



PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

¿UN EFECTO MÁS DE LA JUBILACIÓN GRADUAL Y FLEXIBLE?: LA IMPOSIBILIDAD DE FIJAR EDADES DE JUBILACIÓN FORZOSA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (O de como el Tribunal Supremo sigue malinterpretando la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la libertad negocial y la jubilación forzosa)

STS de 9 de marzo de 2004

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS *

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de un trabajador de AENA que expresó a su Director de Recursos Humanos su voluntad de no jubilarse al cumplir la edad de 65 años, alegando la carencia de personal cualificado en la empresa y a efectos de facilitarle la planificación de recursos humanos para el siguiente ejercicio. La resolución de la jefatura de personal de la empresa fue que era inviable acceder a tal pretensión por ser de aplicación el art. 136 del II Convenio Colectivo de AENA, que establecía la obligatoriedad de la jubilación al cumplir los 65 años, estando además acreditado en su expediente el haber completado el período mínimo de cotización para causar derecho a dicha prestación.

RESUMEN: El Tribunal Supremo (en sentencia dictada en Recurso 765/2003. Ponente José María Botana López), tras analizar esta cuestión en el marco de las relaciones entre normas en un sistema de fuentes de donde colige que, desaparecida la DA 10.^a del ET, no existe habilitación legal para que el convenio colectivo pueda regular edades de jubilación forzosa, apoyándose también en la Directiva 78/2000 que establece la interdicción de la discrimi-

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

minación por razón de la edad (también arts. 4.2 y 17 ET) e incluso en aspectos de la Ley 24/1997 sobre consolidación del sistema de Seguridad Social o en la EM de la Ley 5/2001. Eso sí, esta doctrina que impide a la negociación colectiva establecer edades de jubilación forzosa no es de aplicación a los convenios negociados con anterioridad a la desaparición de esta DA 10.^a, lo que justifica que se dé la razón en este asunto a AENA.

No obstante ello, tiene esta sentencia un voto particular que, aun estando de acuerdo con el fallo, no lo está con los razonamientos ya que estima que el hecho de que haya sido derogada la DA 10.^a por el RDL 5/2001, y posteriormente convalidada por la Ley 12/2001, «no conduce a entender que el acuerdo de jubilación forzosa no sea posible adoptarlo en convenio colectivo».

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA JUBILACIÓN FORZOSA: IDEAS BÁSICAS
3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLECÍAN LA JUBILACIÓN FORZOSA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU PECULIAR INTERPRETACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL
4. LA POLÉMICA DOCTRINAL EN TORNO A LA DESAPARICIÓN DE LA DA 10.^a Y LA POSIBILIDAD DE QUE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTABLEZCA CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA
5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MARZO DE 2004 ¿EL FIN DE UNA POLÉMICA?
 - 5.1. Las argumentaciones adoptadas en la sentencia
 - 5.2. Sobre la necesidad de hacer una interpretación de la cuestión desde el Texto Constitucional y de la doctrina del Tribunal Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la jubilación forzosa tiene distintas vertientes en el ámbito del Derecho Social. Evidentemente, afecta al derecho al trabajo que toda persona tiene y se encuentra constitucionalmente establecido en el art. 35.1 de la Constitución. De otro lado, afecta a las relaciones colectivas de trabajo ya que, en base a su potestad negociadora, las partes de un convenio pueden establecer, como medida de fomento de empleo, una edad para la jubilación forzosa del personal, siempre que los mismos queden protegidos por el sistema de Seguridad Social, según la doctrina del Tribunal Constitucional.

Pero también, y de ahí el encuadre como comentario de sentencia en la sección de Seguridad Social de esta revista, la jubilación forzosa afecta al sistema público de pensiones. Y ello porque, de un lado se modula la edad de jubilación: ha de recordarse que los 65 años es un requisito de acceso a la pensión de jubilación, aunque se trate de un requisito flexible ya que puede adelantarse o anticiparse que es lo normal, o, fomentarse el mantenimiento



en el mercado de trabajo tras cumplir esa edad, que es lo que en la actualidad se pretende. De otro lado, no es baladí el que se fomente o promocióne el retraso en la edad de jubilación ya que los cálculos que hacen los actuarios vienen a indicar que la longevidad observada en las mediciones de la «esperanza de vida» de países como el nuestro conllevan un aumento del gasto en pensiones que afecta a todo el sistema público de protección social. Y es que la duración media en el abono de las pensiones de jubilación se ha incrementado por ello de forma notable, mientras que la edad de jubilación ha permanecido constante a lo largo del tiempo. Más aún, cuando en 1919 se estableció la edad de retiro en 65 años, la esperanza de vida en ese momento era inferior a dicha edad mientras que en la actualidad la mayoría de la ciudadanía supera la edad pensionable.

De los antecedentes de esta sentencia se observa otra cuestión que tiene íntima relación con la Seguridad Social contributiva: me refiero al hecho de que el trabajador que solicita seguir en activo tras los 65 años de edad es un Técnico cuyas retribuciones son muy superiores a la base máxima de cotización, según se desprende de los hechos probados. Evidentemente, el principio de solidaridad que informa el sistema de Seguridad Social y la función de redistribución de la riqueza justifican que se establezcan límites a la concesión de rentas sustitutivas de los salarios que, dicho sea de paso, es otra función típica de las prestaciones contributivas del sistema. Y resulta curioso que la mayoría de los trabajadores que han accionado para continuar en el mercado de trabajo al llegar a la edad de jubilación lo han sido los que tienen elevados salarios y cuyo paso a la condición de pensionistas de jubilación les supone un importante sacrificio a causa de la limitación en la cuantía de su pensión: la de la máxima establecida en cada ejercicio.

