

LAS REFORMAS DEL 2001: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DEROGACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 10ª ET

ROSA MARÍA PÉREZ YÁÑEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga*

EXTRACTO

La derogación de la DA 10ª del ET por el RD 5/2001 plantea la duda acerca de si pueden seguir incorporándose cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos. La cuestión se suscita toda vez que tras la citada derogación no se encuentra en nuestro Ordenamiento Jurídico Laboral norma alguna que aluda de forma expresa a la posibilidad de que los negociadores incorporen en los convenios colectivos cláusulas de este tipo.

En el presente estudio se ha pretendido determinar si con la desaparición de la disposición estatutaria la jubilación forzosa ha pasado a ser una materia innegociable en sede convencional o si por el contrario su derogación ha tenido un efecto neutro en este ámbito. Para ello se ha tomado en consideración tanto la doctrina del Tribunal Constitucional en torno a la disposición adicional hoy derogada como el entero Ordenamiento Jurídico laboral, atendiendo singularmente al papel que la negociación colectiva debe desempeñar en el actual sistema de relaciones laborales.

ÍNDICE

1. Introducción

2. La derogación de la disposición adicional décima del ET: 2.1. El estado de la cuestión en las decisiones del TC y en la doctrina en torno a la desaparecida previsión estatutaria; 2.2. Algunas consideraciones sobre la posible fijación de edades de jubilación forzosa en convenio tras el RDL 5/2001

1. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, el RDL 5/2001, y la Ley 12/2001 a la que ha dado lugar, constituyen un paso más en la nunca inconclusa senda de las reformas laborales que, nuevamente, afectan a normas centrales del ordenamiento jurídico-laboral, adicionando, modificando o, simplemente, eliminando preceptos de los distintos textos a los que la reforma ha alcanzado.

Dado que otros estudios de este monográfico se han dedicado a las distintas reformas incorporadas por ambas normas, en las líneas que siguen se dejará constancia de una novedad introducida por la Ley 12/2001 en materia de cotización y, señaladamente, se prestará una atención especial a la derogación de la disposición adicional décima ET operada por la disposición derogatoria única del RDL 5/2001.

La novedad a la que se ha hecho referencia ha sido incorporada por la disposición adicional sexta de la Ley 12/2001, en la que se recoge una específica regla de cotización a la Seguridad Social para los contratos temporales de muy corta duración. En ella se prevé un incremento del 36% de la cuota empresarial por contingencias comunes, para los contratos temporales –salvo los de interinidad– que no alcancen los siete días de duración efectiva.

La norma se incardina en el conjunto de medidas con las que se pretende incentivar el empleo estable, ya sea a través de la celebración, desde el principio, de un contrato de duración indefinida ya mediante la conversión de contratos temporales en fijos. Como sucede con la técnica utilizada para incentivar el empleo estable, el instrumento utilizado viene a actuar también sobre la cuota empresarial por contingencias comunes, si bien, lógicamente, con un efecto opuesto: el incremento de la cuota, en lugar de su reducción a través de la correspondiente bonificación aplicable al contrato incentivado.

Por lo que se refiere a la derogación apuntada, la disposición adicional décima del ET, como es de todos conocido, permitía al Gobierno y a la negociación colectiva fijar edades de jubilación forzosa en el marco de una política de empleo. Su derogación por el RDL 5/2001, reiterada en la disposición derogatoria única de la Ley 12/2001, se nos presenta como una de las manifestaciones de un cierto virage en la política de empleo de los poderes públicos, orientada en los últimos tiempos a incentivar la permanencia en la actividad laboral de los trabajadores que alcancen los 65 años de edad. En este contexto, la mencionada derogación queda justificada por el Gobierno –y por el legislador con poste-

rioridad— toda vez que, se dice, la norma que ahora se deroga había obedecido hasta entonces a una política de empleo “inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas”. La derogación se acompaña en la misma norma del fomento del empleo de los mayores entre 55 y 65 años de edad, incluso con bonificaciones superiores a las reservadas al colectivo de trabajadores entre los 45 y 55 años. Por su parte, la Ley 12/2001 ha modificado una vez más la jubilación parcial, ampliando el arco de reducción de la jornada y del salario del jubilado parcialmente (entre un 25% y un 85%) y permitiendo acogerse a ella a los trabajadores que cumplan la edad de jubilación ordinaria de 65 años (art. 12.6 ET).

Esta nueva orientación de la política de empleo se encuentra igualmente en el Acuerdo sobre el desarrollo de la Seguridad Social suscrito en el año 2001 en el marco de las recomendaciones del Pacto de Toledo y del Acuerdo Social de 1996. En concreto, en el apartado que el Acuerdo dedica a la “jubilación flexible” (IV) se pone de relieve la tendencia hacia la flexibilidad y gradualidad que se viene conociendo en los Estados miembros de la UE, así como la repercusión de la demografía en los sistemas de pensiones, al tiempo que se relatan los efectos beneficiosos que se derivan del mantenimiento en la vida activa de los trabajadores de más edad para ellos mismos y para el conjunto del sistema.

En el contexto de la Recomendación décima del Pacto de Toledo, y con la finalidad de conseguir la permanencia en el trabajo de los asalariados que alcanzan la edad legal de jubilación, el Gobierno se compromete a incorporar una batería de modificaciones legales, entre las que se cuenta la posibilidad de que los trabajadores de 65 o más años —que reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación—, accedan a las pensiones de incapacidad permanente por accidente de trabajo o enfermedad profesional; o bien se prevé la introducción de exoneraciones de las cotizaciones a la Seguridad Social por contingencias comunes de los trabajadores a partir de los 65 años —con la excepción de la incapacidad temporal—, siempre que se cumplan determinados períodos mínimos de cotización y destacándose “la voluntariedad del trabajador, en orden a decidir libremente, la continuación o la reiniciación de su actividad laboral” (apartado XII); con la misma finalidad se prevé la bonificación o reducción gradual de las cotizaciones empresariales, por dichas cotizaciones, para los contratos de trabajo suscritos con trabajadores a partir de los 55 años de edad.

Como puede advertirse, el conjunto de las reformas apuntadas persiguen incentivar la permanencia en la vida activa de los trabajadores de mayor edad, volviendo en movimiento pendular a épocas pasadas¹. Con todo, no dejan de

¹ Vid., sobre este incentivo del atraso de la edad de jubilación en etapas anteriores de nuestro derecho GARCIA MURCIA, “Crisis económica y jubilación anticipada en el ordenamiento laboral español” en “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los ochenta”, Zaragoza, 1983, pág. 348. Por su parte, el ECOFIN ha considerado que la incentivación a los trabajadores de más edad para permanecer en activo constituye la solución más factible en la actualidad ante el envejecimiento de la población.

incluirse en el Acuerdo medidas contrarias a la desincentivación de la jubilación anticipada –que no obstante se perseguía con el Pacto de Toledo–, a través de la ampliación del colectivo de trabajadores que pueden acogerse a la misma y de la modificación de los coeficientes reductores (apartado IV).

2. LA DEROGACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DEL ET

Como se sabe, el antecedente normativo inmediato de la disposición adicional décima del vigente ET, se encuentra en la disposición adicional quinta del ET de 1980, a cuyo tenor:

“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 períodos de carencia para la jubilación.

En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”.

Esta disposición pasaría a ser la disposición adicional décima del Texto Refundido del ET de 1995, presentando un contenido que en parte difería del originario y que acogía la doctrina del TC consolidada en torno a su antecedente. En concreto, y bajo la rúbrica “límite máximo de edad para trabajar”, se añadía un primer párrafo según el cual: *“dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo”.*

Esta novedad se acompañaba de la desaparición del límite máximo de edad de los 69 años, que había resultado tan cuestionada durante la vigencia de su precedente normativo.

Conviene no olvidar que la incorporación en nuestro ordenamiento de una norma con el contenido de la disposición adicional 5ª ET, implicaba dotar a la jubilación de una novedosa concepción, en parte diversa a la que había primado hasta entonces en nuestro derecho y que sería igualmente asumida por algunos de los Acuerdos Marcos suscritos al inicio de los ochenta (AMI y ANE). En efecto, tras la crisis económica de la década de los setenta, la jubilación pasa de ser concebida únicamente como un derecho del trabajador –conectada con el derecho al descanso de los trabajadores de más edad²–, a

² La OM 1 julio 1953 afirmaba taxativamente que “la jubilación por edad es un derecho del trabajador”. Sólo en algunas Reglamentaciones de Trabajo se preveía la jubilación obligatoria. En esta línea, las normas internacionales colocaban el acento en la flexibilización de las edades de jubilación y en su carácter voluntario, de forma que la posibilidad de fijar edades de jubilación forzosa debía examinarse a la luz de dichos principios, teniendo en cuenta además la necesidad de “adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación” (OIT, Recomendación nº 162).

ser considerada, también, desde la perspectiva de las políticas de empleo, como medida de reparto del trabajo. Esta evolución sería puesta de relieve con suma rapidez por nuestros tribunales que pronto destacaron cómo la jubilación había pasado de ser solamente un derecho del trabajador —y una situación protegida por la Seguridad Social—, a ser además una causa legal de extinción del contrato “regulada en contemplación de intereses sociales, y cuyo hecho fundamental no es ya la decisión personal del trabajador, sino el cumplimiento de la edad fijada por cualquiera de los sistemas legalmente previstos”³.

