

EDAD Y EXTINCIÓN FORZOSA DEL CONTRATO DE TRABAJO. DERECHO INDIVIDUAL VERSUS INTERÉS GENERAL

Yolanda SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

Catedrática de Universidad
Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
sanuran@ucm.es

SUMARIO: I. EDAD AVANZADA Y SU PROYECCIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EDAD AVANZADA, CAPACIDAD CONTRACTUAL Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.—III. EDAD AVANZADA Y RETIRO FORZOSO CONVENCIONAL.—IV. REFLEXIÓN FINAL.

«También este remedio de la escasez de puestos de trabajo —dejando a un lado los problemas jurídicos que plantea su radicalización, de los que es ejemplo en nuestro Derecho la declaración de inconstitucionalidad *secundum quid* de la disposición adicional 5.^a del Estatuto de los Trabajadores por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981— es aceptable, pese a que aisladamente no tenga frutos espectaculares y a que en los programas de reconversión las plazas dejadas por los anticipadamente jubilados tiendan más a ser amortizadas que a ser cubiertas por el personal de nuevo ingreso».

M. ALONSO OLEA, «El trabajo como bien escaso», *Revista Ius et Veritas*, núm. 14.

I. EDAD AVANZADA Y SU PROYECCIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. CONSIDERACIONES PREVIAS

La edad, en concreto la edad avanzada (en la acepción de edad próxima a la edad pensionable o de acceso a la pensión de jubilación), es uno de los factores que se proyecta transversalmente en el ámbito del empleo y de la ocupación, así como en la protección social, en especial, en el Sistema de Seguridad Social. Y es uno de los nuevos rasgos sospechosos de una diferenciación prohibida por el ordenamiento jurídico, planteándose aún hoy si la edad pertenece al primer grupo de rasgos, los que se dicen fuertes (los que tienen una relación directa con un grupo desventajado que hay que proteger de posibles discriminaciones) de aquellos otros, débiles, en los que no hay esa relación directa. Así, sobre la edad, hoy no hay discusión a nivel constitucional, europeo y legal interno español de que se trata de un «rasgo sospechoso». Basta a estos efectos, recordar la legislación de la UE (Directiva 2000/78, y las excepciones expresas o específicas a la prohibición de discriminación por razón de edad (art. 6.^º¹) y la reciente Ley española 15/2022, de 12 de junio, integral para la igualdad de trato y no discriminación (que incluye a esta, la edad, entre los factores de discriminación, art. 21). Pero, por el contrario, la cuestión hoy aún abierta es si el reconocimiento supone o no un juicio estricto de las diferenciaciones normativas basadas en la edad o, como bien se ha afirmado, tal reconocimiento «no ha derivado en un nivel de exigencia constitucional paragonable al que tienen las diferenciaciones basadas en otro tipo de rasgos»². O, expresado de otra forma, si la prohibición de discriminación por razón de edad tiene la eficacia de un derecho fundamental o, por el contrario, cabe entenderla como una medida o regla de regulación que pudiera ser utilizada flexiblemente en el contexto nacional del empleo y del mercado de trabajo, que sería entonces la justificación, objetiva y razonable, de la diferencia de trato utilizada por el legislador.

Desde esta perspectiva de análisis, la de la política legislativa, orientemos nuestra reflexión a una de las dimensiones de la proyección de la edad

¹ El precepto menciona diferencias de trato basadas en la edad que los Estados miembros podrán utilizar sin considerarse discriminatorias, entre ellas, las que sirvan a los objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional.

² D. GIMÉNEZ GLUCK, «Igualdad y no discriminación de las personas mayores», *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Político*, núm. 33 (2022), p. 71.

avanzada, en concreto la que se orienta a la extinción del contrato de trabajo. Identificada entonces con los aspectos siguientes: 1) edad y capacidad contractual, y 2) la doble dimensión, individual y colectiva, del Derecho, que exige coherenciar el derecho a la igualdad con la política social o de empleo, en la que parece hay que insertar la «extinción forzosa por edad convencional». Con el enfoque transversal de estas dimensiones atendiendo al carácter plurifuncional de la jubilación, que conjuga la función «contractual», en el sentido de retiro del trabajo por edad o extinción del contrato de trabajo derivado de la edad avanzada de la persona trabajador para transitar desde la situación de activo a la de inactivo pensionado con la dimensión institucional en el conjunto de la política social, atendiendo a los principios rectores de nuestra Constitución. De esta manera, y ante la dificultad de concretar o delimitar los contornos del colectivo de personas mayores o de edad avanzada que permita determinar un concepto en términos de Derecho discriminatorio, nos fijamos en aquellas que por su edad pueden dar el paso a la jubilación, y en este sentido, se ha intentado identificar con un tipo concreto de edad, la vejez, en la acepción de aquellas personas que superan o llegan a la edad de jubilación pensionable. Con la finalidad de dar un paso más en la actual visión de la no discriminación por razón de edad (calificada como neutra y bidireccional y laxa) con la más específica de no discriminación por razón de vejez, más estricta en tanto que «cohesiona a un colectivo estigmatizado, el de las personas mayores»³, proponiéndose entonces la distinción entre el género, la no discriminación por razón de edad, y la especie, la no discriminación por razón de vejez.