De otro lado, parece que, en cierto modo, el Acuerdo de Pensiones de 2001 ha sido el factor desencadenante de esta polémica cuestión jurídica. Y es que, en desarrollo de los Pactos de Toledo, se acuerda el adoptar un sistema de jubilación «gradual y flexible» algo complejo ya que sin tocar la edad de jubilación de los 65 años, se establecen medidas que incentivan el mantenimiento de los trabajadores tras haber cumplido 65 años en el mercado de trabajo y, junto a ellas, se mejora y amplía las situaciones de acceso a la pensión de jubilación de forma anticipada. En esa deseada ambigüedad legislativa parece primar, antes que las políticas de empleo para que los jóvenes accedan al mercado de trabajo, las ventajas que para las arcas del sistema público de Seguridad Social tiene la prolongación de la vida activa de los trabajadores.

Pero ello no tiene porqué significar que se quisiera, con la derogación de la DA 10.^a ET por el RD-Ley 5/2001, sustraer de la negociación colectiva la facultad de establecer cláusulas de jubilación forzosa. De hecho, los firmantes del Acuerdo de Pensiones de 2001, más UGT y CEPYME, tras la sentencia origen de este comentario, han emitido un comunicado, de 6 de



abril de 2004, observando que no respeta la centralidad que la negociación colectiva tiene en la regulación de las relaciones laborales en nuestro Estado y el papel del convenio en el sistema de fuente del Derecho español. Por lo que solicita al Gobierno para que promueva la oportuna reforma normativa que faculte a los convenios colectivos para pactar, por razones de política de empleo, edades de jubilación obligatoria.

Con ello, y con el hecho de que creemos que el Tribunal Supremo no ha interpretado correctamente la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la libertad negocial y la jubilación forzosa, creemos que el tema no está ni mucho menos cerrado ya que son muchas las posibilidades de que se produzca una reinterpretación en sede constitucional o incluso algún cambio normativo.

Todo ello viene a poner de manifiesto el interés que para los especialistas en Seguridad Social tiene esta sentencia y justifica que se comente en esta sección.

2. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA JUBILACIÓN FORZOSA: IDEAS BÁSICAS

Como certeramente recuerda LAHERA FORTEZA ¹, el papel del convenio colectivo en el establecimiento de jubilaciones forzosas ha tenido, hasta el momento, tres etapas normativas: una primera, que debe enmarcarse en el singular sistema de negociación colectiva del franquismo, donde el convenio colectivo tiene vedada la posibilidad de establecer jubilaciones forzosas, tal como se deducía de la Orden de 1 de julio de 1953, que reconocía la voluntariedad en el ejercicio del derecho a la jubilación del trabajador; una segunda fase, ya en el período democrático posconstitucional, en la que el legislador de 1980 abre la vía de fijación de cláusulas convencionales de jubilación forzosa a través de la DA 5.ª ET 1980, luego DA 10.ª ET 1995, que permitía a la negociación colectiva fijar edades de jubilación siempre que, como afirmara el TC posteriormente, se conectara con la política de empleo; y, finalmente, una tercera, marcada por la pérdida de vigencia de la DA 10.ª ET por el RD-L 5/2001 y Ley 12/2001, que derogaban dicho precepto.

En base a ello, parece necesario centrarnos en la perspectiva constitucional ya que en ella, como se verá posteriormente, se encuentra la clave que daría solución a esta situación. Aunque son varias las sentencias del Tri-

¹ LAHERA FORTEZA, J.: «Prohibición de cláusulas convencionales de jubilación forzosa: un problema complejo de fuentes del derecho», *RL* núm. 11, 2004, pág. 31.



bunal Constitucional que se refieren a la cuestión (SSTC 22/1981; 58/1985; 95/1985 y 111 a 136 de 1985, entre otras) parece que las centrales son las dos primeras, que son respecto de las cuales vamos a recordar la doctrina que de las mismas emana.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, en STC 22/81, examinó por vez primera esta cuestión. En lo que se refiere a la posible discriminación por razón de la edad, consideró que la utilización de la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo, en términos de reparto de trabajo, excluía toda vulneración del principio de igualdad y resultaba suficiente para justificar la limitación del derecho al trabajo que con ella se producía. Al tratarse de una cuestión con doble cara, el TC tenía que moverse entre el derecho individual a un determinado puesto de trabajo y a la estabilidad en el empleo y un derecho de dimensión colectiva como es el que supone el mandato a los poderes públicos para llevar a cabo una política de pleno empleo. Su determinación fue que era posible la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo desde la perspectiva constitucional siempre que se cumplieran 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 evita con la compensación del sacrificio a través de la correspondiente pensión de jubilación².

Posteriormente, en la STC 58/85, el Tribunal Constitucional, tomando como punto de partida las consideraciones sobre la posibilidad de jubilación forzosa establecida en su primera sentencia, aprovechó para realizar algunas consideraciones en torno a la negociación colectiva y a su papel en nuestro ordenamiento. Es importante recordar la triple argumentación ya que es de importancia fundamental en el momento actual donde la STS de 9 de marzo de 2004 ha parecido olvidar por completo:

- a) Recuerda el TC que al inscribirse en un sistema de fuentes, el convenio está sometido al principio de jerarquía normativa, los convenios, de un lado, han de respetar el derecho necesario establecido por la Ley y, de otro, es posible que la Ley limite la actuación de la negociación colectiva e incluso se reserve para sí determinadas ma-

² Esta primera resolución del TC no sirvió para suavizar y cortar el intenso debate doctrinal que se había suscitado en torno a la DA 5.^a ET: la doctrina se bipoló entre los que consideraban que la norma estatutaria permitía la fijación de edades de jubilación obligatoria por la negociación colectiva siempre que se cumplieran los requisitos establecidos por el TC y los que consideraban que la negociación colectiva en esta materia, al amparo de la norma estatutaria, debía quedar limitada a la fijación de edades de jubilación voluntaria.

terías que quedarían excluidas de la negociación colectiva. Además, no debe asimilarse las relaciones existentes entre la ley y el convenio colectivo a las que se instauran entre «norma delegante y norma delegada» ya que la fuerza vinculante de los convenios no deriva de la Ley sino de la Constitución.