La citada evolución implicó así el tránsito desde la marcada voluntariedad, que caracteriza a la jubilación en su concepción clásica, hacia la incorporación en esta materia de indiscutibles dosis de obligatoriedad amparadas en una determinada política de empleo. Se transitaba así desde la incentivación del atraso en la edad de jubilación hacia la utilización de la jubilación forzosa como medida de política de empleo.

Esta nueva concepción de la jubilación no ha quedado exenta de contundentes críticas doctrinales que arrecian, acertadamente, cuando la jubilación obligatoria se ha utilizado —con la consabida bendición de los tribunales— como un mero instrumento de reducción de plantillas⁴.

La reciente derogación de la disposición adicional décima ET por el RDL 5/2001 cierra al Gobierno, por el momento, la posibilidad de fijar edades de jubilación forzosa que había subsistido en nuestro ordenamiento desde la disposición adicional quinta del ET de 1980. En breve, la desaparición de la disposición estatutaria supone la eliminación de la norma que —con mayor o menor fortuna—, funcionaba a modo de ley que habilitaba al Gobierno para actuar en esta materia. Y ello, sin perjuicio de que, como se verá, tal habilitación había sido objeto de contundentes críticas doctrinales por considerarla contraria a la reserva de ley prevista en el art. 53.1 CE⁵.

Las dudas que plantea la derogación mencionada se centran, sobre todo, en la pervivencia o no de la posibilidad de pactar edades de jubilación forzosa por la negociación colectiva a la que la norma estatutaria parecía dar carta de naturaleza. En otros términos, se trata de determinar si la negociación colectiva se encuentra facultada para fijar edades de jubilación forzosa sin precisar de una invitación o “autorización” expresa por el legislador o si, por el contrario, se trata de una materia en principio vedada al convenio por exis-

³ STCT 24 febrero 1981; Ar. 1278.

⁴ Especialmente crítico en sus observaciones se mostraría CEBRIAN BADIA, “La jubilación forzosa del trabajador y su derecho al trabajo”, *Actualidad Laboral*, 1991, n° 14, págs. 175-176.

⁵ Conviene recordar, con todo, la infrautilización que el Gobierno ha hecho de esta facultad durante la veintena de años que ha estado vigente en nuestro ordenamiento y que ha quedado prácticamente limitada al ámbito de la relación laboral especial de los estibadores portuarios (disposición transitoria tercera RDL 2/1982).

tir en este caso una reserva de ley, dado los intereses y derechos que podrían verse afectados.

En concreto, parece factible plantear la cuestión sobre la pervivencia o no de la posible fijación de edades de jubilación forzosa en convenio colectivo y, en caso afirmativo, la determinación de los requisitos, límites y condicionamientos a los que resulta sometida la negociación colectiva al regular dicha materia.

A fin de resolver tales interrogantes conviene realizar un breve recordatorio de las decisiones del TC y de las opiniones doctrinales que se han ido consolidando en torno a la norma estatutaria recientemente desaparecida; en especial, en torno a los problemas que la misma ha venido planteando desde la perspectiva de la reserva de ley prevista en el art. 53.1 CE, en la que se ha localizado el "principal escollo" para la validez de esta figura⁶.

2.1. El estado de la cuestión en las decisiones del TC y en la doctrina en torno a la desaparecida previsión estatutaria

Sería la sentencia 22/1981, la primera resolución del TC que se haría eco de la problemática suscitada por la disposición adicional 5ª del ET de 1980 y su adecuación a la CE. En esta ocasión el TC se pronunció exclusivamente sobre la constitucionalidad de la edad máxima de 69 años fijada en su párrafo primero, dando respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad planteada al considerar que dicho extremo podía resultar contrario al derecho al trabajo (artículo 35.1 CE) en relación con el principio de igualdad (artículo 14 CE) y al principio de reserva de ley (artículo 53 CE). Consideraba el Magistrado de Trabajo que el principio de igualdad, aplicado al derecho al trabajo, debía conllevar el reconocimiento de este último a todos los españoles, sin que pudiera existir discriminación alguna de tipo social⁷. Por tal razón, la disposición adicional quinta ET podía ser inconstitucional al contener una negación del derecho al trabajo de los trabajadores que cumplieran la edad de 69 años y reunieran el período de carencia necesario para tener derecho a una pensión de jubilación.

⁶ MARTÍN PUEBLA Y SASTRE IBARRECHE, "Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador", Madrid, 1991, pág. 22.7 Como se sabe el art. 14 CE no contiene una mención expresa a la edad como motivo de discriminación —a diferencia de lo que sucede en el art. 17 ET—, si bien la misma puede ser reconducida sin mayor dificultad —más que a una circunstancia de tipo social— a una circunstancia "personal" a la que alude expresamente el mencionado precepto; vid., en este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO Y FERNÁNDEZ LOPEZ, "Igualdad y discriminación", Madrid, 1986, págs. 242-246.

⁷ Como se sabe el art. 14 CE no contiene una mención expresa a la edad como motivo de discriminación —a diferencia de lo que sucede en el art. 17 ET—, si bien la misma puede ser reconducida sin mayor dificultad —más que a una circunstancia de tipo social— a una circunstancia "personal" a la que alude expresamente el mencionado precepto; vid., en este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO Y FERNÁNDEZ LOPEZ, "Igualdad y discriminación", Madrid, 1986, págs. 242-246.

Delimitada así la cuestión, el TC estimó inconstitucional la disposición adicional 5ª del ET "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". La edad máxima de 69 años funcionaba únicamente, a su juicio, como condicionante de una eventual actuación del Gobierno llevada a cabo al amparo de la autorización que en esta norma se contenía.

Los razonamientos vertidos en esta primera resolución sirvieron con posterioridad al propio TC para justificar la constitucionalidad de las edades de jubilación pactadas en la negociación colectiva. Más aún, y aunque en el fallo no se hacía referencia a esta otra cuestión, sí se vertían algunas consideraciones al respecto a lo largo de la sentencia⁸. Si tal es así, no cabe desconocer la importancia de la doctrina contenida en esta primera sentencia, a los efectos de nuestro estudio, que a continuación se expone a grandes rasgos.

Por lo que se refiere a la posible conculcación del art. 14.1 CE, el TC comenzaría por negar que el principio de igualdad implique necesariamente un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento de diferenciación que tenga relevancia jurídica. Se alineaba así nuestro TC con la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según la cual, como es de todos conocido, no existe discriminación en aquella diferencia de trato en la que concurre una justificación objetiva y razonable apreciada en relación con los efectos de la medida y siempre que exista una "relación razonable de proporcionalidad" entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁹. Desde esta premisa, el TC consideraba que la utilización de la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo, en términos de reparto de trabajo, excluía toda vulneración de principio de igualdad y resultaba suficiente para justificar la limitación del derecho al trabajo que con ella se operaría¹⁰.

⁸ La falta en la sentencia de un detallado análisis del párrafo segundo de la disposición adicional 5ª y de la eventual capacidad de los negociadores para regular esta materia sería objeto de críticas por parte de la doctrina. Vid., por todos, TAGLIAVIA LOPEZ, "La inconstitucionalidad de la jubilación forzosa (II)", REDT, 1982, nº 9, pág. 685 y ss.

⁹ Como se sabe, esta doctrina ha sido mantenida por el TC en numerosas sentencias tanto anteriores como posteriores a la que aquí se analiza, entre otras, STC 3/1984; STC 93/1984; STC 75/1983; STC 20/1985. Vid., al respecto RODRIGUEZ-PIÑERO Y FERNANDEZ LOPEZ, "Igualdad y discriminación", cit., en especial, pág. 67.

¹⁰ Las otras causas que habían sido esgrimidas por el Fiscal General y el Abogado del Estado serían rechazadas por el TC. La primera de ellas, la presunción de ineptitud para trabajar, toda vez que sería inconstitucional la incapacidad generalizada para trabajar con base en una pretendida presunción de ineptitud *iuris et iure*, dado que afectaría de tal forma al derecho al trabajo, entendido éste como libertad de trabajar, que acabaría anulando su contenido esencial. Por otro lado, la causa conectada con la política de protección de la tercera edad sería rechazada por el TC porque, en línea con la Recomendación nº 162 de la OIT, en lo referente a la edad de jubilación, la política de protección a la tercera edad, obedecía a la voluntariedad y la progresividad, criterios claramente opuestos a los que sirven de sustento a la jubilación forzosa.

