

Bufete

A b d ó n P e d r a j a s

ABOGADOS ASOCIADOS

**RETORNO DE LA PERMISIBILIDAD LEGAL PARA EL
ESTABLECIMIENTO DE CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN
FORZOSA EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS**

(A propósito de la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación).

Abdón Pedrajas Moreno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Abogado

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Madrid, julio 2005

SUMARIO

1.- LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES DE LA JUBILACIÓN FORZOSA CONVENCIONAL.

2.- LA DEROGACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES POR EL REAL DECRETO-LEY 5/2001, DE 2 DE MARZO.

2.1.- Derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores.

2.2.-Dos posiciones enfrentadas.

2.2.1.- En contra de la posibilidad de pactar válidamente cláusulas de jubilación forzosa.

2.2.2.-A favor de la posibilidad de pactar válidamente cláusulas de jubilación forzosa.

3.- LA STS DE 9 DE MARZO DE 2004, SOBRE LA VIGENCIA DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE JUBILACIÓN FORZOSA.

4.- LA LEY 14/2005, DE 1 DE JULIO, SOBRE LAS CLÁUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS REFERIDAS AL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN.

ANEXO: LEY 14/2005, DE 1 DE JULIO, SOBRE LAS CLÁUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS REFERIDAS AL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN.

RETORNO DE LA PERMISIBILIDAD LEGAL PARA EL ESTABLECIMIENTO DE CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

1.- LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES DE LA JUBILACION FORZOSA CONVENCIONAL

1.-Para comprender en toda su amplitud la trascendencia de la reciente Ley 14/2005 -por la que, nuevamente, se incluye una Disposición Adicional Décima en el Estatuto de los Trabajadores, con significación equivalente a la que fue objeto de derogación por el R.D. Ley 5/2001- es preciso hacer un mínimo de historia normativa y jurisprudencial acerca de las posibilidades de establecer lícitamente la jubilación forzosa en un convenio colectivo en nuestro ordenamiento:

1º) Vigente la Ley de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo de 24 de abril de 1958, continuaba vigente una O.M. de 1 de julio de 1953 en la que se establecía lo siguiente: *“La jubilación por edad es siempre un derecho del trabajador, quien podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan”,* añadiendo a continuación que *“(este) derecho reconocido al trabajador...es compatible con las facultades (de organización y dirección) que a las empresas confiere la ley”,* refiriéndose a la posibilidad que la empresa tiene de extinguir el contrato de trabajo, en su caso, por ineptitud del trabajador al llegar a una edad determinada en malas condiciones.

Esta norma tenía el carácter de norma imperativa de derecho necesario absoluto, indisponible por tanto por convenio colectivo, como se

encargó de reconocer la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS.T.S. de 30 de junio de 1966, Ar/3636, de 22 de septiembre de 1966, Ar/3870 o de 7 de marzo de 1969, Ar/1108). En otras sentencias el Tribunal Supremo extendería esta prohibición legal de pactar la jubilación forzosa al contrato individual de trabajo por idénticas razones, esto es, debido al carácter imperativo de la O.M. de 1953 (por todas, SS.T.S. de 23 de octubre de 1967, Ar/3680 o de 22 de diciembre de 1967, Ar/4347).

2º) Con la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, su Disposición Adicional Quinta, párrafo segundo, vino a derogar la O.M. de 1953, y así lo reconoció expresamente la Jurisprudencia (por todas, SS.T.S. de 7 de octubre de 1980, Ar/3969 o de 25 de noviembre de 1980, Ar/4396), al establecer que *“en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”*, añadiendo el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, por su parte, que *“el contrato de trabajo...se extinguirá por jubilación del trabajador”*.

3º) Planteada cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo primero de la Disposición Adicional Quinta del Estatuto de los Trabajadores, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 22/1981, de 12 de julio, si bien no entró a valorar la constitucionalidad del párrafo segundo de esta Disposición, referido a la negociación colectiva, limitándose a declarar la inconstitucionalidad del párrafo primero, relativo a la edad legal y reglamentaria de jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo por contrario al derecho al trabajo (art.35.1. C.E.) y al principio de no discriminación por razón de edad (art.14 C.E.), vino a sentar las siguientes bases interpretativas del precepto:

- a) Resulta inconstitucional la Disposición Adicional interpretada como norma que prohíbe trabajar a los 69 años o a la edad

inferior que pueda fijar el Gobierno “*de forma directa e incondicionada*”.