- b) Respecto de la relación entre la autonomía colectiva y los derechos fundamentales, se afirmó rotundamente que de la Constitución no se deriva ni expresa ni tácitamente principio alguno que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales.
- c) Finalmente, respecto de las relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual, reconociendo éste como uno de los problemas más complejos y delicados del Derecho del Trabajo, indicó que la relación entre ambas se rige por dos principios básicos: de un lado, la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual y de otro, que no resulta posible negar la capacidad de incidencia del convenio en el terreno de los derechos o intereses individuales, siendo incluso preciso en ocasiones la limitación de los intereses individuales para la efectiva promoción de los intereses de la colectividad (también en la STC 208/1993). Así, la solución a cada problema concreto debe ser resuelto caso por caso valorando la totalidad de las circunstancias concurrentes.

Con esos mimbres, se declaró la constitucionalidad del párrafo segundo de la DA 5.^a ET, siempre que la jubilación forzosa se acompañara al jubilado de la correspondiente compensación en forma de pensión. Y es que, en definitiva, la DA 5.^a, según el TC «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, sino superar el precedente obstáculo legal convirtiendo en disponible por la negociación colectiva un derecho que con anterioridad no lo era» (FJ 1.^o).

3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLECÍAN LA JUBILACIÓN FORZOSA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU PECULIAR INTERPRETACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL³

Desde sus inicios, la doctrina del TS fue contraria al establecimiento de la jubilación forzosa por parte de los convenios colectivos en aplicación

³ Un resumen de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia puede verse en MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la



de la Orden de 1 de julio de 1953 del Ministerio de Trabajo que configuraba la jubilación como un derecho del trabajador (STS de 30 de junio y de 22 de septiembre de 1966 RA 3636 y 3870, respectivamente y 7 de marzo de 1967, RA 1108).

Con la entrada en vigor del ET de 1980, el TS comenzó a admitir al convenio colectivo como fuente que puede regular la jubilación forzosa, ex DA 5.ª ET (STS de 25 de noviembre de 1980 RA 4369), entendiéndose derogada la Orden de 1 de julio de 1953. Tras la STC 22/1981, nada se modificó en la doctrina del TS ya que la interpretación del TC lo era para el primer párrafo de la DA 5.ª, por lo que la negociación colectiva era cauce adecuado para la regulación de la jubilación forzosa (vid SSTS de 2 de marzo y 11 de mayo de 1983, RA 1102 y 2367, respectivamente).

El segundo párrafo de la DA 5.ª ET, que permitía, a la negociación colectiva establecer cláusulas de jubilación forzosa fue enjuiciado en la STC 58/1985, tras la misma la Sala de lo social del TS hace una interpretación extensiva de lo que hubiera de entenderse como política de empleo permitiendo la amortización de puestos de trabajo ya que el mecanismo de sustitución laboral de los trabajadores jubilados por otros nuevos no tiene por que ser preciso, determinado y concreto, por lo que no se contradiría la doctrina constitucional en los casos se establezca una política global que propicie la ocupación de mano de obra nueva. En base a ello, las SSTS de 27 de febrero (RA 1233) y 27 de julio de 1990 y dos de 27 de octubre de 1987 (RA 7210 y 7211) tienen dicho que el «mantenimiento a ultranza de un determinado puesto de trabajo, en términos absolutos, no es un principio configurador del orden público laboral... de ahí que no sea aceptable que el convenio colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados», sólo sería necesario que se observe con este sacrificio una mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores y el bienestar social del colectivo.

Con esta interpretación tan extensa⁴, y fundada más en una excusa para la regulación del empleo que en una verdadera cuestión de política de em-

DA 10.ª ET», *AL T.I.*, 2002; más extenso en MELLA MÉNDEZ, L., «Jubilación forzosa pactada en convenio y política de empleo (Comentario a la STS de 14 de julio de 2000)»; *REDT* núm. 105, 2001.

⁴ Y muy criticada por la doctrina, véase por todos DE MIGUEL LORENZO, A., «La jubilación en la negociación colectiva: la exigencia de la no amortización de puestos de trabajo a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la más reciente doctrina del Tribunal Supremo», *REDT* núm. 35, 1998, págs. 413 y sigs; SASTRE IBARRECHE, R., «La aplicación de la Disposición Adicional 10.ª del ET por la negociación colectiva», *Tribuna Social* núm. 94, 1998, págs. 39 y sigs; y MELLA MÉNDEZ, L., «Jubilación forzosa pactada en convenio y política de empleo (Comentario a la STS de 14 de julio de 2000)»; *op. cit.*, págs. 458 y sigs.

pleo, cualquier motivo valdría para la jubilación forzosa, sobre todo el tan manido que se refiere a conseguir la viabilidad futura de la empresa, y ni si quiera ello porque de hecho, con la STS de 27 de diciembre de 1993 (RA 10011), se indica con claridad que «no resulta obligado que el convenio colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir los puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados».

Doctrina que se ha «radicalizado» incluso con el Auto del TS de 18 de noviembre de 1998, ponente Desdentado Bonete, RA 10001, que establece como única exigencia que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación.

El último pronunciamiento importante al respecto, antes de la desaparición de la DA 10.^a, la encontramos en la STS de 14 de julio de 2000⁵ (RA 6630) en la que se desdecía de su propia doctrina emanada en la STS de 29 de octubre de 1990 (RA 7937), que por cierto ha sido de las pocas que ha expuesto la necesidad de que la jubilación forzosa conlleve medidas de política de empleo (reparto o redistribución del trabajo, facilitar el acceso al mercado de trabajo de los desempleados o mantenimiento de empresas en dificultades). Pues bien, aunque inicialmente, como se vio, las SSTS de 27 de octubre de 1987, permitían la fijación de cláusulas de jubilación forzosa en base al principio de libertad negocial, en la de 14 de julio de 2000 se introduce una nueva justificación que se traduce en el hecho de que la negociación colectiva lleva implícita una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y de los empresarios que implica necesariamente el tener en cuenta una determinada política de empleo que no es necesario de explicitar.