Quedando así reconducido el debate al terreno de la utilización de la jubilación como medida de política de empleo, el TC destacaría el doble aspecto que se encuentra presente en el derecho al trabajo: el aspecto individual—concretado en el derecho a un determinado puesto de trabajo y en el derecho a la estabilidad en el empleo (art. 35.1 CE)— y la dimensión colectiva, que se traduce en un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo (art. 40.1 CE).

Con todo, la política de empleo basada en la jubilación forzosa constituiría, a juicio del TC, una política de reparto o redistribución de trabajo, sin que se incardine por tanto en una política económica de pleno empleo¹¹. La jubilación forzosa produce, en realidad, una limitación de un derecho individual (art. 35 CE) justificada al tener por finalidad un límite reconocido en el art. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos “el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente como la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (art. 9 CE)”, sin olvidar la contribución al bienestar general que la limitación de este derecho individual conlleva, si se piensa en las negativas consecuencias sociales que pueden acompañar al paro juvenil.

Desde estas consideraciones, para el TC la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo debía considerarse constitucional siempre que se cumpliesen los siguientes condicionamientos: por un lado, que con ella se asegure la finalidad perseguida por la política de empleo, lo que excluye toda posibilidad de amortizar el puesto de trabajo, y, por otro, que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa implica no dé lugar a una lesión desproporcionada de un bien constitucional garantizado, lo que se evitará con la compensación del sacrificio a través de la correspondiente pensión de jubilación¹².

El Alto tribunal aportaba además una interpretación sistemática y teleológica de la disposición en su conjunto, según la cual, la norma contendría “el reconocimiento implícito por parte del legislador de la posibilidad de realizar una política de empleo utilizando como instrumento la jubilación forzosa. La habilitación al Gobierno para que realice esa política de empleo dentro de los

¹¹ De hecho, el admitir la jubilación forzosa siempre que la misma formara parte de un programa de empleo en términos de reparto o redistribución del mismo fue considerado por algún autor como “la novedad más destacable” del pronunciamiento del TC (LOPEZ GANDIA, “Jubilación y política de empleo (Comentario a la STC de 2 de julio de 1981), RJSS, 1981, n° 13, pág. 374).

¹² De “peligrosa” sería calificada esta línea argumental por TORTUERO PLAZA, para quien, según esta doctrina “por la vía de la compensación, todo trato desigual sería justificable” (“La jubilación forzosa del trabajador”, en “Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales”, Madrid, 1983, pág. 388). Vid., también en sentido crítico, sobre las dificultades de valorar la política de empleo desde la perspectiva del principio de igualdad de trato, LOPEZ GANDIA, “Jubilación...”, cit., págs. 374-375.

límites y condiciones fijadas. La posibilidad de que dentro de ese marco, puedan pactarse libremente edades de jubilación en la negociación colectiva”.

Afirmado lo anterior, el TC era consciente de los problemas que la disposición podía plantear por su discutible engarce con la reserva de ley prevista en el art. 53.1 CE, advirtiendo que la constitucionalidad de la disposición enjuiciada no podía traer causa únicamente de la previa constitucionalidad de una política de empleo que hiciese uso de la jubilación forzosa, se hacía necesario además analizar “la base constitucional de la habilitación del Gobierno y de la fijación de edades de jubilación forzosa a través de la negociación colectiva”¹³.

La sentencia venía acompañada de un voto particular emitido por el Magistrado Arozamena Sierra quien se apartaba del parecer general del Pleno y estimaba constitucional la norma estatutaria interpretada en el sentido de “introducir como causa extintiva de la relación laboral de tiempo indefinido, un término final”, como ya sucedía en el sector público. De esta forma, a la jubilación voluntaria se añadiría ahora la forzosa, entrando esta última en juego a los 69 años –o con este límite máximo a la edad que eventualmente fijase el Gobierno o la negociación colectiva– si el trabajador no hubiera extinguido su contrato de trabajo una vez cumplido los 65 años de edad y reuniera los períodos de cotización necesarios para tener derecho a la pensión¹⁴.

Finalmente, en el voto particular la posible conculcación del art. 53.1 CE quedaba solventada por el Magistrado discrepante acudiendo al instituto de la “deslegalización”, en virtud de la cual la disminución de la edad de jubilación forzosa quedaba abierta por la Ley al poder reglamentario del Gobierno, debiendo ser ejercido este último de conformidad con los parámetros previstos en aquélla¹⁵.

La interpretación de la disposición adicional quinta defendida en el voto particular, en cuanto norma que fijaba una edad de jubilación forzosa a los 69

¹³ Un análisis que, sin embargo, el TC no llevaba a cabo al considerar que se refería a cuestiones nuevas no relevantes para resolver la cuestión de inconstitucionalidad en los términos que había sido planteada.

¹⁴ La existencia de “elementos diferenciadores, con relevancia jurídica” entre la tercera edad y los trabajadores en edad activa evitaba, a juicio del Magistrado, toda tacha de discriminación –sin olvidar la concurrencia en estos casos de un interés general conectado con el reparto de empleo; al tiempo que tales elementos resultaban suficientes para negar la vulneración del art. 35.1 CE por la disposición cuestionada, toda vez que el derecho al trabajo en él consagrado quedaba reservado a los segundos y no al primer colectivo de los citados.

¹⁵ Como se hacía constar en el voto, se pretendía salvar así los problemas de constitucionalidad que la figura de la “delegación” había suscitado durante los debates parlamentarios de la disposición estatutaria. Con todo, la doctrina administrativista viene negando que la técnica de la deslegalización sea apta para remitir al Gobierno la regulación de materias reservadas a la Ley, siendo el ámbito natural de esta técnica el organizativo (GARCIA ENTERRIA Y FERNANDEZ, “Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 1988, Tomo I, pág. 276).

años de edad, sería compartida por algún sector de la doctrina laboralista, por considerar que de esta forma se solventaba los problemas que la norma estatutaria planteaba desde la perspectiva de la reserva de ley¹⁶.

Esta primera toma de posición del TC sobre la materia no sirvió, sin embargo, para suavizar, ni mucho menos atajar, el intenso debate doctrinal que se había suscitado en torno a la disposición adicional quinta ET. Muy al contrario tras la sentencia 22/1981 se perpetuarían las divergencias doctrinales al respecto, a las que se unieron a partir de entonces un elenco de contundentes críticas hacia aquélla¹⁷.

En efecto, un numeroso sector doctrinal consideró que la norma estatutaria permitía la fijación de edades de jubilación obligatoria por la negociación colectiva, lo que resultaba constitucional siempre que se cumplieran los requisitos exigidos por el TC que, según se vió, se concretaban en la no amortización del puesto de trabajo dejado vacante por el trabajador jubilado y en garantizar a este último el disfrute de una pensión de jubilación¹⁸.

No faltaron, sin embargo, quienes consideraron que dicha interpretación resultaba contraria al art. 53.1 CE. Por esta razón, el papel de la negociación colectiva en esta materia, al amparo de la norma estatutaria, debía quedaba necesariamente limitado a la fijación de edades de jubilación voluntaria¹⁹.

¹⁶ Así, se diría, es precisamente la ley "la única fuente normativa que puede en principio establecer un límite de edad máxima para trabajar", sin que resultara afectada la reserva de ley, y ello siempre que se cumpliesen los condicionamientos a los que aludía en su sentencia el TC (SAEZ LARA, "La jubilación forzosa: las previsiones del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia constitucional y ordinaria", REDT, 1986, n° 25, pág. 127-128); Vid., también, de esta opinión TAGLIAVIA LOPEZ, "La inconstitucionalidad de la jubilación forzosa (I)", REDT, 1981, n° 8, págs. 514 y ss.

¹⁷ Vid., por todos, TAGLIAVIA LOPEZ, "La inconstitucionalidad de la jubilación forzosa (I)", cit., págs. 514 y ss.

¹⁸ TORTUERO PLAZA, si bien para el autor la jubilación forzosa en cuanto medida de política de empleo debía ser "un instrumento que opere solamente en última instancia" ("La jubilación forzosa del trabajador", cit., pág. 392). Vid., también LOPEZ GANDIA, "Jubilación...", cit., pág. 374; GARCIA MUCIA, "El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador", REDT, 1984, n° 19, pág. 441.

