



EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

LA JUBILACIÓN FORZOSA DEL TRABAJADOR POR CONVENIO COLECTIVO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

STS, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2004

FERNANDO ELORZA GUERRERO *

SUPUESTO DE HECHO: El 2 de agosto de 2001 un trabajador adscrito a un Ente Público remite un escrito al Director de Recursos Humanos manifestándole su intención de no jubilarse a los 65 años, alegando la carencia de personal cualificado en la empresa. Con posterioridad, la mencionada Dirección comunica al trabajador que la pretensión era jurídicamente inviable al resultar de aplicación el artículo del convenio de empresa que establece la obligatoriedad de la jubilación al cumplir los sesenta y cinco años.

Con efectos de 7 de octubre de 2001 la empresa adoptó la Resolución de cese del trabajador por jubilación obligatoria al cumplir los sesenta y cinco años. Esta decisión motivó el que el trabajador actuara jurídicamente, al entender que había sido despedido, con la intención de que se dejara sin efectos el mismo.

RESUMEN: La doctrina del Tribunal¹ establece que, tras la derogación de la D.A. 10.^a E.T. por el R.D.-L. 5/2001 —sustituido posteriormente por la Ley 12/2001, de 9 de julio—, no es factible el que mediante la negociación colectiva se establezcan edades de jubilación forzosa, por las siguientes razones:

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

¹ (R.J. 841/2004) y que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina sobre la STSJ Madrid, de 5 febrero de 2003. Téngase en cuenta que en la misma fecha la Sala de lo Social del TS ha emitido otra Sentencia en idénticos términos STS, de 9 de marzo de 2004 (R.J. 873/2004), en relación con la STSJ Madrid, de 17 de diciembre de 2002.

- a) Desaparecida la D.A. 10.^a ET, la negociación colectiva carece de marco legal habilitante para establecer limitaciones a los derechos como el derecho al trabajo. Los convenios colectivos están obligados a respetar no sólo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también el mandato de reserva de ley que impone la Constitución.
- b) Las razones que justificaron tanto la norma (D.A. 10.^a ET), como las consideraciones de política de empleo implícitas en los convenios colectivos, han desaparecido igualmente. La situación social y laboral actual es muy distinta a la de los años 80. A partir del Pacto de Toledo se aprecia un rotundo cambio en la orientación de la política económica y social que tiende a la flexibilización de la edad de jubilación de forma gradual y progresiva, y a la compatibilidad entre pensión de jubilación y mantenimiento de la vida laboral. Este cambio de orientación también se percibe en el ámbito europeo, siendo una muestra de ello tanto las Directrices para el Empleo del año 2000 que subrayan la necesidad de prestar atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, al objeto de prolongar su vida activa, como algunas Directivas, tal es el caso de la Directiva 78/2000, del Consejo, 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, traspuesta a nuestro Derecho por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

Asimismo, y reforzando con ello la conclusión de que *«no es actualmente posible establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa»*, el Tribunal entiende que, derogada la D.A. 10.^a ET, si bien no *«resucita»* la vigencia de la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953 — que implícitamente vedaba a los convenios colectivos la posibilidad de establecer edades de jubilación forzosa—, es de aplicación a los convenios colectivos los arts. 4.2 c) y 17.1 ET, preceptos éstos *«cuyo espíritu es el mismo —aunque ahora con rango de ley— que el de la citada Orden Ministerial»*, por lo que vuelve a ser actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la mencionada Orden Ministerial y que *«atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de “mínimo de derecho necesario absoluto”»*.

No obstante, y por lo que respecta a las cláusulas de jubilación forzosa vigentes a la fecha de la derogación de la D.A. 10.^a ET, el Alto Tribunal entiende que la desaparición de la norma no supone la pérdida de vigencia de tales cláusulas, al haberse establecido *«de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno (...) debe salvaguardarse»*, lo que es conforme además con la D.T. 2.^a del Código Civil.



ÍNDICE

1. LA D.A. 10.^a ET, O LA HISTORIA DE UNA DEROGACIÓN NORMATIVA CON UN FINAL INESPERADO
2. REFLEXIONES A PARTIR DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA DEROGACIÓN DE LA D.A. 10.^a ET
3. CONCLUSIÓN

1. LA D.A. 10.^a ET O LA HISTORIA DE UNA DEROGACIÓN NORMATIVA CON UN FINAL INESPERADO

El comentario de la presente Sentencia entendemos que resultará más provechoso si contextualizamos, aunque sea brevemente, el momento en que la misma ve la luz, así como los avatares por los que ha pasado una institución como la jubilación forzosa en nuestra historia más reciente.

