



LA NUEVA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN FORZOSA VÍA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

La institución de la jubilación del trabajador constituye un elemento clave de los Sistemas de Seguridad Social sobre el que confluyen intereses y equilibrios que van mucho más allá del derecho individual de un trabajador que, alcanzada determinada edad, decide mantenerse en el mercado de trabajo o dar por terminada su actividad laboral para iniciar la percepción de una prestación de Seguridad Social. La propia viabilidad del sistema de Seguridad Social ante el envejecimiento de la población, las políticas de empleo de carácter general, las políticas empresariales de renovación de la composición de la plantilla y las políticas de ajuste ante situaciones de crisis son argumentos que forman parte de las habituales discusiones sobre la regulación del acceso a la jubilación, lo que puede dar una idea clara de la dificultad de realizar ordenamientos certeros que satisfagan adecuadamente el conjunto de intereses en juego.

Todo ello explica la escasa estabilidad del régimen jurídico aplicable y la asiduidad de los retoques normativos que, en el caso de la regulación de la jubilación forzosa acordada en convenio colectivo, puede conducir a indeseables viajes de ida y vuelta, cuyas negativas consecuencias ponen en valor el diálogo social y el amplio respaldo político que debe sustentar reformas de dicho calado.

El presente estudio muestra las recientes vicisitudes del régimen jurídico de la jubilación forzosa vía convenio colectivo, analizando la situación presente en la que conviven acordados contrariando la prohibición derivada de la interpretación jurisprudencial del régimen recientemente derogado, la interpretación de los requisitos que deben cumplir los convenios en proceso de negociación y la aplicabilidad del régimen transitorio a las situaciones en proceso de consolidación.

ÍNDICE

1. LA JUBILACIÓN, SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL POLÍTICAS DE EMPLEO Y RELACIONES LABORALES
2. RÉGIMEN DE JUBILACIÓN OBLIGATORIA VÍA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 2.1. Los antecedentes legislativos y jurisprudenciales
 - 2.2. La derogación de la referencia legal
 - 2.3. La recuperación de la referencia a la negociación colectiva
3. EL RÉGIMEN TRANSITORIO

1. LA JUBILACIÓN, SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, POLÍTICAS DE EMPLEO Y RELACIONES LABORALES

El régimen jurídico común regulador de la pensión de jubilación en nuestro ordenamiento de Seguridad Social sufrió profundas transformaciones durante los años 1985 y 1997, para mantenerse relativamente estable con posterioridad. En el primero de los supuestos, por medio de la Ley 26/1985¹; en el segundo de los casos, por medio de la Ley 24/1997². A partir de esta última fecha, la regulación de la citada pensión ha quedado notablemente estabilizada, al menos en lo que se refiere al procedimiento ordinario de acceso a la pensión de jubilación, a resultas igualmente de la extinción del contrato de trabajo en el momento del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación a los 65 años.

Contrastando con la estabilidad normativa que el régimen jurídico de la jubilación ordinaria ha venido mostrando durante los últimos años, las reformas más recientes se han centrado en los procedimientos especiales de acceso a la jubilación. Las normas reguladoras de la jubilación anticipada y parcial registran los cambios legislativos más recientes en nuestro sistema público de Seguridad Social, lugar común en el que coinciden también las mayores dificultades aplicativas de la normativa en vigor, lo que determina en igual medida que sea también en este terreno donde se focaliza la labor jurisprudencial de nuestros Tribunales de Justicia.

Si bien no es objeto del presente trabajo la presentación del amplio debate de política legislativa existente sobre el particular, conviene resaltar la complejidad de la materia objeto de estudio, situación que entendemos deriva directamente de la multiplicidad de intereses en juego. La dificultad de hacer conjugar intereses generales y particulares, puede presentar, en primera lectura, una actuación aparentemente contradictoria por parte del poder legislativo, en la medida en que tras la iniciativa reformadora pueden

¹ Ley 26/1985, de 31 de julio (BOE 1 de agosto), de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.

² Ley 24/1997, de 15 de julio (BOE 16 de julio), de consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social.

confluir dos orientaciones de política social en principio de signo de diverso, que persiguen alcanzar un cierto equilibrio flexibilizador en la regulación del paso a la situación de no activo a la finalización de la carrera profesional de los trabajadores de mayor edad ³.