¹⁹ DURAN LOPEZ, "El derecho del trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Madrid, 1985, págs. 43-45; vid., también GARCIA BLASCO, "En torno a la problemática jurídica de la disposición adicional 5ª de la LET y la incidencia de la doctrina del TC: la sentencia de 2 de julio de 1981", en "El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los ochenta", cit., págs. 122 y ss. Una opinión la anterior que se mantendría, con algunas cautelas, tras la STC 58/1985, vid., CEBRIAN BADIA, "La jubilación forzosa...", cit., pág. 181; GOMEZ CABALLERO, "La extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de edad y la regulación de empleo", RL, 1992, Tomo II, pág. 389-390. Vid., no obstante, CRUZ VILLALON-GARCIA MURCIA, para quienes una interpretación tal no tendría un adecuado encaje en el contexto global del precepto -dirigido a fijar límites máximos de edad laboral-, al tiempo que vaciaría de contenido al párrafo segundo de la disposición adicional analizada al existir ya un precepto en el ET, el art. 49, que permitiría dicha actuación ("La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos", RPS, 1983, n° 137, pág. 527).

Ya con anterioridad a la sentencia 22/1981, algún autor se mostró partidario de llevar a cabo una interpretación sistemática de los dos párrafos de la disposición adicional quinta ET. Así interpretada, debía admitirse la validez de los convenios colectivos que establecieran edades de jubilación forzosa, teniendo en cuenta la situación de empleo del país y las "disponibilidades de Seguridad Social" y siempre que se garantizase el derecho del jubilado al percibo de la pensión de jubilación. Y ello toda vez que en estos casos estaría presente de alguna forma la voluntad de los jubilados expresada en el convenio colectivo. Sin embargo, sería probablemente inconstitucional —por vulnerar los arts. 14 y 35.1 CE— "una norma general de este calibre" que impusiera a todos los trabajadores la jubilación forzosa al cumplir los sesenta y nueve años de edad, como parecía deducirse de una interpretación estrictamente literal del precepto²⁰.

En esta intensa polémica doctrinal vendría a terciar nuevamente el TC con su Sentencia 58/85, en la que abordaría expresamente la adecuación a la Constitución del párrafo segundo de la disposición adicional quinta ET. En esta ocasión, y tomando como punto de partida la admisibilidad de la jubilación forzosa en los términos establecidos en su primera sentencia, el TC afirmaría la constitucionalidad del citado párrafo, dando así una solución a la cuestión planteada que ya había sido acogida en la jurisprudencia ordinaria.

El TC aprovecharía esta ocasión para realizar algunas consideraciones en torno a la negociación colectiva, a su papel en nuestro ordenamiento y a la relación entre la autonomía colectiva y la individual, que trascendían del problema concreto que estaba llamado a resolver. En este contexto, como respuesta a lo que consideraba "una comprensión reductora de la negociación colectiva" que subyacía en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el TC basaría su argumentación en una triple relación de importancia trascendental para la resolución de la cuestión planteada.

En primer lugar, el TC abordaría la cuestión central de las relaciones entre ley y convenio colectivo, y lo hacía resaltando que la incorporación de los convenios en el sistema de fuentes del derecho implica, entre otras cosas, el sometimiento de la norma convencional al derecho necesario establecido por Ley; siendo posible además que esta última —dada su superioridad en la jerarquía normativa—, limite a la negociación colectiva e incluso, excepcionalmente, se reserve para sí determinadas materias que quedarían excluidas por tanto de la negociación colectiva. Resulta incorrecto, por lo demás, asimilar las relaciones existentes entre la ley y el convenio colectivo a las que se instauran entre "norma delegante y norma delegada", sin que deba olvidarse, por

²⁰ ALONSO OLEA, "El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve", Madrid, 1980, págs. 297-298; del mismo autor, "Derecho del Trabajo", Madrid, 1981, pág. 376.

lo demás, que la "fuerza vinculante" de los convenios deriva directamente de la Constitución (art. 37.1 CE) y no de la Ley.

Junto a estas consideraciones en torno al juego del convenio colectivo y su relación con la Ley, el TC añadiría otras, de importancia no menor, referidas al modo de obligar de los convenios en su proyección en las relaciones individuales. Se resaltaba en la sentencia que los convenios operan en las relaciones individuales de forma automática, sin que sea preciso el "auxilio de técnicas de contractualización" ni, por tanto, la aceptación individual de los sujetos afectados por el convenio. Frente a ello, el TC opondría el conocido concepto de "representación institucional", de intereses que no de voluntades, de la que gozarían en nuestro ordenamiento los negociadores de los convenios estatutarios.

En segundo lugar, se abordaba en la sentencia la relación entre la autonomía colectiva y los derechos fundamentales, afirmándose de forma tajante que del texto constitucional no se deriva ni de forma expresa ni implícitamente principio alguno "que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales"²¹. Más aún, el TC considera "indiferente" el carácter fundamental o no del derecho que resulte afectado, siendo lo realmente trascendente la relación existente entre la autonomía colectiva y la esfera individual.

Finalmente, el TC vendría a analizar las relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual, no sin antes reconocer lo arduo del problema de la regulación de derechos individuales por la negociación colectiva, hasta el punto de calificarlo como "una de las cuestiones más complejas y delicadas en el Derecho del Trabajo". Como se sabe, dos son a juicio del TC los principios básicos que rigen la relación entre ambas autonomías: de un lado, la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual; de otro, no resulta posible negar la capacidad de incidencia del convenio en el terreno de los derechos o intereses individuales, lo que equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva y contradiría el propio significado de convenio en cuya naturaleza se encuentra ínsito el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre el de los concretos individuos que la componen; siendo incluso preciso en ocasiones la limitación de los intereses individuales para la efectiva promoción de los intereses de la colectividad²². Desde estas consideraciones, y si como señala con cautela el

²¹ La posibilidad de que los derechos fundamentales sean regulados por la negociación colectiva ha sido recientemente reiterada por el TC, entre otras, en STC 132/2000, 16 mayo (BOE 20 junio), a propósito de la libertad sindical.

²² Seguida entre otras por la Sentencia 208/1993. Sobre la relación entre la autonomía colectiva y la autonomía individual pueden verse, por todos, OJEDA AVILES, "Autonomía colectiva y autonomía individual", en IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, 1992, págs. 33 y Seguridad Social; recientemente ESCRIBANO GUTIERREZ, "Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo", Madrid, 2000, *passim*.

TC, la solución a cada problema concreto que se plantee en torno a ambas autonomías debe ser resuelto "caso por caso valorando y ponderando la totalidad de las circunstancias concurrentes", en este supuesto contaríamos con un importante elemento clarificador, cual es la existencia de una norma —la disposición adicional quinta ET— que ha autorizado a la negociación colectiva a regular esta materia, siendo por tanto la misma ley la que en esta ocasión habría llevado a cabo el necesario "ajuste" entre los principios referidos²³.

Las consideraciones anteriores servían al TC para afirmar la constitucionalidad del párrafo segundo de la disposición adicional quinta ET, al tiempo que recordaba el requisito ya exigido en su sentencia 22/1981, esto es, que la jubilación forzosa —en cuanto implicaba un límite temporal a un derecho individual— viniera acompañada de la correspondiente compensación al jubilado en forma de pensión²⁴.

2.2. Algunas consideraciones sobre la posible fijación de edades de jubilación forzosa en convenio tras el RDL 5/2001

Hasta aquí se ha hecho referencia a la doctrina constitucional elaborada en torno a la disposición adicional quinta del ET de 1980, que sería incorporada, en parte, a la disposición adicional décima hoy derogada. En esta última, como ya se señaló, se añadía un nuevo primer párrafo en el que se hacía referencia expresa a la posibilidad de establecer edades de jubilación "forzosa" en el marco de una política de empleo, al tiempo que desaparecía la edad máxima de 69 años.

²³ La lectura de la disposición adicional quinta ET como norma que contenía una autorización a la negociación colectiva para establecer edades de jubilación en sectores productivos concretos ya había sido adelantada por el TC en su STC 22/1981. Por su parte, también el TS había resaltado el cambio operado en materia de jubilación forzosa a partir del ET, pasando de constituir una materia de derecho necesario hacia una materia negociable en sede convencional (STS 7 octubre 1980; Ar. 3969).

²⁴ El TC permanecería fiel a dicha doctrina en su sentencia 95/1985, en la que debió pronunciarse sobre la adecuación a la constitucionalidad de cláusulas convencionales que habían previsto la jubilación forzosa. En ella volvía a recordar la posibilidad de que los convenios regulasen las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales "dentro del marco de las relaciones laborales que le es propio y del ámbito delimitado por la Ley". En esta ocasión el TC vendría a recordar que la jubilación forzosa no implicaba discriminación alguna dado que la desigualdad con los trabajadores que no han alcanzado la edad de jubilación se encontraría justificada por una medida constitucional. Más aún, cuando la jubilación quedaba prevista en el convenio, no resultaba posible realizar una comparación entre los trabajadores afectados por el convenio en el que se contempla la jubilación forzosa y los no incluidos en su ámbito aplicativo toda vez que "las diferencias de condiciones de trabajo y empleo son connaturales a la negociación colectiva". En términos prácticamente idénticos se pronunciarían las SSTC 111 a 136, todas con fecha 11 octubre 1985 (BOE 8 noviembre). Esta doctrina del TC sería seguida por el TS para mantener la constitucionalidad de la jubilación forzosa pactada en convenio, entre otras muchas, pueden verse, STS 3 junio 1983 (Ar. 2963); STS 19 junio 1985 (Ar. 3247); STS 11 julio 1985 (Ar. 3741).

