

LA JUBILACIÓN FORZOSA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA DE EMPLEO EN EL MARCO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

LOURDES FRAGUAS MADURGA

Profesora de Educación Secundaria (Formación y Orientación Laboral)

Licenciada en Derecho

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES.

Extracto:

LA jubilación forzosa se configura como causa de extinción del contrato de trabajo cuando debido al cumplimiento de una determinada edad, el trabajador se ve obligado a cesar en su trabajo, al tiempo que pasa a percibir la prestación económica de jubilación. Nos encontramos ante una figura que impone una limitación a la permanencia del trabajador en el mercado laboral.

La problemática derivada de la jubilación forzosa debe analizarse desde una perspectiva de límites, en cuanto a qué fines son capaces de restringir el derecho al trabajo y hasta dónde y con qué condicionantes puede limitarse el mismo.

La introducción de las cláusulas de jubilación forzosa en nuestro ordenamiento jurídico constituye una cuestión clásica, polémica y conflictiva durante las tres últimas décadas. En el presente estudio se analizan los antecedentes legislativos y jurisprudenciales de la figura, lo que nos permitirá concluir con el estudio de su régimen jurídico vigente y los requerimientos exigidos por la jurisprudencia.

Se concibe como una figura de tradición en nuestro ordenamiento jurídico laboral posconstitucional: se incorporó al Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980 y se mantuvo con modificaciones en las redacciones de 1995 y 2005, si bien sufrió una etapa de omisión legal desde 2001 hasta julio de 2005. Posteriormente, se llevó a cabo la «rehabilitación» de la medida, a través de la Ley 14/2005, volviendo a incorporarse como disposición adicional décima del ET, siempre que el trabajador cumpla los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y se vincule a objetivos de política de empleo expresados en el texto legal.

Se procede también al estudio de los convenios colectivos negociados una vez incorporado el texto vigente del ET en su disposición adicional décima, que nos permitirá realizar conclusiones acerca de la realidad de las cláusulas convencionales con la finalidad de observar si los negociadores han cumplido y en qué medida las exigencias de política de empleo que les impone el legislador y la interpretación que sobre la misma realiza el Tribunal Supremo.

Por último y de la más reciente actualidad, se analiza el tratamiento jurídico expreso, o lo que resulta no menos importante, por omisión, que realizan textos de actualidad como son el Proyecto de ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales con fecha 1 de abril del 2011, así como la reflexión realizada sobre la figura en el Informe sobre seguimiento y evaluación del Pacto de Toledo, aprobado por el Congreso de los Diputados el 25 de enero 2011.

Palabras clave: convenio colectivo, jubilación forzosa, empleo y edad de jubilación.

FORCED RETIREMENT POLICY AS A TOOL FOR USE IN THE FRAMEWORK OF THE COLLECTIVE BARGAINING

LOURDES FRAGUAS MADURGA

Profesora de Educación Secundaria (Formación y Orientación Laboral)

Licenciada en Derecho

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Fernando SUÁREZ GONZÁLEZ, don Francisco Javier AIBAR BERNAD, don Joaquín GARCÍA MURCIA, doña Beatriz LOSADA CRESPO, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don José Antonio PANIZO ROBLES.

Abstract:

COMPULSORY retirement is set to cause termination of the employment contract when, due to the fulfillment of a certain age, the worker is forced to cease their work while going to receive the economic benefit of retirement. We are facing a figure that imposes a limitation on the permanence of workers in the labor market.

The problems arising from the compulsory retirement should be analyzed from the perspective of limits as to what ends are able to restrict the right to work and even where and with what conditions it may be limited.

The introduction of compulsory retirement clauses in our legal system is a classic question, controversy and conflict over the past three decades. In this study we analyzed the legislative history and case law of the figure, allowing us to conclude the study of its legal regime and the requirements required by law.

It is conceived as a figure in our legal tradition postconstitutional work: he joined the Workers' Statute (WS) of 1980 and remained with changes in the newsroom in 1995 and 2005 but suffered a legal default stage from 2001 until July 2005. Later, he took out his «rehabilitation» of the measure, through Law 14/2005, returning to work as tenth additional provision of the WS where the employee meets the eligibility requirements for retirement pension and linked to goals employment policy and the legal text.

It is also necessary to study the collective agreements negotiated once incorporated the current text of the WS in the tenth additional provision, allowing us to make conclusions about the reality of treaty provisions in order to see if the negotiators have met and to what extent the employment policy demands imposed by the legislature and the interpretation thereof makes on the Supreme Court.

Finally, and most recently today, analyzes the legal treatment express, or what is not least by default, now performing texts such as the Bill on updating, improvement and modernization of Social Security, published in the Official Gazette of the Parliament dated April 1, 2011, and the ideas explored on the figure in the report on monitoring and evaluation of the Toledo Pact, adopted by the Congress of Deputies on January 25, 2011.

Keywords: collective agreement, compulsory retirement, employment and retirement age.

Sumario

1. Introducción.
2. Antecedentes históricos.
3. Antecedentes legislativos.
4. Regulación normativa de la jubilación forzosa en el Estatuto de los Trabajadores.
5. La doctrina del Tribunal Constitucional y la posición del Tribunal Supremo.
6. La interpretación del Tribunal Supremo de la derogación expresa de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores.
7. La Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.
8. El régimen transitorio: la eficacia de las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 14/2005.
9. El Proyecto de ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social de abril de 2011.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La jubilación del trabajador es una situación jurídica que tiene una doble proyección, esto es, en el plano de la relación laboral y en el ámbito de la Seguridad Social. Esta conexión se hace patente en la figura de la jubilación forzosa, porque constituye una causa de extinción del contrato de trabajo con carácter obligatorio para el trabajador que quedaría encuadrada en el artículo 49.1 f) del Estatuto de los Trabajadores (ET), al referirse entre las causas de extinción del contrato de trabajo a «La jubilación del trabajador». En segundo lugar es una de las contingencias más características objeto de protección por la Seguridad Social –art. 38.1 c) Ley General de la Seguridad Social (LGSS)–, y por lo que respecta al Régimen General de la Seguridad Social aparece regulada en el capítulo VII del título II de la LGSS. Desde ambas perspectivas, esto es, desde el ámbito de la relación contractual laboral y desde la relativa a la jubilación como contingencia de la Seguridad Social, el núcleo esencial de la figura es el cumplimiento de una determinada edad.

La jubilación forzosa se configura como causa de extinción del contrato de trabajo cuando debido al cumplimiento de una determinada edad, el trabajador se ve obligado a cesar en su trabajo, al tiempo que pasa a una nueva situación jurídica, cual es la correspondiente a la percepción de la prestación económica de jubilación en su modalidad contributiva. Nos encontramos en consecuencia ante una figura que impone una limitación a la permanencia del trabajador en el mercado laboral.

El factor del cumplimiento de la edad no presenta especiales dificultades en el campo de la Seguridad Social, en cuanto que constituye un elemento esencial de la situación de necesidad. Por el contrario, en el campo de la relación individual de trabajo, el condicionamiento de la extinción de la relación laboral por el cumplimiento de una determinada edad resulta una institución anómala, por el hecho de que la jubilación en principio se configura como un derecho en el ordenamiento jurídico, sin que pueda acudir-se a la figura del «despido por edad», por lo que partiendo de la interpretación de la misma como un derecho del trabajador, no deja de resultar paradójica la figura de la «jubilación forzosa» o imposición obligatoria de un derecho al trabajador afectado en cuanto que se le priva de la continuidad en su actividad laboral, es decir, se trata de un derecho del trabajador que simultáneamente es una causa de extinción del contrato de trabajo independiente de su voluntad. Tal sacrificio de un derecho individual debe justificarse o ampararse en el desarrollo de una política de empleo. Es por ello que la problemática derivada de la jubilación forzosa debe analizarse desde una perspectiva de límites, en cuanto a qué fines son capaces de restringir el derecho al trabajo y hasta dónde y qué condicionantes pueden limitar el mismo.

La problemática derivada de la jubilación forzosa se produce esencialmente por las interconexiones que existen entre el Derecho de la Seguridad Social, el Derecho del Trabajo y la Política de Empleo, entrando en un juego forzado principios y derechos constitucionales. El análisis de la jubilación forzosa permite comprobar cómo se dan cita en torno a una figura el principio de igualdad, el derecho al trabajo –tanto en su vertiente individual como colectiva–, y el derecho a la negociación colectiva junto a cuestiones relativas al ordenamiento de la Seguridad Social.

La recepción de este renovado carácter de la jubilación forzosa por edad a través de la negociación colectiva es fundamental en el tratamiento de las actuales medidas de fomento del empleo, produ-

ciéndose la conexión entre política de empleo y jubilación en el ámbito de las medidas del reparto de trabajo, cuestión subrayada desde hace tres décadas por la jurisprudencia constitucional y ordinaria.¹

La conexión entre jubilación y política de empleo debería materializarse en el marco del desarrollo de medidas de reparto del trabajo, que tendrían que posibilitar que a través de la jubilación de algunos trabajadores se puedan abrir posibilidades de acceso al mercado de trabajo a desempleados. Aunque la edad de cese en el trabajo sea un elemento esencial de la política de empleo en relación con la potenciación de la salida o, en su caso, de la permanencia de los trabajadores de mayor edad, desde la perspectiva de la política de empleo se pueden adoptar posturas contradictorias: favoreciendo la salida anticipada como instrumento de reducción de excedentes o rejuvenecimiento de plantillas, o a la inversa, proponiendo la permanencia en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad avanzada mediante cotizaciones reducidas.

En todo caso, existen también dos intereses distintos para defender la existencia de las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: de una parte, el interés empresarial en utilizar la medida para que los trabajadores de mayor edad y más costosos desde un punto de vista económico sean sustituidos por otros a través de un rejuvenecimiento de plantilla o de amortización de puestos que puede conllevar la reducción de costes salariales para la empresa, y de otro, el interés social que supone el utilizar la medida de jubilación forzosa para que se produzca una efectiva y real política de empleo.

A modo de introducción del estudio cabría señalar brevemente los puntos esenciales que serán analizados en las páginas siguientes, procediendo a un apunte de los mismos:

La introducción de las cláusulas de jubilación forzosa en nuestro ordenamiento jurídico constituye una cuestión clásica, polémica y conflictiva durante las tres últimas décadas. En una situación como la actual, esto es, en un contexto generalizado de crisis económica, constituye una cuestión trascendental el análisis de la jubilación desde la perspectiva de su perfil de instrumento de empleo. Para ello deben analizarse los antecedentes legislativos y jurisprudenciales de la figura, lo que nos permitirá concluir con el estudio de su régimen jurídico vigente y los requerimientos exigidos por la jurisprudencia, así como la recepción de la jubilación forzosa desde la perspectiva de cláusula de empleo en la negociación colectiva celebrada con posterioridad a julio del 2005.

El Estatuto de los Trabajadores, en su versión originaria de 1980, introdujo la disposición adicional quinta que permitía a la negociación colectiva pactar libremente edades de jubilación. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones, declarándola constitucional siempre que fuera utilizada como una medida de fomento de empleo, esto es, como un instrumento de empleo. Con esta visión, el legislador retomó la figura de jubilación forzosa en la disposición adicional décima del texto refundido de 1995, siempre que se utilizase al servicio de la política de empleo. En la práctica, se tradujo en un instrumento para establecer un límite máximo a la permanencia del trabajador en la empresa, que no siempre fue acompañado del objetivo perseguido de creación o mantenimiento de empleo.

¹ Cuando se reconoce que «la jubilación ha pasado de ser solamente un derecho del trabajador y una situación protegida por la Seguridad Social, a constituir también una causa legal de extinción del contrato (...) regulada en contemplación de intereses sociales, y cuyo hecho fundamental no es ya la decisión personal del trabajador, sino el cumplimiento de la edad fijada por cualquiera de los sistemas legalmente previstos», STCT de 24 de febrero de 1981 –Ar. 1278–.

En este contexto y contemporizando con instrumentos internos y comunitarios sobre empleo y Seguridad Social que niegan la eficacia de las políticas de jubilación forzosa y apuestan claramente por la progresiva permanencia del trabajador, se produce la derogación de la disposición adicional décima del ET a través del Real Decreto-Ley 5/2001, convalidado por la Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Esta derogación volvió a sembrar la polémica en torno a la figura, siendo el núcleo de la misma si la disposición derogada era la fuente creadora de la facultad de la negociación colectiva, o si por el contrario, se limitaba a incentivar una facultad preexistente de los negociadores colectivos. El Tribunal Supremo intervino inicialmente a través de sus Sentencias de 9 de marzo de 2004, concluyendo que no podían ya establecerse edades de jubilación forzosa en cuanto que había desaparecido la disposición habilitante y el derecho al trabajo pertenecía al ámbito de la reserva de ley.

Transcurridos pocos meses desde la intervención del Tribunal Supremo, el Gobierno firmó con los interlocutores sociales un acuerdo para el diálogo social, fruto del cual se llevó a cabo la «resurrección» o «rehabilitación» de la medida, volviendo a incorporarse como disposición adicional décima del ET siempre que el trabajador cumpliera los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y se vinculara a objetivos de política de empleo expresados en el texto legal. La Ley 14/2005 incluye una disposición transitoria que contribuyó una vez más a la polémica y al debate doctrinal y jurisprudencial.

Resulta de obligado estudio el análisis de los convenios colectivos negociados con el texto vigente del Estatuto de los Trabajadores en su disposición adicional décima, que nos permitirá realizar conclusiones acerca de la realidad de las cláusulas convencionales con la finalidad de observar si los negociadores han cumplido y en qué medida las exigencias de política de empleo que les impone el legislador y la interpretación que sobre la misma realiza el Tribunal Supremo.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En la actualidad, y especialmente desde la crisis económica de los años setenta, no cabe duda del cambio producido en la concepción de la jubilación. Concebida tradicionalmente como el reconocimiento del derecho al descanso del trabajador por el cumplimiento de una determinada edad y reconocida en el artículo 50 de la Constitución Española (CE) en los siguientes términos: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad...», las diferentes políticas sociales se fueron centrando en la forma de hacer menos traumático el tránsito a la inactividad, esencialmente en la concepción de la jubilación como un derecho del trabajador.

Es esta concepción la inspiradora de Instrumentos internacionales, tales como la Recomendación 162 de la OIT² sobre trabajadores de edad, de 23 de junio de 1980, o la Recomendación del

² Los párrafos 21 y 22 del texto de la OIT establecen:

21. «En todos los casos en que sea posible deberían adoptarse medidas con miras a: A) Garantizar que, en el marco de un sistema que permita una transición progresiva entre la vida profesional y un régimen de actividad libre, el paso de un trabajador a la situación de retiro se efectúe voluntariamente. B) Hacer flexible la edad de admisión a la prestación de vejez.
22. Las disposiciones legislativas o de otro tipo que fijen una edad obligatoria para la terminación de la relación de trabajos deberían examinarse a la luz del párrafo anterior y del párrafo 3 de la presente Recomendación».

Consejo de las Comunidades Europeas de 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación.

La negociación colectiva por su parte contempló tradicionalmente la jubilación del trabajador desde la perspectiva de disminución de ingresos que comporta el acceder el trabajador a la pensión de jubilación. Este es el fundamento de las cláusulas de los convenios colectivos que establecían los denominados premios por jubilación, consistentes en cuantías económicas a percibir por el trabajador a tanto alzado y que han llegado hasta nuestros días, haciendo depender generalmente su importe de la edad del trabajador al acceder a la pensión de jubilación y producirse el cese en la empresa.

La crisis económica padecida en España a comienzo de los ochenta se encuentra en el origen de una serie de cambios producidos en el tratamiento legislativo de la jubilación del trabajador, que partiendo de un enfoque meramente asistencial permitieron convertir la jubilación en un instrumento al servicio de las políticas de empleo, y más concretamente del reparto de trabajo.

Este reto que afronta la negociación colectiva se manifiesta ya desde los primeros acuerdos sociales:

El primer acuerdo social que se refiere a la cuestión es el «Acuerdo de base sobre Negociación Colectiva», firmado el 27 de febrero de 1979 por CEPYME, CC.OO. y UGT, cuya cláusula 3.A recomienda a los convenios colectivos rebajar la edad de jubilación en un año respecto a la que tuvieran entonces establecida. El acuerdo plantea a la Administración la necesidad de «facilitar la jubilación a edades inferiores a las entonces vigentes, corriendo la escala de 65-60 años a la de 60-55, sin afectar con coeficientes reductores a las pensiones resultantes».

En la misma dirección se pronuncian los acuerdos marco suscritos entre las cúpulas de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas: Acuerdo Interconfederal entre UGT, CC.OO. y CEOE, de 30 de julio del 79; Acuerdo Marco Interconfederal para la negociación colectiva, firmado el 5 de enero de 1980 entre CEOE y UGT, que en su disposición adicional segunda recogía la jubilación anticipada como una medida para posibilitar un mayor nivel de empleo, encuadrándose dentro de un conjunto de cláusulas destinadas a igual fin, mediante técnicas de reparto de empleo y otras complementarias de las mismas. El Acuerdo Nacional para el Empleo, firmado por el Gobierno, CEOE, UGT y CC.OO., el 9 de junio de 1981, donde también se contempla la jubilación anticipada incardinada en las medidas de fomento del empleo.

Una aproximación a la jubilación en cuanto medida de política de empleo no puede obviar los iniciales acuerdos recogidos en el Pacto de Toledo,³ que opta por una dirección en la política de edad de jubilación contemplada en la recomendación décima y que se decanta por impulsar la jubilación flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad, así como por mantener la edad ordinaria de jubilación a los 65 años. Sin perjuicio de todo ello se reconoce la conveniencia de que

Estableciendo su párrafo 3 que «en el marco de una política nacional destinada a promover la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores sea cual fuere su edad, y en el marco de su legislación y práctica relativas a tal política, todo miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación».

³ El texto del mismo puede analizarse en el Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse (BOCG, de 12 de abril de 1995, Serie E, núm. 134), publicado en el Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. Pacto de Toledo, Madrid, MTSS, 1996.

el acceso a la pensión de jubilación no debe impedir una presencia social activa del pensionista, por lo que «resultaría aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen».⁴ El análisis del pacto nos permite concluir que se produce una penalización de las jubilaciones anticipadas, pero no de las forzosas en vía colectiva como medida de fomento o de distribución del empleo existente.

El Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de la Seguridad Social, firmado con fecha de 9 de abril de 2001, entre el Gobierno, CEOE, CEPYME y CC.OO.,⁵ continúa la vía iniciada por las recomendaciones del Pacto de Toledo, con el objetivo de consolidar la viabilidad presente y futura del sistema, y en particular la pervivencia del sistema de pensiones, llevando a cabo la aprobación de un conjunto de iniciativas diversas, destacando las referentes a la materia de jubilación. El punto IV del acuerdo se dedica a la misma, siendo la rúbrica ya significativa con el nombre de «Jubilación flexible», apostando por una serie de modificaciones, «... de forma que no impida una presencia social activa de los ciudadanos, teniendo en cuenta, a su vez, que esta permanencia repercute en la autoestima del trabajador, tiene efectos positivos en el sistema de pensiones y presenta indudables ventajas para el conjunto de la sociedad que puede aprovechar las experiencias y conocimientos de los trabajadores de más edad». En este contexto el Gobierno se obliga a adoptar una serie de modificaciones legislativas tendentes a conseguir la denominada «jubilación flexible» del trabajador, lo que a mi juicio se manifiesta en incentivar el mantenimiento de la actividad laboral una vez cumplidos los 65 años, que a su vez tiene una de sus más importantes manifestaciones en la derogación expresa de la disposición adicional décima del ET, llevada a cabo por la Ley 12/2001.

3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Los primeros antecedentes legislativos de la introducción por la disposición adicional quinta del ET de la jubilación forzosa, esto es, de la obligatoriedad para el trabajador de acceder a la jubilación cuando este alcanzara determinada edad, se habían incorporado a nuestro ordenamiento de modo excepcional. Con anterioridad al Estatuto de los Trabajadores de 1980, ni la Ley de Contrato de Trabajo ni la Ley de Relaciones Laborales establecían la extinción automática del contrato de trabajo por jubilación forzosa, si bien una serie de reglamentaciones de trabajo, ordenanzas laborales y convenios colectivos establecieron cláusulas que incorporaban esta figura. Tales cláusulas fueron objeto de polémica desde los años sesenta: mientras que fueron consideradas por un sector doctrinal de dudosa legalidad al establecer una limitación al derecho del trabajo en razón de la edad,⁶ para otros autores, por el contrario, se justificaban en aplicación de la doctrina del término final máximo, implícitamente introducido de ese modo en el contrato, o bien se interpretaban de modo que no prohibían celebrar nuevos contratos de trabajo con otras empresas.⁷

⁴ En desarrollo de tales acuerdos, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social incorporó la disposición adicional vigésima sexta, con el siguiente tenor: «El Gobierno podrá otorgar desgravaciones o deducciones de cotizaciones sociales, en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo, una vez alcanzada la edad de 75, con suspensión proporcional al percibo de la pensión. La regularización de los mismos se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas».

⁵ Negociado en la denominada Mesa de Pensiones dentro del proceso de diálogo social. La primera sesión formal de negociación tripartita se celebró el 3 de julio del 2000.

⁶ MONTALVO Y DE LA VILLA: «La jubilación forzosa en los convenios colectivos», *RGLJ*, febrero de 1967, págs. 378 y ss; RODRÍGUEZ SAÑUDO: «La extinción de la relación laboral por edad del trabajador», *RPS*, núm. 97, 1974, págs. 23 y ss.

⁷ BORRAJO: *Estudios jurídicos de previsión social*, Madrid, 1963, pág. 169.

La Orden Ministerial de 1 de julio de 1953, con la finalidad de unificar los criterios que debían regir esta materia en las normas citadas y de respetar el derecho al trabajo reconocido por las Leyes Fundamentales, afirmaba que la jubilación del trabajador debía reconocerse siempre como un derecho al trabajador, y no imponerse como si de una obligación se tratara, sin perjuicio de que los trabajadores de edad avanzada que hubiesen alcanzado la edad de jubilación pudiesen ser despedidos por ineptitud.⁸ Su rango jurídico no impidió que normas posteriores –OM 18 de enero de 1955 y resoluciones DGT de 1 de mayo de 1954–, si bien excepcionalmente, excluyeran de su ámbito de aplicación algunos sectores para los que seguirían vigentes las cláusulas de jubilación forzosa, razón esta por la que determinadas reglamentaciones de trabajo que contemplaban la posibilidad de la jubilación forzosa no quedaron afectadas por dicha disposición.⁹

Con la promulgación de la Ley de Convenios Colectivos de 24 de abril de 1958, la cuestión se trasladó al ámbito de la negociación colectiva, puesto que en determinados convenios se pactaron cláusulas de jubilación forzosa, si bien los convenios colectivos que establecieran tales cláusulas fueron declarados nulos en ese punto, al menos por contravenir el artículo 1 de la Orden Ministerial de 1953¹⁰ y aunque la cuestión resultó pacífica, nos encontramos con algún pronunciamiento aislado de signo contrario.¹¹

En el contexto de creación y mantenimiento del empleo, el ordenamiento jurídico español se hizo eco de medidas ya existentes en Europa.¹²

Las medidas de jubilación anticipada se conciben en su origen como instrumentos de política de empleo, si bien lejos de enfocarse como medidas de creación o mantenimiento del empleo existente se dirigen a facilitar la reconversión o reestructuración industrial a partir de la creación del Fondo Nacional de Protección al Trabajo –por Ley de 21 de julio de 1960–, estando previstas para sectores de actividad o supuestos muy específicos, teniendo como finalidad fundamental la de otorgar asistencia al trabajador que quedaba en situación de desempleo como consecuencia de un despido colectivo a causa de la reestructuración empresarial. No había en tales medidas un interés por combatir el desempleo, y ello porque iban dirigidas a trabajadores cuyos puestos de trabajo quedaban amortizados, y que por tanto no eran sustituidos por otros.

⁸ No obstante para algunos autores como RODRÍGUEZ SANUDO: *op. cit.*, pág. 49, era discutible su inclusión en la causa de ineptitud, como disminución sobrevenida de las facultades, si no se traducía en una disminución de rendimiento, al seguir la tesis «objetivista» de VIDA SORIA sobre esa causa de despido.

⁹ Se trataba de las Reglamentaciones de Trabajo en RENFE, de 29 de diciembre de 1944; en la Explotación de Ferrocarriles por el Estado, de 15 de marzo de 1946; en la Compañía Internacional de Coches Camas y de los Grandes Expresos Europeos, de 1947; y en el Banco de España, de 21 de diciembre de 1948, todas ellas quedaron vigentes en virtud de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1955. Asimismo deben destacarse las Ordenes Ministeriales de 15 de marzo de 1955 (Tabacalera), de 30 de abril de 1955 (Compañía Telefónica Nacional de España), y de 24 de enero de 1956 (CAMPSA, Banco Hipotecario de España y Banco de Crédito Local).

¹⁰ SSTS, Sala Sexta, de 30 de junio de 1966 –Ar. 3636–; de 22 de septiembre de 1966 –Ar. 3870–; de 22 de diciembre de 1967 –Ar. 4347–; y de 15 de febrero de 1969 –Ar. 615–.

¹¹ STCT de 2 de mayo de 1974 –Ar. 2057–, sobre el artículo 108 del Decreto 3577/1972, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Trabajo del personal operario del Ministerio de Obras Públicas.

¹² Como el denominado «Job Release Scheme» inglés, introducido en 1977, que concedía primas a las empresas que cubrieran el puesto dejado vacante por el trabajador que se jubilara a los 64 años. En la misma línea en Bélgica se posibilitaba la jubilación a los 60 años si la empresa se comprometía a reemplazar a los trabajadores jubilados por jóvenes desempleados (Ley de 30 de marzo de 1976).

4. REGULACIÓN NORMATIVA DE LA JUBILACIÓN FORZOSA EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

4.1. La disposición adicional quinta del ET y los iniciales pronunciamientos jurisprudenciales

La regulación de la jubilación forzosa del trabajador pactada en la negociación colectiva estaba en la disposición adicional quinta del ET aprobado por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, que en su segundo párrafo se refería a la cuestión en los siguientes términos: «En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos», estableciendo en su primer párrafo que «La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo tendrán el límite máximo de edad que fije el Gobierno, en función de las posibilidades de la Seguridad Social y del Mercado de Trabajo. De cualquier modo, la edad máxima para trabajar será la de 69 años, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación». Esta incorporación supuso un «cambio de rumbo»¹³ en nuestra legislación, al introducir la jubilación forzosa del trabajador como forma de extinción del contrato de trabajo, considerándola como «un derecho de ejercicio obligatorio», a diferencia del contexto normativo anterior.