Recordemos en ese sentido, que ya en la primera versión del ET allá por 1980 existía una D.A. 5.^a que precisamente contemplaba, en los mismos términos que recogió posteriormente el párrafo 3.º de la D.A. 10.^a ET desde 1995, que *«en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos»*, si bien, como es sobradamente conocido, el contenido global de ambas disposiciones no es idéntico, al hacer desaparecer el legislador en 1995 la norma que establecía la edad de 69 años como máxima para desempeñar una actividad laboral².

La vigencia de la D.A. 10.^a ET vio periclitada su vigencia con la promulgación de la Ley 12/2001, de 9 de julio —que como sabemos tiene su origen en el R.D.-L 5/2001—, que expresamente estableció en la Disposición Derogatoria de la norma la derogación de aquella. En la Exposición de Motivos de la Ley se argumentaba como justificación de la derogación decretada que la citada disposición *«estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales»*. En este sentido, en algún caso se ha llegado a plantear que, con la actuación legislativa comentada, el legislador vendría a *«amarrar el cabo suelto que dejaría la habilitación a la negociación colectiva»*, en un momento en que el legislador intenta incentivar la permanencia en activo del trabajador una vez alcanzada la edad

² Con lo que se ajustaba la normativa vigente a la doctrina del TC, que ya en la STC 22/1981, de 2 de julio, consideró inconstitucional el establecimiento de los 69 años como edad que incapacitaba para trabajar *«de forma directa e incondicional»*.

ordinaria de jubilación, ante el temor de que dichas cláusulas pudieran «paralizar, obstaculizar o minimizar los efectos de las medidas» legislativas adoptadas de la citada finalidad»³.

Sin embargo, y contrariamente a lo que en un principio podría esperarse, la reacción de los agentes sociales a la derogación de la D.A. 10.^a ET, transcurrido un tiempo, ha sido de contrariedad, pese a que la actuación legislativa en los últimos tiempos ha ido en la línea de estimular la jubilación gradual y flexible del trabajador —véase el R.D.-L. 16/2001, de 27 de diciembre, o la posterior Ley 35/2002, de 12 de julio—. La manifestación más evidente, en este sentido, ha tenido lugar precisamente a raíz del conocimiento por los sindicatos y asociaciones empresariales de nuestro país de la Sentencia que hoy precisamente comentamos. En un comunicado fechado en Madrid, el 6 de abril de 2004, la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, integrada por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, manifestaban su preocupación al entender que «el fallo judicial no ha considerado suficientemente el papel que la negociación colectiva tiene en el sistema de fuentes del derecho español», razón por la que U.G.T., CC.OO., C.E.O.E. y C.E.P.Y.M.E. anunciaban su intención de dirigirse al nuevo Gobierno, una vez constituido, «para que a la mayor brevedad posible promueva la oportuna reforma normativa que faculte a los convenios colectivos para pactar, por razones de política de empleo edades de jubilación obligatoria, sin perjuicio de lo previsto en materia de Seguridad Social, dotando así a la negociación colectiva de la necesaria seguridad jurídica».

Este comunicado que duda cabe que supone la manifestación evidente de una actitud que en los últimos 25 años prácticamente no se ha dado. Y es que en pocas ocasiones a lo largo de estos años hemos podido observar un consenso tan generalizado en contra de una reforma legislativa del Gobierno.

Como resulta conocido, la petición de los interlocutores sociales ha sido acogida por el Gobierno de forma inmediata, de manera que en fecha reciente la prensa nacional daba cuenta del acuerdo alcanzado para restablecer la norma que explícitamente ampare la negociación colectiva de edades de jubilación forzosa, y cuya entrada en vigor parece que puede producirse antes de que se concreten legislativamente los acuerdos que pudieran derivarse del vigente Diálogo Social 2004. Previsión legislativa que, por otra parte, es esperada en algunas empresas como «agua de mayo», si nos atenemos al tenor de algunos convenios de empresa, como el de la empresa

³ TORTUERO PLAZA, J.L.: «La jubilación forzosa en las políticas de empleo», *RMTAS*, núm. 33, 2001, págs. 258-259.



RENAULT ESPAÑA S.A.⁴, donde figura la siguiente cláusula, que resulta muy indicativa de las expectativas que existen entorno a la reimplantación legislativa de la jubilación forzosa: «*La aplicación del Capítulo X del presente Convenio Colectivo, quedará suspendida hasta que se produzcan los cambios normativos que puedan derivarse de las recientes sentencias del Tribunal Supremo, Sala IV, ambas de fecha de 9 de marzo de 2004, posibilitando la jubilación obligatoria. Producido el cambio normativo y a su entrada en vigor, se habilitaría, sin más, la aplicación de dicho capítulo, cuya vigencia perdurará al mantenerse las condiciones, políticas de empleo y demás contraprestaciones que justificaron su implantación*».