4. LA POLÉMICA DOCTRINAL EN TORNO A LA DESAPARICIÓN DE LA DA 10.^a Y LA POSIBILIDAD DE QUE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTABLEZCA CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA

Tras la derogación de la DA 10.^a resulta claro que se suprime la posibilidad que hasta entonces tenía el Gobierno de utilizar la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo. Ahora bien, no resulta tan claro el que tal posibilidad quede también eliminada en los convenios colectivos, porque no parece que ello sea lo que más concuerde con el sistema de negociación imperante en nuestro ordenamiento jurídico laboral.

⁵ Un comentario a la misma puede verse en GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «La jubilación forzosa pactada en convenio colectivo: la política de empleo como límite a la disponibilidad colectiva de los derechos individuales del trabajador», *RL* t.2, 2000 y MELLA MÉNDEZ, L.: «Jubilación forzosa pactada en convenio y política de empleo», *REDT* núm. 105, 2001.

La derogación de esta norma ha dado lugar a dos posiciones doctrinales enfrentadas⁶. MELLA MÉNDEZ⁷ hace una magnífica exposición de los argumentos que en contra y a favor se ha realizado por la doctrina, que podríamos sintetizar:

a) Argumentos en contra:

- Se indica que la derogación de la DA 10.^a ET implica una prohibición del legislador —aun no expresa— a la partes sociales a negociar en tal sentido, cuestión que se encuentra en la base del principio de reserva de ley para el constitucional derecho al trabajo. Se decía que la DA 10.^a tenía el sentido de norma autorizadora tanto al gobierno como a la negociación colectiva a regular una materia que anteriormente se había considerado excluida de la misma. Tras la derogación, los negociadores no cuentan con un precepto legal que de forma expresa y directa recoja la posibilidad de negociar la jubilación forzosa, de lo que se deduce la voluntad del legislador de privar de habilitación legal a los convenios colectivos en esta materia.
- Se indica que la jubilación forzosa sin habilitación legal implica una vulneración del derecho al trabajo, bien desde una pers-

⁶ De un lado, la que niega que la negociación colectiva pueda fijar edades de jubilación forzosa: TORTUERO PLAZA, J.L. *Jubilación forzosa versus jubilación flexible*, Civitas, Madrid, 2002 y GETE CASTRILLO, P. *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; GONZALO GONZÁLEZ, B.: «La jubilación forzosa de los trabajadores y sus derechos de ciudadanía», *RL* núm. 8, 2003; ALBIOL MONTESINOS, L.M.; CAMPS RUIZ, J; LÓPEZ GANDÍA, J; y SALA FRANCO, T., en *Derecho del Trabajo (II)*, Tercera Ed, Tirant lo Blanch, Valencia 2001; ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L.M. y GOERLICH PESET, J.M. en *La reforma laboral en el RDL 5/2001*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; GARCÍA VIÑA, J.L.: «Regulación en convenio colectivo de cláusulas de jubilación forzosa (derogación de la DA 10.^a del ET). Reformas introducidas por el RD-L 5/2001, de 2 de marzo», *TS* núm. 124, 2001.

Por otro lado, la posición que admite la posibilidad de que la negociación colectiva pueda continuar estableciendo jubilaciones forzosas: PÉREZ YÁÑEZ, R.M.: «Las reformas de 2001: algunas consideraciones sobre la derogación de la DA 10.^a ET», *TL* núm. 61, 2001; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la DA 10.^a ET», *AL* t. I, 2002; MELLA MÉNDEZ, L.: «Sobre la posibilidad de seguir pactando en convenio colectivo edades de jubilación tras la derogación de la DA 10.^a ET», *AL* t. I, 2002; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, VALDÉS DAL-RE y CASAS BAAMONDE, en «La reforma del mercado de trabajo “para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”», *RL* núm. 7, 2001; SEMPERE NAVARRO, AV: «La derogación de la DA 10.^a ET sobre jubilación forzosa y sus consecuencias», en AAVV, *La reforma laboral de 2001. Análisis del Decreto-Ley 5/2001*, Aranzadi, Pamplona, 2001; ALONSO MARÍN, I.: «La legitimidad de las jubilaciones forzosas establecidas por convenio colectivo tras la derogación de la DA 10.^a del ET», *REDT* núm. 121, 2004 y LAHERA FORTEZA, J.: «Prohibición de cláusulas convencionales de jubilación forzosa: un problema complejo de fuentes del derecho», *RL* núm. 11, 2004.

⁷ MELLA MÉNDEZ, L.: «Sobre la posibilidad de seguir pactando en convenio colectivo edades de jubilación tras la derogación de la DA 10.^a ET», *AL* t. I, 2002, págs. 212 a 220.

pectiva individual porque el trabajador se ve privado de su puesto de trabajo por causa ajena a su voluntad, bien desde una perspectiva colectiva ya que se abandona el ideal de una política de pleno empleo conseguido a través de la privación del puesto de trabajo de un sector de la población para cedérselo a otro.