La interpretación del sentido y alcance de la disposición adicional quinta no resultó ni siquiera en su origen una cuestión pacífica, existiendo dos corrientes doctrinales mayoritarias al respecto:

La primera mantenía que la norma establece una edad máxima —el cumplimiento de los 69 años—, que determina la capacidad máxima para trabajar y la obligatoriedad de la jubilación del trabajador, con el condicionante de que «el reconocimiento de esta situación sea legalmente posible por el cumplimiento de los demás requisitos que dan derecho a la pensión...».¹⁴ Esta misma línea interpretativa mantenía con relación al párrafo primero que junto al establecimiento de una edad máxima, autorizaba al Gobierno para reducir esa edad en atención a la situación del mercado de trabajo y las disponibilidades de la Seguridad Social. En relación con el segundo párrafo, tanto se mantenía la tesis de que las edades de jubilación establecidas en convenio eran simplemente posibilidades ofrecidas a los trabajadores menores de 69 años y no jubilaciones obligatorias antes del cumplimiento de esa edad,¹⁵ como la tesis contraria.¹⁶

La segunda corriente doctrinal, con el objetivo esencial de salvar la constitucionalidad de la norma, propone¹⁷ como interpretación alternativa considerar que el párrafo primero ha de ser reconducido a la clara autorización que se contiene en el párrafo segundo, interpretando sistemáticamente el conjunto de la disposición en el sentido de que son válidos los convenios colectivos que establezcan una jubilación forzosa a los 69 años o a otra edad inferior que en el futuro pueda fijar el Gobierno (o

¹³ ALONSO OLEA, M.: *El Estatuto de los Trabajadores, texto y comentario breve*, Madrid: Civitas, 1980, pág. 297.

¹⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: «Comentario al artículo 49 de la LET», en VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a la Ley 8/1980*, de 10 de marzo, Madrid: Edersa, 1981, pág. 370.

¹⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. *op. cit.*, pág. 371; GARCÍA MURCIA, J.: «Crisis económica y jubilación anticipada en el ordenamiento laboral español», en AA.VV.: *El Derecho del trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80*, Zaragoza: Instituto Universitario de Relaciones Laborales, 1983, pág. 352.

¹⁶ ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., Barcelona: Ariel, 1980, pág. 549.

¹⁷ ALONSO OLEA, M.: *op. cit.*, págs. 297-298.

incluso a otra menor que las partes acuerden en uso de su autonomía colectiva o individual), en función de las circunstancias del empleo del país y las disponibilidades de la Seguridad Social; y siempre que se adopten en el convenio las cautelas precisas para que puedan ser completados los necesarios periodos de carencia para causar la pensión de jubilación.¹⁸ En síntesis se defiende que cuando viene establecida en convenio colectivo, la voluntad de los afectados queda salvaguardada a través de la representación que ostentan los negociadores, produciéndose el cese del jubilado por su propia voluntad, si bien no se manifiesta de modo personal, sino a través de sus representantes.¹⁹

La jurisprudencia ordinaria subrayó desde sus iniciales pronunciamientos el carácter innovador del precepto, afirmando que «la jubilación ha pasado de ser solamente un derecho del trabajador y una situación protegida por la Seguridad Social, a constituir también una causa legal de extinción del contrato que..., está regulada en contemplación de intereses sociales, y cuyo hecho fundamental no es ya la decisión personal del trabajador, sino el cumplimiento de la edad fijada por cualquiera de los sistemas legalmente previstos» –STCT de 24 de febrero de 1981, Ar. 1278–.²⁰

Ante este complejo y polémico marco el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse por primera vez ante la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Magistrado de Trabajo número 9 de Madrid sobre la disposición adicional quinta, en la Sentencia de 2 de julio de 1981.²¹

4.2. La disposición adicional décima del ET incorporada al Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995

Prosiguiendo con la evolución normativa de la jubilación forzosa, la disposición adicional quinta del ET, se transformó en la disposición adicional décima del ET de 1995 como resultado del complejo proceso de refundición normativa llevado a cabo por el Real Decreto Legislativo 1/1995. La redacción contenida en la disposición adicional décima fue el resultado de la conjunción entre la derogada disposición adicional quinta y la doctrina constitucional en torno a la misma, cuyo tenor literal fue el siguiente:

«Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo.

¹⁸ Esta segunda línea de interpretación fue duramente criticada por parte de la doctrina, *vid.* al respecto SAEZ LARA, C: «La jubilación forzosa: las previsiones del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia Constitucional y Ordinaria», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 27, 1986, págs. 118 y ss.

¹⁹ ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 9.ª ed., Universidad Complutense de Madrid, 1985, pág. 407, en tal sentido afirma refiriéndose a la jubilación forzosa que «... es, en último extremo admisible la jubilación por edad convenida colectivamente o en contrato individual, porque en estos casos se cuenta con la voluntad del jubilado...».

²⁰ La conexión del artículo 49.6 del ET con la disposición adicional quinta lleva a hablar de «un límite de edad para ser sujeto del contrato de trabajo en calidad de trabajador, límite que solo es salvable cuando sea precisa la continuación de la actividad a fin de completarse los periodos para la jubilación» –STCT de 3 de febrero de 1981, Ar. 676–, y que en virtud de la interpretación de esta resolución tendría tres posibles formas de establecimiento: en forma genérica por la propia ley –69–, por disposición del Gobierno «en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo», o a través de convenio colectivo, siendo este instrumento adecuado a tal fin porque, como afirma la STS de 7 de octubre de 1980 –Ar. 3969–, aunque esta materia «con anterioridad había estado sustraída a la potestad contractual en razón a haber sido considerada indisponible e incompensable», ahora «ha dejado de ser derecho necesario y, por tanto, sometida a decisiones concretas de la contratación colectiva».

²¹ STC, Pleno 22/1981, de 2 de julio (BOE de 20 de julio). Sobre su carácter de sentencia interpretativa, *vid.* la STCT de 5 de marzo de 1986 –Ar. 1471–.

La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación.

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

El análisis comparativo de ambos textos normativos, esto es, de la disposición adicional quinta y de la disposición adición décima, nos permite apreciar las diferencias existentes, que podrían sintetizarse en los siguientes puntos:

- 1.º La disposición adicional décima incorporó un nuevo párrafo, el primero, en el que se reconocía expresamente la importancia de la figura considerada como medida de reparto de empleo: «Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo».
- 2.º Desaparece la mención al límite máximo de edad que se recogía en la disposición adicional quinta en 69 años.
- 3.º Se identifica el contenido de la propia norma con el título de «límite máximo de edad para trabajar».

En conclusión cabría señalar que esta nueva redacción supone un reforzamiento respecto a las exigencias impuestas por la STC 22/1981, puesto que si con la estructura de la antigua disposición adicional quinta del ET la línea jurisprudencial introducida por el Tribunal Supremo matizó el juego de la validez de la exigencia de la no amortización de puestos, refiriéndolo solo al primer párrafo de la norma –es decir, a la jubilación forzosa impuesta normativamente–, con el texto de la disposición adicional décima resulta difícil no exigir el mismo requisito respecto de las jubilaciones establecidas convencionalmente.

La disposición adicional décima mantuvo la posibilidad de establecer límites de edad para la permanencia en el mercado de trabajo, siempre y cuando su fijación obedeciera a una política de empleo y se garantizara el acceso a la pensión de jubilación. Tales límites tendrían una doble vía para su establecimiento: podrían ser fijados por el Gobierno o por la negociación colectiva.

5. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

5.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio

La cuestión de inconstitucionalidad que da origen a este pronunciamiento se plantea por el Magistrado de Trabajo en el curso del juicio por despido seguido contra la empresa Brown Boveri de España, SA, la cual, amparándose en la disposición adicional quinta del ET, había decidido dar por terminada la relación laboral con uno de los trabajadores de la plantilla que, acreditando una antigüedad de 35 años en dicha empresa, contaba con 70 años de edad. La posible inconstitucionalidad del precepto se fundamentaba en las siguientes causas:

La disposición adicional quinta presentaba indicios de inconstitucionalidad desde una doble vertiente; en primer lugar y desde un punto de vista jurídico-material, la fijación de una edad de jubilación forzosa puede afectar a un derecho fundamental, el derecho al trabajo, que la Constitución reconoce a todos los españoles en el artículo 35. El reconocimiento de este derecho exige que la extinción de la relación laboral, en los casos en los que no se produce por voluntad del trabajador, esté fundada en una causa de suficiente entidad para justificar una limitación al derecho al trabajo. Esta exigencia de causa justa y suficiente se acentúa al considerar que la fijación de una edad de jubilación forzosa conlleva la incapacitación para trabajar a partir de esa edad. La fijación de una edad laboral máxima, en cuanto supone un tratamiento diferenciado por razón de edad, puede también ser contraria al artículo 14 de la Constitución, donde se consagra el principio de igualdad ante la ley.

En segundo lugar se planteaba su inconstitucionalidad, desde un punto de vista jurídico-formal, al establecer la disposición adicional quinta en su primer párrafo que «la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno...», y en su segundo párrafo la fijación de edades de jubilación forzosa en el seno de la negociación colectiva contiene una autorización al Ejecutivo que puede ser inconstitucional y la intervención de la negociación colectiva, a la luz de la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 de la CE.

El tribunal parte de la distinción de hasta tres líneas de argumentación:

- La presunción de ineptitud del trabajador.
- La política de protección a la tercera edad.
- La situación del mercado.

En relación con la primera de ellas, entiende el Tribunal Constitucional que no resulta posible presumir la ineptitud de una forma genérica y a una misma edad para todos los trabajadores, independientemente del sector económico en que se integran y de la clase de actividad que en él se lleve a cabo. Se afirma que «en cualquier caso, la incapacidad generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud *iuris et de iure* carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial».

Se rechaza también la pretendida equiparación entre la fijación de una edad laboral máxima y mínima, dada la concreta finalidad de esta última y su inspiración en principios y valores fundamentales reconocidos constitucionalmente, como son la igualdad efectiva y el derecho a la educación, respectivamente formulados en los artículos 9.2 y 27.1 de la CE.

En cuanto a la segunda línea argumental, es decir, la que fundamentaría la limitación al ejercicio del derecho al trabajo como protección a la tercera edad, el Tribunal Constitucional subraya lo alejados que se encuentran los criterios sustentadores de la jubilación forzosa de los inspiradores de las políticas recientes de protección a la vejez,²² concretamente plasmados en la Recomendación número 162 de la OIT de 1980.

²² «La más reciente política de protección a la tercera edad propugna, pues, la voluntariedad y la progresividad de la jubilación, rasgos contrarios a los de la jubilación forzosa, caracterizada por su obligatoriedad y su radicalidad o falta de

El análisis de la tercera línea de razonamiento obliga al Tribunal Constitucional a definirse acerca de la configuración y del alcance del derecho al trabajo, constituyendo uno de los puntos claves de su argumentación. Entiende el Tribunal Constitucional que el derecho al trabajo no queda limitado a la libertad de trabajar, sino que conlleva el derecho a un puesto de trabajo, adoptando una doble vertiente: una individual concretada en el artículo 35.1 que implicaría el derecho de todas las personas que acrediten la capacidad exigida para ello a un determinado puesto de trabajo, y el derecho a la estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin la concurrencia de causa justa y la faceta colectiva que emana del artículo 40.1 de la CE, que supone un mandato dirigido a los poderes públicos para que realicen una política de pleno empleo.²³

Para el Tribunal Constitucional la limitación al derecho al trabajo se encuentra justificada tanto en textos internacionales –Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 o Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966–, como en el artículo 9.2 de la CE. Estas fundamentaciones nos permiten llegar al núcleo esencial, porque se posibilita la fijación de una edad máxima de jubilación por la vía de la negociación colectiva, con determinados condicionantes, declarando en su FJ 9.º que «la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo».

Salvaguardada así la constitucionalidad de la medida de la jubilación forzosa y en virtud del sacrificio que implica para el trabajador afectado, supone cierta compensación tal y como reconoce el FJ 9.º: «Para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito: es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado».

El significado de la disposición adicional quinta quedaría fundamentado para el Tribunal Constitucional en las siguientes premisas:

- 1.º El legislador reconoce implícitamente la posibilidad de llevar a cabo una política de empleo que haga uso de la jubilación forzosa.
- 2.º Con los límites y condiciones señalados se habilita al Gobierno para realizar dicha política de empleo.

progresividad. Las reiteradas propuestas en pro de una reducción de la edad de jubilación no van dirigidas a la fijación de una edad de jubilación forzosa, sino de la edad de admisión a la pensión de jubilación fijada por la legislación de Seguridad Social, y lo que se pretende, en último término, es la creación de las condiciones jurídicas, económicas y asistenciales que flexibilicen las condiciones de acceso a la jubilación o a las pensiones y estimulen la jubilación anticipada mejorando los sistemas de Seguridad Social». (FJ 6.º)

²³ Esta argumentación lleva al TC a afirmar que «La política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de otro grupo. A través de ella se limita temporalmente al primero el ejercicio del derecho individual al trabajo mediante la fijación de un periodo máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo el ejercicio de ese mismo derecho. La limitación del derecho que la política de empleo a través de la jubilación forzosa lleva implícita no tiene, por consiguiente, su origen y justificación en la realización de una política económica de pleno empleo; de aquí que no pueda afirmarse que con ella se limita a un derecho reconocido en el artículo 35 de la Constitución en aras de un principio orientador de política económica recogido en el artículo 40 de la misma». (FJ 8.º)

3.º Dentro de ese marco es posible pactar edades de jubilación a través de la negociación colectiva.

Como se pone de manifiesto por la doctrina,²⁴ considerando que los problemas derivados de dicha habilitación concedida al ejecutivo y de la idoneidad de la negociación colectiva para la fijación de edades de jubilación, en relación con la reserva de ley prevista en el artículo 53.1 no repercuten sobre la decisión que adopte el magistrado en el litigio que dio origen a la sentencia, el tribunal los soslayará expresamente en su análisis, concluyendo, en el fallo de la sentencia, «que es inconstitucional la disposición adicional quinta del ET, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad».

Un sector doctrinal puso de manifiesto que la posibilidad de establecer por la negociación colectiva una edad de jubilación forzosa vulneraría la reserva de ley establecida en el artículo 51 de la CE, afirmando que «suscribiría problemas en relación con si los agentes negociadores pueden, sin un mandato representativo ad hoc, disponer válidamente de derechos fundamentales de los trabajadores en el ejercicio de su derecho a la negociación colectiva laboral».²⁵ A su vez se utiliza como un argumento a favor de estas tesis la tradicional reserva de ley que existe para la regulación, tanto material como procedimental, de las causas de extinción del contrato de trabajo.²⁶

Otro sector doctrinal²⁷ sostenía que interpretar que el segundo párrafo aludía a la posibilidad de pactar en convenio colectivo una edad de jubilación voluntaria, por una parte, no encaja en el contexto global del precepto, dirigido a fijar límites máximos de edad laboral, máxime cuando tal interpretación vaciaría de contenido el párrafo segundo, que sería un precepto neutro, al ser esta posibilidad viable en atención al artículo 49 del ET, ya que si bien el legislador ha sido en alguna medida reiterativo, tal vez haya sido por un intento de hacer una norma completa, así como «el deseo de incluir un mensaje» a los negociadores sociales para incentivarles a afrontar unos caminos actualmente objeto de experimentación en prácticamente todas las realidades comparadas.

Las objeciones planteadas en el plano teórico a la posibilidad de pactar en convenio colectivo una cláusula de jubilación forzosa no impidieron que la mayor parte de los autores²⁸ que estudiaron el tema se decantaran a favor de la admisibilidad de estas cláusulas, siempre que se pactaran dentro de ciertos condicionamientos.

²⁴ SASTRE IBARRECHE: «La jubilación forzosa por edad», en *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 43, 1990, pág. 479.

²⁵ SAEZ LARA, C.: *op. cit.*, pág. 132.

²⁶ Concluyéndose que «... un tratamiento sectorial podría producir distorsiones y desigualdades inaceptables, sobre todo cuando se trata del goce efectivo de los derechos constitucionales», RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo papel de la negociación colectiva y de la Ley», en AA.VV.: *Las Relaciones Laborales y la Reorganización del Sistema Productivo*, Córdoba: Monte de Piedad y Caja de Ahorros, 1983, pág. 39.

²⁷ CRUZ VILLALÓN, J. y GARCÍA MURCIA, J.: «La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos», en *Revista de Política Social*, núm. 137, 1983, pág. 527.

²⁸ TORTUERO PLAZA: «Jubilación forzosa del trabajador», en AA.VV.: *Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1983, pág. 392; LÓPEZ GANDÍA, J.: «Jubilación y política de empleo», *RSSS*, núm. 13, pág. 374; GARCÍA MURCIA: «El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador», en *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 19, 1985, pág. 437; ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, 4.ª ed., Madrid: Tecnos, 1984, pág. 103.

La jubilación forzosa originó numerosos litigios promovidos por trabajadores que consideraron lesionado su derecho al trabajo por aplicación de estas cláusulas convencionales y que motivaron una doctrina jurisprudencial unánime favorable a la licitud de las mismas. Son numerosas las resoluciones en las que en relación con cláusulas de jubilación forzosa incluidas en diversos convenios colectivos –especialmente los aplicables a las empresas RENFE y HUNOSA–,²⁹ el Tribunal Central de Trabajo y, señaladamente, el Tribunal Supremo tuvieron ocasión de pronunciarse, manteniendo las líneas maestras aportadas por el Tribunal Constitucional.

De este modo, se contempla la figura de la jubilación forzosa como instrumento encuadrado en el marco de una concreta política de empleo capaz de repartir el trabajo existente y, por lo tanto, limitativa del derecho al trabajo en su aspecto individual en aras de determinados valores constitucionales reconocidos,³⁰ si bien debería realizarse con las garantías y condicionamientos exigidos por el Tribunal Constitucional³¹ que además, subrayando el Tribunal Supremo la idoneidad del convenio colectivo para el establecimiento de la jubilación forzosa, si bien sobre una argumentación más que discutible.³²

²⁹ Así, solo respecto del III Convenio Colectivo de la Empresa RENFE de 1982, la Sala 6.ª del TS le dedicará su atención en Sentencias como las de 28 de marzo de 1983, Ar. 1209; de 11 de abril de 1983, Ar. 1825; de 20 de abril de 1983, Ar. 1852; de 26 de abril de 1983, Ar. 1877; de 5 de mayo de 1983, Ar. 2341; de 10 de mayo de 1983, Ar. 2828; de 11 de mayo de 1983, Ar. 2367; de 12 de mayo de 1983, Ar. 2373; de 21 de mayo de 1983, Ar. 2398; de 26 de mayo de 1983, Ar. 2420; de 28 de mayo de 1983, Ar. 2427; de 30 de mayo de 1983, Ar. 2437; de 3 de junio de 1983, Ar. 2963; de 8 de junio de 1983, Ar. 2977; de 11 de junio de 1983, Ar. 2993; de 20 de junio de 1983, Ar. 3023; de 29 de junio de 1983, Ar. 3063; de 2 de julio de 1983, Ar. 3703; de 5 de julio de 1983, Ar. 3715; de 11 de julio de 1983, Ar. 3760; de 12 de julio de 1983, Ar. 3775; de 14 de julio de 1983, Ar. 3786; de 14 de septiembre de 1983, Ar. 4245; de 20 de septiembre de 1983, Ar. 4258; de 27 de septiembre de 1983, Ar. 4289; de 29 de septiembre de 1983, Ar. 4302; de 1 de octubre de 1983, Ar. 4973; de 11 de octubre de 1983, Ar. 5085; de 18 de octubre de 1983, Ar. 5099; de 27 de octubre de 1983, Ar. 5157; de 5 de noviembre de 1983, Ar. 5572; de 14 de noviembre de 1983, Ar. 5598; de 5 de diciembre de 1983, Ar. 6172; de 9 de diciembre de 1983, Ar. 6185; de 5 de marzo de 1984, Aranzadi 1519 (IV Convenio); de 22 de marzo de 1984, Ar. 1597; 2 de abril de 1984, Ar. 2024; de 17 de julio de 1984, Ar. 4188; de 19 de septiembre de 1984, Ar. 4435; 27 de septiembre de 1984, Ar. 4487 (IV Convenio); de 9 de julio de 1985, Ar. 3712; de 11 de julio de 1985, Ar. 3742 a 3746; de 27 de septiembre de 1985, Ar. 4385; de 2 de octubre de 1985, Ar. 4652; de 30 de octubre de 1985, Ar. 5249. El TCT también lo hará en Sentencias como las de 26 de octubre de 1983, Ar. 8852 y 8868; de 27 de octubre de 1983, Ar. 8946; de 26 de noviembre de 1983, Ar. 10150. Por lo que se refiere a HUNOSA, *vid.* las SSTs, Sala 6.ª, de 31 de enero de 1983, Ar. 152; de 10 de febrero de 1983, Ar. 578; de 22 de febrero de 1983, Ar. 796; de 1 de marzo de 1983, Ar. 1092; de 9 de marzo de 1983, Ar. 1127; de 10 de marzo de 1983, Ar. 1139; de 30 de marzo de 1983, Ar. 1218; de 16 de julio de 1983, Ar. 3800; de 16 de mayo de 1984, Ar. 3034. *Id.* también, en otros ámbitos, las SSTs, Sala 6.ª, de 4 de julio de 1983, Ar. 3709 –Aviación Civil–; de 19 de junio de 1985, Ar. 3427 –Metropolitano de Madrid–; de 11 de julio de 1985, Ar. 3741 –FEVE–; 26 de septiembre de 1985, Ar. 5885 –Aeropuertos Nacionales–; y de 10 de octubre de 1985, Ar. 4706 –Iberia–. Los pronunciamientos del TCT en este periodo no serán muy relevantes ni numerosos.

³⁰ Como la solidaridad con los trabajadores desempleados –SSTS, Sala 6.ª, de 20 de abril de 1983, Ar. 1852; 20 de junio de 1983, Ar. 3023; 29 de junio de 1983, Ar. 3063, entre otras muchas– y la igualdad real y efectiva –STS, Sala 6.ª, de 12 de mayo de 1983, Ar. 2427–, no contrariándose la previsión del artículo 35.1 de la CE porque «el derecho y deber de trabajar que en la misma se menciona, dos vertientes o aspectos de una misma figura, no lo son en términos absolutos de manera que comportan la subsistencia de los mismos durante toda la vida, porque ello entraría en colisión con otros preceptos de la misma Constitución, sino que son limitados en la intensidad y en el tiempo; por ello, compatibles con situaciones de ocio y tercera edad, mencionados y contemplados en la Constitución»: STS, Sala 6.ª, de 22 de febrero de 1983, Ar. 796, y de forma similar, de 5 de mayo de 1983, Ar. 2341.

³¹ Calificándose, en caso contrario, como despido improcedente o nulo la decisión empresarial de extinguir la relación. *Id.*, por ejemplo, SSTCT de 14 de julio de 1984, Ar. 5322; de 4 de octubre de 1984, Ar. 7411 y 7412; de 10 de octubre de 1984, Ar. 7539; de 1 de octubre de 1985, Ar. 5359; y SSTS, Sala 6.ª, de 1 de octubre de 1983, Ar. 4973; de 11 de octubre de 1983, Ar. 5085; de 18 de octubre de 1983, Ar. 5099; y de 5 de noviembre de 1983, Ar. 5572, entre otras.

³² SÁEZ LARA, C.: *op. cit.*, págs. 141-142. En efecto, para el TCT y el TS el hecho de que las cláusulas de jubilación se hayan establecido por medio de la negociación colectiva implica la desaparición del carácter forzoso de la jubilación, que pasa a constituir ahora una jubilación pactada y aceptada a través de los representantes. Así, por todas, las SSTs, Sala 6.ª, de

5.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985, de 30 de abril

Con estos antecedentes no resulta extraño que el Tribunal Constitucional hubiera de volver a pronunciarse acerca de la validez del segundo párrafo de la disposición adicional quinta del ET, con ocasión del planteamiento de una nueva cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Magistratura de Trabajo número 11 de Madrid. La decisión del Magistrado de Trabajo se produce en el ámbito del juicio por despido seguido contra la Subsecretaría de Aviación Civil del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, que había resuelto llevar a cabo la jubilación forzosa por edad de determinados trabajadores de la empresa en aplicación de lo previsto en el II Convenio Colectivo de Aviación Civil (BOE de 3 de septiembre de 1982). En el Auto de 12 de marzo de 1983, a través del que se promueve la misma, el magistrado fundamenta su pretensión en la posibilidad de colisión existente entre la norma debatida y los artículos 35, 14 y 9 de la CE. Los argumentos se centran en la naturaleza de la representación que ostentan los negociadores del convenio colectivo en función de lo previsto en los artículos 87 y 88 del ET, porque el núcleo de la polémica en este supuesto consiste en dilucidar si la comisión negociadora puede imponer, contra la voluntad de los representados, una jubilación forzosa que afectaría al derecho al trabajo.

La admisión a trámite de esta cuestión possibilitó este nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el tema de la jubilación forzosa, a través de la Sentencia de 30 de abril de 1985, que determinará directamente la validez constitucional del párrafo segundo de la disposición adicional quinta, interpretada como norma que faculta a la negociación colectiva para fijar una edad de jubilación obligatoria, pues frente al Abogado del Estado que en su escrito de alegaciones considera «muy discutible» que del párrafo segundo de la norma pueda desprenderse esta posibilidad, el tribunal declara que esta interpretación, «... parece la más adecuada a una consideración unitaria de la disposición adicional y a una valoración de la función que esta cumple en el sistema español de jubilación laboral...».

El intérprete constitucional indicará que no es posible equiparar las relaciones entre ley y convenio a las existentes entre norma delegante y norma delegada. En su argumentación subraya en primer término, que la fuerza vinculante tiene su origen en la propia Constitución, y no en la ley. Además, y en segundo lugar, esa garantía constitucional supone dotar a los convenios colectivos de una eficacia jurídica por la cual el contenido de los mismos «se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales (FJ 3.º)». En consecuencia, «resulta del todo ajeno a la configuración constitucional de la negociación colectiva la exigencia de una aceptación individual de lo pactado, con independencia de que la práctica, como sucede en ocasiones, haga aconsejable la participación de los propios afectados en la negociación colectiva a través de las fórmulas que los negociadores decidan y sin que, en ningún caso, puedan considerarse como jurídicamente condicionantes del convenio o se las pueda asignar efectos integrativos en lo que concierne a la eficacia propia del pacto».

El reconocimiento de que el derecho al trabajo afectado constituya un derecho fundamental no condiciona la solución que haya de darse al problema planteado puesto que, no existiendo en la Constitu-

22 de febrero de 1983, Ar. 796; de 26 de abril de 1983, Ar. 1877; de 5 de mayo de 1983, Ar. 2341; o la STCT de 19 de abril de 1983, Ar. 3763. Con todo, como no ha dejado de indicarse, «el Tribunal Supremo no ha entrado con la profundidad que habría sido necesaria en el examen de los distintos argumentos jurídicos que utiliza, ni en la elaboración y exposición sistemática de los mismos»: GARCÍA MURCIA, J.: *op. cit.*, pág. 436.

ción Española principio alguno que impida a la negociación colectiva regular las condiciones de ejercicio de tales derechos y siendo posible –con los requisitos señalados en la STC 22/1981– la jubilación forzosa, el establecimiento de la misma, bien por ley, bien por convenio, no vulnera el texto constitucional.

