguir su contrato de trabajo, para acceder a la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Esto debe quedar reservado a la decisión del legislador que es el responsable último de cuidar del funcionamiento adecuado del sistema de Seguridad Social y del mercado de trabajo.

7. LA NULIDAD SOBREVENIDA DE LAS CLÁUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN VIGOR

Otro problema, de importancia fundamental, hace referencia a la vigencia de cláusulas de jubilación forzosa, contenidas en los convenios colectivos vigentes en la fecha en que entra en vigor la derogación de la DA 10.^a. Este problema también ha sido abordado por las SSTS 9-3-04. La solución que adopta el Tribunal Supremo en este punto, es la que lleva a la estimación del recurso y, en definitiva, a estimar procedente la extinción del contrato de trabajo del trabajador afectado.

Las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia recurridas³², que dieron lugar a la unificación de doctrina, y otras posteriores³³, llegaron a la conclusión de que todas las disposiciones de los convenios vigentes, que establecen una edad de jubilación forzosa, son nulas, por imperativo de lo dispuesto en el art. 15 de la Directiva 78/2000, en tanto que contrarias a sus mandatos, y, en todo caso, han quedado derogadas, por la disposición derogatoria única del RDL 5/2001, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, todas las contenidas en convenios firmados con anterioridad a su entrada en vigor, en cuanto se oponen al derecho reconocido en esta norma, e incorporado al Estatuto de los Trabajadores, a continuar trabajando con posterioridad a reunir todos los requisitos para obtener una prestación contributiva de jubilación.

Sin embargo, para las SSTS 9-3-04, la derogación de la DA 10.^a no supone la pérdida de vigencia de las cláusulas de jubilación forzosa vigentes

³² STSJ Madrid, 17-12-2002 (JUR 124941).

³³ STSJ Madrid, 1-3-2004 (Tirant On Line).

en la fecha de la derogación, fundamentando esta afirmación en los siguientes argumentos:

- a) Necesidad de salvaguardar el equilibrio interno de los convenios colectivos que contienen estas cláusulas. Señalan las SSTs 9-3-04, que estas cláusulas fueron establecidas de acuerdo con la política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración del convenio, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renuncias entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse. Con ello, viene a decir el Tribunal, que los convenios se negociaron atendiendo a unas determinadas circunstancias, que las partes tuvieron en cuenta, para conseguir un equilibrio interno y, este acuerdo, debe ser respetado. Esta apreciación del Tribunal puede ser contradictoria con lo resuelto con anterioridad, sobre la imposibilidad de que los convenios colectivos puedan establecer cláusulas de jubilación forzosa, si se tiene en cuenta que el cambio en la orientación de la política de empleo, se produce por el cambio en las circunstancias (demográficas y del mercado de trabajo) que permitieron negociar cláusulas de jubilación forzosa. Si para justificar la derogación de la DA 10.^a, que imposibilita establecer cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, se acude al cambio de circunstancias que aconsejan otra política de empleo, no tiene mucho sentido mantener que el cambio de circunstancias no debe considerarse en los convenios colectivos vigentes en la fecha de la derogación. Si la realidad cambiante hace modificar una ley, será porque los cambios son generales en el mercado de trabajo; y si esto es así, tendremos unos convenios que no están adaptados al tiempo en que han de ser aplicados. Habrá, por tanto, un desajuste entre lo regulado y realidad de la situación.

Por otro lado, también podría traerse a colación como argumento meramente coadyuvante, contrario a la exigencia de salvaguarda del equilibrio interno del convenio, que en materia de convenios colectivos, es de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*, cuando se produce un cambio radical y absoluto en las circunstancias conforme a las que se negociaron. Desde luego, es discutible que un cambio en las circunstancias demográficas y del mercado de trabajo, no sean significativas para no abogar por la salvaguarda de lo pactado.