- b) Es, por el contrario, constitucional la Disposición Adicional interpretada como norma que prohíbe trabajar a las edades indicadas anteriormente siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: 1ª) Que no se amortice el puesto de trabajo, sustituyendo al trabajador jubilado por un trabajador desempleado y 2ª) que el trabajador haya completado el periodo mínimo de cotización legalmente exigido para causar derecho a la pensión de jubilación contributiva.

En definitiva, la Sentencia vino a solucionar el conflicto que se produce entre varios derechos constitucionales de acuerdo con la conocida “*doctrina del equilibrio*” entre los mismos que mantiene el Tribunal Constitucional. Así, acepta la compensación del atentado contra los derechos a la no discriminación por razón de edad (art. 14 C.E.) y al trabajo (art.35.1 C.E.) por razones de política de empleo (art.40 C.E.) y respetando los derechos de jubilación del trabajador (art.50 C.E.).

4º) La Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1995, de 30 de abril, abordaría años más tarde frontalmente la cuestión de constitucionalidad del párrafo segundo de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores.

En ella se mantuvo la doctrina de que, “*si bien la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual...no puede tampoco negarse la capacidad de incidencia de un convenio colectivo en el terreno de los derechos individuales*” y que, por tanto, todo es una “*cuestión de equilibrio*” entre la autonomía colectiva y la autonomía individual.

La Sentencia continuaba razonando en el sentido de que en este caso ha sido el propio legislador el que ha realizado el ajuste entre las dos autonomías en la Disposición Adicional Quinta del Estatuto de los Trabajadores, lo que ha sido interpretado por algunos como que esta Disposición Adicional es la necesaria ley habilitante que permite negociar en convenios colectivos las cláusulas de jubilación forzosa.

Concluía la Sentencia afirmando que *“no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante convenio colectivo pueda fijarse la jubilación forzosa en la medida en que se garantice que el afectado pase a percibir la pensión de jubilación”*, guardando silencio, sin embargo, acerca de la segunda compensación que señalaba la anterior Sentencia del Tribunal Constitucional – la 22/1981 – en el sentido de garantizar la no amortización del puesto de trabajo dejado vacante por el trabajador jubilado, esto es, las razones de política de empleo.

5º) Con posterioridad a esta Sentencia, el Tribunal Constitucional dictaría hasta 41 Sentencias, resolviendo otros tantos recursos de amparo acerca de la cláusula de jubilación forzosa del Convenio Colectivo de Renfe de 1982, en idéntico sentido, aceptando la constitucionalidad de la determinación convencional de la jubilación forzosa siempre que se respeten los derechos de Seguridad Social de los trabajadores afectados.

6º) Así las cosas, la Jurisprudencia ordinaria del Tribunal Supremo seguiría posteriormente esta misma doctrina interpretativa, señalando que:

- a) Es perfectamente constitucional y legal pactar en un convenio colectivo una cláusula de jubilación forzosa siempre que se garantice el derecho del trabajador a la pensión de jubilación por haber cumplido el período de carencia exigido.

- b) El convenio colectivo no tiene por qué exigir a la empresa la no amortización del puesto de trabajo y su sustitución por otro trabajador desempleado. Respecto de este último aspecto, tan sólo la S.T.S. de 20 de octubre de 1990, Ar/7937, vendría a situarse en línea con la doctrina de la primera Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, subordinando la validez de la cláusula convencional a medidas de política de empleo, si bien sin exigir necesariamente la no amortización de la vacante, bastando con *“una redistribución del trabajo, facilitar el acceso al empleo de aquellos que están en situación de paro, la viabilidad o el mantenimiento de empresas en dificultades u otras análogas.*

7º) Esta historia jurisprudencial finalizaría con la S.T.S., en unificación de doctrina, de 14 de julio de 2000, Ar/6630, donde se dejaría meridianamente claro que el único límite exigible a la jubilación forzosa convencionalmente establecida era el fijado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985 de garantizar al trabajador afectado la pensión de jubilación contributiva y no el fijado por la anterior Sentencia de este Tribunal 22/1981 de exigir expresas medidas de política de empleo.