2. REFLEXIONES A PARTIR DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA DEROGACIÓN DE LA D.A. 10.^a ET

La Sentencia que comentamos en esta ocasión resulta sumamente didáctica en relación con la materia que nos ocupa —la jubilación forzosa por convenio colectivo como causa de extinción del contrato de trabajo—, por contener no sólo un pronunciamiento explícito sobre el alcance que para el Tribunal tiene la derogación de la D.A. 10.^a ET, sino también por resumir de manera sintética la problemática que ha venido aquejando históricamente a esta institución⁵.

Comenzando por esta segunda cuestión, la menos relevante sin duda, pero de interés, no estará demás advertir cómo la fundamentación jurídica de la Sentencia comienza con una consideración histórica del tratamiento de la cuestión, partiendo de la Orden del Ministerio de Trabajo de 1 de julio de 1953 —que vedaba los convenios colectivos la imposición de edades de jubilación forzosa— para a continuación recordar resumidamente tanto la posición del TC (STC 22/1981 y 58/1985), como la propia jurisprudencia del Alto Tribunal hasta instantes antes de la derogación legislativa de la mencionada disposición legal. No obstante, llama la atención el tratamiento que de los antecedentes históricos hace el TS, sobre todo cuando se advierte la solución que plantea en relación a si los convenios colectivos pueden continuar fijando edades de jubilación forzosa tras la promulgación de la Ley 12/2001, y que consiste como ya sabemos en su radical oposición a que esto pueda ser así. En concreto, sorprende cómo el Tribunal resume la posición

⁴ Cláusula Adicional del Capítulo X «Jubilación obligatoria», del convenio vigente para el período 2004-2006 (BOE de 6 de julio de 2004).

⁵ Objeto por cierto de un estudio detallado por MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2002, en particular págs. 97 y ss.

del mismo durante la vigencia de las sucesivas D.A. 5.^a y 10.^a ET sin advertir en ningún momento, o al menos reconocer, por un lado que la doctrina de este Tribunal difiere de la establecida en su día por el TC —que insistió especialmente en la relación que debía guardar la jubilación forzosa con la política de empleo, por lo que no cabía contemplar la amortización de los puestos de trabajo como desenlace final de la jubilación forzosa—⁶, y por otro, que la jurisprudencia del propio TS ha registrado históricamente vaivenes, que en unos casos lo han aproximado a la doctrina del TC, y en otros lo han alejado

Centrándonos ya en la cuestión sustancial que nos ocupa de la nueva doctrina del TS, comenzaremos por resaltar que la construcción jurisprudencial parte de la consideración de que *«desaparecida la norma legal autorizante —la Adicional 10.^a— queda la negociación colectiva sin el marco habilitante para establecer limitaciones a aquellos derechos al que aludió el Tribunal Constitucional en las sentencias 22/1981 y 58/1985 [...] Porque los convenios colectivos están obligados a respetar no sólo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también el mandato de reserva de ley que impone la Constitución»*. En este sentido, y en línea con una doctrina que sí ha sido constante en el caso del TS, se establece como punto de partida la afirmación de la reserva de ley ex art. 53.1 CE en relación con el derecho al trabajo, advirtiéndose ya desde un principio el peligro de vulneración del art. 14 CE si se hiciera prevalecer el art. 37.1 CE (derecho a la negociación colectiva) sobre el 35.1 CE (derecho al trabajo), en este caso —discriminación por razón de una «circunstancia personal»—.

En principio, el posicionamiento del Tribunal no debe sorprender, pues se sitúa en la senda de la tradicional afirmación de la reserva de ley en relación con todo lo que tenga que ver con la extinción del contrato de trabajo, por su conexión íntima con el derecho al trabajo, y con lo que puede considerarse su contenido esencial: la estabilidad en el mismo. Sin embargo, si resulta novedoso el que TS acto seguido exprese que a su juicio en todo este asunto conviene tener en cuenta que *«han desaparecido también las razones que justificaron tanto la norma, como las consideraciones de política de empleo implícitas en los convenios, a las que alude nuestra sentencia de 14 de julio de 2000»*.

De las palabras del Tribunal podemos deducir que, a su juicio, el contexto en el que se ha venido desarrollando la institución de la jubilación forzosa emanada de la autonomía colectiva ha cambiado significativamente.