De una parte, la tendencia generalizada en el conjunto de los países de la UE que soportan un intenso proceso de envejecimiento de sus ciudadanos, que tiene origen tanto en el mantenimiento de bajas tasas de natalidad como en una perceptible ampliación de la esperanza de vida de la población. Todo ello provoca un incremento notable del número de pensionistas que debe soportar el régimen público de la Seguridad Social, que difícilmente puede ser compensado únicamente con el aumento del número de afiliados al sistema. Dado por sentado lo anterior, no puede considerarse extravagante la, en numerosas ocasiones expresada, voluntad común de los Estados miembros de la Unión Europea de incrementar significativamente la tasa de ocupación en el conjunto de la Comunidad Europea, con particular atención a la población de más edad ⁴; a estos efectos, conviene recordar que la Estrategia Europea de Empleo, diseñada en la cumbre de Lisboa, se marcó como objetivo para el año 2010 alcanzar una tasa de ocupación del 50 % entre la población de más de 55 años. Para lograr este objetivo, desde las instituciones comunitarias se insta con reiteración a los Estados miembros a desplegar una política, en el doble frente laboral y de Seguridad Social, enfocada al mantenimiento de la vida activa de los trabajadores de más edad, lo que a la postre comporta establecer fórmulas de retraso de la edad de jubilación. El propio Pacto de Toledo de 1995 ya recogía ese espíritu, profundizando en el mismo en su posterior renovación del año 2003 ⁵. Así, la recomendación núm. 10 del Pacto de Toledo proponía establecer una gradualidad en el acceso a la pensión de jubilación y, en particular, favorecer el retraso a la misma ⁶. Literalmente, el texto del acuerdo sostiene que

³ Sobre la sistematicidad de las medidas de reforma del régimen jurídico regulador del acceso a la jubilación, *vid.* DEL REY GUANTER y GALA DURÁN, C.: *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 26. Resaltando dicha posible incongruencia, *vid.* MARTÍNEZ BARROSO, M. A.: «Extinción de la relación laboral y cláusula jubilatoria forzosa. A propósito de la STS — social— 9 marzo 2004», *TS* núm. 163, 2004, pág. 12.

⁴ A modo de ejemplo, entre las más recientes *vid.* Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2004, «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo» COM (2004) 146 final; Libro Verde «Frente a los cambios demográficos una nueva solidaridad entre generaciones COM (2005) 94 final.

⁵ Sobre la elaboración de dicho documento, *vid.* «Renovación del Pacto de Toledo», MTAS, 2003.

⁶ Sobre la misma y relacionándola con el Acuerdo Social de 1996, *vid.*: PÉREZ YÁÑEZ, R. M.: «Las reformas del 2001: algunas consideraciones sobre la derogación de la disposición adicional 10.ª ET», *TL* núm. 61, pág. 349.

«sin perjuicio de mantener la edad ordinaria de jubilación en los sesenta y cinco años, resultaría muy aconsejable en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen»⁷.

De otra parte, en el orden práctico, la materialización de estas novedosas políticas legislativas de alcance supraestatal se enfrenta a una situación precedente fuertemente consolidada, que tiene origen en una amplia política de recursos humanos desplegada en el seno de las empresas, particularmente en las de medianas y grandes dimensiones, promotora de todo tipo de estrategias, de alcance individual o colectivo, que determinan la salida prematura del personal de edad avanzada. En numerosas ocasiones, dicha práctica se presenta como la técnica menos traumática de reducir los excedentes de personal, mientras en otros casos persigue la mera finalidad de renovar generacionalmente la composición interna de las plantillas de las empresas. El propio poder público ha acompañado estas políticas empresariales, facilitando por vía legislativa su desarrollo. Visto lo anterior, puede afirmarse que los cambios demográficos referidos se proyectan sobre un mercado de trabajo, el español, que se encuentra con el pie cambiado, para quien resulta tremendamente difícil ponerse manos a la obra para compensar la inercia imperante durante las décadas precedentes.

Esa doble alma parece estar presente en las últimas reformas de la normativa de Seguridad Social en materia de jubilación. De un lado, la diversificación de las fórmulas de acceso a la jubilación, con el objetivo de favorecer el retraso del abandono definitivo de la actividad profesional; paralelamente, permanece abierta la posibilidad de jubilarse anticipadamente, hasta el punto que el legislador, no conforme con mantener el amplio juego de los sistemas precedentes de jubilación anticipada, incorpora nuevas fórmulas de anticipación del reconocimiento de la pensión de jubilación⁸. Frente a una interpretación conflictiva, cabe realizar una lectura conjunta de las

⁷ La más reciente muestra de esta tendencia hacia la prosecución de una dualidad de objetivos, en principio contradictorios, podemos encontrarla en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, Ley 30/2005, de 29 de diciembre (BOE 30 de diciembre), cuya disp. adic. 50.^a uno.2 anuncia incentivos a la transformación en indefinidos de los contratos formativos, de relevo y de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, cualquiera que sea la fecha de su celebración; mientras que en su apartado 3 se prevén incentivos para la contratación indefinida de trabajadores de sesenta o más años, con antigüedad mínima en la empresa de cinco años.

⁸ Iniciativas que parecen tener continuidad con el compromiso de iniciar estudios de viabilidad para la adopción de medidas de reducción de la edad de jubilación de los trabajadores autónomos, si bien no de forma general sino únicamente «en los casos de realización de trabajos que sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad», fijado en la disp. adic. 68.^a Ley 30/2005, 29 de diciembre.



reformas que permite realizar una valoración íntegra del proceso reformador, y que aporta una visión más matizada, en la que tiende a apreciarse un menor número de elementos de contradicción y una visión nada esquizofrénica de la labor legislativa en esta materia⁹.