Don Manuel Alonso Olea tuvo la brillante idea de analizar y reflexionar sobre las sentencias del Tribunal Constitucional en la sabia percepción de que entonces, a corto y medio plazo, habría que pasar por el tamiz constitucional muchas de las normas laborales y de seguridad social de nuestro ordenamiento jurídico. Así, en 1984 se publica el tomo I de la colección de *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*⁴ con comentarios del maestro de varias tempranas sentencias del Tribunal Constitucional, en el supuesto concreto de nuestra atención, las que resolvieron cuestiones de inconstitucionalidad que ponían en tela de juicio la adecuación constitucional del texto inicial del Estatuto de los Trabajadores

³ D. GIMÉNEZ GLUCK, «Igualdad y no discriminación...», *op. cit.*, p. 82.

⁴ Con el elenco y estudios de las sentencias del Tribunal Constitucional, 1981-1983, 1.^a ed., Madrid, Civitas, 1984.

(ET) que fijaba una edad laboral máxima (sesenta y nueve años), impeditiva tanto de la celebración como de la continuidad del contrato de trabajo (con referencia a las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo y «sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación»). Y permitía que pudiera pactarse en convenios colectivos la extinción forzosa por edad «sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos»; lo que desde entonces se ha convenido en denominar «retiro forzoso convencional».

Desde esta perspectiva, las cuestiones entonces planteadas han sido reiteradamente abordadas y no han perdido un ápice de actualidad porque inciden sobre el que cabe denominar carácter plurifuncional de la jubilación ligada a objetivos socioeconómicos. Vigente la Constitución, su elenco de derechos y principios, el ET versión de 1980 introdujo en la lista de causas de extinción del contrato la jubilación del trabajador con la finalidad, parece, de dar respuesta al complejo problema de la extinción por edad y, probablemente, para evitar que la edad avanzada (la entendida como pensionable en las normas de Seguridad Social) se utilizara por el empresario como causa real de extinción del contrato de trabajo, oculta o simulada en la ineptitud sobrevenida. Se acompañó esa regla, como hemos indicado, con la previsión legal de un límite máximo de edad en la relación laboral y de remisión a la negociación colectiva para estableciera edades de jubilación.

Desde la que hemos convenido en denominar función contractual de la jubilación, recuérdese que nuestra legislación histórica laboral y de protección social utilizó la edad avanzada de la persona trabajadora como nexo para fijar de forma natural y no traumática el tránsito entre la situación de activo y la situación de inactivo. De modo que se configura como una de las causas de extinción del contrato de trabajo el hecho biológico de la vejez.

No obstante, la vejez, si asimilada a ancianidad, no fue (ni es) la contingencia cubierta por la legislación de protección social; por el contrario, la idea fue que la vejez protegida era la que cupo entender como senectud o senilidad, conviniendo que aquella era causa de una perdida de aptitud o capacidad profesional, diferenciándose la jubilación como ineptitud presunta por razón de edad avanzada de la invalidez como falta de aptitud o capacidad profesional real y demostrada de enfermedad invalidante. Las normas de seguridad social avanzan en su evolución en la configuración actual (veremos cómo haya que avanzar en el futuro próximo), de modo que no se expresa que la causa del cese en el trabajo sea la edad, sino que

esta, la edad, se considera como edad pensionable, edad para causar derecho a la pensión. En ningún caso se expresa que la edad legitime la imposición u obligación de extinguir el contrato de trabajo.

Por lo que refiere a las normas laborales, recuérdese que en la larga etapa en que en nuestro ordenamiento jurídico se equiparó la edad avanzada a vejez (entendida como causa de ineptitud o disminución de la capacidad para trabajar), las normas laborales generales no precisaron el alcance extintivo de la edad pensionable como presupuesto del retiro al que se condicionaba la prestación de seguridad social. Fueron las normas sectoriales las que configuraron el retiro senil forzoso o la extinción automática del contrato de trabajo por edad; esta fue la práctica habitual en las Reglamentaciones de Trabajo, puesta ya entonces en entredicho porque, se decía, podía colisionar con el derecho individual al trabajo del trabajador de edad avanzada. De este modo, vigente la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (que prevé la ineptitud sobrevenida como causa de despido), la Orden de 1 de julio de 1953 proclamó, a salvo las excepciones previstas, que «la jubilación es siempre un derecho del trabajador», desechar así la eficacia extintiva automática por cumplimiento de la edad de jubilación y, en consecuencia, su configuración como incapacidad *iuris et de iure* para el trabajo⁵. Pero, recuérdese, declaraba compatible el derecho a la jubilación con las facultades de la empresa para despedir al trabajador por ineptitud, es decir, con la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por razón de disminución o desaparición de las facultades físicas o intelectuales del trabajador que le impidieran un cumplimiento adecuado de la obligación de trabajar a causa de la edad⁶.