Admitida por el TC la constitucionalidad de una limitación del derecho al trabajo en el marco de una política de empleo, con los requisitos que ya han sido apuntados, se hace necesario analizar si una actuación tal puede ser llevada a cabo por la negociación colectiva tras el RDL 5/2001. En otras palabras, se trata de determinar si el establecimiento de edades de jubilación forzosa –cumpliendo los requisitos exigidos por el TC para mantener su constitucionalidad desde la perspectiva de los artículos 14 y 35.1 CE–, es una materia que continúa estando al alcance del convenio, a pesar de la ausencia ahora de una remisión expresa por parte del legislador en tal sentido.

Como se ha podido observar, por lo que aquí nos concierne, el TC ha sostenido la constitucionalidad del párrafo segundo de la disposición estatutaria –y de las cláusulas convencionales suscritas a su amparo–, al estimar que en esta ocasión el legislador habría “autorizado” a los convenios a fijar edades de jubilación forzosa.

Si se mantiene la constitucionalidad de las cláusulas convencionales en términos de autorización de la Ley al convenio, la respuesta al interrogante que inicialmente ha quedado planteado debería ser negativa con toda probabilidad. Desaparecida la disposición adicional décima ET, habría desaparecido la autorización expresa de la norma estatal al convenio, de forma que tras el RDL 5/2001 la fijación de edades de jubilación forzosa sería materia vedada a la negociación colectiva²⁵.

Sin embargo, esta consecuencia puede no ser la única posible ni, al cabo, la que más concuerde con el sistema de negociación colectiva imperante en nuestro ordenamiento jurídico-laboral.

Resulta de especial interés recordar, en estos momentos, algunas afirmaciones del TC que se contienen en la misma sentencia donde la cuestión planteada se resuelve con base en la existencia de una autorización legal expresa (STC 58/1985). En primer lugar, el hecho de que no se deriva de la Constitución, ni implícita ni explícitamente, principio alguno que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los “derechos fundamentales”, expresión en la que también se incluyen, a estos efectos, los derechos reconocidos en la sección segunda

²⁵ Han negado la posibilidad de fijar edades de jubilación forzosa por la negociación colectiva tras el RDL 5/2001, entre otros, ALBIOL MONTESINOS, “Modificaciones en materia de extinción contractual”, en “La reforma laboral en el RDL 5/2001”, Valencia, 2001, pág. 84; GOERLICH PESET, “El RDL 5/2001, de reforma del mercado de trabajo: análisis y balance de urgencia”, Justicia Laboral, 2001, n° 6, pág. 36; GARCIA VIÑAS, “Regulación en convenio colectivo de cláusulas de jubilación forzosa (derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los trabajadores). Reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”, Tribuna Social, 2001, n° 124, pág. 35.

del capítulo II del título I de la CE, en la que, como se sabe se encuentra el artículo 35 CE²⁶.

Más aún, sostiene el TC que la jubilación forzosa —cumpliendo los requisitos previamente exigidos en su sentencia 22/1981— “no vulnera ningún precepto constitucional, incluidos los definidores de derechos fundamentales, y ello sucederá tanto cuando sea establecida por Ley como cuando lo sea por convenio colectivo”. Si tal es así, puede deducirse que para el TC la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo —al amparo de la disposición adicional quinta ET de 1980—, como instrumento de política de empleo y con garantía del percibo de la pensión de jubilación, no infringe los artículos 14 y 35 CE, como tampoco se conculca por esta vía otro precepto constitucional: el art. 53.1 CE.

Con todo, y pese a esta doctrina constante del TC, es lo cierto que no han dejado de alzarse voces críticas que han puesto de relieve el difícil engarce de la disposición estatutaria con la reserva de ley prevista en el artículo 53.1 CE²⁷. La existencia de esta reserva de Ley ha sido insistentemente utilizada como argumento bien para negar que la disposición estatutaria permitiera fijar a los negociadores una edad de jubilación forzosa²⁸ bien para rechazar que, dado su tenor y falta de precisión, pudiera funcionar como ley habilitante que permitiera a la negociación colectiva regular una materia sujeta a reserva de ley.

Así, y aún admitiendo, en principio, la posibilidad de una ley que habilitara al convenio para regular esta materia —y que salvaría así la reserva de ley, se negaría que la disposición estatutaria pudiera actuar como tal, toda vez que en ella la pretendida autorización se habría conferido “incondicionalmente y en forma no expresa”. A estos efectos se traería a colación el mecanismo de la *delegación legislativa* prevista en el art. 82 CE, en el que se exige que la habilitación del legislador al Gobierno se otorgue “de forma expresa, para materia concreta y con fijación de plazo para su ejercicio”²⁹.

En la misma línea se pondría de relieve la inconstitucionalidad de la habilitación legal al Gobierno para la fijación de la edad de jubilación, toda vez que la reserva de ley prevista en el art. 53.1 CE impediría a esta última “des-

²⁶ Vid., sobre el empleo de la expresión “derechos fundamentales” para abarcar a todos los derechos protegidos por la reserva de ley del art. 53.1 CE, JIMENEZ CAMPO, “Derechos fundamentales. Concepto y garantías”, Madrid, 1999, pág. 27.

²⁷ A cuyo tenor, “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

²⁸ DURAN LOPEZ, “El Derecho del Trabajo...”, cit., pág. 45.

²⁹ SAEZ LARA, “La jubilación...”, cit., págs. 145 y ss; vid., también SASTRE IBARRECHE, “La jubilación forzosa por edad”, REDT, 1990, nº 43, págs. 501-502.

legalizar" indefinidamente esta materia³⁰. O bien se afirmaría la "invalidez jurídica" de dicha habilitación, ya se entendiese que el precepto estatutario incorporaba una *delegación recepticia* —de nuevo por no cumplir los requisitos exigidos por el art. 82 CE— ya se recondujera la llamada al Gobierno a la técnica de la delegación no recepticia, en forma de *remisión normativa*, desde el momento en que la reserva de ley exigiría que fuese dicha ley —o, en su caso, un Decreto legislativo— la que fijase la edad de jubilación, por formar parte esta última del "núcleo esencial" de la materia reservada³¹.

Como se puede observar, la reserva de ley ha pendido sobre la disposición estatutaria a modo de *espada de Damocles* con la que se ha cuestionado fuertemente su constitucionalidad. Con todo, se hace necesario, a mi juicio, realizar algunas otras consideraciones.

Resulta indudable que la imposición al trabajador de una jubilación forzosa tiene su correspondiente repercusión en el derecho constitucional al trabajo, mediante la fijación de un límite temporal al derecho individual (STC 58/1985). Como también lo es que este derecho, como todos los que se reconocen en el capítulo II del título I del texto constitucional, se encuentra tutelado por la reserva de Ley prevista en el art. 53.1 CE.

Sin embargo, la reserva de ley no significa, como se verá, que la materia objeto de la misma deba ser regulada en su totalidad por una norma con fuerza de ley y sólo por ella. Desde esta premisa, a los efectos que aquí interesan, se hace necesario tomar en consideración tanto la existencia de un derecho constitucional a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) como la operatividad que la reserva de ley pueda tener, en su caso, respecto a aquél.

Conviene no perder de vista, en primer lugar, la centralidad que la negociación colectiva ha alcanzado tras su reconocimiento constitucional, hasta el punto de haberse convertido, por utilizar la expresión empleada por el TC, en el "instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo" (STC 58/1985). Y ello, a diferencia de lo que ha sido la tónica general en nuestra historia y, señaladamente, en la anterior etapa franquista. Más aún, la negociación colectiva se presenta como un instrumento especialmente idóneo para abordar materias correspondientes a la política de empleo, si se tienen presentes, sobre todo, sus

³⁰ DURAN LOPEZ, "El Derecho del Trabajo...", cit., pág. 43. Para ALONSO OLEA, la "deslegalización" que se habría operado con la disposición adicional quinta ET no sería inconstitucional en sí misma sino en la medida en que permitiría al Gobierno "de forma directa e incondicionada" fijar edades de jubilación inferiores a los 69 años ("Comentario a la sentencia 2 de julio de 1981", en "Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social", Madrid, 1984, Tomo I, pág. 35). En el mismo vicio incurriría la disposición adicional décima del TRET, que en sus dos primeros incisos ha sido considerada de una "inconstitucionalidad deslumbradora" (ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, "Derecho del Trabajo", Madrid, 2000, pág. 507). Vid., también en sentido crítico GÓMEZ CABALLERO, "La extinción...", cit., págs. 385-386.