- b) Para apoyar la decisión de mantener la aplicación de las cláusulas de jubilación forzosa, de los convenios colectivos en vigor al tiempo de la derogación de la DA 10.^a, el Tribunal Supremo utiliza en su doctrina la Disposición Transitoria 2.^a del Código Civil, conforme a la que «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma». Entiende el Tribunal, que el

mantenimiento de la vigencia de las cláusulas de jubilación forzosa, contenidas en los convenios vigentes al tiempo de derogarse la DA 10.^a, está de acuerdo con lo que se establece en dicha disposición transitoria. A nuestro juicio, el Tribunal no ha tenido en cuenta el carácter de norma que tiene el convenio colectivo, como sí lo hace para pronunciarse sobre la primera cuestión. Aborda la cuestión desde la perspectiva contractual que supone el convenio, inclinándose por la conservación de lo pactado, si era válido con arreglo a la normativa que se pactó, pero no repara el Tribunal en la naturaleza normativa del mismo. Si tenemos en cuenta que el convenio es una norma, lo más razonable hubiera sido aplicar la regla, que a los efectos de la derogación de una ley, se contiene en el art. 2.2 del Código Civil, conforme a la que «la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá a aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior». La derogación de la DA 10.^a elimina los límites que existían para el derecho al trabajo, que ahora ya no existen, por lo que se registra una incompatibilidad entre lo dispuesto en la norma anterior y posterior. Si el convenio colectivo es una norma, que articula el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, sometida a lo que la Ley disponga, deben extenderse los efectos de la derogación a los convenios vigentes, por su manifiesta incompatibilidad con la nueva regulación.

- c) Entienden las SSTS 9-3-04 que mantener la vigencia de los convenios colectivos en vigor al tiempo de la derogación de la DA 10.^a, no es contrario a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en otros supuestos, en los que la modificación de la norma ha producido la de los convenios colectivos. En concreto, se trae a colación la STC 210/1990, de 20 de diciembre, que se pronunció sobre la constitucionalidad de la aplicación de la reducción de la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo, a cuarenta horas semanales de trabajo efectivo. Las SSTS 9-3-04 consideran, que no es de aplicación la doctrina contenida en la del Tribunal Constitucional, porque en aquella ocasión la Ley de modificación contenía «un mandato como norma mínima y de derecho necesario con eficacia imperativa a partir de su entrada en vigor» (FJ núm. 7)³⁴, lo que no sucede con la supresión de DA 10.^a, que no tiene otra

³⁴ La Ley 34/1983, de 29 de junio, que modificó el art. 34.2 E.T., establecía en su Disposición Transitoria, párrafo 2.º, que «La puesta en práctica de la jornada que se establece en la presente Ley, no afectará a la ordenación global de la jornada de trabajo existente en las empresas a la entrada en vigor de esta Ley, sino exclusivamente a su duración, salvo pacto en contrario».

consecuencia jurídica que la derogación de una norma habilitante, que impide que las partes negociadoras de un convenio colectivo puedan estipular en adelante cláusulas de jubilación forzosa.

Así pues, vienen a decir el Tribunal Supremo, que la inexistencia de una prescripción que expresamente determine la inaplicación de las cláusulas contenidas en los convenios colectivos en vigor, posibilita la aplicación de aquéllas. En nuestra opinión, este argumento es criticable, porque contradice lo expresado en otros pasajes de las SSTs 9-3-04, que rechazan, aunque sea implícitamente, la posibilidad de que los convenios colectivos puedan regular edades de jubilación forzosa si, expresamente, no lo prohíbe la Ley. En el fondo, este es el mismo argumento que utilizan la sentencia que sirve de contraste (STSJ Cataluña 27-9-2002) y el voto particular de las sentencias unificadoras de doctrina, para defender las posibilidades de regulación de cláusulas de jubilación forzosa por convenio colectivo: no hay manifestación imperativa expresa del legislador (en un caso, prohibiendo y en otro, imponiendo). Por ello, creemos que no es acertada su utilización.