⁶ Una consideración resumida de esta jurisprudencia oscilante del TS y la contradicción que suponía con la doctrina del TC puede consultarse, entre otros, en MELLA MÉNDEZ, L.: «Jubilación forzosa pactada en convenio colectivo y política de empleo», *REDT*, págs. 451 y ss.

Por un lado, considera que las «razones» que justificaron la existencia de una norma como la D.A. 10.^a ET —anterior D.A. 5.^a ET— han desaparecido. Aunque el TS no menciona cuáles son esas razones, recordemos que uno de los motivos que principalmente animó al legislador a reconocer expresamente la competencia de la autonomía colectiva en esta materia fue precisamente la consideración de que la jubilación forzosa mediante convenio colectivo podía ser un instrumento útil para estimular un mejor reparto del empleo. Por otro, críticamente, afirma que también han desaparecido las «consideraciones de política de empleo implícitas en los convenios», lo que nos remite, y así hace el propio Tribunal al mencionar la Sentencia de 14 de julio de 2000, a las consideraciones que al Alto Tribunal ha esgrimido a lo largo de los años para afirmar que la jubilación forzosa por convenio colectivo registra exclusivamente la limitación de que el trabajador reúna los requisitos para causar derecho a prestaciones por jubilación⁷. Como reza para el TS en la mencionada Sentencia de 14 de julio de 2000, la no exigencia de consideraciones de política de empleo en el caso de norma convenida, por contraposición a la situación que registra la norma legal, tiene su origen en el hecho de 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», por lo que es «aquella regulación de los intereses recíprocos» la que explicaría la innecesariedad de la vinculación de la jubilación forzosa con consideraciones de política fomento de empleo.

¿Quiere decir esto último acaso que la negociación colectiva ha dejado de llevar «implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios»? Con carácter general no creemos que el Tribunal piense que eso es así. De hecho, la Sala explicita que lo que quiere decir es que, a su juicio, el panorama de las relaciones laborales en nuestro país ha cambiado hasta el punto de que tras el Pacto de Toledo la orientación de la política laboral en relación con la jubilación ha tendido a flexibilizar su régimen «de forma gradual y progresiva», permitiendo incluso la compatibilidad de la pensión de jubilación y la actividad laboral del individuo, de forma que, ya en el propio Pacto se señalaba que «resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen». Una tendencia que también se aprecia en la política comunitaria, recordando a esto efectos el TS la orientación de las Directrices para el

⁷ Véase en este sentido, STS (Sala de lo Social) de 8 de marzo de 2000 (R.J. 2807/2000).

empleo del año 2000, o la Directiva 78/2000, de 27 de noviembre del Consejo, en favor de los trabajadores de más edad y de la prohibición de discriminaciones por razón de la edad. Y que lleva a la Sala a afirmar categóricamente que «recobra actualidad la jurisprudencia [...] que atribuía al derecho subjetivo al trabajo la naturaleza de “mínimo de derecho necesario absoluto”» en tiempos de la vieja Orden Ministerial de 1953, por lo que «no es actualmente posible establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa».

Estas últimas palabras del TS suscitan por tanto la imagen de la reinstauración de un antiguo mínimo de derecho necesario absoluto, ausente por otro lado entre nosotros durante casi veinticuatro años. Pero, ¿hasta qué punto puede ser esto admitido?

Si consideramos lo dispuesto por el art. 2.2 del Código Civil la simple derogación de la D.A. 10.^a ET en ningún caso implica una restitución de la vigencia de la vieja Orden Ministerial de 1953. Y de esta opinión es desde luego el propio TS que en el F.J. 6.^o reconoce que la derogación «por supuesto no resucita la vigencia de la OM 1 jul. 1953». Sin embargo, para el propio Tribunal preceptos como el art. 4.2 c) y 17.1 ET atesorarían un «espíritu [que] es el mismo —aunque ahora con rango de ley— que el de la citada Orden Ministerial», lo que implicaría que «recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la referida Orden que atribuía al derecho subjetivo al trabajo la naturaleza de “mínimo de derecho necesario absoluto”».

¿Verdaderamente puede extraerse de preceptos como los mencionados arts. 4.2.c) —la negociación colectiva como derecho laboral «básico»—, y 17.1 ET —no discriminación en las relaciones laborales—, la consideración del derecho al trabajo como mínimo de derecho necesario absoluto? Indudablemente, todo debe partir de la concepción que se tenga del derecho al trabajo *ex art. 35 CE*, y del valor que se otorgue a los mencionados preceptos estatutarios.