En este sentido, la Sentencia citada llegaría a decir: *“Aunque llama la atención que lo que no puede hacer la ley o el reglamento sí pueda hacerlo el convenio colectivo, ...ello se comprende si se tiene en cuenta que la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que necesariamente, en esa transacción, se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que deriva”.*

8º) El Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995, por su parte, modificaría el párrafo primero de la Disposición Adicional Quinta, respetando el párrafo segundo en sus propios términos y convirtiéndolo en la Disposición Adicional Décima, según la cual *“en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”*.

2.- LA DEROGACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES POR EL REAL DECRETO-LEY 5/2001, DE 2 DE MARZO.

2.1.- Derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores.

2.-El Real Decreto-Ley 5/2001, transformado en Ley 12/2001, procedió a derogar la Disposición Adicional Décima del ET, alegando que dicha disposición *“estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento en el marco de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo, claramente desactualizadas”*.

La derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores planteó un largo y apasionado debate doctrinal y jurisprudencial acerca de si, pese a la derogación expresa de esta Disposición Adicional Décima del ET, era o no posible seguir negociando las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos.

2.2.-Dos posiciones enfrentadas.

3.-En este debate se produjeron básicamente dos posiciones enfrentadas, siendo desde luego variados los argumentos interpretativos en que se apoyaron las respectivas posturas:

a) De un lado, la de los que mantenían que nada había sucedido con la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores y que los convenios colectivos, tras la derogación, podían seguir pactando cláusulas de jubilación forzosa.

b) De otro, la de los que consideraban que, a partir de la derogación, ya no era posible pactar válidamente estas cláusulas de jubilación forzosa.

2.2.1.- En contra de la posibilidad de pactar válidamente cláusulas de jubilación forzosa.

4.- Entre los argumentos manejados a favor de la imposibilidad de negociar cláusulas de jubilación forzosa, se manejaron los siguientes:

1º) En primer lugar, que la intención del legislador, manifestada en la Exposición de Motivos de la Ley que derogó la Disposición Adicional Décima del ET, había sido la de cambiar la política legislativa establecida en 1980, pasando de defender la jubilación forzosa y, en general, aquellas medidas tendentes a favorecer el adelanto de la edad de jubilación por razones de política de empleo a defender la oportunidad de prolongar la vida laboral de los trabajadores, respetando por ello la voluntariedad de la jubilación, fomentando su progresividad y flexibilidad (la jubilación parcial combinada con el trabajo a tiempo parcial) y el retraso de la jubilación misma (primando a los trabajadores que se jubilen más allá de los 65 años con aumentos del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión, por encima del 100 por 100 de la base reguladora). Y ello, no tanto por no seguir siendo importantes las razones de política de empleo

en estos momentos cuanto, sobre todo, por razones económicas de conseguir el equilibrio financiero del Sistema de la Seguridad Social, no cargándole con más prestaciones y sustrayéndole las correspondientes cotizaciones.

2º) En segundo lugar, se señalaba que los arts. 35.2 y 53.1 de la Constitución establecen una reserva de ley para la regulación del derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 de la Constitución y que la propia Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985 salvó expresamente la inconstitucionalidad de la jubilación forzosa convencional por existir una ley – la Disposición Adicional Quinta, más tarde Décima, del Estatuto de los Trabajadores,- y que, una vez derogada esa ley, un convenio colectivo que estableciese una cláusula de jubilación forzosa atentaría contra la reserva de ley constitucionalmente establecida.

3º) En tercer lugar, que, según el art.17.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, están prohibidas las discriminaciones desfavorables por razón de edad salvo que una ley les dé cobertura, ya que sólo por ley se permite establecer "*exclusiones para ser contratados*", entre las que podría incluirse, en sentido contrario e implícito, la jubilación forzosa. Y, al desaparecer esta cobertura legal, con la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, estaría legalmente prohibida la discriminación desfavorable por razón de edad consistente en una jubilación forzosa.