En ese momento, como decíamos, irrumpió el ET de 1980, introduciendo en la lista de causas de extinción del contrato de trabajo la jubilación del trabajador (art. 49.6). Planteándose la duda de si la opción legal postconstitucional era la orientada hacia la «jubilación forzosa» (extinción automática del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad de jubilación) y, en su caso, cómo pudiera coherir con los derechos garantiza-

⁵ Ya lo avanzó así M. ALONSO OLEA, *El despido*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 136.

⁶ Ampliamente, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO, «La extinción de la relación laboral por edad del trabajador», *Revista de Política Social*, núm. 97 (1973), pp. 23 y ss. Puede consultarse en <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-politica-social/numero-97-enero-marzo-1973/la-extincion-de-la-relacion-laboral-por-edad-del-trabajador-1>, distinguiendo ya entonces, cuando se hablaba de cláusulas convencionales sobre «jubilación forzosa», que lo que encerraban era una facultad del empresario de extinción del contrato de trabajo y no facultad de obligar al trabajador a convertirse en jubilado.

dos constitucionalmente, en concreto, con el derecho de la persona trabajadora al trabajo y a no ser discriminada por razón de edad.

Hay que recordar que el TC, inicialmente intentó equilibrar o buscó un punto de inflexión en el momento (inicio de los años ochenta del siglo XX con crisis económica y de empleo) y de proyección en el futuro (incluido el largo plazo, tal y como confirma la larga y accidentada regulación durante más de cuatro décadas de la extinción forzosa por edad en el texto del Estatuto de los Trabajadores) que, por razones de muy diverso signo, también por supuesto la cíclica crisis económica, además de la política financiera y monetaria, consolida la opción de política legislativa favorable a concebir la jubilación en nuestro ordenamiento jurídico como una de las medidas de política de empleo. No solo como situación acreedora de cobertura por el sistema de Seguridad Social, sino también como medio o instrumento para lograr unos objetivos o finalidades socioeconómicos, en concreto para, a su través, dar respuesta a problemas relacionados con la política de empleo y la inserción en el mercado de trabajo de aquellos que por su edad «joven» tienen dificultad para acceder al mismo. Durante décadas el legislador opta por mantener la función contractual de la jubilación no solo para identificarla con un supuesto de extinción (voluntaria) del contrato de trabajo (regla general, salvo los supuestos de compatibilidad de la pensión-trabajo) sino con un factor de incidencia en el mercado de trabajo en el marco de una determinada política social y económica que admite su imposición al trabajador de edad avanzada.

Es verdad que el TC indicó años después que a él no le correspondía idear, corregir, modificar políticas públicas sobre empleo y jubilación (*vid. STC 8/2015*, de 22 de enero, recurso de inconstitucionalidad, en concreto, en torno a la opción legal de entonces, reforma de 2012, de declarar la nulidad de las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos)⁷. Lo que, desde luego, incide sobremanera en uno de los aspectos básicos que giran en torno a la «discriminación por razón de edad», a saber, su conexión con las diferencias de trato que por este motivo pudieran estar vinculadas a diferentes políticas y, entonces, con la que se convino en calificar como «envejecimiento activo». Pero sí le compete analizar cómo un principio rector de la política social y económica, tal y como prevé el art. 40 CE (recordemos la garantía de pensiones adecua-

⁷ M. ALONSO OLEA, A. MONTOYA MELGAR y A. V. SEMPERE NAVARRO (dirs.), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XXXVI (2015-2018), Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2019. Comentario de la sentencia a cargo de la profesora I. BALLESTER PASTOR, pp. 69 y ss.

das para los ciudadanos durante la tercera edad), conectado al principio de igualdad de oportunidades en nuestro Estado Social (art. 9.^a.2 CE), puede condicionar, restringir o eliminar el ejercicio del derecho individual al trabajo (art. 35 CE) y puede justificar las excepciones al derecho a la igualdad y no discriminación en el empleo y en la ocupación por razón de edad (art. 14 CE).

Decíamos que la cuestión no ha perdido actualidad porque enlaza con la dificultad del control de constitucionalidad de las limitaciones, excepciones, condicionantes o restricciones del derecho al trabajo de los ciudadanos de «edad avanzada». Y ello por varias razones, la primera, porque se ha de identificar con precisión y claridad la que pudiera entenderse como política pública en materia de empleo en el contexto social y económico del momento, en particular cuando el legislador no la explicita o solo la deja entrever como condicionamiento muy difuso o excesivamente abierto a la interpretación.

Más aún si consideramos la evolución cíclica de la economía y su repercusión en el ámbito del empleo y de la ocupación en un contexto geográfico cada vez más amplio y en el marco de unas políticas sociales y económicas que trascienden las fronteras nacionales y que se imponen a quienes, como España, forman parte de organismos internacionales, europeos y comunitarios, que tienen atribuidas competencias en materia social.