El tribunal analiza los dos principios fundamentales que, en su opinión, presiden las relaciones entre autonomía colectiva y autonomía individual:

- 1.º «La negociación colectiva no puede anular la autonomía individual, pues esta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que las exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes.»
- 2.º «No puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del convenio en el terreno de los derechos o intereses individuales» ya que, de lo contrario, se negaría toda virtualidad a la negociación colectiva frente a su diseño constitucional como instrumento básico en la regulación de las relaciones laborales y frente al propio significado del convenio, en cuyo seno prima la voluntad colectiva sobre la individualidad, habiendo de limitarse, a veces, los intereses individuales en aras de la promoción efectiva de los intereses de la colectividad.

El tribunal concluirá señalando que, al ser la ley, en este supuesto concreto, «la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación para el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación» (FJ 7.º).

5.3. Las exigencias para la admisión de la constitucionalidad de la figura en las SSTC 22/1981 y 58/1985 relativas a la no amortización de los puestos de trabajo

La doctrina del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios expuesta nos permite concluir los requisitos exigidos para calificar tal figura como constitucional: en primer lugar que se encuadre en el seno de una concreta política de empleo dirigida al reparto del trabajo, y consecuentemente con ello no podría procederse a la amortización del puesto de trabajo del trabajador que accede a la jubilación forzosa. En segundo término, será preciso que el trabajador jubilado forzosamente reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. Ambos requisitos, si bien fueron exigidos por el Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia ordinaria, plantean especiales dificultades en su articulación concreta, especialmente desde la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1987, que supuso un cambio radical en los condicionantes de la figura, tal y como se pondrá de manifiesto en el análisis de los mismos. Ambas condiciones no son meramente compromisos asumidos por la empresa en el momento de pactar la cláusula, sino que se trata de requisitos legales para su validez, si bien y aunque no podemos compartir tal interpretación, a juicio de un sector doctrinal, la cláusula será perfectamente válida aunque no recoja tales condicionamientos, ya que el empresario deberá en todo caso cumplirlos en la medida que vienen impuestos directamente por una norma estatal de derecho necesario indisponible para las partes negociadoras.³³

³³ MARTÍN PUEBLA, E.: «La jubilación anticipada como instrumento de política de empleo y su recepción en la negociación colectiva», *Documentación Laboral*, núm. 29, 1989, pag. 72, no obstante en este sentido se pronuncian CRUZ VILLALÓN

La STC 22/1981 ubicó los términos de la polémica en torno a la disposición adicional quinta en el marco de un análisis del derecho al trabajo y de la política de empleo (FJ 8.º y 9.º), en el sentido de que una limitación del derecho al trabajo de tal magnitud solo tiene una justificación válida en el marco de una política de empleo. Este condicionante es el núcleo de la cuestión, y ello porque no se trata solamente de que la jubilación forzosa se encuadre en el marco de una política de empleo, sino que resulta un requisito inexcusable para mantener la constitucionalidad de la figura. La no amortización del puesto de trabajo implica su traducción en una «cláusula de estabilidad o de salvaguardia de plantilla»,³⁴ como presupuesto para la no vulneración del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la CE.

En otros términos se traduce la premisa en el sentido de que la representación legal de los trabajadores que forma parte de la comisión negociadora del convenio solo puede disponer de los derechos individuales de los trabajadores, cuando se exija una causa de tal entidad que justifique tal medida como es una política de empleo planteada a nivel empresarial o sectorial que utilizara la jubilación forzosa como instrumento de reparto de trabajo, y es por ello que «las cláusulas de jubilación forzosa no pueden servir para amortizar puestos de trabajo, puesto que perderían su justificación y consecuentemente su legalidad».³⁵

Los primeros pronunciamientos de los tribunales respetaron estrictamente este primer requisito formulado por la doctrina del Tribunal Constitucional, así con carácter ejemplificativo cabe citar la STS de 5 de julio de 1983 –Ar. 3715–.^{36 37}

En este contexto y dado que se exigía con rigor por doctrina y jurisprudencia la cobertura del puesto de trabajo dejado vacante, se hace necesario tratar la naturaleza de la figura contractual a través de la cual se daría cumplimiento a esta condición sine qua non. Ello está directamente relacionado con la validez constitucional de la figura, porque a través de medidas indirectas podría perjudicarse su finalidad como instrumento de política de empleo, en cuanto que habiéndose afirmado que no era necesaria la identidad en cuanto a categorías profesionales, sí que era preciso que en el supuesto de que el traba-

J. y GARCÍA MURCIA, J.: «La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos», *Revista de Política Social*, núm. 137, pág. 527.

³⁴ BAYLOS GRAU: «Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio», *Relaciones Laborales*, núm. 11, pág. 55.

³⁵ GARCÍA MURCIA, J.: «El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador», *op. cit.*, pág. 442.

³⁶ Que reconoce que a través de la medida de la jubilación forzosa, «... se están protegiendo también valores asumidos constitucionalmente, cuales son la solidaridad, la igualdad real y efectiva de todos en la vida económica del país, y por lo que respecta a que la jubilación forzosa le deja sin empleo, no se puede desconocer que ello sería cierto si fuera esa la única causa para privar al recurrente de su derecho al trabajo, pero, como se ha reconocido con anterioridad, la jubilación forzosa se establece condicionada a admitir en su vacante a otro trabajador desempleado o joven demandante de primer empleo, lo que justifica esa limitación del derecho al trabajo, dada la situación de paro generalizado, recesión económica y de desempleo de la mayor parte de la juventud».

³⁷ El rigor con el que los tribunales exigieron este requisito es constatable en resoluciones como la STCT de 14 de abril de 1984 –Ar. 3868–, que declaraba la nulidad de una cláusula del convenio impugnado por la ambigüedad en la garantía de no amortización de puesto de trabajo y ello porque el artículo 26 del Convenio Colectivo de Comercio de Alimentación de Vizcaya establecía que: «Todos los trabajadores serán jubilados a los 65 años de edad dentro del año natural, siendo obligatoria para ellos», y añadiendo en su párrafo 3 que «Las baja de jubilación, si se cubren, lo serán con nuevo personal, prohibiéndose la contratación de jubilados de empresas y otros organismos», lo que a juicio del tribunal conculca el régimen de la figura, al no establecer junto a la obligación de los trabajadores inexcusablemente la correlativa de la empresa de cubrir su baja con un nuevo trabajador.

jador forzosamente jubilado estuviera vinculado a la empresa por un contrato indefinido, el nuevo contrato también lo fuera, ya que en caso contrario, de admitir la posibilidad de que un contrato por tiempo indefinido pudiera ser sustituido por un contrato por tiempo determinado, el puesto de trabajo no se amortiza de modo inmediato, pero podría ser amortizado al expirar el contrato temporal. Del mismo modo, si un contrato a tiempo completo se cubriera por uno a tiempo parcial, tampoco se daría exacto cumplimiento al requisito, al quedar amortizada en este supuesto una parte de la jornada del trabajo.

El Tribunal Supremo interpretó que la identidad en cuanto a la naturaleza de los nuevos contratos se refiere a la circunstancia de que estos fueran por tiempo indefinido si los extinguidos también lo hubieran sido, de modo que el dato esencial para el cumplimiento del requisito lo constituye la duración y no la categoría del contrato.³⁸

5.4. La criticable interpretación del Tribunal Supremo en materia de no amortización de puestos de trabajo a partir de las Sentencias de 27 de octubre de 1987

El Tribunal Supremo en las primeras resoluciones del año 1983, no dejó de exigir el requisito de no amortización del puesto de trabajo.³⁹ La interpretación uniforme del Tribunal Supremo acerca de la jubilación forzosa pactada en convenio por lo que respecta a la exigencia del requisito de no amortización del puesto de trabajo fue objeto de un cambio radical a partir de las SSTs de 27 de octubre de 1987 –Ar. 7210 y 7211– que dada su importancia en la materia serán objeto de análisis a continuación.⁴⁰

En estas sentencias se resuelven por el Tribunal Supremo sendos recursos de casación por infracción de ley interpuestos contra las sentencias de la Magistratura de Trabajo que calificaron como despido radicalmente nulo la decisión de la empresa. El supuesto de hecho común a las Sentencias de 27 de octubre de 1987 era el siguiente: la empresa Sociedad Española de Radiodifusión, SA (SER), lleva a cabo la extinción de los contratos con varios empleados por haber alcanzado la edad de jubilación forzosa pactada en convenio. El artículo 62 del convenio colectivo establecía la jubilación obligatoria para todo el personal a los 65 años, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 60 para los años 1986, 1987 y 1988». Por su parte, el artículo 60 establecía que «con el fin de

³⁸ STS, Sala 6.ª, de 22 de febrero de 1983 –Ar. 796–, reconoce que «ello iría contra la misma finalidad de la norma ya que haría inviable el primer empleo de los juveniles, ya que hay categorías que solo se alcanzan después de una dilatada vida laboral, y por otra parte iría contra normas laborales que establecen determinadas condiciones para ascensos e incluso para adquirir determinadas categorías, aparte que supondría una discriminación y proscripción para ascender de los demás empleados de la empresa». En el mismo sentido se pronunciaron las SSTs, Sala 6.ª, de 1 de marzo de 1983 –Ar. 1092–: «La expresión "igual naturaleza" habrá de interpretarse no en el sentido de idéntico puesto de trabajo, sino como contratos sustancialmente iguales en cuanto a su carácter de indefinidos y de incorporación a la empresa demandada»; de 9 de marzo de 1983 –Ar. 1127–; de 30 de marzo de 1983 –Ar. 1218–, y de 16 de mayo de 1984 –Ar. 3034–: «no presupone que hayan de ser identificados los puestos de trabajo que con las jubilaciones se produzcan con los que se produzcan por las sustituciones, al menos en lo esencial y sustancial de las funciones o actividades profesionales que han de asumir los trabajadores de nuevo ingreso».

³⁹ Sentencias de 28 de marzo –Ar. 1209–; de 11 de mayo –Ar. 2367–; de 30 de mayo –Ar. 2436 y 2437–, y de 5 de julio –Ar. 3715–, declarándose en esta última sentencia, que a través de la política de cobertura de las vacantes dejadas por los jubilados forzosos se tutelan asimismo, valores constitucionalmente protegidos, como la solidaridad y la igualdad en la vida económica, seguidas por las del extinguido Tribunal Central de Trabajo –como la STCT de 13 de abril de 1984 Ar. 3868–.

⁴⁰ Esta flexibilidad en la exigencia del condicionante de no amortización, se anunció anteriormente en otras resoluciones como la STS, Sala 6.ª, de 2 de junio de 1986 –Ar. 3431–, al afirmar que «en cuanto al objetivo de redistribución del empleo, aunque hubiese sido conveniente su constancia expresa, debe presumirse en un convenio colectivo».

adecuar la estructura de las plantillas de los distintos centros de trabajo a las actuales necesidades del medio, durante los años 1986, 1987 y 1988, para todo el personal de la SER, la jubilación será obligatoria a partir del momento en que cumplan 60 años de edad», fijando a continuación una pensión complementaria a la de la Seguridad Social y un premio por jubilación. Por último, en su párrafo segundo indicaba que «las jubilaciones se llevarán a cabo cumpliendo los requisitos previstos en la STC de 2 de julio de 1981».

El Tribunal Supremo aprecia la violación del artículo 60 del convenio colectivo —«en cuanto que el mismo no es contrario ni al tenor general del pacto ni a la normativa constitucional ni legal» FJ 3.º *in fine* (Ar. 7211)—. Dada la importancia y las consecuencias que producen estas sentencias en el tratamiento de la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo, resulta preciso analizar los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo, porque se van a mantener en la misma línea hasta la derogación expresa de la disposición adicional décima del año 2001:

El Tribunal Supremo entiende que «no resulta aceptable la conclusión de que el convenio colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir los puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados porque tal sea el fin constitucionalmente válido para que la fijación de una medida de jubilación forzosa no sea discriminatoria» —FJ 3.º (Ar. 7210)—, «...ya que tal exigencia no se deduce ni del texto del párrafo segundo de la disposición adicional quinta del ET ni de la mencionada sentencia (se refiere a la STC 22/1981, de 2 de julio), siendo significativo que la nueva sentencia (STC 59/1985, de 30 de abril), no contenga alusión a este respecto» —FJ 3.º (Ar. 7211)—. La línea argumentativa del Tribunal Supremo es muy discutible y la conclusión criticable en grado sumo, por cuanto desvirtúa uno de los pilares básicos sobre los cuales el Tribunal Constitucional había salvado la inconstitucionalidad del texto. La línea de razonamiento esgrimida por el Tribunal Supremo se fundamenta en los razonamientos vertidos por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 58/1985, de 30 de abril, si bien pasa por alto la referencia a la STC 22/1981, sin reconocer que la sentencia de 1985 encuentra su punto de partida en la de 1981. Por el contrario, lo significativo para el Tribunal Supremo es que la STC 58/1985, de 30 de abril, «cuando se refiere a los límites de la negociación colectiva eluda toda alusión al punto de la posible amortización de puestos de trabajo» —FJ 3.º (Ar. 7210)—, interpretando que el hecho de que la sentencia constitucional última no se extienda sobre la necesidad del requisito de la política de empleo en relación con el establecimiento de la jubilación forzosa por la negociación colectiva representa un cambio esencial en la doctrina constitucional en el sentido de eliminar dicha exigencia, por lo que en modo alguno cabe concluir que el Tribunal Constitucional se haya apartado de los requisitos exigidos en la STC 22/1981.

La STC 58/1985 procede a analizar el párrafo segundo de la disposición adicional quinta sobre los presupuestos anteriormente sentados respecto a la materia discutida, y que implícitamente condicionan necesariamente el juicio acerca de la constitucionalidad de la figura, y por ello no resulta aceptable la afirmación del Tribunal Supremo en cuanto a la no exigibilidad de la amortización de puestos de trabajo, máxime cuando en todas las sentencias posteriores —STC números 95 y 111 a 136, todas del año 1985—, se remite a la de 1981, siendo en todas ellas significativo que el convenio colectivo en cuestión condicionara la jubilación forzosa a la simultánea contratación de jóvenes y desempleados. El Tribunal Supremo además de utilizar este argumento para flexibilizar tal requisito, manifiesta expresamente que «tal supuesto condicionamiento, que en la sentencia recurrida constituye *ratio iuris* determinante, se encuentra mencionado en el FJ 9.ª de la Sentencia de 1981, más como inferencia ejem-

plarizante de su precedente afirmación que como conclusión terminante o definitiva, como permite entenderlo el que más adelante no aparezca cuando –como cierre de su compleja argumentación– concreta los términos de la que ofrece como interpretación sistemática y teleológica de la disposición adicional quinta, que se refiere a la realización de «la política de empleo dentro de los límites y condiciones fijados» (FJ 10.º *in fine*). Es claro que, a la luz de la Sentencia de 1985, queda matizada la exigencia y sin la trascendencia que, –antes de que esta fuera pronunciada, sobre todo– doctrinal y jurisprudencialmente se le ha venido atribuyendo» –FJ 3.º 7 (Ar. 7210)–.

Las afirmaciones vertidas por el Tribunal Supremo son criticables desde diversas perspectivas;⁴¹ la exigencia de la no amortización de puestos de trabajo no puede calificarse ni como «supuesto condicionamiento» ni como «inferencia ejemplarizante», ya que la construcción del Tribunal Constitucional fue clara en el sentido de que o bien la jubilación forzosa se enmarca en una política de reparto de empleo que garantice el derecho al trabajo de un sector de la población o carece de justificación válida, y ello con independencia de que la jubilación se acuerde por ley o por convenio.

Por el contrario para el Tribunal Supremo según declara en el FJ 3.º 8 –Ar. 7210–, «El mantenimiento a ultranza de un determinado número de puestos de trabajo, en términos absolutos, no es principio configurador del orden público laboral: el propio Estatuto de los Trabajadores prevé y regula, con alcance colectivo, la extinción de los contratos de trabajo por causas tecnológicas o económicas y por fuerza mayor (art. 51)...». En otro orden de cosas, el Tribunal Supremo reconoce que «... no cabe olvidar que mediante la negociación colectiva puede también realizarse o materializarse –en el ámbito de cada convenio– la política de empleo. De ahí que no resulte aceptable la conclusión de que el convenio colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir los puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados, porque tal sería «el fin constitucionalmente válido para que la fijación de una medida de jubilación forzosa no sea... discriminatoria».

De forma similar, la STS de 27 de octubre de 1987 –Ar. 7211–, señala en su FJ 3.º que «no significa que el convenio colectivo haya de incluir necesariamente una cláusula expresa que "obligue" a la empresa a contratar con carácter indefinido a otros trabajadores en sustitución de los jubilados: ya que tal exigencia no se deduce ni del texto del párrafo segundo de la disposición adicional quinta del ET ni de la mencionada sentencia; siendo significativo que la nueva Sentencia de 30 de abril de 1985 no contenga ninguna alusión a este respecto».

El Tribunal Supremo centra la cuestión en la idoneidad de la negociación colectiva para la fijación de edades de jubilación forzosa, cuando esta cuestión ya había quedado resuelta tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y se trataba de determinar en el caso concreto si el convenio colectivo había cumplido los requisitos exigidos por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional para llevar a cabo la jubilación forzosa, esencialmente si el convenio recogía el requisito de la no amortización de puestos de trabajo. Como ha quedado patente, el Tribunal Supremo no exige la no amortización de los puestos de trabajo, sino que se centra en el hecho que la jubilación forzosa debe encuadrarse en el marco de una política de empleo, siendo esta una de sus posibles manifestaciones, añadiendo en el FJ 8.º, *in fine*, –Ar. 7210–: «... si la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores y el bienestar social del colectivo afectado, reclama el sacrificio de determinados dere-

⁴¹ SASTRE IBARRECHE: *op. cit.*, pág. 491; DE MIGUEL LORENZO, A.M.: «La jubilación en la negociación colectiva: la exigencia de la no amortización de los puestos de trabajo», *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 35, 1988, pág. 417

chos individuales, la jubilación forzosa puede ser resultante de la negociación colectiva...», habiendo considerado en ambas sentencias que la empresa se encontraba en una situación de crisis económica.

Esta línea jurisprudencial se mantiene en posteriores resoluciones,⁴² siendo elemento común a todas ellas que la exigencia del Tribunal Constitucional de encuadrar la jubilación forzosa en el seno de una política de empleo –entendiendo por tal en estos supuestos la no amortización de los puestos de trabajo–, aparece en gran medida difuminada, encontrándonos en estas sentencias ante una dudosa interpretación jurisprudencial.

No obstante, parecen realizarse determinadas correcciones en otras resoluciones posteriores. Así, en la STS de 26 de febrero de 1990 –Ar. 1233–, el tribunal tendrá en cuenta otras previsiones del convenio cuestionado, al afirmar que la cláusula litigiosa «si bien no condiciona la operatividad de la jubilación forzosa a la sustitución del jubilado por personal de nuevo ingreso, no permite entender, sin embargo, que su instauración se hiciera sin tomar en consideración problemas relativos al empleo; así lo demuestran otras cláusulas del propio convenio, que atribuyen a los representantes de los trabajadores funciones de control en lo relativo a planificación de plantillas y evolución de estas» (FJ 3.º). O, especialmente, la STS, Sala Cuarta, de 29 de octubre de 1990, –Ar. 7937–. Esta última resolución llama la atención en su FJ *in fine* por la introducción de ciertas dudas en la interpretación llevada a cabo por las sentencias de octubre de 1987 –Ar. 7210 y 7211–, y es especialmente cuidadosa con la doctrina constitucional, al señalar que «... si un convenio colectivo ordena sin más, incondicionadamente, que la jubilación forzosa de todo trabajador se producirá al cumplir este los 65 años, incurre en el mismo vicio que la referida disposición adicional quinta, y ha de ser declarada su inconstitucionalidad. De esta forma, y a la vista de la STC 22/1981, «es obvio que estas condiciones y requisitos que se han de cumplir para lograr la constitucionalidad y validez de la norma que establezca la jubilación forzosa, se centran, fundamentalmente, en el cumplimiento de finalidades propias de la política de empleo, sea de ámbito nacional, sectorial o de empresa, es decir, cuando con tal jubilación se persiga, en alguno de estos ámbitos, una redistribución del trabajo, o facilitar el acceso al empleo de aquellos que están en situación de paro, o la viabilidad o mantenimiento de empresas en dificultades, o cualesquiera otras análogas». Por ello, las conclusiones a que se llega no podían ser otras que las siguientes: en primer término, que el establecimiento en convenio de una edad de jubilación forzosa es constitucionalmente válido «siempre que tal fijación cumpla determinadas condiciones y requisitos, en especial la de responder a las finalidades y objetivos de la política de empleo mencionados»; por contra, y en segundo lugar, será inconstitucional, por vulnerar el artículo 35 de la CE, el establecimiento de una edad de jubilación forzosa en convenio colectivo, si se realiza «de forma directa e incondicionada».

Estos aislados pronunciamientos constituyen una excepción a la línea argumentativa del Tribunal Supremo, constituyendo el grueso de su jurisprudencia la iniciada con las SSTS de 27 de octubre de 1987 –Ar. 7210 y 7211–. El Tribunal Supremo regresa a su línea jurisprudencial en Auto de 17 de junio de 1992 –Ar. 4589–, confirmando una vez más esta línea jurisprudencial en la STS de 23 de julio de 1993 –Ar. 1871–, así como en la STS de 27 de diciembre de 1993 –Ar. 10011–, en la que invocando su anterior jurisprudencia afirma en relación con las sentencias analizadas del Tribu-

⁴² SSTS, Sala 4.ª, de 18 de diciembre de 1989 –Ar. 9041–, de 28 de febrero –Ar. 1250–, de 9 de marzo –Ar. 3085–, de 27 de marzo –Ar. 2353 y 2354–, de 10 de marzo –Ar. 3452–, de 24 de abril –Ar. 3492– y de 10 de mayo de 1990 –Ar. 3994–.

nal Constitucional que resulta significativo «que cuando se refieren a los límites de la negociación colectiva no hagan referencia alguna a la posible amortización de puestos de trabajo».

En su Sentencia de 7 de noviembre de 1994 –Ar. 283–,⁴³ tras invocar las sentencias del Tribunal Constitucional, mantiene la licitud de la figura «siempre que se cumplan determinadas condiciones que se vinculan a los objetivos de la política de empleo y a la garantía de los derechos pasivos de los trabajadores», lo que en el caso concreto en virtud de la aplicación de jurisprudencia ya consolidada, le lleva a declarar una vez más y sin que en este caso su objetivo de política de redistribución de empleo haya sido siquiera cuestionado que «... aunque la validez de la cláusula convencional no exija necesariamente la inclusión de una obligación de la empresa de contratar a otros trabajadores en sustitución de los jubilados, es de señalar que en el propio convenio litigioso se insertan unos sistemas de promoción interna y de incorporación a la plantilla de nuevos trabajadores».⁴⁴

En años posteriores el Tribunal Supremo flexibiliza aún más si cabe su anterior interpretación, y ello porque citando sus Sentencias de 27 de octubre de 1987, en las que se reconocía que «no resulta obligado que el convenio colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados», se afirma en el Auto de 18 de noviembre de 1998 –Ar. 10001–, que se rechaza la pretensión planteada porque la exigencia de que la empresa adopte alguna medida de promoción de empleo –medida que en el caso litigioso no estaba prevista en el convenio colectivo–, no la contempla la doctrina de la Sala, «que contempla como única exigencia que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación», reiterando una vez más que «en el caso decidido por la Sentencia de 27 de diciembre de 1993 tampoco constaba en el convenio aplicable ni la obligación de cubrir las vacantes producidas con nuevas contrataciones, ni cualquier otra situación relevante en términos de política de empleo».

En la STS de 14 de julio de 2000 –Ar. 414–, en la que enjuicia –resolviendo un recurso de casación para unificación de doctrina– la legitimidad de la extinción de la relación contractual acordada por el empresario de conformidad con lo dispuesto en el convenio colectivo,⁴⁵ fundamentándose la demanda porque se exigía por vía de negociación colectiva la jubilación de los trabajadores a los 75 años de manera «directa, plena e incondicionada sin ninguna atención a consideraciones relacionadas con criterios sobre política de empleo», el Tribunal Supremo se separa una vez más de la doctrina constitucional, manifestando la legalidad de la jubilación forzosa condicionada exclusivamente al hecho de que el trabajador reúna los requisitos para devengar derecho a la prestación de jubilación (FJ 2.º 3), si bien en el FJ 2.º 4 mantiene una argumentación que en una primera lectura puede parecer contradictoria, al señalar que «llama la atención... que lo que no puede hacer el legislador "libremente" si que

⁴³ Con ocasión del Convenio Colectivo del Banco Exterior de España –BOE de 10 de agosto de 1988–, se planteó una nueva ocasión para la interpretación del requisito de no amortización, estableciendo el artículo 31.8 del mismo que «El Banco podrá jubilar obligatoriamente al personal a partir del cumplimiento de los 60 años de edad y en cualquier momento posterior, siempre que en tal momento tenga acreditado 15 años al menos de servicios efectivos y tenga derecho a pensión de la Seguridad Social».

⁴⁴ En el mismo sentido se pronuncia en la STS, Sala 4.ª, de 18 de septiembre de 1996 –Ar. 6570–, con ocasión una vez más de lo previsto en el Convenio Colectivo de RENFE, en la que sin más se remite a su anterior jurisprudencia en la materia, en la que ya afirmó la posibilidad de imponerse por la negociación colectiva la jubilación forzosa a los 64 años con aplicación del Real Decreto 1194/1985.

⁴⁵ Convenio Colectivo para Establecimientos Sanitarios de Hospitalización, Asistencia Sanitaria, Consultas y Laboratorios de Análisis Clínicos suscrito el 5 de julio de 1998 (BOCM de 18 de agosto).

lo pueda hacer el convenio colectivo, cual es pactar una edad de jubilación inferior a la legal, pero 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 tal transacción, se entiende que van implícitas consideraciones de política de empresa que en una norma impuesta necesitan venir explicitadas dada la unilateralidad de la que deriva. Aquella regulación de los intereses recíprocos que constituye la base de la negociación entre representantes institucionales de trabajadores y empresarios, derivada de lo dispuesto en el artículo 37.1 de la CE, es lo que hace diferente una norma convenida de una norma estatal y lo que hace que las consideraciones de política de empleo se exijan en la una y no en la otra». Como ha señalado la doctrina,⁴⁶ las razones para que una política de empleo pueda justificar una limitación al derecho al trabajo y a la igualdad de trato por razón de la edad de los trabajadores empleados solo serían válidas si se traducen en la no amortización de puesto de trabajo y en una concreta sustitución del trabajador jubilado –o en otras medidas reales de significación equivalente, en el marco de protección del empleo, como se exigía en la STC 22/1981, de 2 de julio.