³¹ Vid., SAEZ LARA, "La jubilación...", cit., págs. 129-130.

conocidas características de adaptabilidad y flexibilidad así como el carácter eminentemente cambiante de la materia referida al empleo³². De hecho, no faltan quienes han considerado que es precisamente la negociación colectiva, y no una norma general incapacitante, el instrumento idóneo para fijar la jubilación forzosa³³.

En este contexto, como es sabido, la Ley ha recibido desde la Constitución el mandato de garantizar la "fuerza vinculante" de los convenios que deriva directamente del texto constitucional (STC 58/1985) y, con ello, de respetar el que se ha denominado "espacio vital" de la negociación colectiva. Queda excluida, por tanto, una regulación de las condiciones laborales por parte de la Ley de forma tan detallada y exhaustiva que, en la práctica, impida al convenio su desarrollo efectivo.

Por otro lado, conviene recordar la clara separación y diferenciación entre la norma reglamentaria y el convenio colectivo —una separación que no siempre ha existido en nuestro Derecho— como también, y sobre todo, la diferente forma en que cada una de estas fuentes se relacionan con la ley.

En breve, el reglamento normativo suele aparecer como norma que complementa, desarrolla o ejecuta a la Ley, necesitando de una habilitación legal específica para poder actuar válidamente. Hasta tal punto es así que no han faltado entre la doctrina administrativa quienes han negado la posibilidad de reglamentos independientes más allá del ámbito interno u organizativo de la Administración³⁴.

A lo anterior se añade el papel secundario que el reglamento está llamado a desempeñar, sin duda, en el actual ordenamiento jurídico-laboral, y que se conecta de nuevo con el necesario espacio vital que la norma estatal debe reconocer al convenio y con el consiguiente retroceso de la hipertrofia reglamentaria característica del régimen político anterior a la Constitución. Sin ser el momento de entrar en la polémica doctrinal en torno al art. 35.2 CE —centrada en la clase de reserva de ley en materia laboral a la que el precepto se refiere—, puede afirmarse con carácter general que el papel que ha quedado reservado al reglamento laboral se circunscribe al mero "desarrollo" de los preceptos legales, sin que pueda establecer condiciones distintas a las leyes a desarrollar (art. 3. 2 ET). Y ello, a pesar de los desmentidos más o menos numerosos que de esta regla se contienen en el mismo ET³⁵.

³² FERNANDEZ LOPEZ Y DEL REY GUANTER, "Regionalización del sistema de relaciones laborales, autonomía colectiva y política de empleo", en II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, Madrid, 1985, págs 170 y Seguridad Social. En este sentido, el TS ha visto en el convenio el "cauce preferente de la política de empleo en sectores productivos concretos" (STS 28 marzo 1983; Ar. 1209; STS 20 junio 1983; Ar. 3023).

³³ Por todos, vid., LOPEZ GANDIA, "Jubilación...", cit., pág. 372.

³⁴ GARCIA- ENTERRIA Y FERNANDEZ, "Curso...", cit., pág. 214.

³⁵ Como se sabe, el TS ha negado que únicamente puedan existir reglamentos laborales "rabiosamente ejecutivos" (STS/cont-activa 31 enero 1990; Ar. 574). Vid., también en la doctrina, VALDES DAL-RE, "El lugar del reglamento en el ordenamiento laboral. A propósito de la sentencia TS 3º de 31 de enero de 1990 (I-II), RL, Tomo II, págs. 42 y ss.

Las relaciones que se crean entre la norma estatal y la norma pactada obedecen, sin embargo, a parámetros distintos, comenzando porque las relaciones entre Ley y convenio colectivo no pueden identificarse con aquéllas que se instauran entre norma delegante y norma delegada (STC 58/1985)³⁶. Más aún, a diferencia del lugar secundario al que ha quedado relegado el reglamento en el ordenamiento jurídico-laboral vigente, la negociación colectiva tiene reconocido un papel de primer orden como fuente del derecho en este sector. Si tal es así, probablemente resulta del todo incorrecto asimilar al convenio con la norma reglamentaria y colocar a un mismo nivel al convenio y al reglamento en sus relaciones funcionales con la Ley.

Desde estas premisas, puede pensarse que la reserva de ley a la que nos venimos refiriendo busca señaladamente excluir los reglamentos independientes de la regulación de determinadas materias, sin que, no obstante, se impida "con igual carácter", la regulación convencional sobre "las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales", que el mismo TC ha considerado materia negociable en sede colectiva³⁷. Es más, esta reserva de ley no se traduce necesariamente en una exclusión absoluta de cualquier otra norma distinta a la ley. Ni siquiera ello es así en relación con el reglamento, toda vez que la norma reglamentaria puede regular las materias objeto de reserva allí donde exista una habilitación legal expresa y siempre que la ley haya regulado el núcleo esencial de la materia de que se trate³⁸.

Más aún, como ha sido subrayado en la doctrina constitucionalista, la reserva de ley a la que se refiere el art. 53.1 CE debe ser debidamente conciliada con el respeto "a los ámbitos normativos autónomos que la Constitución haya reconocido", entre los que se cuentan, precisamente, los convenios colectivos³⁹. En esta línea, se ha mantenido entre nosotros la necesidad de adoptar una interpretación no rígida del principio de reserva de ley, toda vez que un entendimiento rígido y absoluto de éste podría menoscabar en gran medida el derecho constitucional a la negociación colectiva y el espacio vital que la ley está obligada a reconocer al convenio. Por tal razón, dicho principio debe interpretarse considerando que sólo exige que sea una ley la que regule el régimen general y básico y contenido esencial de los derechos sujetos a reserva de ley, sin que se encuentre vedada la entrada a la negociación para la regulación de cuestiones que afecten a tales derechos, y ello sin necesidad de que exista una remisión legal expresa⁴⁰.

³⁶ En parecidos términos se advertía en el voto particular a la sentencia 22/1981 la incorrección de "interpretar la disposición adicional quinta como norma delegante o como autorización" para que la negociación colectiva pueda fijar edades de jubilación forzosa.

³⁷ ALONSO OLEA-CASAS BAAMONDE, "Derecho del Trabajo", Madrid, 1995, pág. 811.

³⁸ GARCÍA- ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, "Curso...", cit., pág. 270. Vid., también JIMÉNEZ CAMPO, "Derechos fundamentales...", cit., pág. 65.

³⁹ JIMÉNEZ CAMPO, "Derechos fundamentales...", cit., pág. 65.

⁴⁰ GARCÍA MURCIA, "El papel...", cit., págs. 440-441.

En este contexto, el TC ofrece, a mi juicio, el planteamiento adecuado de la cuestión que nos ocupa al poner de relieve que, en este contexto, resulta "indiferente" el carácter fundamental o no del derecho afectado, debiendo quedar reconducido el debate a la posible disponibilidad de derechos individuales por parte de la autonomía colectiva. Centrada la cuestión en estos términos, el TC resalta la necesidad de admitir la mencionada disponibilidad en sede colectiva, si no se quiere negar toda virtualidad a la negociación colectiva y el predominio de la voluntad y de los intereses colectivos sobre los individuales que en ella se encuentra ínsito; más aún, el citado predominio, que ciertamente no cabe negar sin desnaturalizar la propia institución convencional, puede implicar, como afirma el TC, la limitación de algunos intereses individuales para la promoción efectiva de los intereses colectivos. Si tal es así, probablemente ni siquiera sea necesario localizar en este ámbito una ley que expresamente autorice a la negociación colectiva a regular materias en las que puedan encontrarse afectados estos derechos, con la pretendida finalidad de salvar así la reserva de ley prevista en el art. 53.1 CE. No parece conveniente desvirtuar la noción de reserva de ley con el riesgo de desvirtuar con ello también al convenio colectivo, hasta el punto de convertirlo en norma secundaria como sí lo es, sin embargo, el reglamento en el ordenamiento jurídico-laboral.

El hecho de que el TC finalice su razonamiento apoyando la constitucionalidad de la fijación convencional de edades de jubilación en la existencia de un precepto legal que autorizaba a ello, no debe llevar, probablemente, a minusvalorar las consideraciones que el TC realiza en su sentencia y que reflejan la opinión del Alto tribunal sobre el significado y funcionalidad de la negociación colectiva a partir de la Constitución, y su virtualidad para regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, una opinión que ha sido reiterada y recordada por el TC en decisiones posteriores⁴¹.

Realizadas estas consideraciones desde la perspectiva de la reserva de ley consagrada en el texto constitucional, y admitida la posible regulación convencional de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, aún se haría necesario abordar la cuestión desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, a efectos de determinar si la fijación de edades de jubilación forzosa forma parte de las materias negociables en sede colectiva o si, por el contrario, debe considerarse parte integrante del derecho necesario absoluto, intocable para los negociadores⁴². Se impone, por tanto, un análisis del significado y ámbito de actuación de la negociación colectiva que se desprende

⁴¹ Vid., por ejemplo, la STC 217/1991.