II. EDAD AVANZADA, CAPACIDAD CONTRACTUAL Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Esta fue la cuestión planteada tempranamente al Tribunal Constitucional (TC), que resolvió en parte en el fallo interpretativo de la STC 22/1981, de 2 de julio.

Recuérdese que la cuestión tuvo por objeto la entonces DA 5.^a del ET 1980, y giró en torno a las tres reglas que establecía la citada disposición legal. Por lo que refiere a la fijación de una edad laboral máxima de sesenta y nueve años impeditiva tanto de la celebración como de la continuidad del contrato de trabajo, limitó el análisis a la valoración, desde los derechos constitucionales a la igualdad y al trabajo, de la fijación legal de una edad laboral máxima, limitativa de la capacidad para celebrar contratos de trabajo a una edad avanzada y extintiva del contrato de trabajo.

El fallo de la sentencia del TC tuvo un doble componente en la declaración de inconstitucionalidad en tanto se dijo:

- a) Es inconstitucional, interpretada como norma que establece la incapacitación para el trabajo a los sesenta y nueve años, es decir, como incapacitación general del trabajador basada en una presunción legal de ineptitud *iuris et de iure* por edad. Lo que claramente quiere decir que la edad avanzada no puede ser considerada como circunstancia personal-biológica conectada a la capacitación del trabajador.
- b) Es inconstitucional, si se interpreta como norma que de forma directa o incondicionada establece la extinción del contrato de trabajo a esa edad.

De modo que cabía la posibilidad de que la norma de entonces (y en la actualidad?) pudiera ser interpretada de otro modo. Y, en consecuencia, que fuera constitucional el uso de la edad avanzada como factor diferenciador tanto en el momento constitutivo como extintivo del contrato de trabajo. Lo que quiere decir, que cabe que la edad avanzada pudiera condicionar y justificar la extinción del contrato de trabajo.

Don Manuel tituló su comentario de la citada resolución del TC en los términos siguientes: «Incapacidad y jubilación del trabajador. Discriminación por razón de edad»⁸. Título que compendiaba la cuestión relativa a la extinción forzosa ligada a la jubilación del trabajador y tuvo por objeto ilustrarnos sobre al significado de los dos adjetivos que cualificaban la inconstitucionalidad de la norma así interpretada (directa e incondicionada).

En cuanto a la inconstitucionalidad de la edad fijada de forma directa, nos decía, «parece prohibir el *fiat* del legislador, autorizando en cambio las jubilaciones forzosas que de alguna manera cuenten con la voluntad del interesado».

Y adelantaba con la visión que le caracterizaba lo que, como veremos, vino poco después en otra sentencia posterior del TC. Decía el Maestro, «lo que parece dejar incólume de la tacha de inconstitucionalidad a las jubilaciones forzosas negociadas en convenio colectivo. Lo que, si fuera así, salvaría el párrafo segundo de la disposición», cuando se refiere a que «en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación».

En cuanto a la inconstitucionalidad de la edad fijada de forma incondicionada, lo que la sentencia quiere decirnos, expresaba don Manuel, «es

⁸ *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. I (1981-1983), *op. cit.*, pp. 31 y ss.

que si bien una política de empleo que quiera dar oportunidades de trabajo en los niveles inferiores de la pirámide de edad es, desde luego, inobjetable en sí misma, no puede sin embargo, llevarse a la práctica sin con ella se lesiona desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado (que indudablemente es la igualdad ante la ley y la consiguiente prohibición de discriminación por condición o circunstancia personal, que tiene su precisión y reflejo en el art. 17.1 ET, que prohíbe la discriminación por razón de edad)».

Sin perjuicio de lo que después se dirá, en relación con el condicionamiento objetivo (política de empleo), nos centramos ahora en lo que se dijo entonces en torno a si cabe entender como condicionamiento de la constitucionalidad de esta norma el que, como advirtió el TC, «el trabajador haya completado los períodos efectivos de carencia para causar derecho a la pensión ordinaria de la jubilación». Es decir, ¿obtendría el *placet* para en su caso considerar que no hay desproporción en la limitación de un derecho, el derecho al trabajo, y que no colisione en modo alguno con el principio de no discriminación por razón de edad?