En nuestro caso entendemos que el derecho al trabajo supone el derecho «a la adquisición o conservación de una ocupación remunerada por parte de quienes tienen capacidad de trabajo»⁸. Un derecho que no pueden entenderse desconectado del objetivo del pleno empleo que menciona el art. 40 CE, en cuanto «situación económica general» en la que el derecho al trabajo, en el sentido expuesto, puede ser efectivamente ejercitado⁹. A la

⁸ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 145.

⁹ De nuevo, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., GARCÍA MURCIA, J., *op. cit.*, pág. 145.



consecución de una situación económica general favorable tanto para la adquisición, como la para la conservación del empleo, se debe orientar la actuación de los poderes públicos, tal y como manifiesta el propio art. 40 CE.

En este sentido, recuérdese lo establecido en su día por la STC 22/1981 que apreció en el derecho al trabajo, en tanto que derecho a un puesto de trabajo, una doble dimensión, tanto individual como colectiva, deducible de los arts. 35.1 y 40 CE. Para el TC la perspectiva individual del derecho al trabajo *«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, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa»*. En tanto que la dimensión colectiva implicaría *«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»*.

La adopción de medidas de jubilación forzosa podría entenderse como útil a la hora de compaginar el derecho de unos a conservar el trabajo y el derecho de otros a acceder a un empleo, si partimos de la base de que una situación de pleno empleo en sentido literal es prácticamente imposible. Sin embargo, esta cuestión a su vez nos lleva a interrogarnos sobre el margen de maniobra de la negociación colectiva en esta materia.

El art. 53.1CE constituye un buen punto de partida. Recordemos que dicho precepto establece la reserva de ley en relación con los derechos y libertades recogidos en el Capítulo II del Título I CE, entre los que se encuentra el derecho al trabajo, ley que además deberá respetar el contenido esencial del derecho. El tenor constitucional explica finalmente por qué el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo ha sido tradicionalmente abordado por la ley, al tratarse de un régimen que incide indudablemente en el derecho reconocido por el art. 35 CE. Sin embargo, y como ya en alguna ocasión anterior se ha señalado, entendemos que la reserva de ley *ex art. 35 CE* no necesariamente implica que todo aspecto que pueda guardar una relación directa con el derecho al trabajo tenga necesariamente que ser regulado por ley¹⁰. A fin de cuentas la reserva de ley consideramos que debe venir referida al contenido esencial del derecho.

¹⁰ GARCÍA MURCIA, J.: «El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador», *REDT*, núm. 19, 1984, pág. 441, quien concluye acertadamente que *«el convenio colectivo podrá actuar siempre que la ley le deje algún espacio, y siempre, claro está, dentro de los límites legales»*, de manera que *«cuando el art. 49.6 ET dice que el contrato de trabajo se extingue “por jubilación del trabajador” está remitiendo, bien a la voluntad de las partes del contrato, bien a una norma, estatal o pactada, para que determinen los términos de esa extinción»*.

En ese sentido, recuérdese que el TC tiempo atrás ya subrayó que la cuestión de la regulación por la negociación colectiva de los derechos individuales no se puede resolver aduciendo la imposibilidad de disposición de derechos personalísimos por sujetos ajenos al titular, de tal manera que *«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 los derechos»* (STC 58/1985). De la misma manera, téngase en cuenta que la desaparición de una disposición legal que habilita a la negociación colectiva para fijar edades de jubilación forzosa, en ningún caso supone la prohibición automática para la autonomía colectiva de adentrarse en terrenos que anteriormente la ley consideraba expresamente como idóneos.

Ejemplo de esto último lo constituye la supresión del término «asistencial» del art. 85.1 ET por la Ley 11/1994, cuya desaparición no se consideró generalmente como expresiva de la sustracción a la autonomía colectiva de las medidas asistenciales, sino como un gesto que apuntaba al deseo del legislador de extraer los temas asistenciales y de Seguridad Social complementaria de los convenios colectivos, con el ánimo de que la materia asistencial *«se canalice a través del régimen de mejoras voluntarias previsto en la legislación de Seguridad Social [...] recurriendo a los Planes de Pensiones»*¹¹. En ese sentido, coincidimos con el TC en que el valor a conferir a la D.A. 10.^a ET pasa por entender que *«el precepto legal no pretende únicamente atribuir a la negociación colectiva la facultad de facilitar la jubilación voluntaria a través de una regulación promocional que no era preciso autorizar, pues nunca había sido negada y era frecuentemente ejercitada, sino superar el precedente obstáculo legal convirtiendo en disponible por la negociación colectiva un derecho que con anterioridad no lo era»* (STC 58/1985).