En efecto, a nuestro juicio, la perspectiva general de los cambios normativos introducidos es plenamente coherente con la idea de flexibilización y gradualidad, incluyendo una cierta jerarquización y temporalización de las medidas, que didácticamente pueden ser ordenadas en función de la intensidad de la actuación legislativa. En tal sentido, puede afirmarse que las que tienen por objeto la ampliación material de la carrera profesional de los trabajadores de mayor edad se conviertan en el objetivo primordial de la política de empleo y de protección social¹⁰, en tanto que las medidas que permiten la anticipación de la edad de jubilación poseen carácter complementario o subsidiario respecto de la primeras¹¹; pero también que éstas tienen incidencia en el medio y largo plazo, en tanto que las otras quedan circunscritas al corto plazo. En concreto, estimamos que la finalidad fuerte de las reformas legislativas es la de conseguir una alteración en las prácticas de jubilación de los trabajadores común y socialmente aceptadas, retrasando ésta en la medida en que nuestro mercado de trabajo lo vaya permitiendo; de este modo se persigue que este objetivo se deje sentir en el medio y en el largo plazo, siendo conscientes de que el impacto de la reforma legislativa no se verificará en el corto plazo, o bien al menos que no se puede lograr con la perfección deseada de forma inmediata. Paralelamente, conviene tener en cuenta que ante situaciones de crisis empresariales, en las que los excedentes de personal resultan un obstáculo para la ejecución de cualquier tipo de planes de viabilidad futura, resulta socialmente aconsejable la celebración de acuerdos que permitan seleccionar a los trabajadores en función de su edad, en aplicación de los cuales quienes pierdan su empleo en primer lugar sean aquellos trabajadores que pueden acceder con mayor faci-

⁹ Sobre el propia noción de jubilación flexible, entre otros: ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «El concepto de jubilación flexible», *TL* núm. 66, 2002; CAMÓS VICTORIA, I.: *Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*, Tirant lo blanch, 2003; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «La flexibilidad de la edad de la jubilación» (I y II), *RL* núms. 18 y 22, 2002.

¹⁰ Señalando el cambio de prioridades de la política de empleo, *vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «La flexibilidad de la edad de la jubilación (I)», *RL* núm. 18, 2002, pág. 9.

¹¹ A modo de ejemplo, nótese que los contratos indefinidos de los trabajadores de más edad se bonifican con hasta el 100 % de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes, salvo las de incapacidad temporal, mientras que en el caso de transformación en indefinido de los contratos de relevo y sustitución por anticipación de la edad de jubilación las bonificaciones sólo alcanzan al 25 % (disp. adic. 50.ª.3 apartados 7 y 8 Ley 30/2005).

dad a ciertos mecanismos puente hasta la jubilación ordinaria, anticipando formal o realmente la edad ordinaria que se mantiene a los 65 años. En este sentido, la propia recomendación 10.^a del Pacto de Toledo, antes citada, junto a los incentivos a la prolongación voluntaria de la edad de jubilación, propone, también expresamente, el mantenimiento de los sistemas de jubilación anticipada ligados a los contratos de relevo y de sustitución ya previstos en la legislación vigente.

Ahora bien, la lectura comparativa y contextual de todas las medidas en juego muestra una diversa forma de afrontar legalmente la complejidad que envuelven las relaciones laborales en la actualidad, ofreciendo un amplio abanico de posibilidades normativas que permiten poner fin a la vida profesional, mediante diversas formas de acceso a la situación de jubilación. Para nosotros lo más elocuente es que las reglas relativas al fomento del retraso de la edad de jubilación se presentan de una notable sencillez en su confección jurídica; sencillez que explicita sobre todo una voluntad de universalización subjetiva y la ausencia de requisitos limitativos de los efectos que se van buscando. Frente a ello, las diversas variantes de jubilación anticipada están todas y cada una de ellas trufadas de requisitos de variado tenor, restrictivos en cuanto a los sujetos y circunstancias que pueden dar lugar al reconocimiento de la pensión pública; al mismo tiempo, la regulación de la cuantía de la pensión a percibir mantiene reglas penalizadoras que no incentivan al trabajador para acogerse a las mismas y, por tanto, incentivan por vía indirecta cuando menos la jubilación a la edad ordinaria de los 65 años.

2. RÉGIMEN DE JUBILACIÓN OBLIGATORIA VÍA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La normativa básica que regula la institución de la jubilación en nuestro país se encuentra actualmente en los arts. 160 a 170 y disposición transitoria 3.^a de la Ley General de la Seguridad Social, así como en diversas disposiciones reglamentarias de desarrollo de la misma: RD 1799/1985, de 2 de octubre, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente en el sistema de Seguridad Social¹²; OM de 18 de enero de 1967, por el que se establece el régimen de prestaciones por vejez¹³; RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determi-

¹² Real Decreto 1799/1985, de 2 octubre, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente en el sistema de la Seguridad Social (BOE 5 de octubre).