Desde esta perspectiva, el TC ha admitido la base constitucional de las diferencias de trato por razón de edad, no solo en el plano de la política de empleo, sino en el plano individual. Y ha aceptado la utilización de la edad como rasgo que puede ser tomado en cuenta por el legislador para limitar el derecho al trabajo siempre que supere el control de constitucionalidad. Y es aquí donde, desde entonces, se plantea la cuestión no resuelta satisfactoriamente en torno al tipo de control que cabe aplicar si el factor de diferenciación utilizado es la edad avanzada de la persona trabajadora. Avanzábamos que la duda es si el control es solo mínimo de razonabilidad de la diferencia de trato o, por el contrario, cabe entenderlo como control o juicio estricto, de mayor rigor, propio de la prohibición de discriminación por razón de las causas o motivos previstos en las normas nacional y comunitaria. Y enlaza con la evolución también de la doctrina del TJUE cuando ha valorado la incidencia de la edad como criterio de diferenciación en el ámbito del empleo y de la ocupación. En el sentido de que la prohibición de discriminación por razón de edad es principio general del Derecho de la UE para después concretar en qué condiciones la edad puede ser utilizada como criterio diferenciador, esto es, en qué casos las diferencias pueden ser justificadas, razonables y proporcionales, y si cabe que lo sea el hecho del «menor perjuicio» que causa a un trabajador de edad avanzada que puede obtener la protección del sistema de seguridad social por cumplir en el momento de la extinción de los requisitos para

causar derecho a la pensión de jubilación. En este sentido, cabe recordar que para el TC la edad próxima a la jubilación puede ser un factor objetivo de diferenciación y justificativo de la extinción siempre que se una a otros factores coadyuvantes. Lo que le permite utilizar un criterio más flexible del control de constitucionalidad de las diferencias de trato basadas en la edad porque no hay para el TC una presunción de ilegitimidad de la utilización de ese criterio «siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos produce en los afectados» (STC 66/2015, de 13 de abril). Entre ellas, diríamos, las medidas legales que se han ido concretando a lo largo de estos años, como la ampliación de los supuestos de compatibilidad entre la pensión de jubilación o el endurecimiento de los requisitos exigidos en la evolución legislativa de la hoy DA 10.^a del ET para proceder a la extinción forzosa por edad. Volveremos sobre esta cuestión en las reflexiones finales.

III. EDAD AVANZADA Y RETIRO FOROSO CONVENCIONAL

Es verdad que la STC de 1981 introdujo un condicionante objetivo, a saber, que se debe tener la certeza de que en efecto «se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro», con lo que, parece, este argumento (la no amortización del puesto de trabajo cuya ocupación se libera mediante la extinción forzosa), refiere más —indicaba don Manuel— «a la política de empleo en sí misma, que a su efectividad a través de las jubilaciones, cuyo condicionamiento constitucional se centra sobre el que «no lesione desproporcionadamente al jubilado forzosamente».

Y ha de recordarse que, si bien dicha sentencia no entró de lleno en esa cuestión, de la argumentación cabría entender lo que entonces el maestro interpretó, adelantándose así a la posterior STC 58/1985, de 30 abril⁹ (cuestión de inconstitucionalidad en torno a la DA 5.^a, segundo párrafo del ET: «en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de seguridad social a estos efectos»), cuando recordaba que en la sentencia de 1981 el TC no entró en esa cuestión pero que de su fallo pareciera desprenderse la constitucionalidad de ese párrafo.

⁹ «Jubilaciones forzosas pactadas en convenio colectivo», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. III, Madrid, Civitas, 1986, pp. 107 y ss.

El argumento de la política de empleo comienza así a reiterarse por el TC en las varias ocasiones que ha debido pronunciarse sobre las cláusulas convencionales de retiro forzoso a una determinada edad; enlazando también con la vertiente colectiva del derecho al trabajo.

Por lo que refiere a la primera, la política de empleo, si bien en ambas sentencias de los años ochenta del siglo XX ese condicionante se introdujo como elemento central de la constitucionalidad de la medida (flexiblemente interpretado a lo largo de la evolución legislativa y de la interpretación y aplicación tanto por el TC como por la Sala IV del TS), acaba siendo en muchos casos una referencia formal y sin contenido alguno¹⁰.

Por lo que refiere a la segunda, esto es, a la vertiente colectiva del derecho al trabajo, vinculada a unos valores y principios constitucionales relacionados con el «interés general», que justifican la limitación o restricción de la dimensión individual de ese derecho (entre otras, STC 119/2014), lo que el maestro resolvió en pocas líneas, el TC requirió de muchos argumentos que, decía don Manuel, «son extremadamente laboriosos, especialmente por cuanto al hilo de los mismos se van abordando temas varios en torno a la contratación colectiva, a su reconocimiento por el art. 37 de la Constitución y a su regulación en el Título III del Estatuto de los Trabajadores»¹¹. El más importante, sin duda, es el relativo a la regulación por el convenio colectivo de derechos individuales, que no puede resolverse adoptando la posición simple de que son de imposible disposición; lo que equivaldría, afirma el TC, «a negar toda virtualidad a la negociación colectiva». Sobre esta base no puede considerarse inconstitucional una ley que determine la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva; y no lo es la que permite las «jubilaciones forzosas» pactadas en convenio colectivo. Y, como bien apuntaba don Manuel, resulta que lo que la ley no puede hacer, sí lo puede hacer la negociación colectiva, porque la razón está en la representación que ostentan los negociadores, la de los intereses de los trabajadores incluidos en la unidad de negociación, sin que sea necesaria (aunque lo haga) la introducción expresa por la ley de las jubilaciones en el ámbito de la negociación para que los pactos colectivos sobre las mismas sean válidos.