- Se indica que no cabe recurrir a la doctrina de la STC 58/1985, pues ésta analizó la constitucionalidad de la DA 5.^a del ET y no la de un convenio colectivo que estableciese la jubilación forzosa de los trabajadores de una determinada edad.
- Se indica, de conformidad con el art. 14 CE, 17 ET e incluso con la Directiva 2000/78, que son nulas las cláusulas de los convenios colectivos que contengan discriminaciones favorables por razón de la edad. Ese respeto a las leyes que exige el art. 85.1 ET es lo que impide que el convenio colectivo pueda regular esta cuestión.

b) Argumentos a favor:

- Se apunta el carácter amplio y genérico del art. 49.1 f ET, en cuanto que prevé como causa de extinción contractual «la jubilación del trabajador» sin precisar a que tipo de jubilación se está refiriendo. Por lo que, si un convenio colectivo entra a fijar una edad de jubilación forzosa no cabe entender que está creando una nueva causa de extinción del contrato de trabajo, sino que está precisando el ámbito de actuación de una de estas causas del apartado f) del art. 49.1 ET. De otro lado, ello no supone una vulneración de una materia reservada a la ley, como son las causas de extinción contractual ya que el convenio lo que haría es concluir uno de los dos tipos de jubilación que pueden actuar como causa extintiva, lo que no supone vulneración de norma de orden público ya que hay múltiples ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico donde se permite la actuación de la negociación colectiva en materia de extinción del contrato de trabajo.
- Se hace referencia al contenido y significado de la negociación colectiva, por lo que se considera que la jubilación forzosa es materia propia del contenido de los convenios colectivos, ex art. 85.1 ET. Además, se indica que la negociación colectiva constituye una manifestación concreta de la autonomía colectiva que consagra el ordenamiento jurídico, tanto en el art. 37 CE como en el 82 del ET que implica una transacción de los intereses recíprocos de las partes negociadoras, en la que se pueden sacrificar intereses individuales en favor de los colectivos y que no vulnera el derecho individual al trabajo dada la representa-



ción institucional que ejercen las partes negociadoras y la siempre necesaria garantía de acceso a la pensión de jubilación para el trabajador jubilado.

- Se indica, además, que no hay ninguna norma en la que expresamente se prohíba regular la jubilación de los trabajadores. De hecho, en la DD del RDL 5/2001 no deriva ni directa ni indirectamente la prohibición de negociar edades de jubilación, si el legislador lo hubiese querido prohibir lo habría hecho expresamente. Lo pretendido realmente por esta norma, se dice, es el desincentivar la utilización de la figura de la jubilación forzosa, tal como indica la exposición de motivos de dicha norma.
- Se indica, además, que la DA 10.^a era irrelevante a estos efectos ya que lo que verdaderamente legitima la jubilación forzosa es su ajuste a la Constitución, pues si aquélla fuera contraria a ésta no podría preverse en los convenios colectivos bajo ningún concepto. De otro lado, la DA 10.^a derogada era una norma meramente declarativa o de reconocimiento de una facultad inherente al convenio colectivo, pero dado que el sistema de negociación colectiva español no posee una lista tasada de materias negociables, resulta evidentes que la mención expresa de una de ella no presenta efectos constitutivos, sino puramente declarativos.
- Se indica que el poder negociador de la partes encuentra su fundamento en la Constitución, como indica el TC en la STC 58/1985, y no en la Ley. Por lo que, desde este punto de vista podría llegar a concluirse que el contenido de los convenios no depende, siempre y necesariamente, de lo previsto en la Ley, en cuanto es ésta la que habilita a aquéllos a negociar un tipo u otro de materias.
- Finalmente, se indica, aunque no parece que sea un argumento jurídico, como prueba de todo ello el que los convenios colectivos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 5/2001 siguen incluyendo cláusulas de jubilación forzosa en los mismos términos que lo hacían con anterioridad. Pero ello quizás se deba a una cierta inercia que tradicionalmente caracteriza a los convenios colectivos.

En definitiva, en el fondo de esta interesante polémica jurídica se observan dos concepciones muy distintas en torno a la autonomía colectiva, como indica LAHERA FORTEZA, «Una, que asume plenamente la consagración constitucional del poder normativo colectivo, en el marco de la legalidad, pudiendo el convenio colectivo regular todo lo no prohibido expresamente, atendiendo a la naturaleza jurídica de la norma estatal. Otra, más reacia

y desconfiada con este poder normativo, que, con sinergias corporativistas, todavía percibe que el Estado es quien autoriza o delega las materias negociables, nutriendo a la autonomía colectiva conforme a distintos criterios, de tal manera que resulta fácil frustrar parte de los objetivos de los negociadores»⁸.

5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE MARZO DE 2004 ¿EL FIN DE UNA POLÉMICA?

5.1. Las argumentaciones adoptadas en la sentencia

Como no podía ser de otro modo, esta polémica se traslada al ámbito judicial, y se han establecido resoluciones de distintos Tribunales Superiores de Justicia que se han decantado por una u otra opción⁹. Dichas contradicciones han dado lugar, como era de esperar, a la utilización del recurso de unificación de doctrina ante la sala de lo social del Tribunal Supremo que resuelve esta situación inclinándose, por mayoría que no por unanimidad de su Pleno, en favor de la tesis que establece la prohibición de cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa, sustrayendo a la negociación colectiva de un ámbito de actuación que le había sido propio desde los años 80.

Pues bien, tras abandonar la doctrina emanada de su sentencia de 14 de julio de 2000 «al haber sido dictada con anterioridad a la derogación» de la DA 10.^a ET, reconoce que «después de dicha derogación, no es factible ya que mediante negociación colectiva se puedan establecer determinadas edades de jubilación forzosa» (FD 5.^o). Para ello son cinco las razones (aunque divididas en seis puntos distintos) que esgrime:

- a) La DA 10.^a derogada operaba como garante de la no discriminación de las cláusulas de jubilación forzosa establecida en los Convenios Colectivos, suponiendo una habilitación legal asentada, a su vez, en una justificación objetiva y razonable.

⁸ En «Prohibición de cláusulas convencionales de jubilación forzosa: un problema complejo de fuentes del derecho», *op. cit.*, pág. 41.

⁹ En contra de que la negociación colectiva pudiese regular la jubilación forzosa después de la derogación de la DA 10.^a ET: SSTSJ de Madrid de 17 de febrero de 2002, de 5 de febrero de 2003; de 18 de junio de 2003; STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002.

A favor de que los convenios colectivos pudieran regular tales cuestiones: STSJ Aragón de 23 de enero de 2002; STSJ Madrid de 11 de enero de 2002; STSJ País Vasco de 19 de febrero de 2002; y SSTSJ Cataluña de 27 de septiembre de 2002 y 3 de diciembre de 2002; STSJ Valencia 21 de noviembre de 2002.