Del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta fácilmente apreciable la flexibilización progresiva en la interpretación de los condicionantes de la figura. Si bien hasta 1986 se exigía en todo caso la no amortización del puesto de trabajo como uno de los requisitos imprescindibles para calificar ajustada a la Constitución la cláusula de jubilación forzosa pactada en un convenio colectivo, la interpretación llevada a cabo a partir de las Sentencias de 27 de octubre de 1987 se mantuvo con escasas variaciones, persistiendo en los años noventa en la misma tendencia jurisprudencial. Ello ocasionó que desde la perspectiva de exigencia de la política de empleo como «la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores y el bienestar social del colectivo afectado» únicamente se requería, además del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social, la referencia genérica a la política de empleo, entendiendo por tal que el convenio prevea aspectos generales referentes a la misma, lo que obligaba al intérprete al análisis del convenio colectivo en su conjunto; todo ello fundamentado en función de que el requisito de no amortización del puesto de trabajo del jubilado forzoso no es sino una de las posibles manifestaciones de la política de empleo.

Si el condicionamiento de la jubilación forzosa a consideraciones de política de empleo es una exigencia básica de constitucionalidad, la interpretación jurisprudencial que dota de una especial significación a la expresión «libremente» recogida en la disposición adicional décima debía ser de todo punto rechazada, sin que pueda extraerse la conclusión de que suponga una exoneración para los negociadores colectivos del requisito del desarrollo de la política de empleo (SSTS de 27 de octubre de 1987). Ello vendría a establecer diferentes límites a la norma estatal y a la norma colectiva en la regulación de la materia. En concreto vendría a autorizar a los artífices de los convenios colectivos a desvirtuar la naturaleza de la medida de la jubilación forzosa como instrumento de reparto de empleo e introducir una nueva causa de extinción del contrato de trabajo por edad. Por el contrario, la cuestión debe interpretarse en el sentido realizado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 22/1981, al señalar que la limitación del derecho a la estabilidad en el empleo del trabajador que cumple la edad establecida en la norma, ya sea estatal o colectiva, solo se justifica «si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro» (STC 22/1981, FJ 9.º)

⁴⁶ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa», en *Relaciones Laborales*.

porque solo desde esta perspectiva por lo que respecta al empleo no se vulnera el derecho de igualdad. La jubilación forzosa debe respetar los fines de reparto de empleo, y si lejos de ello se utiliza para hacer frente a otros fines como la salida de crisis de empresa, se abandona su finalidad última y ello porque deberían utilizarse otros mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para tal fin, como los previstos en los artículos 41, 51 o 52 c) del ET.

Las críticas efectuadas por la doctrina en los años ochenta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo se mantuvieron hasta el año 2000⁴⁷ y ello porque la elevada temporalidad de los contratos de trabajo en España, junto al índice de desempleo no podía amparar la interpretación del término «política de empleo» en cuanto causa que justifique la jubilación forzosa del trabajador, que únicamente se fundamente en mejorar las condiciones de trabajo o de la empresa, ya se trate de la estabilidad de los demás trabajadores, de permitir la viabilidad de la empresa o de otras causas análogas.

5.5. Posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse respecto a la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo en sucesivas ocasiones para resolver la problemática surgida con el III Convenio de Renfe para 1982: tal pronunciamiento lo realizará a través de la STC, Sala Primera, 95/1985, de 29 de julio de 1985 (BOE de 14 de julio).⁴⁸ En esta sentencia, el Tribunal Constitucional afrontará la cuestión de la posible discordancia de las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en convenio con la previsión del artículo 53.1 de la CE, remitiéndose a la doctrina sentada en la Sentencia 58/1985 y considerando que la reserva de ley requerida por dicho precepto se salva a través de la función de norma legal habilitante que reviste el párrafo segundo de la disposición adicional quinta y que permite a los convenios incluir tales cláusulas con las condiciones exigidas por la STC 22/1981, entre las que cabe encuadrar en este supuesto que conforme a la cláusula 11 del convenio, la empresa se comprometía a que ingresaran en la Red durante el año 1982, «un número de agentes equivalente al de las bajas que se producen por jubilaciones forzosas», analizando la sentencia que lejos de tratarse de un rejuvenecimiento de la plantilla –cuestión que se alegaba por los recurrentes–, se trata de «una medida de solidaridad que cubre el necesario engarce de la jubilación con la política de empleo».

El Tribunal Constitucional abordará una cuestión similar en las Sentencias números 111 a 136, de 11 de octubre de 1985 (BOE de 8 de noviembre), que vienen a consolidar su doctrina anterior.

Las últimas sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia son dignas de mención en este punto. Al respecto la STC 280/2006, de 9 de octubre –recurso de amparo 43-2003–, versa sobre el convenio colectivo de 2000 de la empresa Gas Natural SDG, SA, que fija su fecha de entrada en

⁴⁷ OJEDA AVILÉS, A: «El contenido de la negociación colectiva en materia de empleo y ocupación», en AA.VV.: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid: MTAS, 1999, pág. 144; AA.VV.: «Establecimiento en convenio colectivo de previsiones sobre jubilación forzosa», presentación número 76, *Aranzadi Social*, 1996-III, págs. 2.456 y ss.

⁴⁸ La cláusula 14.ª del convenio colectivo de Renfe, publicado en el BOE de 4 de febrero de 1982, en virtud de la cual los recurrentes pasaron a la situación de jubilación forzosa, establecía que «La jubilación forzosa en RENFE se rebaja de 65 a 64 años de edad, de mutuo acuerdo entre la representación del personal y la Red, según lo establecido en el ANE». Las decisiones de la empresa fueron impugnadas ante la Magistratura de Trabajo por entender que constituían «despido nulo o improcedente, alegando junto a otras razones la vulneración de los artículos 14 y 35 de la Constitución».

vigor el día 1 de enero de 2000, es decir, en fecha anterior a la derogación de la disposición adicional décima del ET de 1995, por lo que a juicio del Tribunal Constitucional resulta de plena aplicación la doctrina constitucional sobre la vinculación entre la jubilación forzosa y las políticas de empleo sentadas en las SSTC 22/1981 y 58/1985. En virtud de ello se determina que el convenio colectivo citado no contiene ninguna previsión que de forma directa y explícita relacione el contenido del convenio con políticas de empleo, sin embargo se regula en el mismo bajo la rúbrica de «Garantía de empleo» que «todos los trabajadores fijos que actualmente se hallen en activo, tienen derecho al mantenimiento de su empleo» y si bien tal cláusula no sería suficiente para justificar la jubilación forzosa, debe valorarse este compromiso que mejora la estabilidad en el empleo y ponerlo en relación con la no amortización del puesto de trabajo del trabajador recurrente, por lo que estaríamos ante motivos suficientes que justifican legítimamente la decisión empresarial.

En el mismo sentido, la más reciente de las sentencias del Tribunal Constitucional –STC 341/2006, de 11 de diciembre de 2006, recurso de amparo 750/2004–, resuelve una situación que se fundamenta en el convenio colectivo de empresas estibadoras portuarias de la provincia de Barcelona para los años 2000-2002, exigiendo la jubilación forzosa a los 65 años, sin contener ninguna previsión que relacione explícitamente la medida con la política de empleo. Como señala el Tribunal Constitucional «... es indudable que este mecanismo de la jubilación forzosa no carece de una justificación legítima desde el punto de vista constitucional, ya que se basa en una política de empleo tendente al reparto o redistribución del trabajo, y como tal, supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores... para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo (respecto de los que se pretende disminuir la tasa de desempleo, fomentar la contratación indefinida y disminuir la tasa de temporalidad)». En el caso planteado, el convenio colectivo prevé la suscripción de contratos de fomento de la contratación indefinida para la transformación de contratos temporales, lo que implica a juicio del Tribunal Constitucional la confluencia de un compromiso que favorece la estabilidad en el empleo en la empresa demandada durante su vigencia.

5.6. La derogación de la disposición adicional décima del ET y su interpretación por el Tribunal Supremo

La derogación expresa de la disposición adicional décima del ET se llevó a cabo por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE de 3 de marzo), justificando el legislador su medida en la exposición de motivos en los siguientes términos: «... merece destacarse la derogación de la disposición adicional décima del ET, que 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», procediendo a la derogación de la medida en el apartado a) de su disposición derogatoria única. La ley vino a convalidar el Real Decreto-Ley 5/2001 y con ello la derogación expresa de la medida prevista en el Estatuto de los Trabajadores en su disposición adicional décima.

Resulta interesante destacar en este punto para comprender en su justa medida la evolución posterior de la figura, que el real decreto-ley por el que se llevó a cabo la reforma laboral en el año

2001 no fue fruto de los acuerdos con los interlocutores sociales, tal y como se refleja en su exposición de motivos.

La derogación de la figura que ya se había convertido en un clásico en el Derecho del Trabajo en España y en la negociación colectiva no pudo sino ser objeto de un arduo debate doctrinal y jurisprudencial hasta que se llevó a cabo la interpretación de la misma por el Tribunal Supremo por primera vez en esta nueva andadura de la figura en la Sentencia de 9 de marzo de 2004 que será objeto de análisis en los siguientes párrafos, una vez vistos los argumentos doctrinales.

Cabría sintetizar las interpretaciones acaecidas en torno a la derogación expresa en dos posturas:⁴⁹

Para un sector doctrinal una vez desaparecida la autorización expresa conferida a los negociadores colectivos en el Estatuto de los Trabajadores que constituía su norma habilitante, no era posible pactar estas cláusulas.

Para otro sector doctrinal, por el contrario, la derogación expresa de la figura no había supuesto ningún tipo de innovación en el régimen jurídico de la jubilación forzosa, por lo que nada impedía que los convenios colectivos pudieran seguir pactando cláusulas de jubilación forzosa.

El primer sector doctrinal justificaba su interpretación de nulidad de las cláusulas de jubilación forzosa principalmente en los siguientes argumentos:

- En primer lugar, la intención del legislador, que se pone de manifiesto en la exposición de motivos y en otras normas tendentes a prolongar la vida en activo de los trabajadores, incentivando para ello con incrementos de porcentajes aplicables a la base reguladora que podían suponer más del 100 por 100, así como con el fomento de la flexibilidad de la jubilación mediante la jubilación parcial.
- En segundo lugar, siendo este uno de los argumentos más destacados por este sector doctrinal, la reserva material de ley establecida en los artículos 35.2 y 53.1 de la CE para la regulación del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 de la misma, que impediría la negociación de estas cláusulas sin una ley habilitante que lo permitiera expresamente. Se argumentaba para ello que la propia STC 58/1985 salvó expresamente la inconstitucionalidad de la jubilación forzosa convencional por existir disposición legal habilitante –la disposición adicional quinta del ET, que pasó a ser la disposición adicional décima del ET–, y que por tanto derogada la misma, un convenio colectivo que estableciese una cláusula de jubilación forzosa actuaría contra la reserva de ley prevista constitucionalmente.
- En tercer lugar, que según el artículo 17.1 y 2 del ET, están prohibidas las discriminaciones desfavorables al trabajo por razón de edad salvo que por ley se permita tal posibilidad, en cuanto que solo por ley se permiten hacer exclusiones para ser contratado. En tal sentido, al desaparecer esa cobertura legal, quedaría prohibida la posibilidad de efectuar discriminaciones por razón de edad a través de la jubilación forzosa.

⁴⁹ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa», en *Relaciones Laborales*, pág. 513 y ss.

- En cuarto lugar, que la admisibilidad de la jubilación forzosa supondría establecer por convenio colectivo una nueva causa de extinción del contrato de trabajo no prevista en el artículo 49 del ET, que se refiere en general a «la jubilación del trabajador», interpretando que únicamente es a la jubilación voluntaria, lo que atentaría contra la relación de causas de extinción contractual que establece una norma de derecho imperativo absoluto.
- En quinto lugar, se defendía por este sector doctrinal que si algún significado tenía la derogación expresa de la disposición adicional décima del ET, este era precisamente llevar a cabo la derogación de «la necesaria ley habilitadora» para negociar cláusulas de jubilación forzosa, y ello porque la jubilación forzosa convencionalmente pactada sin ley habilitadora vulneraría el derecho al trabajo (art. 35 CE) y la no discriminación por razón de edad (art. 14 CE). Este argumento se apoyaba básicamente en la STC 58/1985 que pareció atribuir a la disposición adicional «carácter constitutivo», es decir, carácter de ley habilitadora sin la cual no era posible negociar colectivamente cláusulas de jubilación forzosa.

Los Tribunales Superiores de Justicia adoptaron en algunas sentencias los argumentos expuestos, pudiendo sintetizar las razones en contra de la posibilidad de seguir negociando cláusulas de jubilación forzosa en los siguientes términos:

1. Después de la derogación de la disposición adicional décima del ET, al no haber habilitación legal ha desaparecido la potestad de los interlocutores sociales de pactar este tipo de cláusulas, pues derogada la autorización deviene con ello el mantenimiento de la prohibición (STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002).
2. La jubilación forzosa sin habilitación legal implica una vulneración del derecho al trabajo desde el punto de vista individual y colectivo (STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002).
3. Supone actualmente discriminación (STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2002).
4. La razón justificativa de la medida mantenida por la jurisprudencia ha desaparecido a partir del Pacto de Toledo (STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2002).
5. Las cláusulas vigentes en los convenios colectivos devienen nulas, aplicando la tesis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 210/1990, de 20 de diciembre, respecto a la limitación legal de la jornada máxima de trabajo (SSTSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de abril de 2002, y de Madrid de 17 de diciembre de 2002).

Por el contrario, los argumentos esgrimidos por el sector doctrinal favorable a las cláusulas convencionales de jubilación forzosa fueron fundamentalmente los siguientes:

- Por lo que respecta al argumento relativo a la intención del legislador cuando llevó a cabo la derogación de la disposición adicional décima del ET se señalaba que la pretensión no era tanto impedir jurídicamente la jubilación forzosa por vía de convenio colectivo, sino tan solo «desincentivar» su práctica, ya que al argumentar este sector doctrinal que no era precisa una ley de habilitación, su derogación jurídicamente estaba carente de significado, debiendo interpretarla en «clave política» y no «jurídica».

- En segundo lugar, en cuanto a la existencia de una reserva constitucional de ley que imposibilitara la negociación sin una ley habilitante, se señalaba que la reserva de ley establecida en la Constitución se refiere únicamente al reparto de poderes normativos entre la ley y el reglamento y por tanto no se puede interpretar tal reparto en cuanto a la relación ley-convenio colectivo. El reparto de poderes entre ley y convenio colectivo no viene explicitado en la Constitución, sino que únicamente reconoce el derecho de negociación colectiva en el artículo 37.1 de la CE, y como ha mantenido el Tribunal Constitucional, el contenido de la negociación colectiva vendrá limitado por el respecto a otros derechos constitucionales en aplicación de la «doctrina del equilibrio entre derechos».
- En tercer lugar, por lo que se refiere a la nulidad de estas cláusulas alegada por el otro sector doctrinal en cuanto que desaparecida la cobertura legal estaría legalmente prohibida la discriminación desfavorable por razón de edad consistente en una jubilación forzosa, se contraargumentaba que los preceptos legales que dan cobertura a la negociación de la jubilación forzosa se encuentran en los artículos 37.1 de la CE y 85.1 del ET, sobre la libertad del contenido negocial, y en modo alguno en el artículo 17.2 del ET.
- Respecto al argumento que mantenía que la admisibilidad de la jubilación forzosa supondría establecer por convenio colectivo una nueva causa de extinción contractual, se señalaba que con ello no se creaba una nueva causa de extinción del contrato de trabajo, sino que se concretaba la causa legal del artículo 49.1 f) relativa a la «jubilación del trabajador», porque en cuanto que no se especifica en la misma si se refiere a la jubilación voluntaria o forzosa nada impide que contemple ambos tipos.
- En quinto lugar y en cuanto al principal argumento utilizado para negar validez a la jubilación forzosa vía convenio colectivo, esto es, la necesidad de ley ordinaria habilitante, se contraargumenta que no es precisa una ley ordinaria habilitadora ya que tal posibilidad tiene su fundamento y cobertura en el artículo 37.1 de la CE y en el artículo 85.1 del ET.

En este sentido se interpreta que la disposición adicional décima no era una ley habilitadora, sino una norma meramente declarativa –y no constitutiva–, y por lo tanto prescindible. Ello supone que la razón de la derogación expresa es una cuestión más política que jurídica y su derogación en tal sentido significa esencialmente un cambio de orientación política que pretendía dejar de promocionar la figura de la jubilación forzosa. Se le califica por este sector doctrinal de norma «pedagógica» cuya función esencial era recordar a las partes negociadoras la posibilidad de negociar este tipo de cláusulas. En conclusión, se trataba de una cuestión de límites, de equilibrio entre derechos constitucionales, de proporcionalidad y de ponderación en el sacrificio de los distintos intereses enfrentados; esto es, nos encontramos con la ponderación y proporcionalidad entre el derecho a la negociación colectiva del artículo 35.1 de la CE y a la no discriminación por razón de edad del artículo 14 de la CE y actuando como mecanismos compensatorios con el respeto al derecho de una pensión de jubilación contributiva del artículo 50 de la CE y la exigencia constitucional de llevar a cabo una política orientada al pleno empleo prevista en el artículo 40 de la CE.

- En último lugar y aunque no fuera un argumento de peso, sino una constatación de la realidad, se consideraba que la negociación colectiva posterior a la entrada en vigor del Real

Decreto-Ley 5/2001 continuaba negociando las cláusulas de jubilación forzosa en los mismos términos que con anterioridad a su derogación expresa, sin que las mismas fueran objeto de impugnación de oficio.

Del mismo modo que nos encontramos con intervenciones de Tribunales Superiores de Justicia encuadrables en la tesis contraria, podemos destacar sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que defienden la licitud de la jubilación forzosa a través de la negociación colectiva tras la derogación expresa de la disposición adicional décima del ET, pudiendo resumirse del siguiente modo:

1. El establecimiento por convenio colectivo no supone vulneración de una materia reservada por ley (STSJ de Madrid de 11 de enero de 2002).
2. La jubilación forzosa es materia propia del contenido de los convenios colectivos, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 85.1 del ET (SSTSJ de Aragón de 23 de enero 2002 y de Cataluña de 6 de febrero de 2002) y, además, el ordenamiento jurídico no contiene ninguna norma prohibitiva expresa, ni existe disposición que impida que la voluntad del trabajador a la hora de decidir el momento de su jubilación sea sustituida por una decisión surgida en el seno de la negociación colectiva.
3. Los convenios colectivos pueden regular una materia deslegalizada, ya que para ello no necesitan la autorización expresa de la ley, puesto que su eficacia viene directamente de la norma suprema (STSJ de Cataluña de 29 de octubre de 2002).
4. La originaria prohibición legal de negociar colectivamente edades de jubilación forzosa del trabajador, fue derogada por la disposición adicional quinta del ET en su versión de 1980 y por ello resulta clara la imposibilidad jurídica de resucitar la difunta prohibición legal originaria.
5. La derogación no supone una prohibición (STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de noviembre de 2002).
6. La finalidad del cambio normativo solo es desincentivar la opción de la jubilación forzosa (SSTSJ del País Vasco de 19 de febrero de 2002 y de Cataluña de 29 de octubre de 2002).

6. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LA DEROGACIÓN EXPRESA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La intervención del Tribunal Supremo se produce por la Sentencia de 9 de marzo de 2004 –rec. 765/2003–,⁵⁰ que le permite pronunciarse por vez primera en la materia y concretamente en unifica-

⁵⁰ Si bien se analiza con especial interés la STS de 9 de marzo de 2004 –rec. 765/2003–, en idéntico sentido nos encontramos con la STS de la misma fecha, 9 de marzo de 2004 –rec. 2319/2003–, que contiene idéntico voto particular al analizado y suscrito por los mismos magistrados. La doctrina señalada del TS es seguida en los mismos términos por las siguientes SSTs: 6 de abril de 2004 –rec. 3427/2003–, 28 de mayo de 2004 –rec. 3803/2003–, 2 de noviembre de 2004 –rec. 2633/2003–, 2, 9 y 15 de diciembre de 2004 –rec. 339/2004, 4342/2004 y 6506/2003, 1 de junio 2005 –rec. 1744/2004–, de 25 de octubre de 2005 –rec. 1129/2004–.

ción de doctrina, resolviendo sobre la base de sentencias muy dispares dictadas en suplicación por los Tribunales Superiores de Justicia, aunque el conflicto se plantea por una demanda por despido nulo de un trabajador al que la empresa ha jubilado forzosamente con base en una cláusula convencional de jubilación forzosa, demanda que fue aceptada en recurso de suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Madrid.⁵¹

Las cuestiones planteadas en el recurso se centran esencialmente en dos cuestiones:

- 1.º Establecer si la derogación de la disposición adicional décima del ET supone la prohibición de que los convenios colectivos contengan cláusulas de esta naturaleza o bien se trata de una mera deslegalización de la materia que no impide que los convenios sigan regulando en el futuro edades de jubilación forzosa.
- 2.º 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 aun 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.

Respecto a la primera cuestión el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que derogada la disposición adicional décima y en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva, es de aplicación para los convenios colectivos que entren en vigor tras dicha derogación, lo dispuesto en el artículo 4.2 c) y 17.1 del ET, de inequívoca inspiración constitucional, en cuanto que el primero establece el derecho de los trabajadores «A no ser discriminados... para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley...» y el segundo prevé que «Se entenderán nulos y sin efecto... las cláusulas de los convenios colectivos... que contengan discriminaciones... desfavorables por razón de edad». A juicio del Tribunal Supremo estos dos preceptos estatutarios tienen el mismo espíritu que el de la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953 e implican que recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la misma, que atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de «mínimo de derecho necesario absoluto», por lo que para el Tribunal Supremo no es posible establecer en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa.

Comienza su argumentación analizando los antecedentes de la figura y, con independencia de que ha sido tratada en las páginas precedentes, interesa resaltar en este punto las cuestiones jurisprudenciales destacadas en la sentencia objeto de estudio, en cuanto que son utilizadas para llevar a cabo su resolución final del caso.

Se remonta en primer lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1966, que precisaba que la Orden del Ministerio de Trabajo de 1 de julio de 1953 (BOE de 7 de julio) vedaba a los convenios colectivos la imposición al trabajador de edades de jubilación, por cuanto en la misma se afirmaba en su artículo 1 que «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»,

⁵¹ El conflicto se plantea en la empresa de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), cuyo convenio colectivo tenía una vigencia del 1 de mayo de 2001 al 30 de abril de 2004, que establece la jubilación forzosa a los 65 años de edad.

con lo que se reconocía un derecho subjetivo al trabajador, que constituiría lo que actualmente llamamos «mínimo de derecho necesario absoluto» y por tanto indisponible por convenio. Esta doctrina se reiteró por constante jurisprudencia hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores de 1980.

En el análisis de los antecedentes trae a colación el Tribunal Supremo las dos destacadas sentencias del Tribunal Constitucional en la materia. Así la STC 22/1981, de 2 de julio, que a juicio del Tribunal Supremo contiene afirmaciones de interés para la solución del debate, en cuanto que concluye en su FJ 10.º que «Cabe, pues, una interpretación sistemática y teleológica de la disposición adicional quinta, de acuerdo con la cual su contenido se concreta en los siguientes términos: -El reconocimiento implícito por parte del legislador de la posibilidad de realizar una política de empleo utilizando como instrumento la jubilación forzosa. -La habilitación al Gobierno para que realice esa política de empleo dentro de los límites y condiciones fijados. -La posibilidad de que, dentro de ese marco puedan pactarse libremente edades de jubilación...». Posteriormente la STC 58/1985, de 30 de abril, en relación con este extremo señala que «el precepto legal no pretende únicamente atribuir a la negociación colectiva la facultad de facilitar la jubilación voluntaria a través de una regulación promocional que no era preciso autorizar, pues nunca había sido negada y era frecuentemente ejercitada, sino superar el precedente obstáculo legal convirtiendo en disponible por la negociación colectiva un derecho que con anterioridad no lo era».

Sobre la base de esta doctrina constitucional el Tribunal Supremo vino reconociendo la posibilidad de jubilación forzosa bajo el juego de tres reglas: 1.ª que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación, 2.ª 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, en esa transacción se entiende que van incluidas las consideraciones de política de empleo, que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que se deriva, y 3.º que la negociación colectiva, al tener su fundamento en el artículo 37 de la CE, conlleva que las consideraciones de la política de empleo no se exijan explicitadas en la norma convencional, y sí en la norma estatal.

Como cierre de los antecedentes, destaca la STS de 14 de julio de 2000 –rec. 3428/99–, que todavía es más directa en sus declaraciones, al señalar que «Se trata de decidir, pues, si una jubilación acordada cumpliendo los requisitos del artículo 23 precitado, puede o deber ser calificada de despido nulo por entender que dicho precepto, al establecer la jubilación a los 65 años, sin condicionarla a ningún instrumento de política de empleo, como podría ser a la obligación por la empresa de sustituir al trabajador jubilado, es contrario a las exigencias de igualdad que se contienen en el artículo 14 de la CE, o al derecho al trabajo consagrado en el artículo 35 de la CE... Llama la atención... que lo que no puede hacer el legislador "libremente" sí que lo pueda hacer el convenio colectivo, cual es pactar una edad de jubilación inferior a la legal, pero 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».

En la STS de 9 de marzo de 2004 se afirma rotundamente por el Tribunal Supremo en su FJ 6.º que en relación con la posibilidad de pactar cláusulas en los convenios colectivos suscritos tras la derogación de la disposición adicional décima, que «no es de aplicación la doctrina de la Sentencia de 14 de julio de 2000 antes citada, al haber sido dictada con anterioridad a la derogación de la mencionada

disposición adicional por el Real Decreto-Ley 5/2001. Y de otro que después de dicha derogación no es factible, ya que mediante la negociación colectiva se puedan establecer determinadas edades de jubilación forzosa. Tal conclusión se fundamenta por el Tribunal Supremo en las siguientes razones:

En primer lugar, la disposición adicional décima del ET impedía que durante su vigencia pudieran considerarse discriminatorias las cláusulas de los convenios colectivos referidas a jubilación forzosa, porque contaban con esa previa habilitación legal asentada, a su vez, en una justificación objetiva y razonable. Para ello recuerda que la STC 22/1981 señaló que el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, sino que supone asimismo el derecho a un puesto de trabajo y como tal representa un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de la CE respectivamente, y que la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución del trabajo que permite a través de la limitación del artículo 35.1 llevar a cabo la política prevista en el artículo 40 de la CE, a la vez que se apoya en valores y principios asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país –art. 9 CE–.

En segundo lugar, uno de los argumentos más destacados es el que hace referencia a la reserva de ley en la materia, en cuanto afirma que la limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de reserva de ley establecida en el artículo 53.1 de la CE. A su juicio, en cuanto al artículo 35.1 y al artículo 37.1 que aparecen recogidos en la misma sección segunda, capítulo II, del título I («De los derechos y deberes de los ciudadanos»), debe prevalecer el primero sobre el segundo, puesto que el artículo 14 de la CE (Sección primera del mismo capítulo «De los derechos fundamentales») declara el principio de igualdad y no discriminación. En definitiva, reitera que desaparecida la norma legal autorizante –disp. adic. décima–, queda la negociación colectiva sin el marco habilitante para establecer limitaciones a tales derechos.

En tercer lugar aporta el argumento de que han desaparecido las razones que justificaban tanto la norma, como las consideraciones de política de empleo implícitas en los convenios a las que aludió en su Sentencia de 14 de julio de 2000. Interpreta que la situación social y laboral del año 2004 era muy diferente a la de los años ochenta, lo que se plasma normativamente a partir del Pacto de Toledo, señaladamente en la Ley 24/1997.