¹⁰ Recuérdese la STC 280/2006, de 9 de octubre. *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XXIV, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2006. Comentario de la profesora MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, pp. 417 y ss.

¹¹ *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. III (1985), Madrid, Civitas, 1986, p. 108.

¿Todos los derechos individuales son disponibles? ¿Lo es el derecho al trabajo? El TC distingue derechos individuales fundamentales indisponibles por convenio colectivo de los que parece pueden ser disponibles. Pero entonces, cabe decir que la jubilación forzosa por edad ¿no entra en el círculo de los indisponibles?

Nos recuerda el maestro que jurisprudencia anterior al ET lo había declarado (SSTCT de 2 de mayo de 1974, de 25 noviembre de 1980, etc.) y se completa con la STC 95/1985, de 29 de julio, y veinticinco sentencias más, 111 a 136/185¹², de modo que la legitimidad constitucional de la disposición adicional del ET (en su versión inicial y en las posteriores) incide en la legitimidad del acto impugnado, esto es, la extinción automática de contratos de trabajo por aplicación de las cláusulas convencionales. Esto es, recuérdese que estas sentencias resolvieron recursos de amparo planteados desde la vertiente del derecho a la igualdad y el TC dijo entonces que «es cierto que el establecimiento de un límite de edad para la permanencia en el trabajo origina una desigualdad con respecto a aquellos trabajadores que aún no la han alcanzado, pero la consecuencia no es constitucionalmente discriminatoria pues aparece precisamente justificada por una medida constitucional».

Los fallos del TC de entonces y la evolución legislativa posterior (diríamos la accidentada evolución legislativa sobre la extinción forzosa por edad) permiten aún hoy reflexionar sobre dos cuestiones, que reflejan el debate inacabado en torno al conflicto de intereses, incluso tras las últimas reformas (en concreto la producida por la Ley 21/2021), una, relativa al fundamento de la extinción convencional del contrato de trabajo por edad de jubilación; otra, relativa a sus condicionantes.

Por lo que refiere a la primera cuestión, la excepción a la regla general, esto es, la extinción por aplicación de un convenio colectivo, planteaba la duda en torno a la regulación por la negociación colectiva de los derechos

¹² Todas ellas referidas a un convenio colectivo, el de RENFE (que mantenía la cláusula convencional en los términos siguientes: «la jubilación forzosa en RENFE se rebaja de sesenta y cinco a sesenta y cuatro años de edad, de mutuo acuerdo entre la representación del personal y la Red, según lo establecido en el ANE»). Todas estas sentencias resuelven recursos de amparo, entendiendo en la instancia los recurrentes, que se trataba de un despido nulo o improcedente, alegando violación de los arts. 14 y 35 de la Constitución. Resueltas sobre la base o con fundamento en que no se había producido lesión desproporcionada del derecho de cada uno de los recurrentes (esto es que se ha producido con percepción de la pensión), su comentario en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. III, Madrid, Civitas, 1985, pp. 160 y ss. y 192 y ss. También la posterior STC 280/2006, de 9 de octubre.

individuales del trabajador. Cuestión resuelta por la sentencia de 1985 en torno a dos principios básicos, uno que la «autonomía colectiva no puede anular la autonomía individual» (lo que quiere decir que no puede anular el derecho al trabajo); y otro, expresaba, «que no puede negarse en modo alguno la capacidad de incidencia del convenio en el terreno de los derechos y los intereses individuales, pues ello equivaldría a anular toda virtualidad a la negociación colectiva».

Por lo que respecta a la segunda cuestión, la de los condicionantes o limitaciones a la extinción convencional por edad de jubilación, entre ellos, el que se dice objetivo legítimo de empleo, podrían plantearse varios interrogantes: ¿Cómo condiciona la finalidad de fomento del empleo a los convenios colectivos?; ¿las condiciones de política de empleo han de quedar explicitadas en el convenio colectivo? Y, en caso de respuesta afirmativa, ¿cabe una conexión indirecta, permitiendo una cláusula general de garantía de empleo? Y antes, la extinción forzosa por edad como instrumento jurídico de política de empleo ¿en qué concepciones y realidades se basa, son inmutables, hay que adaptarlas a la realidad social y económica? Y en su caso, ¿qué y cómo cabe definir holísticamente el objetivo de envejecimiento activo? Recuérdese que esta cuestión se planteó tras la derogación de la DA 10.^a por el Decreto-ley 5/2001, vigente ya entonces la Directiva 2000/78/CE; de modo que podría concluirse que la derogación era el resultado de una primera adaptación de nuestra legislación para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva, adoptada en el marco de las nuevas Directrices para el empleo comunitarias, que prestaban «especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa» y que justificaba la prohibición por razones de edad como elemento o instrumento fundamental para alcanzar esos objetivos por las Directrices sobre el empleo (considerando 25 de la Directiva).