4º) En cuarto lugar, se afirmaba que la admisibilidad de la jubilación forzosa convencional supondría establecer por convenio colectivo una nueva causa de extinción del contrato de trabajo no prevista en el art.49 del Estatuto de los Trabajadores, que solamente se refiere a la jubilación voluntaria del trabajador, lo que atentaría contra la relación de causas de extinción contractual que establece una norma de derecho imperativo

absoluto –el art.49 del estatuto de los Trabajadores- considerada siempre como un “*numerus clausus*”

5º) En quinto lugar, y sobre todos los demás argumentos, se defendió que si algún significado tenía la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores es el de derogar “*la necesaria ley habilitadora*” para negociar cláusulas de jubilación forzosa, ya que una jubilación forzosa convencionalmente pactada sin ley habilitadora vulneraría el derecho al trabajo (art. 35.1 C.E.) y la no discriminación por razón de edad (art. 14 C.E.). Este argumento se apoyaba sobre todo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985 que pareció atribuir, según esta interpretación, a la Disposición Adicional “*carácter constitutivo*”, esto es, carácter de ley habilitadora sin la cual no era posible negociar colectivamente cláusulas de jubilación forzosa.

2.2.2.-A favor de la posibilidad de pactar válidamente cláusulas de jubilación forzosa.

5.-Entre los argumentos manejados a favor de la posibilidad de pactar válidamente estas cláusulas de jubilación forzosa destacaron los siguientes:

1º) Por lo que se refiere a la intención del legislador al derogar la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, aún admitiendo que fuese la señalada por los defensores de la nulidad de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, que sin duda lo era, con la derogación lo que se pretendía no era tanto impedir jurídicamente la jubilación forzosa convencional – lo que no podría seguramente hacer una ley ni siquiera expresamente sin incurrir en inconstitucionalidad,- sino tan sólo “*desincentivar*” su práctica ya que, al no ser necesaria una ley de habilitación para su negociación, su derogación nada significaba

jurídicamente, debiendo por ello ser interpretada en "*clave política*" y no "*jurídica*".

2º) En cuanto a la existencia de una reserva constitucional de ley que impidiera la negociación colectiva de estas materias sin una ley de habilitación, se afirmaba que la reserva de ley establecida en la Constitución se refería únicamente al reparto de poderes normativos entre la ley y el reglamento y no al reparto de poderes normativos entre la ley y el convenio colectivo. Este último reparto de poderes entre ley y convenio colectivo no se explicita en la Constitución, que tan sólo reconoce el derecho de negociación colectiva en el art.37.1, cuyo contenido vendrá limitado por el respeto a otros derechos constitucionales de acuerdo con la "*doctrina del equilibrio entre derechos*", conforme ha mantenido el propio Tribunal Constitucional.

3º) Por lo que respecta al tercero de los argumentos utilizado a favor de la nulidad de estas cláusulas que señalaba que, desaparecida la cobertura legal de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, estaría legalmente prohibida la discriminación desfavorable por razón de la edad consistente en una jubilación forzosa, a nuestro juicio, se señalaba que la ley que da cobertura a la negociación de la jubilación forzosa se encuentra en los arts.37.1 de la Constitución y 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, sobre la libertad del contenido negocial - y no en el art.17.2 del Estatuto de los Trabajadores,- preceptos que permanecieron vigentes tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores.

4º) Respecto del argumento que afirmaba que la admisibilidad de la jubilación forzosa convencional supondría establecer por convenio colectivo una nueva causa de extinción contractual, se señalaba, igualmente, que con ello no se creaba una nueva causa de extinción del

contrato de trabajo, distinta de las previstas en el art.49 del Estatuto de los Trabajadores, sino que tan sólo se concretaba la causa legal del art.49.1.f) del Estatuto de los Trabajadores, relativa a la "jubilación del trabajador", donde no se especificaba si la jubilación había de ser voluntaria o forzosa o si cabían ambas.