¹³ OM de 18 de enero de 1967, por la que se establece el régimen de prestaciones por vejez (BOE 26 de enero).

nados aspectos de la Ley de 1997 de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social¹⁴; RD 47/1998, de 23 de diciembre, por el que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de Seguridad Social, en determinados casos especiales¹⁵.

No obstante, tal como hemos indicado anteriormente, las reformas legislativas más próximas en el tiempo en la materia se concentran casi todas ellas en la regulación de situaciones especiales de jubilación, que proporcionen un sistema de jubilación flexible, a través de fórmulas de jubilación parcial, anticipada o intermitente. En concreto, la normativa principal de referencia se sitúa en la Ley 35/2002, de 12 de julio¹⁶; norma en parte modificada a su vez por medio de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre¹⁷. A su vez, aquella Ley ha sido desarrollada reglamentariamente a través de dos Reales Decretos: el RD 1131/2002, de 31 de octubre¹⁸ y el RD 1132/2002, de 31 de octubre¹⁹, parcialmente modificado por el RD 1425/2002, de 27 de diciembre²⁰. Por otra parte, también ha de citarse, con respecto a los trabajadores que acrediten minusvalías de consideración, el RD 1539/2003, de 5 de diciembre²¹. A su vez, dichos cambios vienen acompañados por reformas complementarias en la legislación laboral, particularmente, por lo que refiere al contrato de relevo del jubilado parcial, en lo que afecta al régimen general del trabajo a tiempo parcial, que se llevó a cabo por medio de la reforma del art. 12 del Estatuto de los Trabajadores, a tenor de la Ley 12/2001, de 9 de julio²². En materia de bonificaciones en las cotizaciones a la

¹⁴ RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley de 1997 de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social (BOE 13 de noviembre).

¹⁵ RD 47/1998, de 23 de diciembre, por el que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de Seguridad Social, en determinados casos especiales (BOE 29 de diciembre).

¹⁶ Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (BOE 13 de julio).

¹⁷ Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social (BOE 11 de diciembre).

¹⁸ RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (BOE 27 de noviembre).

¹⁹ RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002 (BOE 27 de noviembre).

²⁰ RD 1425/2002, de 27 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2003 (BOE 31 de diciembre).

²¹ RD 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación ordinaria a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía (BOE 20 diciembre).

²² Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE 10 de julio).

Seguridad Social en este contexto ha de mencionarse la disp. adic. 50.^a de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre²³.

Por otra parte, en el centro de la discusión doctrinal y jurisprudencial, se produce la derogación de la disposición adicional 10.^a del Estatuto de los Trabajadores, llevada a cabo por la Ley 12/2001, y su posterior reposición mediante la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación²⁴, afectando de manera directa al conjunto del régimen de jubilación obligatoria fijada por norma convencional. La intensa polémica desatada en torno a las vicisitudes sufridas por la normativa legal relativa a la jubilación obligatoria establecida en convenio colectivo, y las importantes consecuencias prácticas derivadas de tal peripecia debiera permitir cerrar un desafortunado capítulo del que los colectivos e instituciones implicados debieran extraer importantes consecuencias. Si con carácter general resulta comúnmente admitida la inconveniencia de introducir reformas normativas en materia social sin el correspondiente apoyo de los interlocutores sociales, en una materia tan compleja y sensible como la que es objeto de estudio, parece especialmente desacertada toda actuación que concitase el rechazo unánime de las organizaciones sindicales y empresariales, especialmente si como era previsible, conocidas las vicisitudes sufridas por la originaria disposición adicional 5 ET de la versión de 1980, en materia de jubilación forzosa, las posiciones en la doctrina y en la jurisprudencia distan bastante de ser unánimes. En este sentido, conviene tener presente que sobre las técnicas de extinción contractual por razón de edad acordadas vía convenio colectivo, más allá de los diferentes intereses de política legislativa en presencia, confluyen problemas jurídicos de difícil resolución práctica. Desde el punto de vista constitucional, la regulación de la materia debe conciliar el ejercicio de derechos de relevancia constitucional con reflejo colectivo e individual (arts. 14, 35 y 37 CE), que resultan una manifestación paradigmática de las complejas relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual. Desde la óptica técnico-jurídica, se plantean problemas que afectan a las fuentes del Derecho del trabajo y, en concreto, al protagonismo que ha de asumir la ley frente al convenio colectivo en nuestro sistema de relaciones laborales.

²³ Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 (BOE 30 de diciembre).

²⁴ Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (BOE 2 de julio).