⁴² Vid., a favor de la posible fijación de edades de jubilación forzosa en convenio, salvo que se considere derecho necesario absoluto LOPEZ GANDIA, "Jubilación...", cit., pág. 374.

del entero ordenamiento jurídico-laboral en su conjunto y que excede de la mera mención que de la misma hiciera hasta ahora el ET en la disposición hoy derogada⁴³.

Conviene recordar, en este momento, que la negociación colectiva no actúa entre nosotros necesariamente a impulsos de la ley. El contenido posible de los convenios ha sido abordado por la norma estatal con tal generosidad que, con el necesario "respeto a las leyes" —impuesto por el principio de jerarquía normativa—, los convenios pueden regular un conjunto especialmente amplio de materias vinculadas con la realidad del trabajo asalariado, entre las que se incluye la materia del empleo (art. 85.1 ET)⁴⁴.

A partir de esta premisa, las relaciones entre Ley y convenio colectivo son extremadamente complejas y se rigen por una pluralidad de criterios relacionales imposibles de reconducir a una unidad, más allá del principio de jerarquía normativa. Ley y convenio interactúan sobre las distintas materias negociables, creándose entre ambas normas una pluralidad de relaciones en función de la forma en que la ley al autoconfigurarse —en cuanto norma de superior rango—, deje mayores o menores espacios de actuación a la negociación colectiva. Lo anterior no significa, sin embargo, que los negociadores necesariamente deban apoyar la regulación de las distintas materias en otras tantas remisiones o invitaciones expresa por parte de la norma de rango superior, y que, por tanto, más allá de las llamadas concretas de la Ley al convenio éste no pueda desplegar su virtualidad⁴⁵.

La afirmación anterior debe ser matizada, sin embargo, en relación con las materias que conforman el derecho necesario absoluto. En efecto, junto a las distintas relaciones que se instauran entre norma estatal y norma convencional, no puede desconocerse la existencia de materias de las que queda excluida la negociación colectiva y que funcionan como otros tantos límites absolutos a esta última.

Debe recordarse, con todo, que las normas de derecho necesario absoluto revisten el carácter de excepcionales (STC 58/1985), precisamente por constituir límites al derecho constitucional a la negociación colectiva, y que deben encontrar su justificación en la protección de otros derechos, principios o bienes constitucionales. Lo anterior obliga a ceñir el derecho necesario abso-

⁴³ Vid., también de esta opinión GARCIA MURCIA, "El papel...", cit., pág. 436.

⁴⁴ FERNANDEZ LOPEZ Y DEL REY GUANTER, "Regionalización del sistema de relaciones laborales, autonomía colectiva y política de empleo", cit., pág. 174. Igualmente puede entenderse incluida la política de empleo en el adjetivo "laboral" que acompaña al reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en el art. 37.1 CE (op.cit., pag. 173).

⁴⁵ Para un estudio en profundidad de las distintas relaciones que se pueden establecer entre ley y convenio colectivo puede verse GARCIA-PERROTE ESCARTIN, "Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo", Madrid, 1987, págs. 109 y ss.

luto bien a las normas que, con la debida justificación, contengan una exclusión expresa de la negociación colectiva, bien a aquellas otras que, aún sin excluirla de forma expresa, incorporen una regulación de tal exhaustividad y de forma tan completa que el resultado práctico sea de nuevo dicha exclusión; y ello aún siendo conscientes de la dificultad de identificar en ocasiones los preceptos pertenecientes a este último grupo⁴⁶.

Lo anterior sentado, es preciso reconocer que entre las materias que tradicionalmente vienen formando parte del derecho necesario absoluto se encuentra, precisamente, la extinción del contrato de trabajo, al encontrarse implicado el propio derecho constitucional al trabajo y concurrir un interés general que justifica la existencia de una regulación igualmente general y uniforme aportada por la Ley⁴⁷. De hecho, el convenio colectivo ha tenido normalmente poco que decir en la extinción del contrato de trabajo, al tratarse de una materia que a lo largo del tiempo ha sido objeto de una regulación minuciosa y exhaustiva por parte de la norma estatal⁴⁸. En este contexto no resultará extraño que se intente localizar una norma legal que pueda despejar las dudas acerca de la disponibilidad o no por el convenio colectivo de esta materia.

La calificación como derecho necesario absoluto de las normas estatales sobre extinción del contrato de trabajo se desprende, no obstante, de la regulación pormenorizada y en detalle que de esta materia ha llevado a cabo la norma estatal, sin que exista una norma que expresamente prohíba al convenio su regulación. Al contrario, bien que en escasas ocasiones, el art. 49 ET —que encarnaría en la actualidad dicha tradición— remite al convenio para la regulación de determinados extremos relacionados con la extinción del contrato. Este dato normativo ha servido para negar que la regulación legal de la extinción del contrato de trabajo, de la que sería una causa la jubilación del trabajador, sea “absoluta o tan amplia como para cerrar definitivamente el paso a otras fuentes de regulación”⁴⁹.

⁴⁶ Vid., sobre estas consideraciones, *in extenso* GARCIA-PERROTE ESCARTIN, “Ley y autonomía...”, cit., págs. 263 y ss.

⁴⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO Y DEL REY GUANTER, “El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley”, en “Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo”, Córdoba, 1983, pág. 39. Desde esta premisa se ha negado que el convenio pueda crear causa nuevas de extinción del contrato o alterar el carácter de las ya prevista por ley (GARCIA BECEDAS, “Juicio crítico de la doctrina sentada en la STS de 20 de junio de 1983 (Ar. 3024), según la cual lo pactado en convenio colectivo prevalece sobre lo normado, con carácter general, en leyes y reglamentos, en tanto el convenio no haya sido impugnado al amparo del art. 90.5 ET”, RT, 1984, nº 73, pág. 51).

⁴⁸ Vid., sobre el tema, en profundidad, FERNANDEZ LOPEZ, “Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo”, RL, 1997, Tomo II, págs. 523 y ss.

⁴⁹ GARCIA MURCIA, “El papel...”, cit., págs. 439-440.

De hecho, también al margen del art. 49 ET puede encontrarse algún otro ejemplo de remisión de la Ley a la negociación colectiva en la materia referida a la extinción del contrato. Tal ha sucedido en los denominados despidos colectivos, donde también se asiste a una tensión dialéctica entre el interés individual y el interés colectivo que se salva desde la ley a favor de lo pactado en el acuerdo de empresa, como manifestación de la negociación colectiva (art. 51 ET)⁵⁰. Más aún, en los expedientes de regulación de empleo se viene admitiendo la posibilidad de pactar jubilaciones forzosas, dentro de las medidas que con carácter general permite el legislador adoptar por el acuerdo de empresa, y ello aunque en el art. 51 ET no exista una autorización expresa en tal sentido.

Por lo demás, y por lo que se refiere en especial a la jubilación forzosa, tampoco resulta aplicable la prohibición que se contiene en el artículo 39.2 LGSS, toda vez que en la jubilación forzosa pactada en convenio no existe "negociación" alguna de la jubilación regulada en la normativa de Seguridad Social⁵¹.

Dada la ausencia de una exclusión expresa de la negociación colectiva en forma de prohibición, a la que se viene aludiendo, no serían impensables actuaciones de aquélla en los entresijos dejados sin cubrir por la Ley. En concreto, por lo que aquí interesa, podría pensarse en la posibilidad de fijar edades de jubilación forzosa en la negociación colectiva, sin que deba considerarse necesario en estos casos una remisión o llamada expresa de la ley al convenio⁵².

A partir de estas consideraciones, la calificación de esta materia como derecho necesario absoluto probablemente exigiría de una norma estatal que expresamente la reconvirtiera en tal y que se encontrara convenientemente justificada por el respeto a otros derechos, principios o valores constitucionales, en lugar de hacer depender su carácter negociable o no de la pervivencia de una norma estatal que expresamente lo permita⁵³.

Lo que se viene exponiendo podría ser suficiente para pensar que la pretendida autorización a la negociación colectiva para actuar en este terreno —y que el legislador habría incorporado en el ET desde su versión originaria—, no habría sido en realidad *conditio sine qua non* para que los negociadores pudieran llevar a cabo tal actuación. Si tal es así, desaparecida la disposición esta-

⁵⁰ Vid., en parecidos términos GARCIA MURCIA, "El papel...", cit., pág. 442.

⁵¹ Como se sabe, en el mencionado precepto se afirma tajantemente que "sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el número anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva".

⁵² GARCIA MURCIA, "El papel...", cit., págs. 439-440.