En cuarto lugar indica que dicha tendencia es manifiesta en todo el ámbito europeo, que viene marca por las Directrices para el empleo del año 2000 aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999, que subrayan la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa, y es seguida igualmente por la Directiva 78/2000 del Consejo, de 27 de noviembre.

En quinto lugar analiza las previsiones de la Directiva 78/2000,⁵² destacando aquellos preceptos referentes a la prohibición de discriminación, señaladamente el artículo 2.2 b) y el artículo 6, que serán objeto de estudio en las páginas siguientes, así como el artículo 13.2 que dispone que los convenios colectivos «respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente directiva y las correspondien-

⁵² La Directiva 78/2000 dio lugar a que se planteara años más tarde una cuestión prejudicial referente a la disposición transitoria única de la Ley 14/2005, lo que dio lugar a que el Tribunal Supremo volviera sobre la cuestión en función de la interpretación de la directiva llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuestión que será tratada en las páginas siguientes.

tes medidas nacionales de aplicación», y el artículo 16, que sobre el cumplimiento de la directiva prevé que «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar porque: a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato; b) se declaren o puedan declararse nulas e inválidas o se modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales».

En sexto y último lugar recuerda la exposición de motivos de la Ley 12/2001, que convalidó el Real Decreto-Ley 5/2001 que derogó la disposición adicional décima, al señalar que «... merece destacarse, finalmente, la derogación de la disposición adicional décima del ET, que estimulaba la adopción de medidas para lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales», expresión esta que a juicio del Tribunal Supremo implica que han desaparecido las razones de política de empleo, objetivas y razonables, que justificaron el nacimiento y la vigencia de la disposición adicional.

La segunda cuestión planteada en la Sentencia de 6 de abril de 2004 es la referente a la situación en que quedan las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en la fecha de la derogación de la disposición adicional décima y que tuvieron su amparo legal en dicha norma. En virtud de la interpretación del Tribunal Supremo, la derogación no supone la pérdida de su vigencia. Además para el Tribunal Supremo resulta esta interpretación conforme a la disposición transitoria segunda del Código Civil cuando establece que «Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma».

Utiliza el Tribunal Supremo asimismo la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 210/1990, de 20 de diciembre, cuyo objeto fue la disposición transitoria de la Ley 4/1983, de 29 de junio, que modificó entre otros el artículo 34.2 del ET y redujo la jornada máxima legal a 40 horas semanales de trabajo efectivo.

La razón es que dicha transitoria indicaba en su párrafo segundo que «La puesta en práctica de la jornada que se establece en la presente ley, no afectará a la ordenación global de la jornada de trabajo existente en las empresas a la entrada en vigor de esta ley, sino exclusivamente a su duración, salvo pacto en contrario». Para el Tribunal Supremo, mientras que en este supuesto nos encontramos con un mandato como norma mínima, de derecho necesario y con eficacia imperativa a partir de su entrada en vigor, en el caso de la disposición adicional décima del ET se trata de una derogación de una norma habilitante, derogación por tanto con lógica proyección que impide que las partes negociadoras de los convenios puedan estipular *ad futurum* cláusulas de jubilación forzosa, pero no alcanza a los pactos contenidos en los convenios que estaban vigentes en la fecha en que se derogó dicha adicional.

Un comentario de la STS de 9 de marzo de 2004 debe analizar el interesante voto particular que se realiza en la misma.⁵³ El mismo coincide con el fallo y con la postura de la sentencia respecto al mantenimiento de la vigencia de las cláusulas convencionales de la jubilación forzosa anteriores

⁵³ El voto particular se formula por el magistrado D. Gonzalo Moliner Tamboreo, al que se adhieren los magistrados D. Luis Gil Suárez y D. Manuel Iglesias Cabero.

a la derogación de la disposición adicional décima del ET, si bien mantiene una postura favorable a la posibilidad de seguir pactando en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa. El voto particular llega a la conclusión de que «... la combinación del principio de sucesión normativa con el de respeto a la autonomía colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, junto al reconocimiento del derecho al trabajo tanto en su vertiente individual como colectiva conducen a entender que la jubilación forzosa es posible acordarla en convenio colectivo porque no existe ninguna norma con rango superior que lo prohíba», apoyándose en los siguientes argumentos:

En primer lugar destaca el voto particular por interpretar que el Estatuto de los Trabajadores no constituye la norma habilitante para llevar a cabo la jubilación forzosa del trabajador y consecuentemente la derogación de la disposición adicional décima no supone en modo alguno una norma que impida pactar tales cláusulas. Por el contrario, el convenio colectivo encuentra su fuerza vinculante en el artículo 37 de la CE, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 58/1985, de 30 de abril, al señalar que «la facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios (arts. 37.1 CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional». En este orden de cosas llama la atención del mismo modo el voto particular en cuanto que el legislador ha derogado una previsión normativa sin sustituirla por otra, sin que pueda deducirse de ello que el legislador haya prohibido lo que antes estaba permitido, sino que tan solo ha optado por no intervenir en la materia. Tampoco sirve como razonamiento suficiente el hecho de que los Pactos de Toledo, la exposición de motivos de la Ley 12/2001 o las normas posteriores traten de incentivar la prolongación de la edad de jubilación voluntaria, encontrándose en síntesis con una deslegalización de la materia y no pudiendo el juez llenar la laguna legal aplicando criterios sociológicos en un sistema jurídico en el que se haya expresamente previsto la posibilidad de que la negociación colectiva pueda regular todas las materias que tengan relación con las condiciones de trabajo y la productividad –art. 82 ET–, lo que incluye la regulación de las materias previstas en el artículo 85 del ET.

El segundo argumento manejado por el voto particular niega virtualidad argumental a la afirmación del carácter discriminatorio por razón de edad en el trabajo de las cláusulas convencionales controvertidas, básicamente por tres razones: porque el artículo 35 de la CE, que reconoce el derecho al trabajo, se refiere no solo a los trabajadores en activo sino también a los trabajadores que buscan empleo; porque de la ubicación del mismo en el capítulo II del título I de la CE habrá que estar a lo que disponga la ley y tampoco puede argumentarse sobre tales preceptos constitucionales apelando a la reserva material de ley que contiene la remisión del artículo 35 de la CE a la regulación estatutaria, porque lo que se ha pretendido evitar con aquella reserva estatutaria es la regulación de los derechos laborales por vía reglamentaria, pero no su aptitud para constituir materia de negociación colectiva; y porque el artículo 14 de la CE y el artículo 17 del ET no se refieren a la jubilación, porque en tal caso no sería posible la jubilación de los trabajadores ni la de los funcionarios, ni hubiera sido posible nunca con la disposición adicional décima en vigor, sino que en la sentencia se ha confundido el principio de «no discriminación», con el de la «prohibición de trato desigual injustificado», que en este caso sí que puede jugar.

En tercer lugar se niega valor al argumento de la exigencia de una reserva material de ley del artículo 53.1 de la CE por cuanto que este precepto no pretende el reparto de competencias entre ley y convenio colectivo cuanto el reparto de competencias entre ley y reglamento, no pudiendo por ello aplicarse al caso.

En cuarto lugar, interesa destacar que en conclusión con todo lo anterior, no se está creando una nueva causa de extinción contractual, porque en virtud de lo previsto en el artículo 49 del ET, este admite la jubilación del trabajador como causa extintiva.

Por último interesa al voto particular mantener el requisito de la política de empleo cuando se pacten edades de jubilación forzosa, siempre que «... se trate de previsiones basadas en políticas de empleo expresa o tácitamente deducibles de los términos del pacto».

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

La extensa exposición de motivos que recoge tiene como finalidad principal justificar la reincorporación en el ordenamiento jurídico de la jubilación forzosa a través de la negociación colectiva. Si nos centramos en el regreso de la figura, dejando por el momento el análisis de la problemática cuestión transitoria, destaca la crítica realizada por el legislador al Tribunal Supremo, esencialmente por haber interpretado que la ausencia de una norma legal habilitante determina la imposibilidad de negociar cláusulas de jubilación forzosa, provocando con ello inseguridad jurídica.

Asimismo se pone de manifiesto que los firmantes del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva para 2004 se habían dirigido al Gobierno para expresar su preocupación por los efectos de la citada doctrina judicial y en conexión con ello se remite a la Declaración para el Diálogo Social 2004 suscrito el 8 de julio de 2004 entre Gobierno, CEOE, CEPYME, UGT y CC.OO, se comprometen a abordar en el diálogo social determinadas materias, entre las que se incluye esta reforma normativa, que tiene por ello el carácter de legislación pactada previamente entre el Gobierno y los interlocutores sociales. Como prueba evidente del interés de los negociadores en la regulación de la figura basta con analizar los convenios colectivos negociados con anterioridad a la publicación de la Ley 14/2005 pero una vez suscrito el Acuerdo Social del 2004.⁵⁴

Continuando con el análisis de la exposición de motivos, se justifica también por el legislador su decisión en la normativa comunitaria, concretamente a la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27

⁵⁴ Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad (BOE de 10 de junio 2005), en su artículo 77: «Se pacta expresamente que será causa de extinción del contrato de trabajo por jubilación obligatoria cuando el trabajador cumpla 65 años o más, en los términos que se establezcan en la normativa que sobre esta materia pueda entrar en vigor con posterioridad a la firma de este Convenio», o el Convenio Colectivo de Jardinería 2004-2009 (BOE de 19 de julio 2006), en su artículo 39: «Se establece la obligatoriedad de jubilación a la edad de 65 años, siempre que así se permita por la normativa vigente. Queda expresamente facultada la Comisión Paritaria para adecuar, en el momento en que estime pertinente, este texto a las disposiciones legales o reglamentarias que afecten a esta materia e incluso modificar esta mejora para sustituirla por otra que la comisión estime conveniente, necesitando en este caso, el acuerdo por mayoría de sus integrantes». Algunas de estas cláusulas, siguiendo una práctica errónea se han negociado hasta épocas recientes debido a que los negociadores no han actualizado el contenido de las mismas. Así nos encontramos con el XV Convenio Colectivo Nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos: artículo 46 (BOE de 29 de mayo 2008): «Este pacto tendrá efectividad desde el mismo momento en que entre en vigor la regulación legal que habilite la jubilación obligatoria aquí pactada, permitiéndose, en todo caso, el pacto individual en contrario por escrito entre empresa y trabajador que posponga dicha jubilación obligatoria», o el Convenio Colectivo de Agencias de Viajes: disposición adicional séptima (BOE de 5 de octubre 2009): «En el caso de que las disposiciones legales reestablecieran el derecho de la negociación colectiva de establecer en los convenios colectivos una edad obligatoria de jubilación, las partes firmantes del presente convenio, acuerdan incorporar, de forma automática, al articulado del mismo y como artículo 30 bis el siguiente texto...».

de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Ello resulta destacable en cuanto que la citada directiva fue utilizada para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al considerar que la disposición transitoria única de la Ley 14/2005 vulneraba el principio de igualdad de trato.

En sentido similar, el Consejo Económico y Social⁵⁵ señala que estas cláusulas se insertan en la previsión contenida en el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores y que con su inclusión se evitarán los problemas de seguridad jurídica propiciados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considerando positiva la reincorporación de la medida cuya experiencia aplicativa «ha demostrado efectos positivos, preferible a otros mecanismos más traumáticos de adaptación de los recursos humanos a las circunstancias económicas, organizativas y productivas que afectan cada día a la actividad de los sectores y de las empresas».

Cuestión esencial es la justificación primordial de la norma porque a diferencia de su antecedente inmediato derogado por el Real Decreto-Ley 5/2001, pretende dejar claro de modo rotundo la conexión ineludible de la figura con la política de empleo, exigiendo que las cláusulas negociadas no podrán ser de carácter genérico e incondicionado, sino que deberán expresarse en el convenio colectivo, interpretando que solo así podrá darse cumplimiento a las exigencias del Tribunal Constitucional en las Sentencias 22/1981, de 2 de julio, y 58/1985, de 30 de abril.

Expuestos los motivos alegados por el legislador, se incorpora el siguiente texto a la vigente disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores bajo la rúbrica de «Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación: En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

A. Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.

B. El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización o uno mayor, si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir con los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva».

Previamente al análisis de su contenido, debe reflexionarse sobre la aparente contradicción de esta figura con las políticas de jubilación en el marco de Seguridad Social llevadas a cabo a nivel europeo y estatal.

⁵⁵ En el Dictamen emitido en sesión extraordinaria del pleno de 13 de enero de 2005 sobre el anteproyecto de ley sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, en los antecedentes del mismo se indica que el anteproyecto venía acompañado de una memoria económica cuya finalidad es cuantificar el coste económico sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, indicando, al respecto, que la reposición de las referidas cláusulas no supondrá un incremento significativo del gasto público.

A nivel europeo nos encontramos con la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social de 3 de julio de 2001 sobre el «Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado», que señala entre las medidas para garantizar la viabilidad financiera de los sistemas de pensiones públicos «reformar los sistemas de pensiones y su interacción con el régimen fiscal y de prestaciones sociales con vistas a incentivar una alta participación laboral, especialmente de las mujeres y de los trabajadores de más edad. Deberían limitarse los planes de jubilación anticipada y no debería penalizarse la prolongación de la vida laboral. Debería permitirse un paso progresivo de la vida activa a la jubilación mediante la combinación de pensiones e ingresos al trabajo, y flexibilizando la edad legal de jubilación...».

En idéntico sentido se han mantenido las recomendaciones de la Comisión de Renovación del Pacto de Toledo de octubre del 2003,⁵⁶ y en la misma línea se trabajó en el «Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social», de junio de 2006, que se plasmó en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que en materia de jubilación pretende la prolongación de la vida laboral.⁵⁷

En esta corriente se encuadran igualmente el Informe presentado en la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo de 15 de diciembre de 2009,⁵⁸ que abogaba por el retraso de la edad de jubilación a los 67 años, así como el Documento sobre revisión del Pacto de Toledo presentado por el Ministerio de la Presidencia con fecha de 29 de enero de 2010.

Manifestación de esta última reflexión la encontramos en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007⁵⁹ y con mayor énfasis en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2010, 2011 y 2012.⁶⁰

Por otra parte, no deja de sorprender que no se realice ninguna alusión a la medida de la jubilación forzosa establecida a través de convenio colectivo, cuando todas las reformas legales llevadas a cabo en los últimos años pretenden fomentar la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo con independencia de su edad, lo que pone de manifiesto la aparente contradicción que subyace en la normativa de Seguridad Social y laboral en la materia, utilizándose el término «aparente» por considerar que en el tratamiento de la jubilación forzosa confluyen intereses contrapuestos, de una parte los intereses y necesidades financieras de Seguridad Social y de otra la necesidad de conjugar la medida de jubilación forzosa como instrumento de política de empleo.

⁵⁶ Al señalar expresamente que «son indudables los efectos beneficiosos que se derivan de la permanencia en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad, lo cual presenta ventajas para ellos, su entorno y el conjunto de la sociedad... resulta conveniente seguir adoptando medidas con la finalidad de fomentar la prolongación de la actividad laboral de aquellos que opten por mantenerse en el mercado de trabajo una vez alcanzada la edad a la que pueden acceder a la pensión de jubilación...».

⁵⁷ El artículo 164.2 de la LGSS redactado conforme a la norma indicada y que será de aplicación únicamente en relación con los hechos causantes producidos a partir del 1 de enero de 2008 reconoce un porcentaje adicional de un 2 por 100 por cada año completo transcurrido entre la fecha en que el trabajador cumplió 65 años y la del hecho causante de la pensión, elevándose al 3 por 100 cuando el interesado acreditara al menos 40 años de cotización al cumplir 65 años.

⁵⁸ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados –Año 2009–, número 446. Comisiones IX Legislatura.

⁵⁹ En su punto 1, apartado g) que trata sobre «La utilización de las posibilidades que para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas presentan la jubilación parcial y el contrato de relevo», recuerda la figura de la jubilación forzosa prevista por la Ley 14/2005.

⁶⁰ BOE 22 de febrero de 2010. En su punto 1, apartado g), reconoce expresamente que «Asimismo debería seguirse desarrollando, a través de la negociación colectiva, la habilitación para el establecimiento de cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación, siempre que se cumplan los supuestos y requisitos legalmente establecidos».

7.1. Las cláusulas de jubilación forzosa: análisis de sus exigencias

7.1.1. Vinculación a objetivos coherentes con la política de empleo

Tanto la exposición de motivos de la Ley 14/2005 como el propio dictamen del Consejo Económico y Social ponen el énfasis en que debe justificarse en todo caso como una medida orientada al empleo o lo que es lo mismo, la cláusula por la que se establece la jubilación forzosa del trabajador en su esencia es una cláusula de empleo. El análisis de los antecedentes históricos de la figura nos ha permitido concluir cómo fueron progresivamente diluyéndose sus requisitos en la materia de empleo que habían constituido en su origen el fundamento esencial, de modo que tanto por parte del Tribunal Supremo como por parte de los propios negociadores de los convenios colectivos, salvo determinadas excepciones, se atribuía a la negociación colectiva potestad para llevar a cabo la extinción del contrato de trabajo por motivos de edad al margen de cualquier política de empleo. El instrumento que en sus inicios llevaba aparejada la exigencia de no amortización del puesto de trabajo pasó a convertirse en un medio de amortización de empleo. A mi juicio y para evitar que con el transcurso del tiempo la historia de la figura vuelva a repetirse, el legislador ha sido más cuidadoso en la redacción de la disposición adicional y ello porque principalmente y a diferencia de su antecedente, se exige expresamente una «vinculación a objetivos coherentes con la política de empleo». Tales objetivos, como se refleja en la exposición de motivos de la Ley 14/2005, no podrán ser ya de carácter genérico e incondicionado, sino que deberán expresarse en el convenio colectivo, sin que ello suponga que no aparecieran en su momento interrogantes acerca del contenido y exigencias de la nueva disposición adicional décima del ET. Como puso de manifiesto la doctrina,⁶¹ no se concreta la intensidad con que dichos objetivos de empleo deben perseguirse porque la mayor parte de estos objetivos resultan excesivamente amplios,⁶² resultando sumamente complejos en el panorama actual del empleo y ello porque salvo los ejemplos ofrecidos relativos a la transformación de contratos temporales en indefinidos y la contratación de nuevos trabajadores, las medidas en materia de empleo a adoptar pueden resultar de lo más variopinto y cabe que como ha ocurrido con su antecedente legislativo no siempre resulten adecuadas y suficientes para justificar la extinción del contrato de trabajo a través de la jubilación forzosa.

En conclusión podríamos señalar que el propio convenio colectivo en última instancia determinará en su ámbito las necesidades derivadas de la política de empleo, pudiendo incluirse en convenios colectivos de cualquier ámbito, ya sean sectoriales como de empresa o ámbito inferior, lo que puede suponer que cuanto más extenso sea el ámbito del convenio nos encontremos con políticas de empleo más difusas.

Otra de las dificultades derivadas de la nueva redacción es la ubicación donde deben recogerse tales medidas de política de empleo, porque como ha señalado la doctrina,⁶³ es habitual que en los convenios colectivos figuren cláusulas de empleo o que en la exposición de motivos o preámbulo del

⁶¹ GALA DURÁN, C.: «Cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: Una aproximación crítica a la Ley 14/2005, de 1 de Julio», en *La extinción del contrato de trabajo* (dir. PÉREZ AMORÓS, F.), Ed. Bomarzo, 2006.

⁶² No obstante, algún autor como CABEZA PEREIRO, considera que la disposición adicional décima acota las posibilidades abiertas por la Directiva 2000/78 en «Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005», *Actualidad Laboral*, núm. 8/2006, págs. 891 y ss.

⁶³ ALBIOL MONTESINOS, I.: «Jubilación forzosa y convenio colectivo (La disposición adicional décima ET)», en *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor L.E. de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (coord. LÓPEZ CUMBRE, L.), Ed. Iustel, 2007.

convenio se haga referencia a medidas generales de política de empleo. Es por ello que resulta defendible que esos objetivos figuren expresados en la propia cláusula, aunque esta exigencia no se contiene en la fórmula legal.

El Tribunal Supremo ha interpretado de modo riguroso las exigencias de la política de empleo, y es por ello que la primera vez que tuvo ocasión de pronunciarse, en la STS de 22 de diciembre de 2008⁶⁴ –rec. 856/2007–, introduce en su discurso el análisis de la expresión legal «deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo», y ello porque de no contemplar con minuciosidad tal previsión señala el Tribunal Supremo que «... la argumentación ofrecería una inconveniente laguna...».

El Tribunal Supremo analiza la cuestión intentando dar respuesta a tres sucesivos adverbios, «qué», «cómo» y «dónde» y ello lo hace en los siguientes términos:

- 1.º En primer lugar, identifica **en qué consisten**, es decir, su contenido. Partiendo de considerar que la enumeración que realiza el legislador referente a términos como «mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, las nuevas contrataciones o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo», no es cerrada sino simplemente ejemplificativa, como demuestran los sintagmas «tales como» y «cualquiera otros», máxime cuando en la exposición de motivos se recoge que se trata de objetivos compatibles con el mandato a los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo recogida en el artículo 40 de la CE y con la política de empleo desarrollada en España en el marco de la estrategia coordinada para el empleo regulada en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Entrando en una cuestión que había sido objeto de debate doctrinal y jurisprudencial en su antecedente legal, el Tribunal Supremo interpreta que la expresión utilizada por el legislador no debe entenderse limitada a la ocupación de vacante dejada por el cesado, sino que por el contrario debe interpretarse el requisito en un sentido amplio de mantenimiento o mejora del empleo, que puede concretarse en tres apartados:

- a) Estabilidad en el empleo (conversión de contratos temporales en indefinidos).
 - b) Sostenimiento del empleo (contratación de nuevos trabajadores).
 - c) Incremento de la calidad de empleo (esta fórmula a juicio del Tribunal Supremo hace referencia a medidas diversas como pueden ser la promoción profesional, la conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas...).
- 2.º En segundo lugar interpreta el tribunal, el **cómo han de expresarse** los objetivos «coherentes» con la política de empleo, y sirviéndose de los problemas que han derivado de la cláusula de jubilación forzosa en las tres últimas décadas, se exige una concreta especificación

⁶⁴ La interpretación del mencionado requisito se reitera en las SSTS de 12 de mayo de 2009 –rec. 2153/07– y de 10 de noviembre de 2009 –rec. 2514/2008–, con ocasión de resolver un recurso de casación con el que se pretendía obtener la declaración de improcedencia de un despido que tiene su origen en la extinción del contrato en aplicación de convenio colectivo suscrito después del Real Decreto-Ley 5/2001 y antes de la Ley 14/2005, por lo que se aplica la disposición transitoria única de esta última.

sin que sean suficientes la concreción de cualesquiera objetivos de los enumerados por la norma y sin que sea suficiente la mera reproducción de su expresión legal, exigiéndose en conclusión que entre el sacrificio individual que comporta el cese forzoso y la contrapartida colectiva en materia de empleo existe un «razonable y proporcionado equilibrio justificativo».

- 3.º En tercer lugar, en cuanto al «**dónde**», evidentemente tales medidas deben recogerse en el propio convenio colectivo, pero no basta cualquier recepción interpretando que el precepto no indica «estaré justificada» o «habrá de justificarse» la medida, sino que utiliza una expresión concreta como es «deberá vincularse a objetivos... expresados», por lo que se exige un expreso enlace entre cese y metas explicitadas, excluyéndose por el Tribunal Supremo cualquier justificación tácita y/o argumentable a posteriori en el proceso. Esta expresa vinculación no debe ubicarse necesariamente en el precepto que dispone la extinción por jubilación forzosa, sino que puede expresarse al regular las concretas medidas de política de empleo, pero siempre de forma inequívoca y relacionada.

En la sentencia y en cuanto que el objeto de litigio es el convenio colectivo de la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, el Tribunal Supremo realiza una reflexión de calado (FJ 11.º), que aunque subyace en el litigio no había sido planteada formalmente pero que se analiza «para atajar equívocos», con la que a mi juicio se abre una cuestión trascendental en cuanto a la dificultad real que entraña cumplir con los objetivos exigidos por el legislador en la materia de política de empleo **cuando el empleador es el sector público** –Administraciones públicas o entes públicos empresariales–, que implica una matización a la doctrina expuesta en la Sentencia de 14 de mayo de 2008 –rec. 56/2007–. Al respecto se determina que a los sujetos públicos les resultan igualmente exigibles los requisitos en materia de empleo exigidos en la disposición adicional décima, y ello aunque en determinados casos se aplique cierta flexibilización formal en la expresión de los objetivos de empleo en cuanto que están sometidos a las previsiones de la Ley de Presupuestos y Oferta Pública de Empleo. Entiende con acierto el Tribunal Supremo que el legislador no ha realizado ninguna excepción al respecto y no solo eso, sino que ni siquiera ha afirmado que la vinculación a la política de empleo podría verse cumplida con la general manifestada en las ofertas públicas de empleo. El anterior razonamiento le lleva al Tribunal Supremo a concluir las dificultades reales existentes para coordinar en el sector público el cese forzoso por edad y el obligado condicionante de concretas medidas de fomento de empleo y ello porque la jubilación forzosa se negocia en un marco mucho más limitado como es el convenio colectivo, que el ámbito donde se acuerda la política de empleo público –Presupuestos Generales del Estado y oferta pública de empleo–. La interpretación realizada por el Tribunal Supremo, a mi juicio rigurosa y correcta, debe llevarnos a la reflexión de la posible incompatibilidad para el futuro de la jubilación forzosa en el sector público impuesta a través de un convenio colectivo, y ello porque nunca será posible que los negociadores se obliguen más allá de las previsiones generales que se les permite en materia de oferta de empleo, lo que afectaría a la gran mayoría de convenios colectivos del sector público que como regla general recogen la figura.