2.1. Los antecedentes legislativos y jurisprudenciales

La vinculación entre jubilación del trabajador y abandono de la vida profesional se produce de manera inmediata ante la taxativa afirmación que relaciona el reconocimiento de la pensión de jubilación con el cese del trabajo²⁵, declaración matizada posteriormente al introducir importantes salvedades a la regla general que impone la incompatibilidad entre el trabajo y el disfrute de la prestación económica de jubilación en el sistema público de la Seguridad Social²⁶. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse bien presente que, como regla general, el paso a la situación de jubilación es una opción voluntaria para el trabajador en nuestro sistema legal, por cuanto que no existe una edad general que determine la incapacidad para el trabajo; consiguientemente, el reconocimiento de la pensión pública de jubilación no se produce de oficio, al cumplimiento de una determinada edad o tras la extinción del contrato de trabajo, sino exclusivamente a solicitud de interesado.

Las afirmaciones anteriores no obstan la posibilidad de que la jubilación sobrevenga con carácter forzoso, es decir por imperativo legal. Aunque, como hemos indicado, la regla general es la voluntariedad en el abandono del trabajo, es también tradicionalmente considerada lícita la introducción de reglas de jubilación forzosa por vía legal o convencional, situación que se prolonga desde la versión originaria del ET, que procedía a derogar la expresa prohibición contenida en la OM de 1 de julio de 1953. Desde el primer momento, la posibilidad de fijar legal o convencionalmente edades de jubilación obligatoria fue objeto de polémicas doctrinales y jurisprudenciales, que fueron prontamente objeto de atención por el Tribunal Constitucional, resolviendo la adecuación al texto constitucional de la redacción originaria de la disp. adic. 5.ª ET²⁷. Esta resolución consideró que no era po-

²⁵ El art. 160 LGSS establece que la pensión de jubilación le será reconocida al trabajador «cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena».

²⁶ El art. 165.1 LGSS, entre otras salvedades prevé: «No obstante lo anterior, las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable».

²⁷ STC 22/1981, de 2 de julio (BOE de 20 de julio); sobre la misma, *vid.*: TORTUERO PLAZA, J. L.: «La jubilación forzosa del trabajador», en AA. VV.: *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*. Madrid. 1983; GARCÍA BLASCO, J.: «En torno a la problemática jurídica de la disposición adicional 5.ª de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y la incidencia del Tribunal Constitucional: la Sentencia de 2 de julio de 1981», en AA. VV.: *El derecho del*

sible una previsión indiscriminada e indiferenciada de jubilación forzosa de todos los trabajadores, por el mero hecho de haber alcanzado determinada edad y de haber causado derecho a la pensión pública de Seguridad Social, entre otras razones, por constituir la jubilación un derecho de ejercicio voluntario, al ser una derivación más del derecho al trabajo reconocido por el art. 35.1 CE. Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia admite la licitud de las jubilaciones forzosas cuando vinieren justificadas por la consecución de determinados objetivos. El primero de ellos, la fijación de una edad de jubilación que presupone la incapacidad del sujeto para ejercer determinadas profesiones que requieren de plenitud física por parte del mismo (por ejemplo, controladores aéreos, pilotos de líneas aéreas, vigilantes de seguridad, etc.). El segundo de ellos, cuando la medida de jubilación forzosa se integre dentro de una política general de fomento o reparto de empleo, dirigida en particular a incentivar la incorporación de las nuevas generaciones de jóvenes en los puestos de trabajo ocupados hasta el presente por los trabajadores de edad más avanzada y, siempre que, quienes pierden su empleo tengan garantizados unos ingresos económicos dignos vía la correspondiente pensión de jubilación.

Hasta la fecha, la vía legislativa ha sido utilizada con gran limitación, permaneciendo actualmente vigentes, aparte de las antes referidas profesiones sometidas a intensas exigencias de plenitud física, únicamente la referida a los funcionarios públicos, para los que actualmente se contempla un régimen de jubilación forzosa a los 70 años de edad²⁸; tal régimen de jubilación forzosa formalmente afecta tan sólo a los funcionarios públicos, a pesar de encontrarse recogida en una Ley que tiene el carácter de supletoria para el conjunto del empleo público, incluido por tanto el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y entidades de Derecho Público; a estos efectos, se suele interpretar que en el ET existe una regulación específica en materia de jubilación del personal laboral, de modo que hay que remitirse a ella, sin que pueda jugar la supletoriedad general de la norma antes referida. En la misma línea cabe mencionar la previsión de jubilación obligatoria a los 65 años, aunque con ciertas posibilidades de pró-

Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80, Zaragoza (Publicaciones de la Universidad), 1983; GARCÍA MURCIA, J.: «El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador», *REDT*, núm. 19, 1984; BAYLOS GRAU, A.: «Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio» *RL*, 1983; SÁEZ LARA, C.: «La jubilación forzosa: las previsiones del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia constitucional y ordinaria», *REDT* núm. 25, 1986.