- b) La limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de la reserva de ley (ex 53.1 CE) y «en la actualidad no existe norma con rango legal que autorice, por razones justificadas y razonables, la limitación del derecho al trabajo y el desconocimiento del principio de igualdad». Si no existe norma autorizante queda la negociación colectiva sin marco habilitante para establecer limitaciones al derecho al trabajo.
- c) Han desaparecido las razones que justificaron la norma autorizante ya que la situación social y laboral actual es muy diferente a la de los años 80, lo que ha provocado que, a partir del Pacto de Toledo, se vaya plasmando un rotundo cambio de orientación en la política social y económica tendente a la flexibilización de la edad de jubilación de forma gradual y progresiva.
- d) Dicha tendencia se sigue en el ámbito europeo, en especial en la Directiva 78/2000, de 27 de noviembre, que establece la erradicación de la discriminación por distintos motivos, entre ellos, la edad haciendo un resumen de la norma, y recalcando la propia sentencia el contenido del apartado segundo del artículo 2 que establece que no hay discriminación en las diferencias de trato por motivo de edad cuando las medidas adoptadas «están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios».
- e) Finalmente, utiliza la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001, pero subrayando aspectos de la misma que les viene bien a la argumentación, así hace énfasis en la idea de que la jubilación forzosa establecida por la DA 10.^a era un instrumento de una política de empleo para un tiempo y realidad distinta de la actual.

Así pues, la norma legal (en aplicación del art. 14 CE y de la normativa comunitaria) prohibitiva para la actuación de la negociación colectiva en el establecimiento de edades de jubilación forzosa son los artículo 4.2 y 17 del ET, que impiden la discriminación directa o indirecta por razón de edad (FD 6.º).

Finalmente, de conformidad con el FD 7.º, la doctrina emanada por la STS de 9 de marzo de 2004 y que impide a la negociación colectiva establecer edades de jubilación forzosa no es de aplicación a los convenios negociados con anterioridad a la desaparición de esta DA 10.^a, lo que justifica que se dé la razón en este asunto a AENA ¹⁰.

¹⁰ Lo que corrige a un sector de la doctrina que indicaba que cualquier convenio que tuviera una cláusula de este tipo sería nula desde el 4 de marzo de 2001, fecha de entrada en

5.2. Sobre la necesidad de hacer una interpretación de la cuestión desde el Texto Constitucional y de la doctrina del Tribunal Constitucional

Como indica PÉREZ YÁÑEZ, si se mantiene que el legislador habría «autorizado» a través de la DA 10.^a ET a la negociación colectiva para fijar edades de jubilación forzosa, evidentemente, desaparecida ésta habría de concluirse que en los convenios colectivos no podría regularse esta cuestión por ser materia vedada a la negociación colectiva. Pero ello no parece que sea lo que más concuerde con el sistema de negociación imperante en nuestro ordenamiento jurídico laboral ¹¹.

No debe perderse de vista, la centralidad que la negociación colectiva ha adquirido tras su reconocimiento constitucional en el art. 37 CE; siendo un instrumento esencial para la ordenación de las condiciones de trabajo y tratándose de una facultad emanada no de la Ley sino del propio texto constitucional (como se ha indicado, entre otras, en la STC 58/1985). El principio de libertad negocial exige, necesariamente, un «espacio vital» para su actuación, por lo que una regulación exhaustiva de las condiciones de trabajo puede impedir al convenio su desarrollo efectivo. El contenido de ese campo de actuación está establecido a modo de ejemplo, por su enorme amplitud, en el art. 85 del ET, siendo, por lo que nos ocupa, la negociación colectiva un instrumento idóneo para abordar materias correspondientes a las políticas de empleo, si se tienen presentes, sobre todo, sus conocidas características de adaptabilidad y flexibilidad, así como el carácter eminentemente cambiante de la materia.

El único límite a la libertad negocial se encuentra en el respeto a la Constitución y a la leyes, por lo que, evidentemente, las cláusulas de los convenios colectivos contrarias a tales normas son nulas y se tienen por no puestas. Por lo que la tesis de la «autorización» parece que no está muy de acuerdo con la doctrina constitucional ya que no es la Ley la que permite negociar sino la Constitución y lo único que podrá hacer la norma legal infraconstitucional será limitar ese derecho, que por tratarse de un Derecho constitucional (ligado en muchas ocasiones a uno fundamental como es la libertad sindical) tendrá que realizarse de forma expresa.

vigor del RDL 5/2001, y que lo argumentaba en una cuestión de jerarquía de fuentes (*vid.* GARCÍA VIÑA, J.L.: «Regulación en convenio colectivo de cláusulas de jubilación forzosa (derogación de la DA 10.^a del ET). Reformas introducidas por el RD-L 5/2001, de 2 de marzo» *TS* núm. 124, 2001, pág. 36.

¹¹ En «Las reformas de 2001: algunas consideraciones sobre la derogación de la DA 10.^a ET», *op. cit.*, pág. 361.



Por ello, en esta elemental cuestión de jerarquía normativa, lo que tenemos que preguntarnos es si hay o no una norma que expresamente prohíba a la negociación colectiva regular la materia de la jubilación forzosa ya que de haberla evidentemente no cabría la posibilidad de negociar colectivamente tales cláusulas. Al hilo de la exposición argumentativa de la sentencia que se comenta podría señalarse como normas que prohíben la actuación de la negociación colectiva:

- a) El art. 53 de la CE que reserva a la ley el desarrollo de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I. Pero lo cierto y verdad es que, como indica PÉREZ YÁÑEZ¹², la reserva de ley no significa que la materia objeto de la misma «deba ser regulada en su totalidad por una norma con fuerza de ley y sólo por ella», además es necesario tomar en consideración «tanto la existencia de un derecho constitucional a la negociación colectiva como la operatividad que la reserva de ley pudiera tener, en su caso respecto de aquél». Más aún, en la STC 95/1985 se indica que no existe ningún precepto constitucional que, directa o indirectamente, sustraiga a la negociación colectiva la regulación de los derechos fundamentales, siempre que aquélla actúe dentro «del marco de las relaciones laborales que le es propio y del ámbito determinado por la ley»¹³. Además, la jubilación forzosa es una materia que siempre ha podido regularse por la negociación colectiva ya que el amplísimo contenido del artículo 85.1 del ET (listado *ad exemplum*) lo permitía o lo permite ya que dicha disposición adicional pretendía recordar que con el ET si había superado «el precedente obstáculo legal convirtiendo en disponible por la negociación colectiva un derecho que con anterioridad no lo era» (STC 58/1985), recuérdese la prohibición que se deducía del derecho a una jubilación voluntaria de la Orden del Ministerio de Trabajo de 1 de julio de 1953.
- b) La prohibición puede deducirse de que un Convenio Colectivo no puede establecer normas discriminatorias por razón de edad, por ser contrarias tanto al artículo 14 de la Constitución como a los artículos 4 y 17 del ET y a la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la

¹² *Op. cit.*, pág. 362, muy recomendable para profundizar en páginas siguientes.

¹³ Esta doctrina es aplicable, para evitar repetirnos posteriormente, a las tesis que indican que el convenio colectivo no puede regular una cuestión de derecho necesario absoluto como es la extinción del contrato de trabajo, derivado del derecho al trabajo y su estabilidad. Y ello porque puede verse como esta materia tampoco está vedada a la negociación, no sólo por la práctica negocial, sino por las llamadas que el propio ET suele hacer a la negociación para regular cuestiones referidas a la extinción de los contratos (artículos 49, 51 o 52 ET).

ocupación (recientemente transpuesta por Ley 62/2003). Pero esta cuestión que ya ha resuelto el Tribunal Constitucional en, entre otras, la STC 22/1981, y es que el principio de igualdad no significa o no implica un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento de diferenciación que tenga relevancia jurídica ya que, como también ha establecido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 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 razonable proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad pretendida. Por ello, es por lo que, como se dijo más arriba, el Tribunal Constitucional consideró que la jubilación forzosa como instrumento de la política de empleo, en términos de reparto de trabajo, excluía toda vulneración del principio de igualdad y resultaba suficiente para justificar la limitación del derecho al trabajo que con ella se operaría y, por supuesto, que el trabajador expulsado tuviera derecho a la correspondiente pensión de jubilación.

Ha sido el Tribunal Supremo, como se dijo anteriormente, quien ha viado esta interpretación desde hace varios años al degradar la interpretación de reparto del empleo y no amortización de puesto de trabajo entendiendo que el convenio podía ser válido y no atentaría al elemental principio de igualdad no repartiendo el empleo, siempre que se dieran dos condiciones: que se garantice el derecho a la pensión de jubilación y que haya habido negociación colectiva donde se imponga la restricción de tal derecho al trabajo porque ésta «lleva 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 de ser explicitadas dada la unilateralidad de la que deriva» (STS de 14 de julio de 2000)¹⁴. Resulta extraño, pues, que tras años de haber relajado un requisito expresamente expuesto por la doctrina constitucional para evitar que

¹⁴ Para ello el Tribunal Supremo se basa en la doctrina emanada en las sentencias 58/1985; 95/1985 y 111 a 136 de 1985, interpretando, como lo ha hecho en ocasiones anteriores que en estas sentencias el Tribunal Constitucional no se extiende sobre el requisito de la política de empleo en relación del establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa por la negociación colectiva, lo que supone un cambio de doctrina. Interpretación que creemos incorrecta ya que en todas esas sentencias, se parte de la base de la sentencia 22/1981 a la que se remiten las posteriores, «aunque sea de manera indirecta... centrandó su argumentación sobre otros aspectos de la problemática», lo que se observa en el FJ 2.º de todas las SSTC como indica GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. en «La jubilación forzosa pactada en convenio colectivo: la política de empleo como límite a la disponibilidad colectiva de los derechos individuales del trabajador», *op. cit.*, pág. 680.



hubiera discriminación por razón de edad, ahora presuma que cualquier convenio que establezca la jubilación forzosa, incluso los que eviten la amortización de puestos de trabajo por razones de política de empleo, sea contrario a la Constitución española por discriminatorio.

Por lo que se refiere a la aplicación de la Directiva 2000/78 ha de recordarse que no pueden establecerse discriminaciones por cualquier motivo, incluso edad, salvo que «dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios»¹⁵, cosa que recuerda mucho a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional por lo que podría trasladarse aquí que los convenios que establecieran cláusulas de jubilación forzosa que implicaran reparto del empleo y garantizaran que el jubilado forzosamente accediera a una pensión contributiva de la Seguridad Social no vulnerarían la citada Directiva.

Ello trae a colación la crítica a un argumento no jurídico sino sociopolítico utilizado por el Tribunal Supremo: han desaparecido las razones que justificaron la norma autorizante ya que la situación social y laboral actual es muy diferente a la de los años 80. Es cierto que se ha producido un cambio en las circunstancias socioeconómicas que supone que hay un mayor volumen de empleo, aunque de poca calidad, y han descendido las tasas de paro. En base a tales datos, GONZALO GONZÁLEZ, señala que no pueden aplicarse al momento actual la doctrina del Tribunal Constitucional de los años 80 ya que las condiciones son muy diferentes a las existentes en aquella época y se produciría una «invocación descontextualizada»¹⁶. De hecho, la sentencia que se comenta utiliza la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001, pero subrayando aspectos de la misma que les viene bien a la argumentación, así hace énfasis en la idea de que la jubilación forzosa establecida por la DA 10.^a era un instrumento de una política de empleo para un tiempo y realidad distinta de la actual; pero se olvida de que en la misma Exposición de Motivos nada se dice que la misma autorizara a la negociación colectiva para

¹⁵ Como dice, MARTÍNEZ GIRÓN esta norma «se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación», por lo nada añade o nada quita a nuestro tema, *op. cit.*, pág. 157, recordando en nota 103 tanto el considerando núm. 14 como el art. 6.2 que indica «No obstante lo dispuestos en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación para los regímenes profesionales de Seguridad Social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones por jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo».