Continuando con el análisis de los requisitos exigidos en materia de empleo, el Tribunal Supremo en una de sus más recientes sentencias sobre la jubilación forzosa (STS de 14 de octubre de 2009 –rec. 3505/2008–)⁶⁵, vuelve a abordar la cuestión cuando se trata de la Administración pública como emplea-

⁶⁵ En la misma línea relativa a la interpretación de las exigencias en materia de empleo cuando se trata de un empleador público se encuentra la STS de 10 de noviembre de 2009 –rec. 2514/2008–, relativa a un trabajador de la Confederación Hidrográfica

dor, concretamente el Ministerio de la Presidencia. Al respecto se analiza el artículo 59 de II Convenio Único para el Personal Laboral al servicio de la Administración General del Estado (BOE de 14 de octubre 2006) objeto de litigio, que establece literalmente que «de acuerdo con los criterios que sobre estabilidad y mejora del empleo pública se establezcan anualmente en el Real Decreto de oferta de empleo público, la jubilación será obligatoria con carácter general al cumplir el trabajador los 65 años de edad». La sentencia analiza que las medidas han de adoptarse en el marco de la negociación colectiva e incorporarse al propio convenio colectivo que apruebe la jubilación forzosa, lo que supone un enlace directo entre ambas, y que este enlace no puede producirse en el ámbito de las Administraciones públicas, sometidas al principio de legalidad y de jerarquía, porque están vinculadas a normas presupuestarias y por la oferta de empleo pública. En aplicación de tales requisitos, el Tribunal Supremo interpreta con riguroso criterio que no basta para cumplir estos objetivos de empleo la previsión de que se procederá a la cobertura de la vacante producida por el cese del trabajador jubilado, como se preveía en el caso que dio origen a la sentencia, sino que por esta vía no se mejora ni aumenta el empleo, sino que consiste en sustituir a unos trabajadores por otros mediante la figura del concurso de traslados. Esta sentencia, que sigue la línea introducida por la STS 856/2008, deja patente una vez más la contradicción que existe entre la medida que nos ocupa y su aplicación en el ámbito de las Administraciones públicas.⁶⁶

El Tribunal Supremo ha interpretado con mayor rigidez que en un principio los requisitos de empleo exigidos por la disposición adicional décima, corrigiendo la tendencia flexibilizadora llevada a cabo en la STS de 14 de mayo de 2008 –rec. 56/2007–. En la misma, se procede a analizar el artículo 55 del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria –BOE 11 de julio 2006–, que establece que «... En consonancia con lo dispuesto en la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por la Ley 14/2005, de 1 de julio, y atendiendo a los principios inspiradores de la política de empleo en la Administración General del Estado en orden a la tasa de reposición de efectivos, su concentración en sectores, funciones y categorías profesionales considerados prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, así como la reducción de la temporalidad en el empleo público, con carácter general, la jubilación será obligatoria al cumplir el trabajador los 65 años de edad...». A juicio del Tribunal Supremo el convenio impugnado expresaba todas las concreciones posibles en materia de política de empleo que son exigibles a un ente de Derecho público, puesto que la referencia a tales precisiones tiene una proyección normativa externa de obligado cumplimiento que son las Leyes de Presupuestos o las normas que regulan la oferta de empleo público. En este sentido se recuerda que el Real Decreto 120/2007, de 2 de febrero, aprobó la oferta de empleo público para ese año, en desarrollo de lo previsto en el párrafo tercero del apartado tres del artículo 22 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, estableciéndose a través de la oferta de empleo público el desarrollo de la política de empleo, que recoge entre otras medidas una tasa de reposición de efectivos en materia de personal del 100 por 100. Las previsiones expuestas a juicio del Tribunal Supremo en este primer momento justificaban la jubilación forzosa en aras de la política de empleo, estando esta debi-

del Duero al que se pretende aplicar la cláusula de jubilación forzosa prevista en el artículo 61 del Convenio Colectivo Único del Personal Laboral de la Administración General del Estado cuya vigencia se extiende para los años 2002, 2003, 2004 y 2005.

⁶⁶ Teniendo en cuenta la interpretación jurisprudencial no puede sino efectuarse la correspondiente crítica al vigente III Convenio Colectivo de la Administración General del Estado. Personal laboral: artículo 59 (BOE de 12 de noviembre 2009), cuyo tenor literal es el siguiente: «De acuerdo con los criterios que sobre estabilidad y mejora del empleo público se establezcan anualmente en el Real Decreto de Oferta de Empleo Público, la jubilación será obligatoria con carácter general al cumplir el trabajador los 65 años de edad», pudiendo deducir que no se cumplen los requisitos exigidos por la reciente jurisprudencia.

damente acreditada en el supuesto concreto y ello porque a mi juicio, en una interpretación un tanto forzada, el bloque normativo examinado se incorpora al desarrollo y aplicación del artículo 55 del convenio colectivo de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria como política explícita de empleo.

Siguiendo con el rigor que caracteriza esta nueva etapa en la andadura de la figura de jubilación forzosa, resulta digna de mención la STS de 2 de junio de 2008 –rec. 2029/2007–, por lo que respecta a la jubilación forzosa del trabajador llevada a cabo en esta ocasión en una empresa privada –Ediciones Zeta, SA–, que en aplicación del artículo 42 del XI Convenio Colectivo de Ediciones Zeta vigente desde el 1 de diciembre de 2005 a 31 de diciembre de 2006 que establece que «Las partes asumen y pactan aplicar los criterios de jubilación de acuerdo con lo establecido en la Ley 14/2005, de 1 de julio y, por tanto, la edad de jubilación obligatoria estará siempre en consonancia con lo previsto en dicha norma legal». A juicio del Tribunal Supremo con esta cláusula no se da cumplimiento a los requisitos de la vigente disposición adicional décima del ET, porque no se especifican ni determinan los objetivos de empleo, concluyendo que no estamos ante un supuesto de nulidad del despido como declaraba la STSJ de Madrid de 23 de abril de 2007 por considerar que se trataba de una lesión al derecho fundamental de no discriminación, sino que nos encontramos ante un despido improcedente por haberse producido el incumplimiento de requisitos legales que imponen la exigencia de unas actuaciones empresariales que se estiman no cumplidas suficientemente.⁶⁷

7.1.2. Cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación

Señala la disposición adicional décima en su primer párrafo que «En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social», lo que exige que debe tratarse siempre de la edad general de 65 años prevista para la jubilación del trabajador en la normativa de Seguridad Social –art. 161.1 a) LGSS–, o edad inferior prevista para actividades profesionales o colectivos de trabajadores en su normativa específica. De este modo se suprime la posibilidad prevista en su antecedente legal que posibilitaba que en los convenios colectivos pudieran pactarse «libremente edades de jubilación», y ello aunque se dieran el resto de los requisitos exigidos para causar el derecho a la pensión en su modalidad contributiva. La diferencia entre ambas normas en materia de edad de jubilación se pone ya de manifiesto en el título de la disposición adicional décima, en cuanto que el texto vigente lleva por rúbrica «Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación», a diferencia de su antecedente que se refería al «límite máximo de edad para trabajar». El título de la disposición ha sido criticado por algún autor,⁶⁸ si bien a mi juicio es del todo correcto por tratarse exclusivamente de la regulación de la jubilación forzosa por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación y no de otro tipo de cláusulas recogidas frecuentemente en la negociación colectiva como son las propias de jubilación parcial y contrato de relevo o las referentes a la jubilación anticipada a los 64 años como medida de fomento de empleo.

⁶⁷ La más reciente de las sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia STS 18 de enero 2011 –rec. 98/2010–, se manifiesta en la misma línea que las señaladas, sin producirse variaciones destacadas en cuanto a la rigidez exigida a los requisitos de empleo.

⁶⁸ CABEZA PEREIRO, J.: *op. cit.*, pág. 911, mantiene que existen cláusulas referidas al cumplimiento de determinadas edades, no necesariamente la ordinaria, para causar derecho a pensión de jubilación, que no se orientan a extinguir el contrato de trabajo, como es el caso de cláusulas que incentivan la jubilación o la prolongación de la vida activa, o de aquellas que regulan la jubilación parcial.

7.1.3. Requisitos en materia de Seguridad Social

En materia de Seguridad Social está claro que el trabajador, como compensación a la extinción forzosa de su contrato de trabajo, deberá percibir la pensión correspondiente de la Seguridad Social. Esta cuestión no se ha visto afectada especialmente por la actual normativa comparada con su antecedente normativo, aunque se ha dotado de una redacción más cuidadosa, ya que frente a la anterior disposición adicional décima que contenía la posibilidad de pactar en la negociación colectiva «edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos», la vigente normativa establece que «El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización o uno mayor, si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir con los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva».

En cuanto a los requisitos exigidos en materia de Seguridad Social para percibir la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y siendo estos que el trabajador acredite un periodo de carencia genérica de 15 años cotizados y un periodo de carencia específica de 2 años en los últimos 15, nos podemos encontrar en la realidad convencional con diversas situaciones:

- 1.^a Consistiría en que el trabajador con 65 años de edad que tan solo acreditara 15 años cotizados sea jubilado forzosamente, lo que supondría la aplicación del porcentaje mínimo del 50 por 100.

En este apartado de mínimos debería considerarse igualmente la situación del trabajador que no reuniera el periodo mínimo de carencia, por lo que no podría aplicársele automáticamente la cláusula de jubilación forzosa y debería permanecer en la empresa hasta el momento en que acreditara el periodo mínimo de cotización, instante a partir del cual le resultaría de aplicación la cláusula, y ello porque en caso contrario estaríamos ante un supuesto de despido improcedente por no cumplirse los requisitos legales de la figura.

- 2.^a El convenio colectivo puede prever que la extinción por razón de edad se produzca cuando el trabajador acreditara un periodo de cotización mayor por así exigirlo el convenio colectivo, lo que permitiría aplicar porcentajes superiores en aplicación de la escala prevista en la normativa de Seguridad Social, lo que podría llevar a los negociadores a aplicar la jubilación forzosa únicamente cuando se acreditara el periodo que permita aplicar el 100 por 100 de la base reguladora. La ausencia del cumplimiento de este requisito adicional por el trabajador en materia de periodo de ocupación cotizado llevaría, como en la situación contemplada en el párrafo precedente, a la inaplicación de la cláusula hasta que el trabajador acreditara la cotización complementaria. Esta posibilidad que en la vigente redacción se reconoce expresamente, realmente está planteando una posibilidad existente en su antecedente legislativo, que sin recordar a los negociadores de un modo explícito que podían pactar periodos de cotización superiores al mínimo, se venía aplicando en numerosos convenios colectivos.
- 3.^a Por último podría plantearse que el convenio colectivo recogiera la jubilación forzosa cuando el trabajador hubiera acreditado el periodo de cotización exigido para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora, pero se le permitiera continuar en activo con la finalidad de acre-

ditar periodos de cotización adicional y así incrementar el porcentaje aplicable a su pensión. En este último caso incluso el convenio colectivo podría fijar edades alternativas de jubilación forzosa en función del periodo de ocupación cotizado, o si quisiera precisar más fijar en última instancia una edad de jubilación tope tras una escala que combinara edad y años cotizados.

El Tribunal Constitucional, en su reiterada STC 22/1981, exige en su FJ 9.º que el trabajador forzosamente jubilado hubiera completado los periodos de carencia para acceder a la pensión de jubilación. Partiendo de que la limitación del derecho al trabajo que conlleva esta medida constituye un tratamiento desigual que ha de compensarse para resultar justificado, el acceder a la protección dispensada por la Seguridad Social serviría para no lesionar desproporcionadamente un bien garantizado por la Constitución Española.

La aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional por parte de los tribunales ordinarios ha sido rigurosa, como no podía ser de otro modo, sin olvidar que con el término «jubilación» se está haciendo referencia a una concreta situación protegida por la Seguridad Social y que por lo tanto conlleva la percepción de una determinada prestación, mientras que la extinción del contrato por cumplimiento de edad constituye una situación distinta, como doctrina y jurisprudencia⁶⁹ han puesto de manifiesto. La exigencia de este requisito conlleva el derecho del trabajador a completar los periodos de carencia para la jubilación en el supuesto de que no acreditara carencia suficiente para recibir la correspondiente pensión de jubilación.

El Tribunal Constitucional soslayó la cuestión de la insuficiencia protectora que implica el hecho de que en ocasiones, al imponerse al trabajador la jubilación forzosa, el porcentaje aplicable a la base reguladora fuera notablemente inferior al 100 por 100 por no acreditarse el periodo de cotización, habiendo perdido el intérprete constitucional una adecuada ocasión para concretar el significado de la suficiencia económica que postula para las pensiones de jubilación el artículo 50 de la CE.

Como no podía ser de otro modo, los tribunales son inflexibles en cuanto a la interpretación de los requisitos precisos para acceder a la pensión de jubilación, ya que en caso contrario la extinción del contrato sería calificada como despido.⁷⁰ Cuestión distinta es que el convenio colectivo que impone la jubilación forzosa no contenga ninguna referencia al requisito de reunir las condiciones para acceder a la pensión de jubilación, no obstante no existe duda alguna de su exigibilidad pese a que no se contenga previsión expresa al respecto, y ello porque es presupuesto para la validez y efi-

⁶⁹ Desde los primeros pronunciamientos jurisprudenciales llevados a cabo en la materia se puso de manifiesto insistentemente que la extinción del contrato solo procede cuando se ha completado el periodo de carencia, pudiendo citar entre otras: SSTCT de 14 de junio de 1984 (Ar. 5322); de 4 de octubre de 1984 (Ar. 7411 y 7412); de 10 de octubre de 1984 (Ar. 7539 y 7540); de 1 de octubre de 1985 (Ar. 5359). SSTS, Sala 6.ª, de 4 de julio de 1983 (Ar. 3709); de 17 de enero de 1986 (Ar. 244) y de 9 de diciembre de 1986 (Ar. 7289), hasta las más recientes de los TSJ, pudiendo citar a modo de ejemplo la STSJ de Galicia de 23 de enero de 1998 (Ar. 9), que califica como despido la extinción del contrato fundada en la cláusula de jubilación forzosa porque se carecía de carencia suficiente para tener derecho a la pensión.

⁷⁰ Así, entre otras, la STSJ de Galicia de 23 de enero de 1998 (Ar. 9) entendió que el hecho de no tener carencia suficiente para causar derecho a la pensión de jubilación al llegar a la edad de 65 años –edad establecida como jubilación forzosa del trabajador–, hacía que el cese se calificara como despido. La STS de 8 de marzo de 2000 (rec. 2436/1999) parte de la legalidad de la medida de la jubilación forzosa, pero siempre que el trabajador afectado reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, y en caso de que ello no se acredite, el cese se debe calificar como despido improcedente.

cacia de cualquier norma convencional en que se establezca la jubilación forzosa que los trabajadores tengan derecho a la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, pues la ley que sirve de fundamento a su establecimiento no alude a la extinción por la edad, sino a la jubilación y en ese concepto se incluye obviamente la percepción de la pensión por el trabajador.

Los Tribunales Superiores de Justicia se pronunciaron respecto a la solicitud de la pensión transcurrido el plazo general para efectuar la misma, en aquellos supuestos en que el trabajador solicitara la pensión con retraso debido a la tramitación del litigio promovido para impugnar el cese, por entenderlo indebido y calificable de despido improcedente o nulo. Se declaró que la jubilación forzosa dimanante de convenio colectivo implica la inexistencia de solución de continuidad entre la percepción del salario y de la pensión, porque en caso contrario no se trataría de un cese en el trabajo por jubilación, reconociendo al trabajador, pese al fracaso de la acción ejercitada, el derecho a que la pensión le fuera abonada desde la fecha del cese por jubilación.⁷¹ No cabría a mi juicio en modo alguno habilitar al empresario para extinguir el contrato por acceder a la modalidad no contributiva, ya que supondría la calificación de dicha extinción como despido improcedente y si el trabajador no reuniera los requisitos para el reconocimiento de la modalidad contributiva, se demoraría la jubilación hasta cumplir el periodo de cotización preciso para adquirirlo.

7.2. Dinámica de las cláusulas de jubilación forzosa

Una vez analizados el régimen jurídico y la interpretación jurisprudencial de las cláusulas de jubilación forzosa, procede llevar a cabo el estudio de la dinámica de las mismas, así como de su recepción por la negociación colectiva posterior a la Ley 14/2005. En primer lugar debe señalarse que con la finalidad de acotar el estudio se han analizado los convenios colectivos de ámbito estatal de sector y de empresa, negociados a partir de julio del 2005,⁷² estudiándose tanto las cláusulas de jubilación de los mismos como aquellas referentes al empleo para determinar la eventual relación que pudiera existir entre ambas. Con la finalidad de sistematizar el estudio de los requisitos exigidos por el legislador y por la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo se ha analizado la cuestión en distintos apartados:

⁷¹ La STSJ de Cantabria de 8 de junio de 1993 –Ar. 2890–, pronunciándose en el mismo sentido la STSJ de Canarias /Santa Cruz de Tenerife de 6 de abril de 1994 –Ar. 1618–.

⁷² Asimismo resultan de interés en el análisis de la negociación colectiva los estudios sectoriales publicados por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: «La negociación colectiva en el sector de la piel», dir. ALFONSO MELLADO C.L., 2009; «La negociación colectiva en la explotación de recursos acuícolas: pesca, acuicultura y actividades afines», dir. CRUZ VILLALÓN, J., 2009; «Actualización del estudio sobre negociación colectiva de la industria del papel y el sector de artes gráficas (2008)», dir. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., 2009; «Actualización del estudio sobre negociación colectiva en el sector sanitario», dir. MONTOYA A., 2008; «Actualización del estudio sobre negociación colectiva en el sector de la Enseñanza Privada (2007)», dir. GONZÁLEZ ORTEGA, S., 2007; «Actualización del estudio sobre negociación colectiva en el sector de Hostelería», dir. ROQUETA, R., 2008; «Actualización del estudio sobre negociación colectiva en el sector metal», dir. GONZÁLEZ, S., 2008; «La negociación colectiva en el sector de servicios funerarios», dir. ESCUDERO, R., 2007; «Actualización del estudio sobre nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva», dir. RODRÍGUEZ PIPERO, 2007; «La negociación colectiva en el sector de oficinas y despachos (2000-2006)», dir. CRUZ VILLALÓN, J., 2007; «La negociación colectiva en el sector de alimentación (Balance a diciembre de 2006)», dir. GARCÍA MURCIA, J., 2007; «La negociación colectiva en el sector agrario», dir. ALARCÓN CARACUEL, M.R., 2007. Así como los Informes anuales sobre negociación colectiva en España editados por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: «La negociación colectiva en España 2004, 2005, 2006» (págs. 157-158); «La negociación colectiva en España 2005, 2006, 2007» (pág. 137); «La negociación colectiva en España 2006, 2007, 2008» (págs. 168-169).

7.2.1. *Recepción en la negociación colectiva de la jubilación forzosa en cuanto «instrumento para realizar una política de empleo»*

Constituyendo el pilar fundamental sobre el que se articuló la figura en su origen en la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, interesa sobremanera destacar la recepción de las garantías en materia de empleo que acompañan a la figura en los convenios colectivos.

7.2.1.1. Fórmulas que no darían cumplimiento a los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo

1. *Convenios colectivos que no vinculan la jubilación forzosa a medida alguna de política de empleo y solo fijan como condicionante que cumpla el trabajador el periodo mínimo de cotización o, en general, que cumpla los requisitos legales:*

En este apartado nos encontramos con un elevado número de convenios colectivos que no vinculan la cláusula a ninguna medida de política de empleo y solo fijan como condición que el trabajador afectado por la jubilación forzosa a los 65 años cumpla el periodo mínimo de cotización legalmente establecido o, en general, que cumpla los requisitos legales.⁷³

En este mismo apartado podrían ser encuadrados aquellos convenios que aun recogiendo en su articulado cláusulas de empleo, las mismas no quedan vinculadas expresamente a la medida de la jubilación forzosa, atendiendo a las exigencias impuestas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.⁷⁴

2. *Mera cláusula de estilo, sin especificar en qué consiste la medida:*

Incluimos en este apartado aquellos convenios colectivos que incluyen como mera cláusula de estilo la vinculación formal de la jubilación forzosa a medidas de política de empleo, pero en un plano meramente teórico, esto es, sin especificar en qué consiste la medida y sin justificar por tanto la jubilación forzosa. A modo de ejemplo, son frecuentes cláusulas como: «... contribuir a la mejora de la estabilidad en el empleo» en el Convenio Colectivo de Autopista Madrid-Toledo, Concesionaria Española de Autopista: artículo 36 (BOE de 17 de octubre 2006); «con el fin de propiciar la consolidación de la empresa y sus puestos de trabajo, así como la posibilidad de creación de nuevos empleos...» Convenio Colectivo de Bilbao, CIA, Anónima de Seguros y Reaseguros: artículo 27 (BOE de 23 de marzo 2007); «como política de fomento de empleo y por necesidades del mercado de trabajo en el sector» Convenio Colectivo de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida 2006, 2007, 2008: cláusula adicional 5.^a (BOE de 19 de diciembre 2006).⁷⁵

⁷³ Convenio Colectivo Pastas alimenticias: artículo 35 (BOE de 27 de enero 2009); Convenio Colectivo de Agencias de Viajes: disposición adicional séptima (BOE de 5 de octubre 2009); XXI Convenio Colectivo de Banca Privada: artículo 36 (BOE de 16 de agosto 2007), que solo prevé la medida para el personal ingresado en la empresa antes del 8 de marzo de 2007; Convenio Colectivo de Centros de Asistencia y Educación Infantil: artículo 44 (BOE de 7 de junio 2007); Convenio Colectivo de Granjas Avícolas y otros animales: anexo I.3 (BOE de 16 de diciembre 2008); Convenio Colectivo de mataderos de aves y conejos: artículo 43 (BOE de 6 de julio 2007); Convenio Colectivo de Autopista Concesionaria Española SA (ACE-SA): artículo 28 (BOE de 3 de agosto 2007).

⁷⁴ Convenio Colectivo de Siemens, SA (BOE de 28 de octubre de 2009).

⁷⁵ En el mismo sentido y sin ánimo de ser exhaustivos podemos señalar los siguientes: Convenio Colectivo de Centros de Educación Universitaria e Investigación: artículo 30 (BOE de 9 de enero 2007); Convenio Colectivo conservas vegetales: anexo

3. *Convenios colectivos que se remiten a la disposición adicional décima del ET sin especificar las medidas a adoptar:*

En este grupo de convenios colectivos quedarían encuadrados aquellos que en la cláusula por la que se fija la obligatoriedad de la jubilación señalan a modo de justificación que tal medida se produce «de conformidad con la disposición adicional décima del ET, redacción dada por la Ley 14/2005, de 1 de julio», que en algún supuesto transcriben íntegramente el texto de la disposición.⁷⁶

7.2.1.2. Concreción de factores de política de empleo en compensación de la jubilación forzosa

1. *Vinculación con políticas de empleo previstas en el articulado del convenio, que no constituyen justificación suficiente:*

Si bien se trata de una práctica minoritaria, en algunos convenios colectivos nos encontramos con una justificación referente a que esta medida «... estará vinculada a las políticas de empleo previstas en los respectivos artículos de este convenio colectivo, y resto de la normativa aplicable, referidos a favorecer la estabilidad y calidad del mismo»,⁷⁷ si bien analizando el contenido de las cláusulas de empleo de los convenios colectivos no aparece ninguna conexión de las mismas con la jubilación forzosa por lo que se convierte prácticamente en una referencia vacía de contenido.

2. *Vinculación con políticas de empleo previstas en el articulado, especificadas en el convenio colectivo, justificativas de la medida de jubilación forzosa:*

Los convenios colectivos en determinados supuestos, si bien constituye una práctica minoritaria, optan por remitir expresamente a determinados artículos del mismo donde se recogen compromisos de empleo que justifican la medida de la jubilación forzosa. Como se ha pue-

IV (BOE de 2 septiembre 2005); Convenio Colectivo de establecimientos financieros de crédito: artículo 12 (BOE de 30 de abril 2009); Convenio Colectivo de Banque, PSA Finance, Sucursal en España: artículo 33 (BOE de 17 de septiembre 2008); Convenio Colectivo de Autotransporte Turístico Español, SA (ATESA): artículo 23 (BOE de 22 de agosto 2008); Convenio Colectivo de Autopista Concesionaria Astur-Leonesa, SA: artículo 15 (BOE de 27 de febrero 2006); Convenio Colectivo de automóviles Citroen-España, SA –Comercio: artículo 50 (BOE de 20 de mayo 2008); Convenio Colectivo de Aldeas Infantiles SOS España: artículo 37 (BOE de 19 de febrero 2009); Convenio Colectivo de Albatros Alcázar Mantenimiento y Servicios Industriales: artículo 20 (BOE de 9 de febrero 2009); Convenio Colectivo de Pastas, papel y cartón: artículo 19.5 (BOE de 30 de enero de 2008); o el Convenio Colectivo de Enagas, SA (BOE de 23 de noviembre de 2005), que en su artículo 61 establece que «De conformidad con los criterios establecidos respecto de la negociación colectiva en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981, la jubilación obligatoria tendrá lugar al cumplir los 65 años, sin distinción de sexo...». En el mismo sentido el XIII Convenio Empresa Ertisa SA: artículo 50 (BOE de 16 de diciembre de 2005).

⁷⁶ Convenio Colectivo de Mediación de Seguros Privados: artículo 61 (BOE de 5 de noviembre 2009); Convenio Colectivo de mataderos de aves y conejos: artículo 43 (BOE de 6 de julio 2007); Convenio Colectivo Sector del Corcho: artículo 21 (BOE de 10 de noviembre 2009); Convenio Colectivo de Sociedades Cooperativas de Crédito: artículo 42 (BOE de 15 de enero 2008); Convenio Colectivo de Estaciones de Servicio: artículo 40 (BOE de 26 de marzo 2007); Convenio Colectivo de Automóviles Guadalajara, SA (Autodasa SA): artículo 47 (BOE de 29 de mayo 2009).

⁷⁷ Convenio Colectivo de Universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de posgrado: artículo 34 (BOE de 18 de enero 2006); Convenio Colectivo de Enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado: artículo 58 (BOE de 26 de abril 2006); Convenio Colectivo de Enseñanza privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos: artículo 51 (BOE de 17 de enero 2007). En el mismo sentido el Convenio Colectivo de Aldeasa: artículo 44 (BOE de 5 de enero 2008).

to de manifiesto en las páginas precedentes, la conexión entre ambos instrumentos debe ser suficiente y ponderarse en cada caso, encontrándonos con ejemplos en los cuales esa medida sería válida para ser el instrumento que validaría la medida de la jubilación forzosa.⁷⁸

Por el contrario dentro de este grupo nos encontramos con convenios colectivos en los que aun remitiéndose expresamente a artículos concretos del mismo, una vez estudiados cabría calificarla de insuficiente. En conclusión, los negociadores para dar cumplimiento a los condicionantes legales y jurisprudenciales de la figura deben afrontar una remisión que realmente justifique la extinción del contrato porque en caso contrario estaríamos ante un despido improcedente.⁷⁹

3. *Concreción de los objetivos de empleo previstos en la disposicional adicional décima del ET «sostenimiento del empleo», «transformación de contratos temporales en indefinidos» o «nuevas contrataciones»:*

En estos supuestos los convenios colectivos optan por especificar con mayor o menor acierto diversas fórmulas, si bien las previsiones son heterogéneas, pudiendo diferenciarse algunos supuestos en los que expresamente se refieren los negociadores a medidas de «sostenimiento del empleo, transformación de contratos temporales en indefinidos o realización de nuevas contrataciones».⁸⁰

⁷⁸ En el Convenio Colectivo de Alimentos Compuestos para animales para el periodo 2006-2008 (BOE de 18 de enero de 2007), se recoge en su artículo 45 tras establecer la jubilación forzosa a los 65 años que «Esta medida se vincula al objetivo de mejora de estabilidad en el empleo como consecuencia de los límites a la contratación temporal especificados en el artículo 25.2 del presente convenio colectivo», recogiendo en su artículo 25.2 que se acuerda limitar la contratación temporal a un máximo del 25 por 100 sobre la totalidad de la plantilla de la empresa.