Comentábamos anteriormente que para el TS los cambios registrados en el panorama de las relaciones laborales constituye un factor decisivo en toda esta cuestión. En concreto, para el Tribunal en todo este asunto no puede desconocerse el *«rotundo 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 la pensión de jubilación y el mantenimiento de la vida laboral»*, que conferiría a la institución de la jubilación forzosa el carácter de medida extraña al tiempo presente y por tanto fuera de lugar, visto los tiempos y los planteamientos legislativos que corren. En definitiva se trataría de una institución a contracorriente, in-

¹¹ RIVERO LAMAS, J.: «Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994», *DL*, núm. 43, 1994, pág. 88.

cluso contradictoria con el vigente Derecho Comunitario, lo que resaltaría el sin sentido de su existencia en el momento presente. En ese sentido, la derogación de la disposición legislativa vendría, como ya hemos reflejado en páginas anteriores, a «*amarrar el cabo suelto que dejaría con la habilitación a la negociación colectiva*»¹² el legislador, vistas las nuevas políticas legislativas nacionales sobre jubilación e igualdad inspiradas desde la UE.

¿Qué hay de cierto en todo esto?

Comencemos por la consideración del aspecto más general: la colisión de la jubilación forzosa por convenio colectivo con Directivas como la 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, invocada expresamente por el TS. El art. 1 de la misma fija como su objeto «*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*»¹³. A tales efectos considera que habrá una discriminación directa cuando una persona, sea, haya o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos consignados por el art. 1 (art. 2.2 a)). Igualmente, entiende que se dará una discriminación indirecta cuando una «*disposición, criterio o práctica*» aparentemente neutros puedan ocasionar una desventaja particular a personas de una edad determinada respecto de otras personas (art. 2.2. b)).

Sin embargo, la propia Directiva contempla desde un primer momento excepciones a este planteamiento general. Así, y por lo que respecta a las discriminaciones indirectas, establece que la apreciación de las mismas tendrá lugar salvo que «*dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios*» (art. 2.2 b) i)). A nuestro juicio, las razones vinculadas a la política de empleo podrían constituir en ese sentido una «*finalidad legítima*».

Pero es que además, en la propia Directiva existe un precepto, el art. 6, dedicado precisamente a la «*justificación de diferencias de trato por motivos de edad*», donde textualmente se establece que «*no obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 [aquél que consagra los conceptos de discriminación directa e indirecta], los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de*

¹² TORTUERO PLAZA, J.L.: «La jubilación forzosa...», *op. cit.*, pág. 258.

¹³ La cursiva es nuestra.

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». Por tanto resulta razonable pensar que el establecimiento de jubilaciones forzosas por convenio colectivo, siempre que se encuentre vinculado a planteamientos propios de la política de empleo, no tiene por qué ser práctica contraria a la Directiva¹⁴. Directiva que por cierto, y así se expresa en los considerandos de la misma, «se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación» (Cdo. 14).

La legislación nacional sobre jubilación debe captar por tanto en estos momentos nuestra atención. Y de entre ella tal vez la norma más destacable sea la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Una norma que tiene su origen en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social suscrito por el Gobierno, C.E.O.E. y CC.OO., de 9 de abril de 2001, y cuyo objetivo declarado, según reza la Exposición de Motivos de la propia Ley 35/2002, fue adoptar «un conjunto de medidas en relación con la flexibilidad de la edad de jubilación, a fin de dotar a la misma de los caracteres de gradualidad y progresividad». En ese sentido, la Ley 35/2002 entroncaría con la política comunitaria de envejecimiento activo propugnado por la UE —que pretende por un lado posibilitar que para 2010 la mitad de la población entre 55 y 64 años esté empleada¹⁵, y por otro que se eleve progresivamente en torno a cinco años la edad media efectiva a la que las personas dejan de trabajar definitivamente¹⁶—, y cuya manifestación más reciente la

¹⁴ De esta misma opinión es MARTÍN ALONSO, I.: «La legitimidad de las jubilaciones forzosas establecidas por convenio colectivo tras la derogación de la Disposición Adicional 10.ª TRET (A propósito de la STSJ de Madrid de 18 de junio de 2003)», *REDT*, núm. 121, 2004, pág. 147.