5º) Pero, sobre todo, en relación con el último y principal argumento utilizado para negar validez a estas cláusulas convencionales de jubilación forzosa – el de la necesidad de una ley habilitadora para negociar este tipo de cláusulas,- se defendió que la negociación colectiva de la jubilación forzosa no necesita de una ley ordinaria habilitadora ya que tal posibilidad negocial tiene su fundamento y cobertura en el art.37.1 de la Constitución y en su correlato el art.85.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Se defendía, en definitiva, que la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores no era una ley habilitadora, sino una norma meramente declarativa (y no constitutiva), limitándose a declarar lo que era, y sigue siendo, facultad del convenio colectivo. Se trataba, en este sentido, de un precepto legal que, "pedagógicamente", recordaba la oportunidad de negociar estas cláusulas, "perversión normativa" ésta a la que nos tiene acostumbrado el legislador de "aconsejar" o "promocionar" tal o cual política o conducta a seguir, sin que tal "mandato" tenga carácter normativo sino recomendatorio. Esta Disposición Adicional tenía un contenido más "político" que "jurídico" y su derogación, interpretada en esta última clave, no significaba más que un cambio de orientación política en la promoción de las jubilaciones forzosas convencionales.

La cuestión, pues, de no necesitarse ley habilitadora para negociar este tipo de cláusulas, era la misma tras la derogación que antes con la Disposición Adicional vigente: Un problema de límites, de equilibrio entre

derechos constitucionales contrapuestos y de proporcionalidad y de ponderación en el sacrificio de los distintos intereses enfrentados; entre el derecho de negociación colectiva (art.37.1 C.E.), de un lado, y el derecho al trabajo (art.35.1 C.E.) y a la no discriminación por razón de edad (art.14 C.E.), de otro, jugando como mecanismos compensatorios, el necesario respeto del derecho a una pensión de jubilación contributiva (art.50 C.E.) y la exigencia constitucional de llevar a cabo una política de pleno empleo (art.40 C.E.). Equilibrio conseguido, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985, siempre que se respete el derecho de jubilación del trabajador afectado y, acaso, con todas las salvedades hechas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, existan razones de política de empleo.

6º) Finalmente, aunque no fuese éste, desde luego, un argumento jurídico sólido, se traía a colación la apreciación sociológica de que la negociación posterior a la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores continuaba produciéndose en la misma línea que con anterioridad, negociándose las mismas cláusulas de jubilación forzosa sin que se impugnasen de oficio ninguna de ellas.

3.- LA STS DE 9 DE MARZO DE 2004, SOBRE LA VIGENCIA DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE JUBILACIÓN FORZOSA

6.-La Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2004, dictada en unificación de doctrina, conoció del alcance de la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores y sobre la vigencia de las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa vigentes en el momento de su derogación, resolviendo sobre la base de sentencias muy dispares dictadas en suplicación por los Tribunales Superiores de Justicia.

7.-Las cuestiones planteadas en el recurso se centraron en las dos cuestiones siguientes:

1º) *“Establecer si la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores ... supone la prohibición de que los convenios colectivos contengan cláusulas de esta naturaleza o bien se trata de una simple deslegalización de la materia que no ha de impedir que los convenios sigan regulando en el futuro edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de seguridad Social a estos efectos”*

2º) *“Y, en caso negativo, determinar si la jubilación forzosa acordada por el empresario a tenor de un convenio ya vigente antes de la mencionada derogación ... es válida como tal para extinguir la relación laboral entre las partes ... aún después de la vigencia de la Ley derogatoria o, por el contrario ... la extinción acordada por la empresa debe entenderse injustificada y considerada como despido”.*

8.-La doctrina sentada por la Sentencia respecto de las dos cuestiones anteriores fue la siguiente:

1º) *“Derogada la Disposición Adicional Décima ... no es actualmente posible establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa”.*

2º) *“La solución debe ser otra para las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en la fecha de derogación de la Disposición Adicional Décima. Estas tenían amparo legal en dicha norma. Y su derogación no supone la pérdida de su vigencia”.*

Esta Sentencia fue objeto de voto particular formulado por el Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero, al que se adhirieron los Magistrados D. Luis Gil Suárez y D. Manuel Iglesias Cabero, donde se

manifestaba la discrepancia con la primera parte de la doctrina de la Sentencia, señalando que, aún desaparecida la Disposición Adicional Décima del ET, *“la jubilación forzosa es posible acordarla en convenio colectivo”*, si bien limitadamente.