⁷⁹ En el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro, artículo 7 (BOE de 10 de marzo 2009), se asume el compromiso, durante la vigencia del convenio colectivo, establecido en la disposición adicional primera, atendiendo asimismo al control de la medida que «Continuando su política de expansión de empleo, las Cajas de Ahorro asumen el compromiso de crear 3.000 empleos brutos a nivel sectorial en el periodo 2007-2010. Las Cajas de Ahorros comunicarán anualmente a la Comisión Mixta Interpretativa los datos necesarios para la observancia de la presente disposición». En el mismo sentido el Convenio Colectivo de Empresa de Entrega domiciliaria (BOE de 8 de mayo de 2009), establece en su artículo 43.1 que «Como consecuencia de las mejoras contempladas en el presente convenio relacionadas con la mejora del empleo, la calidad y estabilidad del mismo [art. 16 f), Fomento de la contratación definitiva, art. 18 Subrogación, art. 26 Plus de Eventualidad y art. 43.2 Jubilación Parcial anticipada] se establece que la jubilación será a los 65 años de edad...», pudiendo deducirse a nuestro juicio del contenido de dichos artículos que no constituyen causa suficiente. En similar sentido, el artículo 23 del Convenio Colectivo de Distribuidores Cinematográficos y sus trabajadores (BOE de 28 de marzo de 2006), justifica la medida en los compromisos de estabilidad en el empleo fijados en su artículo 7, si bien resulta un compromiso excesivamente genérico, al indicar que «Las partes firmantes del convenio se comprometen a trabajar para que el tipo de contratación en el conjunto del sector se realice bajo el principio de estabilidad en el empleo, favoreciendo la contratación indefinida, la transformación de contratos eventuales en indefinidos...». Lo mismo ocurre con el XII Convenio Colectivo de Centros y Servicios de atención a personas con discapacidad, que estableciendo en su artículo 29 la jubilación forzosa, la justifica en que «La jubilación forzosa pactada en este artículo se establece en el sector como objetivo de la política de empleo a implantar en las empresas y centros incluidos en su ámbito de aplicación, y viene encuadrada en el conjunto de medidas tendentes a la mejora de la calidad del empleo y al objeto de consolidar el sostenimiento del mismo y la mejora de su estabilidad. A esta finalidad responde las medidas de garantía y estabilidad en el empleo reguladas en los artículos 16, 19, 23 y 24 del presente convenio sobre conversión de contratos eventuales en indefinidos, incorporación de los trabajadores fijos-discontinuos a la condición de fijos por tiempo indefinido y a tiempo completo, contrato de relevo y derechos de información en materia de empleo, respectivamente».

⁸⁰ Convenio Colectivo de Industrias de Ferralla: artículo 63 (BOE de 3 de agosto 2009); Convenio Colectivo de Madera: artículo 26 (BOE de 7 de diciembre 2007); Convenio Colectivo Derivados del Cemento: artículo 112 (BOE de 18 de octubre 2007); Convenio Colectivo Industrias Lácteas y sus derivados: artículo 72 (BOE de 22 de enero 2009); Convenio

En otros casos se hace referencia expresa a la realización de «nuevos contratos indefinidos o transformación de contratos», recogiendo el compromiso de «no amortización»,⁸¹ llevándonos igualmente a ambas posibilidades fórmulas como la exigencia de que «sean sustituidos por otro trabajador»,⁸² o de «cubrir las vacantes».⁸³

Si bien no constituye una práctica muy extendida, algunos convenios colectivos optan exclusivamente por la medida de «transformación de contratos», pretendiendo en todo caso la no amortización del puesto de trabajo dejado vacante por la jubilación forzosa,⁸⁴ si bien otras veces optan no por la vía de la transformación, sino que se asume el compromiso de realizar un nuevo contrato de trabajo a un trabajador fijo, desempleado en el mismo grupo profesional que el jubilado, exigiéndose igualmente que no se lleve a cabo la amortización del puesto de trabajo.⁸⁵ En otros supuestos, si bien son minoritarios, se permite que se cubran los puestos en idéntica categoría profesional u otras de distinta categoría similar o inferior.⁸⁶

Colectivo de Empleados de Notarías del Colegio de Madrid: disposición transitoria segunda (BOE de 23 de febrero 2007); Convenio Colectivo de Madera: artículo 26 (BOE de 7 de diciembre 2007), remitiéndose en algún supuesto a medidas complementarias de empleo previstas, como es el caso del Convenio Colectivo de Agencia Efe, SA: artículo 73 (BOE de 24 de octubre 2006): Hace referencia a los contenidos previstos en la disposición adicional décima, pero es interesante que después señala expresamente que «A tal fin, de manera particular, entre otras medidas, la empresa garantiza la extensión del mantenimiento del volumen de empleo hasta el 31 de diciembre de 2007, coincidiendo con la fecha de finalización de la vigencia del convenio colectivo, y con sujeción a los mismos criterios reflejados en el Plan de Acompañamiento Social de 10 de noviembre de 2004»; Convenio Colectivo Hiab, SA: artículo 16 (BOE de 22 de junio 2009); Convenio Colectivo Bureau Veritas Comercio Int., SA: artículo 40.1 (BOE de 23 marzo de 2010).

⁸¹ Convenio Marco Estatal de Servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal: artículo 40 (BOE de 1 de abril 2008); Convenio Colectivo de Comercio Mayorista e Importadores de productos químicos y de droguería, perfumería y anexos: artículo 83 (BOE de 13 de agosto 2008); Convenio Colectivo de Curtidos, correas, cueros industriales y curtición de pieles para peletería: artículo 95 (BOE de 30 de noviembre 2007); Convenio Colectivo de Farmacias: artículo 44 (BOE de 10 de julio 2008); Convenio Colectivo de Activa Innovación y Servicios SAU: artículo 43.6 (BOE de 22 de agosto 2008) (de cualquier puesto de trabajo o en cualquier centro de trabajo de la empresa); Convenio Colectivo de Acciona Airport Services SA: artículo 76 (BOE de 21 de noviembre 2008). Insiste en que «en ningún caso se producirá amortización definitiva del puesto dejado vacante con motivo de la jubilación».

⁸² Convenio Colectivo de Grandes Almacenes: artículo 50 (BOE de 5 de octubre 2009) o el Convenio Colectivo de Mercadona (BOE de 10 marzo 2010), que recoge la jubilación forzosa en su artículo 32, siempre que «... dicha jubilación no suponga una disminución de la plantilla de fijos de la empresa en cómputo anual».

⁸³ Convenio Colectivo de Mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas: artículo 31 (BOE de 2 de julio 2007).

⁸⁴ Convenio Colectivo de Harinas panificables y sémolas: artículo 20 (BOE de 3 de septiembre 2007); Convenio Colectivo de Areva Top Ibérica SA: artículo 14 (BOE de 16 de agosto 2007), así como el Convenio Colectivo de Gestión y mediación inmobiliaria: artículo 64 (BOE de 5 de octubre 2009). Es original al establecer: «... aunque la empresa decida amortizar su puesto de trabajo, habrá de ir acompañada por la conversión de un contrato temporal a fijo, o de un contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo, de otro trabajador, dentro del mismo año natural en que se produzca». Convenio Colectivo del personal del Canal de Isabel II: artículo 84 (BOE de 2 de agosto de 2007), establece concretamente cuatro objetivos de política de empleo que resultan suficientes para justificar la medida. El Convenio Colectivo de Cargill España, SA: disposición adicional segunda (BOE de 17 de diciembre de 2008), prevé la nueva contratación o la transformación, si bien resulta criticable la previsión referida a que tales medidas se realizarían «... salvo en el caso de que el puesto de trabajo fuese amortizable».

⁸⁵ Convenio Colectivo de prensa no diaria: artículo 58 (BOE de 24 de febrero de 2009); Convenio Colectivo de marroquinería: artículo 76 (BOE de 27 de junio de 2009); Convenio Colectivo de Marroquinería, cueros, repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia: artículo 76-2 (BOE de 27 de junio 2009); Convenio Colectivo de Empresas y Trabajadores de Transporte de enfermos y accidentados en ambulancia: artículo 59 (BOE de 16 de noviembre 2007).

⁸⁶ Convenio colectivo de empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición: artículo 60 (BOE de 27 de enero de 2009).

Otras veces, si bien excepcionales cuando se recoge el compromiso de nueva contratación, se trata de un compromiso de no amortización temporal. Así nos encontramos con supuestos que prevén el contrato de un trabajador desempleado utilizando cualquier modalidad contractual aplicable, salvo la de tiempo parcial por una duración mínima de un año y si durante el término de dicho año se produjera el despido del trabajador contratado, la empresa deberá sustituirlo en el plazo máximo de 15 días.⁸⁷

Una fórmula escasamente utilizada es aquella que remita a una posterior negociación con la representación unitaria de los trabajadores.⁸⁸ En otras ocasiones, manteniéndose la jubilación forzosa, no se requiere la aplicación de la medida de política de empleo cuando concurren las circunstancias del artículo 52 c) del ET,⁸⁹ lo que resulta más llamativo desde el punto de vista de la escasa justificación de la medida si la empresa recurriera a la figura del despido improcedente.⁹⁰

7.2.2. *Recepción en la negociación colectiva de los requisitos exigidos en materia de Seguridad Social para el acceso a la pensión de jubilación*

No se autoriza de modo automático e incondicionado la obligatoriedad de la jubilación para el trabajador, sino que se requiere que se cumplan los periodos de carencia para acceder a la pensión de jubilación contributiva del sistema de Seguridad Social. La jurisprudencia analizada nos ha permitido concluir que sin excepción, en todos los casos litigiosos planteados se califica la extinción del contrato como despido improcedente si el trabajador no reuniera los requisitos de cotización para acceder a la misma.

En su gran mayoría las cláusulas de jubilación forzosa suelen establecer expresamente la salvedad de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación, y si bien no ocurre así en todos los casos, resulta de obligado cumplimiento que el trabajador reúna las exigencias para

⁸⁷ Convenio Colectivo de Artes Gráficas Man.: artículo 6.4.7.1. (BOE de 14 de marzo 2008).

⁸⁸ Convenio Colectivo Automáticos Orenes, SLU: artículo 30 (BOE de 15 de febrero 2010), prevé al respecto «nuevas contrataciones o transformación de contratos temporales en indefinidos o cualquier otra medida de fomento de empleo que se negocie con el comité de empresa».

⁸⁹ XV Convenio Colectivo Nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos: artículo 46 (BOE de 29 de mayo 2008), establece que «La empresa, dentro de los seis meses siguientes a la jubilación obligatoria, deberá contratar los servicios de dos trabajadores, de los que, al menos, uno de ellos, deberá ser contratado por tiempo indefinido o, alternativamente, deberá contratar los servicios de un trabajador y convertir en indefinido el contrato temporal que la empresa ya tuviera suscrito con otro trabajador. Se prevé que cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 52 c) del ET la empresa quedará exenta de la obligación de llevar a cabo las contrataciones sustitutivas».

⁹⁰ Convenio Colectivo de Autopistas del Mare Nostrum, SA, Concesionaria del Estado, «Aumar»: artículo 46 (BOE de 7 de septiembre 2009): «Como garantía del cumplimiento de los requisitos que exige la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, se acuerda lo siguiente: 1. Esta obligación quedaría sin efecto, si durante la vigencia del Convenio la empresa prescindiera de trabajadores fijos de plantilla cualquiera que fuese su modalidad contractual, bien a través de un ERE o con la consideración de despido improcedente determinada mediante Sentencia Judicial. 2. Asimismo y a efectos de orientar esta acción con una política coherente de empleo, la empresa se compromete a contratar durante la vigencia del presente Convenio Colectivo, es decir, en el periodo comprendido entre el 2006 y 2009 ambos inclusive, bajo la modalidad de contrato fijo a tiempo parcial a un mínimo de 15 trabajadores».

acceder a la pensión contributiva del sistema de Seguridad Social. La práctica totalidad de los convenios colectivos analizados se refieren expresamente a la necesidad de su cumplimiento, si bien en algunos supuestos no aparece ninguna mención en este sentido, limitándose a señalar que «los trabajadores afectados por el convenio se jubilarán a la edad de 65 años», siendo cláusulas excesivamente escuetas y que de interpretarse de modo literal sin añadir ningún requisito adicional estaríamos en presencia de supuestos de muy dudosa legalidad, lo que no obsta a que tal exigencia se considere implícita y por tanto aplicable en todo caso y sin excepción. El cumplimiento del requisito en modo alguno podría quedar supeditado a pacto con la empresa, sino que automáticamente se debe prolongar la vida activa del trabajador hasta que se reúna el periodo de carencia exigido, siendo calificable la situación de ausencia de pacto por falta de voluntad de la empresa de despido del trabajador.⁹¹

Por los mismos motivos no cabe fijar una segunda edad de jubilación forzosa que actuara como tope máximo si al cumplimiento de la primera edad no se acreditara cotización suficiente y ello porque si aun cumplidas por el trabajador tales edades previstas con carácter subsidiario continuara sin reunir los requisitos, la extinción del contrato por parte de la empresa sería igualmente calificable como despido.⁹²

Son numerosos los casos en los que se prevé la jubilación forzosa únicamente cuando el trabajador haya alcanzado el periodo de cotización suficiente para aplicar el 100 por 100 de la base reguladora, esto es, que se acrediten 35 años cotizados,⁹³ si bien en algún supuesto se reduce a periodos inferiores como 30 años.⁹⁴

⁹¹ Convenio Marco Estatal de Servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal: artículo 40 (BOE de 1 de abril 2008), prevé la jubilación forzosa a los 65 años, salvo que en dicho momento no se pueda acreditar los requisitos correspondientes a tal fin, como son los periodos de carencia de cotización, en cuyo caso, «previo acuerdo con la empresa», la obligación podrá quedar supeditada al momento en que se reúnan los mismos.

⁹² Convenio Colectivo de mantenimiento y conservación de instalaciones acuáticas: artículo 31 (BOE de 2 de julio 2007): «si por cualquier circunstancia, no tuviera cubierto el periodo de carencia, su jubilación será obligatoria a los 70 años».

⁹³ Convenio Colectivo de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores: artículo 23 (BOE de 28 de marzo de 2006); Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro: artículo 7 (BOE de 10 de marzo 2009); XV Convenio Colectivo Nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos: artículo 46 (BOE de 29 de mayo 2008); Convenio Colectivo de Industrias de alimentos compuestos para animales para el periodo 2006-2008: artículo 45 (BOE de 18 de enero 2009); Convenio Colectivo de Gestión y mediación inmobiliaria: artículo 64 (BOE de 5 de octubre 2009); Convenio Colectivo de Grandes Almacenes: artículo 50 (BOE de 5 de octubre 2009). En el mismo sentido nos encontramos con el Convenio Colectivo de Marroquinería, cueros, repujados y similares de Madrid, Castilla-La Mancha, La Rioja, Cantabria, Burgos, Soria, Segovia, Ávila, Valladolid y Palencia: artículo 76.2 (BOE de 27 de junio 2009), aunque habla de «cotizaciones suficientes para acceder al máximo de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social»; Convenio Colectivo de Granjas Avícolas y otros animales: anexo I.3 (BOE de 16 de diciembre 2008) (aunque habla de «cantidad máxima de pensión por tal concepto») o el Convenio Colectivo de mataderos de aves y conejos: artículo 43 (BOE de 6 de julio 2007) (aunque habla de «tope máximo de la base reguladora de su pensión»).

Con la misma finalidad queda abierta la propuesta a soluciones pactadas en el Convenio Colectivo de Areva Top Ibérica SA: artículo 14 (BOE de 16 de agosto 2007): «Para los trabajadores que no cumplan los requisitos para alcanzar el 100 por 100 de la pensión de jubilación, la obligación quedará suspendida y aplazada al momento en que se reúnan los mismos. No obstante, empresa y trabajador podrán estudiar individualmente el caso con vistas a otra posible solución».

O el Convenio Colectivo de Empresas y Trabajadores de Transporte de enfermos y accidentados en ambulancia: artículo 59 (BOE de 16 de noviembre 2007), que fija que se podría prorrogar un máximo de dos años la vida laboral para lograr este objetivo.

⁹⁴ Convenio Colectivo Automáticos Orenes, SLU: artículo 30 (BOE de 15 de febrero 2010).

7.2.3. Procedimiento establecido en la negociación colectiva para la efectividad de la jubilación forzosa

Una vez admitido el carácter obligatorio de la cláusula convencional de jubilación forzosa para ambas partes –trabajador y empresario–, cabe centrar la cuestión en si la extinción del contrato en este supuesto se produce automáticamente o requiere la denuncia previa de alguna de las partes. Con carácter general, la extinción del contrato de trabajo se produce en virtud de un acto unilateral de una de las partes dirigido a su resolución, salvo los supuestos en los que existe mutuo acuerdo entre las partes, ya sea individual o colectivo, o en que es autorizada por la Administración. Cuando la jubilación se produce voluntariamente, es el propio trabajador el que en cierto modo denuncia el contrato al comunicar al empresario el cese en el trabajo para acceder a la misma. La implantación de la figura de la jubilación forzosa significa que el trabajador está obligado a solicitarla al cumplir la edad fijada en el convenio. Si el trabajador no la solicita por propia iniciativa y ante la dificultad para admitir una extinción automática del contrato en el ámbito laboral, hay que entender que el empresario está obligado a denunciar el contrato por mandato de la cláusula convencional.

En la negociación colectiva podemos encontrar diversas manifestaciones del procedimiento establecido para acceder a la pensión de jubilación, que nos permiten una vez más hablar de la heterogeneidad al respecto,⁹⁵ así como con algún supuesto excepcional que establece únicamente la jubilación obligatoria cuando se trate de jubilación parcial.⁹⁶

7.2.4. Fórmulas económicas compensatorias de la situación de jubilación forzosa. Reconocimiento de premios económicos al trabajador que accede a la jubilación forzosa

En este epígrafe es donde deben ubicarse los convenios colectivos que contemplan indemnizaciones complementarias para el trabajador, con la finalidad de completar la cuantía de la pensión. No obstante, en algunos supuestos se prohíbe expresamente la percepción de las mismas con la finalidad de que se acceda a las jubilaciones anticipadas a edades inferiores a la prevista como de jubilación forzosa, si bien en la mayoría de los supuestos analizados se establecen compensaciones

⁹⁵ Convenio Colectivo de prensa no diaria: artículo 58 (BOE de 24 de febrero de 2009): requiere que la empresa dirija al trabajador un escrito en el que conste la exigencia del cumplimiento de la obligación de jubilarse, en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación.

Convenio Colectivo de Artes Gráficas Man.: artículo 6.4.7.1. (BOE de 14 de marzo 2008). Comunicación por escrito al trabajador y cese por jubilación y nueva contratación en el plazo de un mes desde la notificación escrita.

XV Convenio Colectivo Nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos: artículo 46 (BOE de 29 de mayo 2008): Con 15 días al menos de antelación, la empresa deberá comunicar por escrito necesariamente tanto al trabajador afectado como a la representación legal de los trabajadores en la empresa, si existiese, la fecha en que se producirá dicha jubilación obligatoria. Convenio Colectivo de Agencia Efe, SA: artículo 73 (BOE de 24 de octubre 2006): «La empresa comunicará por escrito al trabajador la extinción de su contrato por esta causa dentro de los dos meses anteriores al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación o a la fecha en que quede cubierto el periodo de carencia». XIII Convenio Empresa Ertisa, SA: artículo 50 (BOE de 16 de diciembre de 2005), establece que «... para hacer posible el retiro en la forma indicada, los trabajadores que estando en activo vayan a cumplir 65 años, solicitarán de forma fehaciente, del INSS, dos meses antes del cumplimiento de dicha edad, el pase a la situación de jubilación, dando cuenta de dicha solicitud a la Dirección de Recursos Humanos de Ertisa, para que adopte las decisiones pertinentes en orden a la extinción de la relación laboral y liquidación de los complementos a que hubiere lugar».

⁹⁶ Convenio Colectivo de Baxi Roca Calefacción, SLU y Baxi Fundición, SLU: artículo 74. 4 (BOE de 13 de octubre 2007).

económicas adicionales a cargo de la empresa, cuya variedad podría sistematizarse en los siguientes puntos:

- a) Otorgamiento de una determinada cantidad a tanto alzado, siendo este el supuesto más extendido.
- b) Condicionamiento de tal concesión a la acreditación de una determinada antigüedad.
- c) Remisión a los sistemas de previsión complementaria en vigor en la empresa.
- d) Fórmulas indemnizatorias más complejas que aparecen en algunos convenios sectoriales de ámbito estatal como es el caso de la banca privada y el de entidades de seguros.

Son numerosos los supuestos en los que la negociación colectiva opta por acompañar a la jubilación obligatoria del abono de una «indemnización o premio de jubilación». Con tal denominación se refieren los convenios colectivos a cantidades a percibir a tanto alzado y de una sola vez por el trabajador en el momento de acceder a la jubilación forzosa, sin suponer en modo alguno el pago de cantidades periódicas. Su finalidad es distinta del denominado «premio de fidelidad» reconocido en determinados supuestos en los convenios colectivos cuando el trabajador acredita determinada antigüedad en la empresa, y ello porque en tal caso la relación laboral permanece vigente, sin producirse la extinción del contrato y con independencia de la edad del trabajador.⁹⁷

Cabe apreciar que si bien en la mayoría de los supuestos se reconoce que la cuantía es igual para todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, en determinados casos su reconocimiento se hace depender de la antigüedad en la empresa.⁹⁸ Por lo que respecta a su cuantía, en ocasiones se calcula en función de la antigüedad en la empresa, de modo que a mayor antigüedad mayor es la cantidad percibida, o incluso a veces su cuantía depende de la combinación de ambos criterios, esto es, se precisa determinada antigüedad en la empresa para su reconocimiento y la indemnización es mayor cuanto más elevado ha sido el tiempo de permanencia. Tal complemento en ocasiones se pierde por el trabajador si este no solicita la jubilación forzosa en determinado plazo.

7.2.4.1. Posibilidad de pacto en contrario

En algunos convenios colectivos nos encontramos con la admisión de pacto en contrario a la jubilación forzosa que podría suscribirse entre el trabajador y la empresa.⁹⁹

⁹⁷ Con carácter meramente ejemplificativo podríamos señalar los siguientes casos: Convenio Colectivo de Mediación de Seguros Privados: artículo 61 (BOE de 5 de noviembre 2009). El premio económico de una mensualidad por cada cuatro años de servicios cuando se solicite la jubilación el mismo mes en el que se cumplan los 65 años, y se pierde en caso contrario; XXI Convenio Colectivo de Banca Privada: artículo 36 (BOE de 16 de agosto 2007); Convenio Colectivo de Bilbao, CIA, Anónima de Seguros y Reaseguros: artículo 27 (BOE de 23 de marzo 2007); Convenio Colectivo de Autotransporte Turístico Español, SA (ATESA): artículo 23 (BOE de 22 de agosto 2008), cuando se solicite la jubilación el mismo mes en el que se cumplan los 65 años, y se pierde en caso contrario, salvo que el trabajador no hubiera reunido los requisitos; Convenio Colectivo de Autopista Concesionaria Española, SA (ACESA): artículo 28 (BOE de 3 de agosto 2007).

⁹⁸ Convenio Colectivo de Aldeasa: artículo 44 (BOE de 5 de enero 2008).

⁹⁹ Convenio Colectivo de Empresas dedicadas a los servicios de campo para actividades de reposición: artículo 60 (BOE de 27 de noviembre de 2009); Convenio Colectivo de Enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún

Asimismo, y aunque constituye una práctica menos habitual en determinados supuestos se admite el pacto para retrasar la edad de jubilación forzosa hasta una edad más avanzada de los 65 años.¹⁰⁰

7.2.5. Conclusiones de la recepción en la negociación colectiva de las cláusulas de jubilación forzosa

Una vez expuestos los resultados del análisis de la recepción por la negociación colectiva de las cláusulas de jubilación forzosa y considerando que para ello se han analizado todos los convenios colectivos de sector y de empresa, ambos con carácter estatal, podemos efectuar una serie de conclusiones en virtud de las exigencias jurisprudenciales de la figura:

Es dudosa la legalidad de las cláusulas que silencian los objetivos de política de empleo o bien utilizan la mención expresa de la política de empleo como una mera referencia de estilo carente de contenido material, así como de aquellas que remiten al articulado del convenio que resulte inconsistente para justificar la medida.

Por el contrario serían válidas aquellas cláusulas convencionales que vinculan la jubilación forzosa a medidas concretas y específicas de política de empleo relacionadas con la no amortización del puesto de trabajo, con la contratación de trabajadores o con la transformación de contratos temporales en indefinidos.

En cuanto que la disposición adicional décima se refiere a «... objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo» y siendo el último de ellos un concepto jurídico indeterminado, habría que considerar como válidas tanto las cláusulas más genéricas de política de empleo –por ejemplo las que no especifican acerca del tipo de contrato o la categoría profesional del nuevo trabajador contratado–, como por supuesto aquellas más concretas y específicas que exigen requerimientos acerca del periodo máximo para llevar a cabo las nuevas contrataciones.

Por otra parte interesa destacar que la admisión de cláusulas generales de política de empleo nos presenta el inconveniente de analizar la frontera divisoria entre una cláusula formal de política de empleo y una cláusula general pero efectiva de política de empleo, por lo que debemos analizarlas caso por caso.

nivel concertado o subvencionado: artículo 58 (BOE de 26 de abril 2006); Convenio Colectivo de Harinas panificables y sémolas: artículo 20 (BOE de 3 de septiembre 2007); XV Convenio Colectivo Nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos: artículo 46 (BOE de 29 de mayo 2008); Convenio Colectivo de Empleados de Notarías del Colegio de Madrid: disposición transitoria segunda (BOE de 23 de febrero 2007); Convenio Colectivo de Madera: artículo 26 (BOE de 7 de diciembre 2007); Convenio Colectivo de Agencia Efe, SA: artículo 73 (BOE de 24 de octubre 2006): «... salvo que la empresa solicite por escrito del empleado a jubilar y este acepte, también por escrito, la prórroga de su vida laboral en la empresa».

¹⁰⁰ Convenio Colectivo Centros de Educación Universitaria e Investigación: artículo 30 (BOE de 9 de enero 2007), establece la posibilidad de pacto individual en contrario, pudiendo prorrogarse de mutuo acuerdo hasta los 70 años. Convenio Colectivo de Industrias lácteas y sus derivados: artículo 72 (BOE de 22 de enero 2009): posibilidad de pacto individual en contrario, que permite prorrogar hasta los 70 años por acuerdo escrito que al efecto se suscriba.

En cuanto a la edad fijada, cabe concluir que serían ilegales las que establecen un periodo máximo de permanencia del trabajador en su puesto de trabajo para el caso de que cumplida la edad ordinaria de jubilación no reuniera los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

8. EL RÉGIMEN TRANSITORIO: LA EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA ESTABLECIDAS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 14/2005

Una de las cuestiones más debatidas tras la publicación de la Ley 14/2005 ha sido la referente al régimen transitorio aplicable, es decir, el análisis de la situación existente en cuanto a los convenios colectivos aprobados con anterioridad a la publicación de esta ley. La Ley 14/2005 recoge en su disposición transitoria única bajo el título de «Régimen aplicable a los convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor de esta ley», que «Las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el periodo mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor».