En este contexto, y en relación con el conflicto de intereses, parece que ha pivotado de la reivindicación inicial de la extinción forzosa por las organizaciones sindicales (buscando la finalidad de distribución equitativa del empleo entre mayores-jóvenes) a la de las empresas como mecanismo de reestructuración de plantilla. De ahí que la opción del legislador actual de mantener la jubilación forzosa de forma restrictiva en el sentido de exigir la «contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora», se considere o pueda considerarse correcta para evitar interpretaciones y aplicaciones flexibles y distorsionadoras en rela-

ción con la que se concebía como cualesquiera otras medidas dirigidas «a favorecer la calidad del empleo».

No obstante, la política de envejecimiento activo casa mal con cualquier medida (incluso restrictiva) de seguir manteniendo la extinción forzosa por edad en los convenios colectivos; sin perjuicio del margen que queda al convenio colectivo para que, más allá de la disposición de un derecho individual del trabajador, pueda articular medidas relacionadas con una real y efectiva política de envejecimiento activo, en este caso, enfocada más en la entrada y permanencia en el puesto de trabajo con política efectiva de la gestión de los recursos humanos de las empresas con un enfoque de edad.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Con la perspectiva que da el tiempo transcurrido desde aquella primera sentencia del TC, y las posteriores, así como su proyección en la jurisprudencia ordinaria y su conexión con la doctrina del TC, la fundamentación dogmática de la categoría conceptual (edad) y el juicio que exige nuestro marco constitucional está condicionada por el Derecho de la UE.

No puede olvidarse al respecto el fundamento de la construcción jurídica de la prohibición de discriminación por razón de edad en la Directiva 2000/78, y su interpretación por el TJUE, que debe tratar de forma equilibrada la consideración ambivalente de la edad, como factor de discriminación y como criterio de política legislativa, de regla del mercado que subyace en la incardinación normativa del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad, en especial cuando se suscita un problema en la relación jurídica entre particulares.

Aun cuando el TC haya hablado del canon de constitucionalidad más estricto al que se ha de someter la edad como factor de diferenciación (en especial, la edad avanzada próxima a la edad de jubilación), cabe apreciar que, del análisis de las muchas resoluciones del TJUE, resulta que en la práctica no hay o se pretende un refuerzo del derecho a la no discriminación por razón de edad, lo que desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico constitucional interno lo identificaríamos con el canon de constitucionalidad más estricto. Sino bien diferente, se utiliza esa primera argumentación para posteriormente medir, enjuiciar o evaluar si la medida, es decir, el trato diferenciado basado en la edad, encaja en las excepciones que incorpora la norma comunitaria. Esto es, no se trata de incorporar una pro-

tección reforzada del trabajador, sino «acotar su alcance frente a la posibilidad del Estado de fijar diferencias legítimas por razón de edad».

Desde esta perspectiva, el anunciado como canon reforzado o escrutinio estricto se torna en otro más propio del juicio de igualdad con algún matiz. En efecto, como hemos apreciado al comienzo de este estudio, la prohibición de no discriminación por razón de edad es una categoría intermedia entre la igualdad y la prohibición de discriminación en sentido estricto. Y lo es porque en su configuración normativa comunitaria, en su recepción en nuestro ordenamiento jurídico y en su aplicación por el TC, el elemento central es la justificación de las excepciones a tal prohibición.

Justificación que exige, en primer lugar, valorar si hay una razón objetiva en relación con una finalidad legítima que permita la utilización de ese criterio diferenciador; y en segundo lugar, para el caso que pueda legitimarse la finalidad, es decir, una vez superado el primer filtro constitucional, comprobar si los medios utilizados para conseguir ese objetivo son adecuados, necesarios y proporcionales (triple juicio de proporcionalidad).

Entre las razones fundadas en intereses legítimos, recuérdese, que cabe expresar los objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional. Disponiendo al efecto el legislador de una amplia facultad de apreciación no solo al priorizar un objetivo sobre otros en materia social y laboral, sino también al definir las medidas que les permitan lograrlo en torno al interés general o colectivo. Con la duda entonces de si la justificación proviene de la utilización del criterio de edad vinculado a una finalidad general o cuando está en función del menor perjuicio ocasionado a otro colectivo definido también en función de la edad (por contraposición, los jóvenes).

Llegados a este punto, la reflexión concluye con el que en nuestra opinión debiera ser el canon de constitucionalidad, de modo que exige que la medida adoptada (pensemos en la jubilación forzosa por edad) tenga en cuenta la jerarquización de valores que impone nuestra constitución, es decir, los que están garantizados por la norma fundamental. Solo entonces cabría aceptar el criterio o factor de la edad como diferenciador si en la decisión concreta se equilibran y ponderan el derecho individual al trabajo del trabajador de edad avanzada y el derecho colectivo al trabajo, primando este cuando haya un interés colectivo cierto, preciso, que justifique la medida legal, en torno a la política de ocupación y de mercado de trabajo (piénsese en la actual orientada al envejecimiento activo y a la inserción en el mercado de trabajo buscando la contratación de personas por tiempo indefinido y a tiempo completo).