⁵³ Vid., en parecidos términos, SEMPERE NAVARRO, "La derogación de la disposición adicional del ET, sobre jubilación forzosa y sus consecuencias", en "La reforma laboral de 2001. Análisis del RDL 5/2001", Pamplona, 2001, págs. 171 a 173.

tutaria, la facultad de los negociadores para la regulación de dicha materia habría permanecido inalterada⁵⁴. Su derogación habría producido un efecto neutro sobre el extenso grupo de materias que resultan negociables en sede colectiva (art. 85.1 ET). De hecho, durante la vigencia del precepto estatutario, no faltaron en la doctrina quienes calificaron esta invitación expresa de la Ley a los convenios de probablemente "innecesaria"⁵⁵, o bien negaron que la disposición estatutaria tuviera la virtualidad de permitir al convenio la regulación de una materia que, de otra forma, le hubiera quedado vedada⁵⁶.

Bien es cierto que las relaciones entre Ley y convenio son relaciones en constante cambio, como lo demuestran las recientes reformas de la normativa laboral, y que los límites y extensión de la negociación colectiva varían en función, entre otros factores, de los cambios de la "legalidad infraconstitucional y del entorno económico y social en que dicha legalidad se desenvuelve" (STC 58/1985). Podría pensarse, entonces, que la desaparición del precepto estatutario habría tenido la virtualidad de operar un nuevo reajuste entre ambas fuentes —de los muchos que se han conocido en nuestro ordenamiento— y que habría consistido en reintegrar a la jubilación forzosa en el conjunto de materias vedadas a la negociación colectiva. Sin embargo, no es menos cierto que los cambios acaecidos en la década de los noventa en las relaciones entre ambas fuentes jurídico-laborales, tienden en su generalidad a abrir nuevos espacios a la negociación colectiva con el consiguiente retroceso de la norma estatal. Si tal es así⁵⁷, podría ser arriesgado sostener una prohibición a la negociación colectiva de fijar edades de jubilación forzosa que se deduciría implícitamente de la derogación operada. Por lo que se viene diciendo, no parece acertado realizar una lectura aislada de la derogación de la disposición adicional décima ET, sin tener debidamente en cuenta el conjunto de reformas que vienen afectando en los últimos años a las relaciones la norma estatal y el convenio colectivo.

Si dado el carácter manifiestamente cambiante de las relaciones entre la norma estatal y el convenio, las normas de derecho necesario absoluto pueden dejar de serlo por el transcurso del tiempo⁵⁸, cuanto más será posible

⁵⁴ Vid., de esta opinión, RODRIGUEZ-PIÑERO, VALDES DAL-RE Y CASAS BAAMONDE, "La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad", RL, 2001, n° 7, págs. 23-24; SEMPERE NAVARRO, "La derogación de la disposición adicional del ET, sobre jubilación forzosa...", cit., págs. 171 a 173; ESCUDERO RODRIGUEZ, "Propósito y despropósitos de la reforma laboral de 2001", RL, 2001, n° 10 pág. 106.

⁵⁵ ALONSO OLEA, "Comentario a la sentencia 58/1985, de 30 de abril", en "Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social", Madrid, 1985, Tomo III, pág. 111.

⁵⁶ GARCIA MURCIA, "El papel...", cit., págs. 432 y ss.

⁵⁷ Aunque bien es cierto que en materia de extinción el indicado retroceso apenas se ha producido; vid., al respecto, FERNANDEZ LOPEZ, "Aproximación al convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo", cit., págs. 523 y ss.

⁵⁸ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, "Ley ...", págs. 263-265.

esta transformación cuando se trata de una materia que, prácticamente desde la instauración de un sistema democrático de relaciones laborales —y desde el reconocimiento constitucional del derecho a una negociación colectiva auténtica—, ha sido objeto de una remisión expresa del legislador al convenio. No deja de resultar significativo, ciertamente, que durante veinte años la norma estatal postconstitucional haya reconocido expresamente la posibilidad de pactar edades de jubilación forzosa en sede colectiva, separando así dicho extremo de las materias que integran el derecho necesario absoluto.

Por lo demás, conviene tener presente que la derogación de la disposición estatutaria se nos presenta como una de las manifestaciones de un cierto viraje de la política de empleo de los poderes públicos, probablemente sustentada en estrictos parámetros de financiación de la Seguridad Social, toda vez que, se dice, la disposición estatutaria había obedecido hasta entonces a una política de empleo “inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas” (RDL 5/2001). El cambio de orientación de esta política de empleo —que ahora tiende a mantener en el mercado de trabajo a los trabajadores que superen la edad ordinaria de jubilación—, justifica la desaparición de la autorización al Gobierno para la fijación de edades de jubilación forzosa prevista en la disposición hoy derogada.

Lo anterior, sin embargo, no parece suficiente para considerar injustificada la utilización de la jubilación forzosa como medida de reparto del empleo en un mercado de trabajo, como el nuestro, que sigue estando caracterizado por altas tasas de desempleo. De hecho, como se apuntó, entre los instrumentos de política de empleo previstos en el Acuerdo de pensiones, no deja de encontrarse alguna opuesta a la tendencia a mantener en el empleo a los mayores de 65 años, como lo es aquella consistente en ampliar el colectivo de trabajadores que pueden hacer uso de la jubilación anticipada y en reformar los coeficientes reductores.

En este contexto, la jubilación forzosa podría ser utilizada por la negociación colectiva como instrumento de reparto del trabajo, en los distintos sectores o empresas donde pueda funcionar como tal teniendo debidamente en cuenta las circunstancias concurrentes. Y ello, siempre que las cláusulas convencionales respeten los requisitos y condicionamientos que en su momento fijó el TC para admitir la constitucionalidad de esta medida. No será necesario, sin embargo, acudir a un mandato representativo “ad hoc” para que los negociadores puedan llevar a cabo dicha fijación³⁹, ni desvirtuar el carácter forzoso de la jubilación pactada en convenio, mediante el expediente de cali-

³⁹ Vid., no obstante, durante la vigencia de la norma estatutaria SAEZ LARA, “La jubilación...”, cit., pág. 132.

ficar como voluntaria dicha jubilación porque el trabajador manifiesta su voluntad a través de sus representantes en la negociación⁶⁰.

Lo que en todo caso parece rechazable es la interpretación que la jurisprudencia del TS y la práctica judicial ha venido haciendo de uno de los requisitos de los que se hace depender la constitucionalidad de la jubilación forzosa: el que la misma se utilice como medida de política de empleo lo que, según afirmarían con contundencia el TC, excluye la amortización del puesto de trabajo del jubilado. Se trata de la interpretación iniciada por sendas sentencias del TS de 1987 –y que de forma preocupante ha gozado de una amplia aceptación en la subsiguiente práctica judicial–, según la cual tal condicionamiento quedaba referido únicamente al establecimiento de edades de jubilación por parte del Gobierno, sin que afectase a la negociación colectiva, dado que esta última podía realizar tal fijación “libremente”, según podía leerse en la disposición estatutaria. Es más, aún llegando a admitir lo que en un principio viene a negar, la necesidad de que también la jubilación forzosa pactada en convenio responda a una determinada política de reparto de empleo, el TS ha sostenido la validez de cláusulas convencionales que permitan la amortización del puesto de trabajo dejado vacante por el jubilado, cuando la misma contribuyera a salvar la empresa y a mantener los puestos de trabajo de la mayoría de los trabajadores afectados, lo que, a su juicio, no deja de ser una “política favorecedora del empleo”⁶¹.

Se produce de esta forma un peligroso acercamiento de la jubilación forzosa a otro instituto diverso, el despido colectivo (art. 51 ET), que desvirtúa todo intento de fundar la constitucionalidad de aquella en términos de reparto de trabajo. De mantenerse la posibilidad hacia el futuro de edades de jubilación forzosa pactadas en convenio, este criterio judicial debería ser ciertamente desterrado por lo que tendría de convalidación de prácticas convencionales claramente inconstitucionales.

⁶⁰ Como, según se ha visto, ha sido defendido por algún autor. Vid., también en la jurisprudencia, sobre esta forma de razonar, STS 22 febrero 1983 (Ar. 796); STS 5 mayo 1983 (Ar. 2341).

⁶¹ Para un estudio crítico de esta corriente jurisprudencial pueden verse, entre otros, DE MIGUEL LORENZO, “La jubilación en la negociación colectiva: la exigencia de la no amortización de los puestos de trabajo a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la más reciente doctrina del Tribunal Supremo”, REDT, 1988, n° 35, págs. 413 y ss.; SASTRE IBARRECHE, “La aplicación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la negociación colectiva”, TS, 1998, n° 94, págs. 39 y ss.; MELLA MENDEZ, “Jubilación forzosa pactada en convenio y política de empleo. (Comentario a la STS de 14 de julio de 2000)”, REDT, 2001, n° 105, pág. 458 y ss.