¹⁶ En «La jubilación forzosa de los trabajadores y sus derechos de ciudadanía», *RL* núm. 8, 2003, pág. 32.

ello sino que la «estimulaba». Pero lo cierto y verdad, es que no hay tanta diferencia con aquel momento, seguimos siendo de los países con mayor tasa de paro de la Europa de los 15 (no poseo estadísticas fiables respecto de la Europa de los 25), pero es que, además, desde mediados de los 90 el Gobierno ha utilizado medidas de «contabilidad creativa» para contar el número de desempleados, entendiendo, como lo hace MARÍN ALONSO, que el convenio colectivo sigue siendo un instrumento apto para la regulación del mercado de trabajo dentro de la actual política de empleo pues su negación por tal motivo «equivaldría ello tanto a decir que en España se ha alcanzado el pleno empleo». Evidentemente, sólo cuando ello ocurra o cuando el paro sea estructural (en torno al 3 por ciento que señalan los economistas) podríamos decir que no tiene razón de ser este tipo de cláusulas. En fin, que la doctrina del Tribunal Constitucional sigue plenamente vigente en el momento actual.

- c) La tercera norma prohibitiva que podría argumentarse para evitar que la negociación colectiva regulara la jubilación forzosa se encuentra, según parte de la doctrina, en el art. 39.2 LGSS. Es significativo que el Tribunal Supremo no dijera nada al respecto, quizás porque entiende que ello no es un argumento esgrimible a tal efecto, porque, de ser así, lo hubiera añadido a la batería de los utilizados.

Pues bien, en aplicación del artículo 41 CE, que permite que sólo las prestaciones complementarias sean de determinación y regulación libre, GONZALO GONZÁLEZ, recuerda que las prestaciones básicas públicas, por el contrario «son de regulación legal exclusivas, sin interferencia posible de la voluntad o colectiva de empresas y trabajadores de su régimen jurídico». E indica que ello no podía ser de otro modo ya que son el contenido de una relación de derecho público, referidas a derechos subjetivos de esa misma naturaleza. En lo esencial, los derechos públicos de la Seguridad Social no traen causa inmediata de la relación privada laboral siendo precisamente esa la razón que excluye a tales derechos de la regulación del trabajo, sea ésta individual o colectiva: sin otra excepción que es establecimiento de mejoras voluntarias la Seguridad Social no podrá ser objeto de la contratación colectiva (art. 39.2 LGSS). Para finalizar, indica que el art. 3 de la LGSS declara nulo todo pacto individual o colectivo por el cual los trabajadores renuncien a sus derechos a la Seguridad Social, entre ellos «el acceso voluntario a la pensión de jubilación una vez cumplida la edad mínima exigible»¹⁷.

Pero, no puedo estar de acuerdo en esta cuestión con el gran maestro de la Seguridad Social, y ello por tres motivos: el primero, como ya advir-

¹⁷ *Op. cit.*, pág. 34.



tió PÉREZ YÁÑEZ, «toda vez que en la jubilación forzosa pactada en convenio no existe “negociación” alguna de la jubilación regulada en la normativa de la Seguridad Social»¹⁸, lo que es evidente ya que el convenio colectivo no regula ni el período de carencia, ni la cuantía de la prestación, ni siquiera el requisito de la edad ya que esta sigue siendo la edad establecida por la legislación de derecho imperativo, vigente; lo único que regula es la posibilidad de seguir o no activo. El segundo, como ha dicho LAHERA FORTEZA, porque del tenor literal del art. 160 LGSS ni de otra norma de la Seguridad Social no se deduce necesariamente del principio de voluntariedad de la jubilación¹⁹. Y tercero porque la cuestión de la irrenunciabilidad de derechos establecida en el artículo 3 de la LGSS²⁰ es una falacia: de un lado, porque lo que no podría renunciarse es a un derecho a la pensión de jubilación no al derecho «a su acceso voluntario», cosa que se sepa no está recogida en su articulado; de otro lado, porque no hay una renuncia ni siquiera al derecho a la pensión de jubilación: el jubilado forzosamente es expulsado del mercado de trabajo pero en su voluntad queda el derecho a solicitar o no la pensión de jubilación (evidentemente podría solicitarla ya que el Tribunal Constitucional ha establecido como necesario para tal forzosa expulsión el que se cumplieran los requisitos para acceder a una pensión de jubilación); la solicitud o no es una cuestión voluntaria y podrá depender de su verdadera situación de necesidad²¹.

Con todo ello, y en posición semejante a la adoptada en el voto particular y a una considerable parte de la doctrina, sigo pensando que el convenio colectivo es un instrumento útil para el establecimiento de edades de jubilación forzosa siempre que se den las condiciones establecidas por la doctrina constitucional: que lo sea como medida de reparto del empleo y que se garantice la protección de la Seguridad Social del trabajador que ha sido expulsado de su puesto de trabajo.

En cualquier caso, parece que la última palabra, es necesario que se produzca, la tienen el Tribunal Constitucional o el legislador. Pero en cualquier caso parece que irá en el sentido de «potenciar» la negociación colectiva, algo que se ha procurado en los últimos años, especialmente desde 1994, y nadie ha querido recordar o mencionar.

¹⁸ *Op. cit.*, pág. 368.

¹⁹ *Op. cit.*, pág. 39.

²⁰ Véase mi comentario al precepto en AAVV, Dir. Alarcón Caracuel, *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Aranzadi, 2003.

²¹ Cosa que, por cierto, no ocurre en la mayoría de los que reclaman su derecho a no ser jubilados forzosamente ya que son trabajadores con espléndidos sueldos (estibadores portuarios, AENA o altos cargos de empresas o MATEPSS).