La pretensión de esta disposición transitoria es, esencialmente, ante la postura mantenida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004 y otras posteriores, restablecer la cobertura legal para los convenios colectivos anteriores a la Ley 14/2005, llevando a cabo una convalidación a posteriori, siempre que la cláusula convencional cumpla con los requisitos mínimos fijados en la disposición transitoria.

Por lo que respecta a cuáles son los convenios colectivos afectados por esta disposición transitoria, si bien a nuestro juicio podemos considerar como se ha defendido por la doctrina¹⁰¹ que esta ley ha querido esencialmente legalizar cláusulas de convenios que no lo eran, es decir, aquellas previstas en convenios colectivos celebrados entre marzo de 2001 y julio de 2005, así como los prorrogados por aplicación de la ley, debemos plantearnos cómo computar la fecha de referencia, a los efectos de determinar si el correspondiente convenio colectivo es anterior o posterior al día 3 de julio de 2005. Si fuera anterior a la fecha indicada se aplicaría la disposición transitoria y si fuera posterior la previsión de la Ley 14/2005. Se ha propuesto por la doctrina,¹⁰² lo que a nuestro juicio resulta lo más acertado, que se tome como fecha de referencia la fecha del acuerdo entre las partes negociadoras del convenio colectivo teniendo en consideración los siguientes argumentos: a) El convenio colectivo es fruto de un acuerdo entre las partes, b) la legalidad de un acuerdo solo puede enjuiciarse desde la norma que se encontraba en vigor en aquel momento (de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria

¹⁰¹ CABEZA PEREIRO, J.: *op. cit.*, pág. 901.

¹⁰² MOLINER TAMBORERERO, G.: *op. cit.*

segunda Código Civil), y c) en cuanto que esta es la fecha considerada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de marzo de 2004 para determinar qué convenios tenían cobertura legal bajo la vigencia de la anterior disposición adicional décima del ET.

La disposición transitoria única de la ley exige que el trabajador afectado haya cumplido la edad ordinaria de jubilación, por lo que debemos plantearnos qué ocurriría con los convenios colectivos que hubieran fijado edades inferiores a los 65 años. Al respecto considero que la mejor solución es optar por que en tal caso dichas cláusulas no podrían convalidarse por contradecir la previsión del tenor literal de la norma transitoria. En cuanto a las cláusulas convencionales que fijaran edades superiores a los 65 años, estas sí podrían ser convalidadas, porque la previsión normativa se refiere a la edad ordinaria de jubilación en cuanto mínimo, encontrándonos, aunque no constituía una práctica frecuente, con cláusulas que fijaran edades superiores a los 65 años.

La redacción plantea la duda de si conforme a la misma es válida la cláusula colectiva –inicialmente pactada sin amparo expreso legal–, sobre la extinción automática del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad prevista de jubilación forzosa, sin otros requisitos que los previstos expresamente en la norma, es decir, «que el trabajador afectado tenga cubierto el periodo mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva», o si por el contrario, también es necesaria la vinculación del cese obligatorio a «objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo», tal como exige la disposición adicional décima para la validez de los convenios suscritos con posterioridad a su entrada en vigor.

El legislador optó por establecer un doble régimen jurídico, al menos de modo aparente: el aplicable a los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de un convenio colectivo anterior a la Ley 14/2005 y posterior a la derogación expresa de la anterior disposición adicional décima del ET, a los que la empresa podría jubilar forzosamente con otros requisitos que los exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, y el régimen jurídico aplicable a los trabajadores afectados por un convenio colectivo posterior a dicha ley, a los que se les exige junto al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, que el convenio colectivo incluya expresamente medidas de política de empleo en los términos indicados en la disposición adicional décima del ET.

La cuestión ha sido interpretada por el Tribunal Supremo en coherencia con la tesis manifestada al interpretar las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en convenios colectivos una vez llevada a cabo la derogación de la disposición adicional décima del ET. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo lleva a cabo una interpretación utilizando criterios literales, sistemáticos y finalísticos, sin obviar la interpretación del Tribunal Constitucional y de Derecho Comunitario realizada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

A continuación se procede a realizar un comentario de las sentencias del Tribunal Supremo que analizan el tema. Especialmente destacable resulta a mi juicio la STS de 10 de noviembre de 2009¹⁰³ –rec. 2514/2008–. La cuestión versa sobre la jubilación forzosa de un trabajador de la Con-

¹⁰³ El Tribunal Supremo resuelve sobre la aplicación de la disposición transitoria única de la Ley 14/2005 en STS de 12 de mayo de 2009 –rec. 2153/2007–, si bien en este litigio no entra a plantear con detalle la cuestión referente a la legalidad

federación Hidrográfica del Duero, al amparo de lo previsto en el artículo 61 del Convenio Colectivo único para el personal de la Administración General del Estado, cuya vigencia se extiende para los años 2002, 2003, 2004 y 2005 y que por tanto fue negociado después de que la disposición adicional décima del ET fuera derogada y antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2005. Se plantea por el Tribunal Supremo el análisis de la cuestión referente a los objetivos coherentes con la política de empleo atendiendo a diversos criterios:

Se parte del elemental criterio de literalidad, considerando que la exigencia legal establecida para los convenios colectivos anteriores a la promulgación de la Ley 14/2005, que conforme a la interpretación realizada por el Tribunal Supremo resultaban *ab initio* nulos por ausencia de norma habilitante, se limitaría a que el trabajador reuniera los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, y ello en cuanto que no se reitera para los convenios aprobados en este periodo de vacío legal la exigencia prevista para los convenios colectivos aprobados tras la entrada en vigor de la Ley 14/2005.

No obstante lo anterior señala el Tribunal Supremo que el criterio de literalidad debe complementarse con otros criterios interpretativos, básicamente los históricos, sistemáticos y finalísticos. De este modo el Tribunal Supremo además de analizar la STJCE de 16 de octubre de 2007, continúa argumentando que la interpretación de la disposición transitoria debe realizarse ajustada a las reglas hermenéuticas ordinarias, lo que lleva a sobreentender que deben exigirse a las situaciones contempladas en la disposición transitoria los requisitos previstos en la disposición adicional décima del ET, es decir, la completa vinculación del cese a «objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo». En apoyo a esta conclusión interpretativa considera el Tribunal Supremo que no dejaría de ser un contrasentido otorgar un mejor trato a previsiones convencionales que nacieron viciadas de nulidad en cuanto que carecían de amparo legal y se pactaron en un periodo en que el Tribunal Supremo reiteradamente había mantenido su radical ineficacia por discriminatorias, que a las posteriores cláusulas convencionales que gozaban desde su origen de plena validez jurídica, en cuanto que el legislador puede convertir en lícita una norma que en su origen era opuesta a la legalidad.

Por lo que respecta a la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Supremo considera que si bien dicho tribunal se ha decantado por salvar la legalidad de la figura y considerarla no discriminatoria por no ser contraria al artículo 6 de la Directiva 2000/78, debe realizarse una interpretación ajustada a las reglas hermenéuticas de nuestro ordenamiento jurídico, conclusión que se entiende asimismo reforzada por el hecho de que toda interpretación ha de ser acorde a los principios de la Constitución, lo que significa que entre los posibles sentidos de la norma, debe optarse por elegir «aquel que sea más conforme con las normas constitucionales». En conclusión podríamos añadir que el Tribunal Supremo si bien respeta y aplica la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el sentido de que la citada disposición transitoria única no es contraria a la Directiva 2000/78, cuestión distinta es la interpretación que se realice en el ámbito interno de los Estados miembros, decantándose por exigir una interpretación que lleva aparejada la legalidad de la cláusula de jubi-

de la disposición transitoria única, en los términos analizados en su Sentencia de 10 de noviembre de 2009, sino que directamente exige los requisitos en materia de empleo previstos en el texto de la disposición adicional décima del ET.

lación forzosa únicamente cuando se cumplan las exigencias de política de empleo a través de la medida exigida con carácter general y en idénticos términos que para los convenios colectivos aprobados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/2005.

Por otra parte, una interpretación exclusivamente literal de la norma se traduciría a juicio del Tribunal Supremo en una vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la CE en cuanto que carecería de una justificación objetiva y razonable o desproporcionada en relación con dicha justificación.

Por último, en cuanto al denominado equilibrio interno del convenio colectivo se resuelve concluyendo que la tesis interpretativa defendida por el Tribunal Supremo no afecta al mismo, basándose en los siguientes motivos:

En primer lugar, se considera que no resulta jurídicamente argumentable un «equilibrio» o contraprestación respecto de una cláusula de manifiesta ilegalidad, puesto que en función de la interpretación que realizó el Tribunal Supremo como consecuencia de la derogación expresa de la anterior disposición adicional décima y en coherencia con ello, se están examinando cláusulas pactadas en una época en la que estaba claramente prohibido su establecimiento.

En segundo término, con anterioridad a la disposición transitoria única de la Ley 14/2005, la empresa no ostentaba facultad legal para acordar el cese por razón de edad y en consecuencia cualquier interpretación —«más o menos permisiva»— que pueda hacerse sobre la norma no constituye sino una alteración del equilibrio convencional favorable a los intereses empleadores.

En tercer y último lugar esgrime el Tribunal Supremo que los precedentes jurisprudenciales no avalan la interpretación favorable a la extinción por razón de edad con independencia de contraprestaciones en materia de empleo, y ello ha ocurrido en supuestos de regulaciones legales que afectan al contenido incluso esencial del convenio, como son supuestos relativos a la modificación de la jornada legal (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FJ 3.º), aunque se ha admitido que era posible reclamar «una alteración del convenio» en aquellos casos en los que se hubiera producido «un cambio absoluto y radical de las circunstancias», que posibilitan aplicar la denominada cláusula *rebus sic stantibus* (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 14.º).

En este sentido, como ha puesto de manifiesto la doctrina,¹⁰⁴ el Tribunal Supremo mantuvo su tesis expuesta anteriormente,¹⁰⁵ en cuanto que si bien el convenio colectivo es producto del equilibrio interno de lo negociado, este interno equilibrio ha de entenderse construido por todas las cláusulas del mismo que respeten las normas legales de derecho necesario, sin que puedan computarse a tal efecto las cláusulas que lo vulneran. Por el contrario, la consecuencia normal o propia será únicamente la declaración de nulidad o de la ineficacia del artículo o artículos correspondientes del convenio.

Cabe recordar en este punto la doctrina del Tribunal Supremo en torno al juego de las cláusulas convencionales de vinculación a la totalidad, en caso de nulidad parcial de un convenio colec-

¹⁰⁴ ALBIOL MONTESINOS, I.: «Jubilación forzosa y convenio colectivo (La disposición adicional décima ET), *op. cit.*, pág. 1.370.

¹⁰⁵ STS de 22 de septiembre de 1998 –rec. 263/1998– y STS de 3 de noviembre de 2000 –rec. 1554/2000–.

tivo, interpretando al respecto que su virtualidad en estos casos es la de otorgar a las partes que han intervenido legítimamente en la negociación la facultad de exigir a las demás partes la renegociación del mismo.

La diferencia de trato para llevar a cabo la jubilación forzosa entre los trabajadores a los que se les exige únicamente reunir los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y entre aquellos que siéndoles de aplicación la disposición adicional décima del ET se requiere que el convenio colectivo adopte medidas de empleo en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, dio lugar, como ha sido mencionado anteriormente, a la intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Un estudio de la disposición transitoria única de la Ley 14/2005 debe entrar a examinar la STJCE de 16 de octubre de 2007 (asunto Palacios de la Villa), que a instancia de un juzgado de lo Social analiza la citada disposición a efectos de determinar su compatibilidad con el artículo 6 de la Directiva Comunitaria 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.¹⁰⁶

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas parte de considerar que la disposición transitoria única, al prever la extinción automática del contrato de trabajo al cumplir el trabajador los 65 años, otorga de modo indirecto un trato menos favorable a los trabajadores que hayan alcanzado esa edad si se comparan con el conjunto de personas activas en el mercado laboral. En consecuencia con ello resuelve que esta norma supone en última instancia una diferencia de trato directamente fundamentada en la edad, en el sentido recogido en el artículo 2, apartados 1 y 2, letra a) de la Directiva 2000/78.¹⁰⁷

La cuestión fundamental para el tribunal es resolver si la diferencia de trato por razón de edad enjuiciada, podría tener su justificación en lo previsto en el artículo 6 que bajo el título de «Justificación de diferencias de trato por motivos de edad» establece en su apartado 1, párrafo primero que «No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si

¹⁰⁶ Idéntica consulta de cuestión de prejudicialidad se realizó por el Juzgado de lo Social número 3 de Valladolid, en el litigio que dio lugar posteriormente a su conocimiento por el Tribunal Supremo y posterior resolución en la STS de 10 de noviembre de 2009 –rec. 2514/2008–, por entender que la disposición adicional única pudiera vulnerar el artículo 13 del tratado y 2.1 de la directiva indicada, si bien se entendió por el Juzgado que la cuestión prejudicial planteada era idéntica a la planteada por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid y que dio lugar a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2007 –asunto C-411/05–.

¹⁰⁷ El artículo 2 de la directiva, bajo el título de «Concepto de discriminación», señala en su apartado 1 que «A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1».

El artículo 2 en su apartado 2, letra a) indica que «A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) Existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1».

El artículo 1 de la directiva, bajo la rúbrica de «Objeto», señala que «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». El problema esencial se plantea cuando al comparar el texto transcrito con la medida transitoria de Derecho interno llegamos inmediatamente a la conclusión de que no se recoge en el ordenamiento jurídico interno expresamente la referencia a los objetivos de empleo, ni del mercado de trabajo ni de formación profesional.

Llegados a este punto y aunque en un primer momento cabría considerar que con tales premisas la respuesta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas debía de ser contraria a mantener que la disposición controvertida respetaba la directiva comunitaria, interpreta que del artículo 6 no se deduce que la falta de referencia a la política de empleo en la correspondiente norma nacional excluya automáticamente su aplicación, añadiendo que cuando no existe tal referencia expresa, debemos recurrir a otros elementos adicionales, propios del contexto general del objetivo que subyace en la correspondiente medida, con el objeto de poder identificar, en su caso, la finalidad que se persigue con la misma, a efectos de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre la legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr el objetivo.

Partiendo de tales premisas y del análisis de los antecedentes de la Ley 14/2005, el Tribunal de Justicia concluye que la disposición transitoria única de la misma tiene precisamente como objetivo regular el mercado nacional de trabajo con el fin de reducir el desempleo. En definitiva, para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, un objetivo como el contemplado en la disposición transitoria única de la Ley 14/2005 justifica «objetiva y razonablemente» en el marco del Derecho nacional, conforme a lo exigido en el artículo 6, apartado 1, párrafo primero de la Directiva 2000/78, que los Estados puedan establecer una diferencia de trato por motivos de edad.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se plantea si los medios empleados para lograr el objetivo que se persigue son «adecuados y necesarios», tal y como se exige en la aplicación de la directiva. Al respecto se señala por el tribunal que:

- a) Los Estados y, en su caso, los agentes sociales a nivel nacional, disponen de una amplia facultad de apreciación no solo al primar un objetivo sobre otros en materia social, sino también al definir las medidas que permiten lograrlo (Sentencia de 22 de noviembre de 2005, asunto Mangold, C-144/04).
- b) Ha de reconocerse a las autoridades competentes a nivel nacional, regional o sectorial la posibilidad de modificar los medios que emplean para lograr un objetivo legítimo de interés general, por ejemplo mediante su adaptación a la evolución de la situación laboral en el Estado de que se trate.
- c) Incumbe, en consecuencia, a las autoridades competentes de los Estados conseguir el justo equilibrio entre los distintos intereses en juego. Sin embargo, debe velarse porque las medidas nacionales previstas no excedan de lo adecuado y necesario para alcanzar el objetivo que pretenda conseguirse.

Una vez esgrimidas las anteriores argumentaciones, se concluye que una medida como la prevista en la controvertida disposición transitoria única de la Ley 14/2005 puede ser adecuada y nece-

saría para alcanzar el objetivo legítimo invocado en el marco de la política nacional de empleo, que consiste en favorecer el pleno empleo facilitando el acceso al mercado de trabajo.

Completa su tesis el tribunal argumentando que no supone que se vean excesivamente menoscabadas las expectativas legítimas de los trabajadores que han sido jubilados forzosamente, ya que la norma interna no se fundamenta exclusivamente en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta que los interesados obtienen una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación.¹⁰⁸

En cuanto a la retroactividad recogida en la disposición transitoria única de la Ley 14/2005, se prevé que no se aplicará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado «firmeza» antes de su entrada en vigor:

La cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo, en STS de 10 de octubre de 2005 –rec. 60/2004–, al resolver un recurso de casación ordinario y STS de 13 de octubre de 2005 –rec. 1925/2004–, con ocasión de un recurso de casación para la unificación de doctrina. El Tribunal Supremo considera de aplicación su doctrina sentada por las SSTS de 9 de marzo de 2004 y siguientes dictadas en la misma línea, pero afronta la cuestión matizando el efecto que pueda tener la publicación de la legislación que rehabilitaba la jubilación forzosa. La cuestión se centra en la disposición transitoria única de la Ley 14/2005, en virtud de la cual se acordó la convalidación de las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación forzosa, al disponer que dichas cláusulas «se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el periodo mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva». A juicio del Tribunal Supremo, esta norma restablece la habilitación anteriormente concedida en la disposición adicional décima y derogada en el año 2001, dado su carácter retroactivo extensible a «todos los convenios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley», concluyendo que la normativa aplicable a estas situaciones debía de ser «la existente en el momento en que se generó la situación de litispendencia, en tanto en cuanto aplicar a dicha situación la norma nueva supondría tanto como modificar el objeto del proceso creando la consiguiente indefensión entre las partes, contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la CE, sin que por otra parte quepa pensar que el legislador ha querido ir más allá en su retroactividad de lo que el derecho constitucional permite».¹⁰⁹

¹⁰⁸ El TJCE interpreta en síntesis que si bien la fijación de edades de jubilación forzosa supone un trato menos favorable a los trabajadores que se encuentren en tal situación en comparación con las demás personas activas en el mercado laboral, tales diferencias no constituyen una discriminación prohibida «si 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 (apartado 52 de la sentencia).

¹⁰⁹ En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en ocasiones posteriores, como la STS de 31 de enero de 2006 –rec. 656/2004–, que a la vista de la disposición transitoria única de la Ley 14/2005 afirma que «... la nueva ley y el problema de retroactividad que se contiene en su transitoria única, no puede afectar a pleitos con juicios ya celebrados y pendientes de resolver en un recurso extraordinario, como es el de autos, ya que lo contrario supondría una modificación del objeto del proceso, con la consiguiente indefensión para las partes, lo que está prohibido al juez que debe resolver el acuerdo con los términos en los que se planteó la demanda, razón por la cual dicha ley no se ha de aplicar a los procedimientos pendientes».

9. EL PROYECTO DE LEY SOBRE ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE ABRIL DE 2011

El proyecto de ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales con fecha 1 de abril del 2011 y hasta la fecha en periodo de tramitación, tiene su origen en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones suscrito con fecha de 2 de febrero de 2011 por el Gobierno, CEOE, CEPYME, CC.OO. y UGT. El proyecto de ley lleva a cabo una reforma en profundidad de la jubilación, si bien interesa destacar que en materia de jubilación forzosa no se produce modificación alguna al respecto.

No obstante lo anterior, los negociadores del convenio colectivo deberán tener presente el nuevo régimen jurídico previsto para la jubilación:

En primer lugar el proyecto de ley prevé en su artículo 4 que el apartado 1 del artículo 161 de la LGSS establece como condición para acceder a la pensión de jubilación en materia de edad «Haber cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización...», si bien se incorpora una nueva disposición transitoria vigésima que fija la «Aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización», estableciéndose una tabla con un periodo transitorio que alcanza hasta el año 2027.

Por otra parte, en atención a que en algunos supuestos los convenios colectivos hacían referencia a la jubilación forzosa cuando se alcanzaran 35 años cotizados para tener derecho al 100 por 100 de la pensión, no debe olvidarse por los negociadores que el artículo 5 del proyecto de ley, establece una nueva redacción al artículo 163 de la LGSS regulando los porcentajes aplicables a la base reguladora. No obstante debe considerarse el amplio periodo transitorio previsto en la nueva disposición transitoria vigésima primera que prevé la aplicación de los porcentajes hasta el año 2027.

Debe llamarse la atención para finalizar el estudio que el proyecto de ley y el Acuerdo Social y Económico de 2011 no recogen las previsiones formuladas por el Informe sobre el seguimiento y evaluación del Pacto de Toledo, aprobado por el Congreso de los Diputados el 25 de enero 2011 en materia de jubilación forzosa, postulándose este último de un modo rotundo contrario a las medidas que posibilitan la jubilación forzosa del trabajador, indicando en el apartado 12 bajo la rúbrica de «Edad de jubilación» que «Es prioritario remover la normativa que fuerza a colectivos o personas a la jubilación obligatoria, en contra de sus deseos y capacidades. No debe establecerse un límite de edad para el trabajo en un régimen de libertades individuales y de derechos fundamentales».

Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, M.R. (dir.) [2007]: «La negociación colectiva en el sector agrario», Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC).
- ALBIOL MONTESINOS, I. [2005]: «Cláusulas de vinculación a la totalidad», en *Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva*, CCNCC.
- [1981]: «Comentario al artículo 49 de la LET», en AA.VV.: *El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a la Ley 8/1980*, de 10 de marzo, Madrid: Edersa.
 - [2007]: «Jubilación forzosa y convenio colectivo (La disposición adicional adicional ET)», en *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor L.E. de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (coord. LÓPEZ CUMBRE L.), Ed. Iustel.
- ALFONSO MELLADO, C.L. (dir.) [2009]: «La negociación colectiva en el sector de la piel», CCNCC.
- ALMANSA PASTOR, J.M. [1984]: *Derecho de la Seguridad Social*, 4.ª ed., Madrid: Tecnos.
- ALONSO GARCÍA [1980]: *Curso de Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., Barcelona: Ariel.
- ALONSO OLEA, M. [1980]: *El Estatuto de los Trabajadores, texto y comentario breve*, Cívitas: Madrid.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y PÉREZ YÁÑEZ, R. [2005]: «La ley 14/2005, de 1 de julio: nuevamente sobre la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, núm. 17.
- BALLESTER LAGUNA, F. [2005]: «Derecho transitorio en el proyecto de ley sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación», *Relaciones Laborales*, núm. 17.
- BAYLOS GRAU: «Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio», *Relaciones Laborales*, núm. 11.
- BORRAJO [1963]: *Estudios jurídicos de previsión social*, Madrid.
- CABEZA PEREIRO [2006]: «Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005», *Actualidad Laboral*, núm. 8.
- CRUZ VILLALÓN J. (dir.) [2007]: «La negociación colectiva en el sector de oficinas y despachos (2000-2006)», CCNCC.
- [2009]: «La negociación colectiva en la explotación de recursos acuícolas: pesca, acuicultura y actividades afines», CCNCC.
- CRUZ VILLALÓN, J. y GARCÍA MURCIA, J. [1983]: «La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos», *Revista de Política Social*, núm. 137.
- DE MIGUEL LORENZO, A.M. [1988]: «La jubilación en la negociación colectiva: la exigencia de la no amortización de los puestos de trabajo», *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 35.
- ESCUADERO R. (dir.) [2007]: «La negociación colectiva en el sector de servicios funerarios», CCNCC.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F. (dir.) [2009]: «Actualización del estudio sobre negociación colectiva la industria del papel y el sector de artes gráficas (2008)», CCNCC.
- FERNÁNDEZ RUIZ [1969]: «La denominada jubilación anticipada», *RISS*.
- GALA DURÁN, C. [2006]: «Cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una aproximación crítica a la Ley 14/2005, de 1 de julio», en *La extinción del contrato de trabajo* (dir. PÉREZ AMORÓS F.), Ed. Bomarzo.

- «La posición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo: Plena validez de lo establecido en la disposición transitoria única de la Ley 14/2005. Comentario a la Sentencia de 16 de octubre de 2007 (Asunto C-411/05)», *IUSLabor*, 1/2008, Universitat Pompeu Fabra.
 - «Jubilación forzosa y alcance de la derogación de la disp. adic. 10.^a del Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la STS, Social, de 9 de marzo de 2004 (RJ 841)», *IUSLabor*, 1/2005, Universitat Pompeu Fabra.
- GARCÍA MURCIA, J. [1985]: «El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador», *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 19.
- [1983]: «Crisis económica y jubilación anticipada en el ordenamiento laboral español», en AA.VV.: *El Derecho del trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80*, Zaragoza: Instituto Universitario de Relaciones Laborales.
 - [2007]: «La negociación colectiva en el sector de alimentación (Balance a diciembre de 2006)», CCNCC.
- GÓMEZ CABALLERO, P. [2004]: «Los límites a la negociación colectiva para regular la extinción del contrato de trabajo por razón de edad», *Temas Laborales*, núm. 77.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. (dir.) [2007]: «Actualización del estudio sobre negociación colectiva en el sector de la Enseñanza Privada (2007)», CCNCC.
- [2008]: «Actualización del estudio sobre negociación colectiva en el sector metal». Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.
- LÓPEZ GANDÍA, J. [1981]: «Jubilación y política de empleo», *RSSS*, núm. 13.
- MARTÍN PUEBLA, E. [1989]: «La jubilación anticipada como instrumento de política de empleo y su recepción en la negociación colectiva», *Documentación Laboral*, núm. 29.
- MARTÍNEZ MARTÍN [1972]: «La jubilación anticipada en la contratación colectiva», *CCDT*, núm. 4.
- MOLINER TAMBORERERO, G. [2005]: «Convenios colectivos y jubilación forzosa. Una primera aproximación al contenido de la disposición transitoria de la Ley 14/2005», *Actualidad Laboral*, núm. 21.
- MONTALVO y DE LA VILLA [1967]: «La jubilación forzosa en los convenios colectivos», *RGLJ*, febrero.
- MONTOYA A. (dir.) [2008]: «Actualización del estudio sobre negociación colectiva en el sector sanitario», CCNCC.
- PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T. [2004]: «Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa», *Relaciones Laborales*.
- RODRÍGUEZ PIÑERO (dir.) [2007]: «Actualización del estudio sobre nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva», CCNCC.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y DEL REY GUANTER, S. [1983]: «El nuevo papel de la negociación colectiva y de la Ley», en AA.VV.: *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba: Monte de Piedad y Caja de Ahorros.
- RODRÍGUEZ SAÑUDO [1974]: «La extinción de la relación laboral por edad del trabajador», *RPS*, núm. 97.
- ROQUETA R. (dir.) [2008]: «Actualización del estudio sobre negociación colectiva en el sector de Hostelería», CCNCC.
- SAEZ LARA, C. [1986]: «La jubilación forzosa: las previsiones del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia Constitucional y Ordinaria», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 27.
- SASTRE IBARRECHE [1990]: «La jubilación forzosa por edad», *Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 43.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. [2005]: «Jubilaciones forzosas en convenios anteriores a la Ley 14/2005. Comentario a la STS de 10 de octubre de 2005». *Aranzadi Social*.