9.-Así pues, en relación con la posibilidad de pactar cláusulas en los convenios colectivos de jubilación forzosa tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, la Sentencia mantuvo una posición contraria basada en los siguientes argumentos:

1º) En primer lugar, que la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores era la necesaria ley habilitadora, asentada a su vez en una justificación objetiva y razonable, que impedía que, durante su vigencia, pudieran considerarse discriminatorias las cláusulas convencionales relativas a la jubilación forzosa y que con su desaparición desapareció la habilitación legal necesaria, dándose entonces una discriminación injustificada.

2º) En segundo lugar, que la limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de la reserva de ley establecida en el art. 53.1 de la Constitución y que, desaparecida la norma legal, queda la negociación colectiva sin el marco legal habilitante para establecer limitaciones al derecho al trabajo.

3º) En tercer lugar, la desaparición de las razones que justificaron las consideraciones de política de empleo implícitas en los convenios colectivos a partir del Pacto de Toledo - canon interpretativo a seguir *“ex art. 3.1 del Código Civil”*,- tendiéndose ahora a flexibilizar la edad de jubilación de forma gradual y progresiva e incluso a la compatibilización entre pensión de jubilación y trabajo.

4º) En cuarto lugar, la misma tendencia constatable en las Directrices Comunitarias de Empleo y, sobre todo, en la Directiva 78/2000, del Consejo, de 27 de noviembre, recientemente transpuesta en nuestro ordenamiento, de prolongar la vida laboral activa de los trabajadores y de no discriminar por razón de edad a los trabajadores.

5º) Y, finalmente, la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001, que derogó la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, aludiendo al cambio de orientación de la política económica y social, por haber desaparecido las razones de política de empleo, objetivas y razonables, que justificaron el nacimiento y la vigencia de dicha Disposición.

10.-En relación con la cuestión planteada, el voto particular de los Magistrados disidentes mantuvo una postura favorable, basada en los siguientes argumentos:

1º) En primer lugar, que la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores no era la norma habilitante de la posibilidad de negociar cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, siendo la norma habilitante el art. 37.1 de la Constitución, atribuyendo al convenio colectivo una *"fuerza vinculante"*. Por ello, se razonaba, de su derogación no puede derivarse la prohibición de tal práctica negocial, *"sino tan sólo que (el legislador) ha optado por no intervenir en esta materia"*. Sin que, tampoco, la derogación de la Disposición Adicional en cuestión hubiera significado la *"resurrección"* de la norma predemocrática prohibitiva de la fijación de edades de jubilación por medio de convenio (la Orden de 1 de julio de 1953).

No resultando, en este sentido, tampoco, suficiente fundamento el hecho de que los Pactos de Toledo, la Exposición de Motivos de la Ley

Derogatoria o las normas posteriores sobre jubilación caminen en una dirección contraria, aconsejando retrasar la edad de jubilación, ya que *“nos encontramos en la actualidad con una deslegalización de aquella materia y el juez en su función de intérprete y aplicador del derecho no puede llenar la laguna legal aplicando criterios sociológicos en un sistema jurídico en el que se halla prevista expresamente la posibilidad de que la negociación colectiva pueda regular todas las materias que tengan relación con las condiciones de trabajo y la productividad”* (arts. 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores). Por lo que, a falta de una norma legal reguladora de esta materia, la norma aplicable habrá de ser el convenio colectivo.

2º) En segundo lugar, se niega virtualidad argumental a la afirmación del carácter discriminatorio por razón de edad en el trabajo de las cláusulas convencionales controvertidas. Y ello por varias razones:

a) Primero, porque el aludido art. 35 de la Constitución se refiere no sólo a los trabajadores en activo sino también a los trabajadores en paro.

b) Segundo, porque, dada la ubicación del mismo en el Capítulo II del Título I de la Constitución, por mandato del art. 53 de la Constitución habrá que estar a lo que disponga la ley y la ley no dice nada.

c) Y tercero, porque el art. 14 de la Constitución, que también se cita en la Sentencia, no se refiere a la jubilación ya que, si así fuera, hubiera sido igualmente inconstitucional la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, confundiendo la Sentencia el *“principio de no discriminación”* con el de la *“prohibición de trato desigual injustificado”*, mucho más matizado.