²⁸ Art. 33 Ley 30/1984, de 2 de agosto, conforme a la redacción dada por el art. 107 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31 de diciembre).



rroga hasta los 70 años, para el personal estatutario de la asistencia sanitaria pública²⁹.

Limitadas las posibilidades de actuación general mediante previsiones de origen legal, la hipótesis del establecimiento de sistemas adicionales de jubilación forzosa a través de la negociación colectiva cobraba especial interés, convirtiéndose a partir de esos momentos en una fuente permanente de litigiosidad procesal, por más que desde el punto de vista constitucional nuestro alto Tribunal ha venido estimando que las reglas aplicables al caso son parejas a las exigibles al poder legislativo estatal. Para el Tribunal Constitucional es correcta la introducción de previsiones sobre jubilación forzosa a través de los convenios colectivos, siempre que las mismas se enmarquen dentro de los parámetros antes referidos, particularmente los relativos a las medidas de fomento del reparto o mantenimiento del empleo³⁰. A tenor de ello, a lo largo de las décadas precedentes ha sido práctica habitual la extensión de tales cláusulas en los diversos niveles de la estructura de la negociación colectiva española, conteniendo fórmulas variadas de jubilación forzosa como complemento a las prácticas de ofertas de bajas incentivadas, en un contexto generalizado de excedentes de empleo en las plantillas de las empresas, circunstancia que favorecía el paralelo establecimiento de compromisos empresariales de abono de ciertas cantidades en alguna medida compensatorias de la pérdida del empleo, si bien dichas cantidades han sido tradicionalmente consideradas como mejoras voluntarias de la Seguridad Social antes que como indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo.

El propio Tribunal Supremo ha avalado la corrección de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa en numerosas ocasiones³¹. Con carácter general, la doctrina jurisprudencial consolidada se concreta en el establecimiento de tres requisitos de validez de tales previsiones: 1) el perjuicio causado con la extinción del contrato debe ser minimizado por lo que únicamente si el trabajador reúne los requisitos legales para causar derecho a la pensión de jubilación ordinaria, lo que se materializaba principalmente en

²⁹ Art. 26 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (BOE 17 de diciembre).

³⁰ STC 58/1985, de 30 de abril, BOE de 5 de junio; 95/1985, de 29 de julio, BOE de 14 de agosto.

³¹ Una visión dinámica de la interpretación adoptada por la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo de las limitaciones establecidas por el Tribunal Constitucional puede extraerse de la lectura sucesiva de las SSTs de 10 de febrero de 1983 (RJ 578); de 27 de octubre de 1987 (RJ 7210, 7211); de 27 de diciembre de 1993 (RJ 10011) y de 8 de marzo de 2000 (RJ 2612). Por su parte, criticando la sucesiva relajación de los requisitos de licitud: GETE CASTRILLO, P.: *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 291.

tener cubierto el período de carencia establecido para la jubilación ordinaria y tener cumplida la edad de jubilación ordinaria; 2) la negociación colectiva debe contemplar medidas en materia de política de empleo que jueguen como contrapartidas a la regla de la jubilación forzosa; 3) la negociación colectiva lleva en sí misma una transacción de intereses entre las partes, por lo que se entiende implícita la contrapartida a la que nos hemos referido anteriormente. Siendo así, debemos centrar nuestra atención en el último de los criterios señalados, pues su fijación contribuye a devaluar la presencia del segundo de ellos, por cuanto que en la práctica no es necesario identificar cuáles son en concreto las contrapartidas que se ofrecen en el convenio colectivo al pacto de jubilación obligatoria. Nótese que a diferencia de lo que sucede con la norma estatal, para quien se requiere que las contrapartidas de política de empleo sean explícitas, cuando la decisión extintiva procede de una norma convencional, por ser de carácter bilateral, las contrapartidas se entienden implícitas, entendiéndose el órgano jurisdiccional que éste es el juego natural en el que se elabora y aplica el convenio colectivo³². La flexibilización de los requisitos iniciales ha sido criticada por la doctrina pues finalmente la aplicación de medidas de jubilación forzosa únicamente debía garantizar que los trabajadores afectados, de manera individualizada, no se verían perjudicados notablemente en sus percepciones económicas. En la práctica, la jubilación forzosa permitía la amortización progresiva de puestos de trabajo, reduciendo los excedentes laborales, sin necesidad de acudir al mecanismo expresamente previsto en el artículo 51 ET³³.

Los inconvenientes laborales y los costos que para el sistema de Seguridad Social supone la utilización de las medidas de jubilación forzosa, como instrumento de gestión de recursos humanos³⁴, impulsaron al legislador estatal a cambiar la orientación de la política de empleo en este terreno a partir de determinado momento, justo cuando los objetivos de retraso de la edad de jubilación comienzan a centrar el debate político y económico. Dicho cambio de orientación se manifiesta mediante la adopción de medidas limitativas

³² STS 14 julio 2000 (RJ 6630).