Ciertamente en el caso de esta Directiva llama muchas veces más la atención las excepciones y salvedades que los propios principios generales que afirma. En este sentido, por ejemplo, entre nosotros el profesor MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional 10.ª del Estatuto de los Trabajadores», *AL*, núm. 8, 2002, pág. 157, ha llamado la atención sobre la «inclusión de una sorprendente, y relativamente espeluznante, autorización para el “establecimiento de una edad máxima para la contratación”», como diferencia de trato por motivos de edad justificada, excepción por tanto al marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación propugnado por la Directiva comunitaria.

¹⁵ Según la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004, España forma parte del grupo de países como Alemania, República Checa, Finlandia, Lituania, Países Bajos, Grecia o Letonia, que registran en torno a una medida del 38,7 % en esta materia, considerada por otra parte la media europea.

¹⁶ Los datos que maneja la Comisión en su Comunicación de 3 de marzo de 2004 es que en España la edad media de abandono definitivo del mercado de trabajo ronda los 61,4 años, frente a los 63,2 de Suecia, los 60,5 de Alemania o los 59,2 de Francia.

constituye la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004 «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo»¹⁷.

Un análisis detenido de la Ley 35/2002 permite apreciar cómo la norma centra sus esfuerzos en dos frentes bien distintos y que podría en principio considerarse contradictorios. Por un lado, y así se expresa en la propia Exposición de Motivos, existe «el objetivo de lograr una mayor permanencia en la actividad» profesional por parte del trabajador, para lo que se aborda la flexibilización del régimen jurídico de la jubilación, permitiendo la compatibilización del percibo de la pensión con el desarrollo de un trabajo a tiempo parcial, buscando precisamente que el abandono definitivo por el trabajador del mercado de trabajo sea gradual. Por otro lado, sin embargo, introduce novedades en el régimen jurídico de la jubilación anticipada, que de ser un régimen transitorio y para determinados trabajadores (D.T. 3.^a y 4.^a LGSS), pasa a adquirir un estatus ordinario (art. 161.3 LGSS), al que pueden acceder los trabajadores pertenecientes al Régimen General, al Régimen especial de la Minería del Carbón, y los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen especial de Trabajadores del Mar, que reúnan ciertos requisitos (art. 1 R.D. 1132/2002, de 31 de octubre).

Del presente régimen de la jubilación anticipada, con todo, nos interesa destacar dos ideas en estos momentos. Una, que sigue tratándose, pese a su digamos «normalización» —por contraposición al carácter extraordinario que tenía su condición de régimen transitorio—, de una excepción a la regla general que en nuestro ordenamiento establece el acceso a la pensión de jubilación sólo una vez que se ha alcanzado la que se considera como edad ordinaria de jubilación. Pero precisamente la existencia de esta figura jurídica en si misma —la jubilación anticipada— ejemplifica a las claras cómo en nuestro ordenamiento jurídico-laboral pueden convivir planteamientos jurídicos que apunten en direcciones distintas en relación con la institución de la jubilación. Bien es verdad que en el presente caso puede decirse claramente que hay un régimen que goza del favor del legislador, la jubilación flexible, y ello se observa en el tratamiento más favorable de que es objeto por contraposición al de la jubilación anticipada *ex* art. 161.3 LGSS.

La otra, que la finalidad última del nuevo régimen de jubilación anticipada es proteger al trabajador ante situaciones de retiro prematuro que no tienen su origen en su propia voluntad, sino que vienen impuestas por el propio mercado de trabajo, o si se quiere concretar más por el empresario.

¹⁷ Un análisis de la misma puede consultarse en LÓPEZ CUMBRE, L.: «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo. Comentario a la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004», *RMTAS*, núm. 52, 2004, págs. 189 y ss.

De hecho, en algún caso ya la doctrina científica ha apuntado que el presente régimen de jubilación anticipada «*facilita además reestructuraciones empresariales y, en cierta medida, el rejuvenecimiento de las plantillas con el consiguiente eventual reparto de empleo*», y que la jubilación anticipada ha pasado de ser un derecho subjetivo de ciertos trabajadores, a constituir un instrumento de política de empleo¹⁸. En definitiva, el legislador da cobertura al trabajador ante situaciones fácticas difíciles de evitar, como lo es la reestructuración empresarial que tiene su origen las cambiantes circunstancias del mercado.

¿Es por ello el legislador víctima de su propia contradicción? Entendemos que no. Simplemente asume realidades innegables de nuestro mercado de trabajo. Una cosa es que apueste por alargar la vida activa del trabajador, entre otras cosas por los costes que ello tiene para el propio sistema público, y otra muy distinta que dé la espalda a realidades como el aseguramiento de trabajadores con una cierta edad que sufren reestructuraciones empresariales. Por tanto una determinada apuesta legislativa —la prolongación de la vida activa—, no supone el desconocimiento por el legislador de otras realidades —terminación abrupta por el trabajador de su actividad laboral en una edad ya avanzada como consecuencia de procesos de reestructuración empresarial—, que precisamente abundan en un fenómeno contrario.