Pero además, la afirmación que se hace en las SSTs 9-3-04 de que, en el caso examinado en la STC 210/1990, en el sentido de que la Ley de modificación contenía un mandato con eficacia imperativa a partir de la entrada en vigor, es errónea. Esta afirmación la hace la sentencia del Constitucional en relación con la Disposición Transitoria de la Ley 34/83, que motivó el pronunciamiento del Alto Tribunal. Pues bien, este Tribunal en la misma sentencia afirma lo contrario, admitiendo la aplicación imperativa de la Ley posterior aunque no existiera la Disposición Transitoria recurrida³⁵.

En la doctrina no faltan los pronunciamientos contrarios a que se mantenga la vigencia de las cláusulas de jubilación forzosa contenidas en los convenios colectivos en vigor a la fecha de la derogación de la DA 10.^a, y consideran que deben reputarse ilegales, por regular una materia que está normada por Ley con carácter imperativo y haber desaparecido la norma legal que permitía al convenio su regulación³⁶. A nuestro juicio, después de la derogación de la DA 10.^a hay una regulación clara del derecho al trabajo sin que exista previsión alguna de limitación por razón de edad máxima para

³⁵ STC 210/1990, FJ. núm. 2 dice, refiriéndose al párrafo 2.º de la Disposición Transitoria de la Ley 34/1983, «...este párrafo tiene un significado interpretativo o aclaratorio de la aplicación inmediata, tras la correspondiente *vacatio legis*... En puridad, la *eliminación del texto combatido no evitaría que la fijación imperativa* de la jornada máxima definida en los límites del art. 1 de la Ley y que entrara en vigor tras el plazo de un mes desde la publicación de la Ley... *ni tampoco que esa fijación imperativa se aplicara también a la regulación de la jornada de trabajo contenida en los convenios colectivos en vigor en ese momento*...»

³⁶ Cfr. ALZAGA RUIZ, *op. cit.* pág. 22; BLASCO PELLICER, A., *op. cit.* pág. 11; TORTUERO PLAZA, *op. cit.*, págs. 259-260; recientemente CAVAS MARTÍNEZ, *op. cit.*

trabajar, y a esta previsión deben ajustarse los convenios colectivos sin que sea necesario que haya una determinación expresa de la Ley en relación con los que estaban en vigor al tiempo de la derogación. Afirmar, como hacen las SSTS 9-3-04 al referir otro supuesto, que se precisaría un mandato con eficacia imperativa, es buscar una justificación que sorprende. La STS 210/90, reafirma la superior posición de la Ley respecto del convenio en la jerarquía normativa³⁷, y deja clara la constitucionalidad de la incidencia, sobre un convenio colectivo en vigor, de lo establecido en una Ley posterior, sin que sea admisible posponer la entrada en vigor de aquélla, al momento de terminación del período de vigencia del convenio colectivo, pues éste está sometido a la Ley a la que debe respetar³⁸. El Tribunal Constitucional ha afirmado que «del art. 37.1 CE no emana ni deriva el supuesto derecho a que lo establecido en el convenio colectivo...permanezca inalterado y sea inmune a lo establecido en una Ley posterior hasta el momento en que el convenio pierda vigencia» (FJ. 3 STC 210/90).

En la jurisprudencia ordinaria existen precedentes de la incidencia de una Ley posterior en el convenio colectivo anterior, de manera que puede provocar la ineficacia sobrevenida de cláusulas pactadas. Recuérdese la incidencia que tuvo la Ley de 28 de diciembre de 1983, de Presupuestos Generales del Estado para 1984, que estableció una limitación para los salarios del personal laboral, incluidos los trabajadores de las empresas públicas, e incluso en algún caso, la limitación afectaba a trabajadores que tenían previsto un incremento salarial superior en convenio colectivo. El Tribunal Central de Trabajo se pronunció por la legalidad de la medida, admitiendo la interferencia de la Ley en la vida del convenio, pues éste debe respetar aquélla, aunque pudiera suponer una limitación al art. 37.1 CE, pues el Estado está legitimado para ello³⁹.