³³ GÓMEZ CABALLERO, P.: «La extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de edad y la regulación de empleo», *RL* núm. 22, 1992, pág. 11. GETE CASTRILLO, P.: *op. cit.*, pág. 329.

³⁴ SASTRE IBARRECHE, R.: «La jubilación forzosa por edad», *REDT*, núm. 43, 1988, pág. 502; TORTUERO PLAZA, J. L.: «Reflexiones sobre la Seguridad Social y su reforma: del compromiso político a la reforma legislativa», *TS*, núm. 107, 1999, pág. 17. Sin perjuicio de la necesidad de valorar la cuantía de los gastos ocasionados al Sistema de Seguridad Social por esta vía, convendría también detenerse en la consideración de los costos económicos y sociales que hubiera supuesto la inexistencia de la posibilidad prevista en la disposición adicional 10 ET; MARTÍNEZ BARROSO, M.ª. R., *op. cit.*



o, cuando menos, desincentivadoras de las políticas de recursos humanos que, de manera reiterada, persiguen anticipar la edad de jubilación. Desde el punto de vista jurídico positivo, el referente legal de estas jubilaciones forzosas lo era la inicialmente ya citada disp. adic. 5.^a ET, en su versión del año 1980, posteriormente trasladada a la disp. adic. 10.^a, en la versión del texto refundido de 1995. En dicha disposición, aparte de autorizar al Gobierno para actuar sobre la materia, se habilitaba también a la negociación colectiva para proceder a introducir reglas de jubilación forzosa de los trabajadores, y sobre este particular queremos centrar nuestra argumentación, en el contexto de la aplicación de políticas de reparto y mantenimiento de empleo.

2.2. La derogación de la referencia legal

El cambio sustancial se produce a partir de la reforma del año 2001, primero vía RDL 5/2001, sucesivamente a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio, normas que proceden a la derogación total de la disp. adic. 10.^a ET. La eliminación de la habilitación legal se justificaba, así quedaba expresamente dicho en la exposición de motivos de dicha Ley, en el hecho de que a juicio del legislador aquella regulación «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 de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales». Efectivamente, la presencia de la previsión normativa actuaba como anclaje jurídico de la actuación de los negociadores, y resultaba, y sigue resultando, ser un hecho evidente que las realidades del mercado de trabajo y de la población española habían variado de manera radical desde los primeros años ochenta.

El interrogante jurídico de mayor calado que provocó dicha derogación consistía en desentrañar cuáles eran los efectos materiales, circunstancia que aun hasta hoy ha concitado un enconado enfrentamiento entre la doctrina iuslaboralista que se ha empleado con notable esfuerzo a tal fin, sin que haya sido posible alcanzar la deseada unanimidad en la materia. La disyuntiva puede resumirse del siguiente modo: una, la derogación sólo supone eliminación de los estímulos legales, pero la negociación colectiva conserva en plenitud su facultad de introducción de fórmulas de jubilación forzosa³⁵;

³⁵ Con matices, a favor de esta tesis se han pronunciado, entre otros: RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M.^aE.: «La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad», *RL*, núm. 7, 2001, pág. 24; CORREA CARRASCO, M.: «La jubilación forzosa y las fuentes del Derecho del Trabajo», *REDT* núm.

dos, la derogación supone efectos mucho más trascendentes, pues con ella la negociación colectiva carece de la habilitación legal suficiente, de modo que el silencio legal comporta una prohibición de hecho de la posibilidad de que vía convenio colectivo se pacten fórmulas de jubilación forzosa³⁶. A favor de la primera interpretación, se encontraría el reconocimiento general del derecho constitucional a la negociación colectiva en el artículo 37 CE, conforme al cual los representantes de los trabajadores y empresarios podrían pactar cuantas condiciones afecten a la esfera de las relaciones laborales, siempre que las mismas no vinieran prohibidas expresamente por disposición legal que se opusiera a ello; ello vendría complementado a nivel ordinario por la amplia previsión de contenidos negociables a tenor del art. 85.1 ET, mientras que la disposición derogada únicamente poseería un papel promocional y una naturaleza declarativa. Por el contrario, la interpretación inversa, conforme a la cual en la voluntad del legislador que derogó la disp. adic. 10.ª ET se encontraba una reforma de la regulación del régimen de las jubilaciones forzosas, que no se verificaría con la primera de las interpretaciones. En esta segunda línea argumentativa debe valorarse sobre todo el singular contenido de estas cláusulas de jubilación forzosa, en cuanto que imponiendo la expulsión del mercado de trabajo de asalariados concretos, no sigue la orientación general transaccional característica de la negociación colectiva; para medidas limitadoras del ejercicio de derechos in-