No obstante, en la fase posterior del canon de constitucionalidad, la relativa a la proporcionalidad en sentido amplio, que exige ponderar las dos vertientes del derecho al trabajo, individual y colectiva, de modo que el sacrificio del primero derive una razonable contraprestación para el interés general, colectivo, del resto de la población que demanda insertarse en el mercado de trabajo, se plantea si el juicio admite o no ciertas dosis de flexibilidad. Porque, analizadas numerosas sentencias del TJUE y pronunciamientos del TC, resulta que expresan un grado importante de flexibilidad. Admitida o considerada lícita la utilización de este criterio sospechoso, se ha de ponderar y por tanto lograr el adecuado equilibrio entre los distintos intereses en juego con el límite de no exceder de lo adecuado o de lo necesario para alcanzar el objetivo legítimo perseguido. Así, por lo que refiere a la utilización de edad como criterio de extinción del contrato de trabajo (piénsese en un despido colectivo), se ha de controlar que no haya atisbo alguno de utilización de estereotipos basados en la edad (diríamos, la regla especial de no discriminación por razón de vejez); la medida es idónea si se relaciona con el objetivo legítimo (ligado a medidas de política de empleo) y se eluden cuestiones relacionadas con la mayor o menor capacitación, con la mayor o menor experiencia, mayor o menor predisposición a la formación profesional, esto es, con los estereotipos o prejuicios que suelen anudarse a la edad (*ageism*). Pero, ciertamente, aun cuando la prohibición de discriminación por razón de edad permite un análisis más riguroso y estricto basado en la legitimidad de la finalidad (conviniendo que tal prohibición se basa en la garantía de un derecho fundamental y permite rechazar cualquier atisbo de utilización de estereotipos que puedan anudarse a la franja de edad avanzada), hay dificultad en la práctica. Una vez pasado ese filtro, hay que valorar si la medida es proporcionada en nuestro ordenamiento jurídico, que no dispone de un modelo claro sobre la prohibición de discriminación por razón de edad, tanto más cuanto que, si de políticas de empleo u objetivos generales del mercado de trabajo hablamos, resulta no solo difícil objetivar el criterio de la proporcionalidad basado solo en el sacrificio individual del trabajador afectado y en las medidas compensatorias establecidas en nuestro ordenamiento jurídico (¿estamos solo hablando de medidas económicas vía pensión de jubilación o de la cuantía de esta?¹³), cuando el objetivo

¹³ Recuérdese, en este sentido, que en supuestos de jubilación forzosa el TJUE ha estimado que no se produce un daño desproporcionado a los jubilados forzados, puesto que estos tienen una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación o cuando el interesado tiene derecho a una pensión de jubilación en un nivel que no puede considerar-

general expresado pudiera contradecir otro también propio de la nueva política del mercado de trabajo. Así, por ejemplo, si la que se dice mayor vulnerabilidad del colectivo de edad avanzada en el mercado de trabajo, y concretada en una política u objetivo general centrado en el envejecimiento activo, es compatible y hasta dónde con la también vulnerabilidad en ese mismo mercado de los trabajadores jóvenes, dada la tasa de desempleo de esa franja de edad en nuestro país.

Si, en definitiva, la discriminación por razón de edad es más una prohibición de discriminación por razón de envejecimiento. Si la construcción jurídica de las excepciones a la prohibición de discriminación por razón de edad (que no permiten una aplicación práctica que aporte certeza y seguridad jurídica), debiera transmutarse en una concepción normativa orientada hacia la integración y mantenimiento en el trabajo de quienes por su edad sufren desventajas a través de la razonable acomodación o adaptación o ajustes razonables.

Aspectos, estos, que corresponde afrontar desde la política legislativa y, como decía don Manuel, requieren de dosis de decisiones equilibradas para buscar soluciones lo más económicamente tolerables y lo menos socialmente injustas. El aumento de la contratación y la reducción del paro, concluía el maestro, no depende solo de las correcciones de las imperfecciones del mercado de trabajo, sino de otros factores, tales como la «confianza en la estabilidad política», con índices sostenidos de desarrollo que «permitan la reducción del paro en su aspecto colectivo esencial, que no es el de los empleos que se destruyen, sino el de los empleos que no se crean», alentando a la «disminución de la terrorífica carga fiscal actual sobre las personas físicas, disminución del gasto público y no precisamente del social, sino del costo burocrático del mantenimiento de las proliferantes Administraciones Públicas a todos los niveles»¹⁴.

se inadecuado y además puede trabajar o postergar la extinción automática. *Vid.*, entre otras, SSTJUE asuntos C-411/05, C-45/09, C-250/09, C-268/09, C-159/10 y C-160/10.

¹⁴ «El mercado de trabajo en España y en la Unión Europea», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 75 (1998), p. 128.