- d) A la vista de todo lo que llevamos expuesto, consideramos que lo más razonable y ajustado a la legalidad hubiera sido declarar la nulidad de las cláusulas de jubilación forzosa. No se puede hacer el enjuiciamiento exclusivamente desde la perspectiva contractual del

³⁷ STC 210/1990, FJ. núm. 2 «...la Ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del convenio colectivo, razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla, así como, más genéricamente, a lo establecido en las normas de mayor rango jerárquico».

³⁸ STC 210/1990, FJ. núm. 3 «...el respeto al derecho constitucional a la negociación colectiva no obliga necesariamente al legislador a posponer la entrada en vigor de la norma al momento de la terminación del período de vigencia de los convenios colectivos, hasta el punto que, de no hacerlo así hay de estimarse que lesiona aquel derecho constitucional». Para un estudio crítico de la doctrina sentada en la indicada sentencia, *vid.* DURÁN LÓPEZ, *La jurisprudencia...*, págs. 206-207.

³⁹ SSTCT 15 de junio de 1984 (A 5931) y 14 de septiembre de 1984 (A 7258).

convenio, sino que hay que tener en cuenta la perspectiva normativa. Teniendo en cuenta que el convenio es una norma que está sometida a la Ley, es de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional que se contiene en la STC 210/1990. Ello sería lo coherente con la línea de razonamiento utilizada para declarar el efecto impeditivo de regulación, que deriva de la derogación de la DA 10.^a. Por otro lado, la aplicación inmediata a los convenios en vigor al tiempo de la derogación, implicaría llevar los efectos de la derogación a todos los trabajadores (los afectados por nueva negociación y los afectados por convenios en vigor), lo que sería lo más acorde al derecho a la igualdad del art. 14 CE.

8. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, desde una concepción del convenio como norma jurídica, integrada en la jerarquía de fuentes del Derecho, está justificado el cambio de doctrina, que ha realizado el Tribunal Supremo en las SSTS 9-3-04, a raíz de la derogación de la DA 10.^a, impidiendo que las partes de la negociación colectiva, puedan regular a través de los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa, que suponen, en todo caso, una limitación del derecho al trabajo y de la libertad de trabajar. Admitiendo que esto sea posible constitucionalmente, debe ser la Ley la que determine las circunstancias y requisitos que puedan justificar que la negociación colectiva pueda ocuparse de las cláusulas de jubilación forzosa. El cumplimiento de esta exigencia no debe considerarse contrario al art. 37.1 CE. Entendemos que, como hace la mejor doctrina⁴⁰, puede ser admisible la concepción de que «la proclamación constitucional del derecho al trabajo no consagra un derecho subjetivo a seguir trabajando (tras la edad de jubilación) en cualquier circunstancia», pero cualquier intento de regulación por la negociación colectiva al margen de la Ley, tendrá dificultades para prosperar mientras se considere el convenio colectivo una norma jurídica integrada en el sistema de fuentes del Derecho.

En relación con las cláusulas de los convenios colectivos vigentes, al tiempo de la derogación de la DA 10.^a, no estamos de acuerdo con la solución adoptada por las SSTS 9-3-04. Nuestra opinión es que dichas cláusulas deben considerarse nulas y, por consiguiente, no pueden ser aplicadas. Si se justifica que estamos en una nueva situación derivada de los hechos y del Derecho, no está justificada la exclusión mediante el mantenimiento de cláusulas contrarias a la legalidad vigente.

⁴⁰ Cfr. DURÁN LÓPEZ, *Jubilación y ...*, pág 79.



En todo caso, las recientes decisiones del Tribunal Supremo están marcando unos límites a la negociación colectiva, a sus posibilidades de actuación, y constituyen un intento de clarificación de un panorama muy complejo, donde las dificultades para configurar los ámbitos de actuación de la Ley y del convenio colectivo están lejos de desaparecer.