La confrontación y coexistencia legislativa de estos dos fenómenos resaltan si cabe aún más el sin sentido que para nosotros constituye la afirmación de que la jubilación forzosa por convenio colectivo no es una institución de este tiempo por ser claramente contradictoria con la política impulsada actualmente por el legislador, y que pretende la prolongación de la vida activa del trabajador. Podemos concluir por tanto que la flexibilización de la edad de jubilación, marcada por la gradualidad y progresividad, en ningún caso es un dogma excluyente de otras realidades. En ese sentido, la situación podría resumirse planteando que hoy día hay una actividad promocional del legislador de la jubilación gradual y flexible, que no implica un desconocimiento de fenómenos como el de las jubilaciones anticipadas, objeto de tratamiento legislativo específico, pero que sí ha determinado la supresión del estímulo que suponía la referencia explícita a la fijación de edades de jubilación forzosa por convenio colectivo, por considerarse que podía constituir un lastre para la política legislativa que ahora se considera preferente, si bien ello no significa que no puedan seguir pactándose en convenio colectivo jubilaciones forzosas. En definitiva, el le-

¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La flexibilidad de la edad de jubilación (II): la nueva jubilación anticipada», *RL*, Tomo II, 2002, págs. 147 y 149.



gislador no las promoció, pero tampoco las prohíbe. Se trataría por tanto de una deslegalización del fenómeno, que no de una ilegalización de tales prácticas convencionales.

Por último, nada que objetar a la solución planteada por la STS en relación con las cláusulas de jubilación forzosa vigentes a la fecha de derogación de la D.A. 10.^a ET. La derogación de la misma entendemos que no afecta a la vigencia de lo pactado. En la lógica del Tribunal esa no afectación tiene su origen en la norma fijada por la D.T. 2.^a del Código Civil y en la teoría del equilibrio interno del convenio colectivo, argumentos que si se asume la doctrina del Tribunal sobre los efectos de la mencionada derogación también hay que considerar correctos.

3. CONCLUSIÓN

La conclusión a todo este asunto, en nuestro caso, podría resumirse en el rechazo de todo planteamiento que sostenga la inviabilidad jurídica de las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa pactadas con posterioridad a la derogación de la D.A. 10.^a ET, en clara contradicción con lo afirmado por el TS en la Sentencia analizada. Sin embargo, entendemos que la utilización de esta técnica extintiva no puede desvincularse de las consideraciones que tienen que ver con la política de empleo.

En ese sentido, hoy más que nunca debe reclamarse una utilización de la institución de la jubilación forzosa en sede de la autonomía colectiva respetuosa con la doctrina del TC, que vincula el recurso a la misma al cumplimiento de finalidades relacionadas con la política de empleo, y que descarta por tanto la utilización de esta institución como mera técnica para la amortización de puestos de trabajo. Finalidades que además deben explicitarse, pues si ha habido un argumento que ha dañado enormemente la imagen de la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo ese sin duda ha sido el de la apreciación de que el convenio en sí mismo conlleva una transacción de intereses en la que implícitamente se integra cualquier consideración sobre política de empleo —no en vano en algún caso se ha llegado a decir incluso, de forma entendemos que un tanto exagerada, que el abuso que se producía constituía *«el tributo medieval de las cien doncellas que se pagaba al rey moro, así de inmoral es el que paga el Sindicato en trabajadores de edad mediante la negociación colectiva»*¹⁹. Por ello, resulta noticioso el que el Gobierno y los interlocutores sociales parezcan haber apren-

¹⁹ GONZALO GONZÁLEZ, B.: «La jubilación forzosa de los trabajadores y sus derechos de ciudadanía», *RL*, núm. 8, 2003, pág. 33.



dido la lección, y que en las negociaciones en curso se apresten a concretar finalidades a las que podrá obedecer la práctica convencional de la jubilación forzosa, algo que por cierto no hacía la desaparecida D.A. 10.^a ET y que entendemos necesario²⁰.

²⁰ En el diario nacional *EL PAÍS*, de 19 de octubre de 2004 se daba cuenta de que Gobierno, sindicatos, y patronal, estaban en vías de acordar que la jubilación forzosa *«deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, la transformación de contratos a tiempo parcial en tiempo completo, el mantenimiento del nivel del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo»*.