126, 2005, pág. 72; DEL REY GUANTER, S y GALA DURÁN, C.: *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 63; MARÍN ALONSO, I.: «La legitimidad de las jubilaciones forzosas establecidas por convenio colectivo tras la derogación de la disposición adicional 10.ª TRET», *REDT* núm. 121, 2004, pág. 146; MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «Extinción de la relación laboral y cláusula jubilatoria forzosa. A propósito de la STS —social— 9 marzo 2004», *TS* núm. 163, 2004; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional 10.ª del Estatuto de los Trabajadores», *AL*, suplemento núm 8, 2002, pág. 144; MELLA MÉNDEZ, L.: «Sobre la posibilidad de seguir pactando en convenio colectivo edades de jubilación forzosa tras la derogación de la DA 10.ª ET», *AL* núm. 11, 2002, pág. 207; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa», *RL* núm. 11, 2004, pág. 27; PÉREZ YÁÑEZ, R. M.: «Las reformas del 2001: algunas consideraciones sobre la derogación de la disposición adicional 10.ª ET», *TL* núm. 61, pág. 360.

³⁶ En este sentido, ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *op. cit.*, pág. 133; ALBIOL MONTESINOS, I.: «Modificaciones en materia de extinción contractual», en *La reforma laboral en el RDL 5/2001*, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 84; GARCÍA VIÑA, J.: «Regulación en convenio colectivo de cláusulas de jubilación forzosa (derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores). Reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo», *TS* núm. 124, 2001, pág. 35; GETE CASTRILLO, P.: *op. cit.*, pág. 33; GÖERLICH PESET, J. M.: «El RDL 5/2001, de reforma del mercado de trabajo: análisis y balance de urgencia», *JL* núm. 6, 2001, pág. 36; TORTUERO PLAZA, J. L.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible*, Civitas, 2002, pág. 35.

dividuales, en principio vedadas a la negociación colectiva resultaría preciso contar con la correspondiente habilitación de la norma estatal, particularmente cuando queda directamente afectado el derecho al trabajo de quienes se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la norma convencional; cuando el art. 17.2 ET está fijando que sólo podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para la contratación, parece lógico exigir que una medida de similares efectos en el momento de la terminación del contrato de trabajo cuente con expresa autorización legal.

El segundo de los criterios es el que ha venido a ser finalmente sostenido por nuestro Tribunal Supremo, a partir de las SSTs de 9 de marzo de 2004 (RJ 841 y 873)³⁷, seguidas por otras posteriores³⁸. La doctrina unificada, que contó con la oposición de algunos magistrados disidentes³⁹, considera que la derogación de la disposición adicional 10.^a ET suponía la futura imposibilidad de pactar cláusulas de jubilación obligatoria en los convenios colectivos negociados a partir de la fecha de su entrada en vigor. Cierta doctrina ha advertido que las sentencias anteriormente citadas tienen a bien pronunciarse sobre aspectos que podían haber sido fácilmente eludidos para la resolución de la cuestión planteada. En concreto, el Tribunal se pronuncia sobre la posibilidad de continuar pactando cláusulas de jubilación forzosa tras la entrada en vigor de la reforma de 2001, cuando la cuestión sometida a su consideración versaba sobre la posibilidad de aplicar las cláusulas convencionales de jubilación forzosa acordadas con anterioridad a dicha fecha, por más señas el 10 de marzo de dicho año, hasta la finalización de la vigencia de los convenios colectivos que la contienen. En otras palabras, lo que se cuestionaba en sede judicial era el efecto de la derogación de la disposición adicional 10.^a ET sobre las cláusulas convencionales vigentes, nunca sobre la capacidad de los negociadores para acordar nuevas cláusulas de jubilación forzosa. Todo ello ha impulsado a algunos autores a considerar que los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la segunda cues-

³⁷ Comentado dicho fallo judicial, *vid.*: GÓMEZ CABALLERO, P.: «Los límites a la negociación colectiva para regular la extinción del contrato de trabajo por razón de edad», *TL* núm. 77, 2004; LAHERA FORTEZA, J.: «Prohibición de cláusulas convencionales de jubilación forzosa: un problema complejo de fuentes de derecho», *RL* núm. 11, 2004; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa», *RL* núm. 11, 2004.

³⁸ STS 6 de abril de 2004, RJ 2853; 6 de mayo de 2004, Recurso 3427/2003; 28 de mayo de 2004, RJ 5032; 2 de noviembre de 2004, RJ 8053; 2 de diciembre de 2004, RJ 254/2005; 9 de diciembre de 2004, RJ 2495/2005; 15 de diciembre de 2004, RJ 810/2005, 4 de mayo de 2005, RJ 6325; 1 de junio de 2005, RJ 6126, 10 de octubre de 2005, Recurso 60/2004 y 13 de octubre de 2005.

³⁹ Sobre los argumentos utilizados por el voto particular *vid.*: PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa», *RL* núm. 11, 2004, pág. 25.

tión han sido realizados *obiter dicta*⁴⁰, aunque poco se ha demorado el propio TS en reforzar dicha doctrina jurisprudencial resolviendo, en el mismo sentido, un nuevo recurso para la unificación de la doctrina que, ahora sí directamente, imponía manifestarse sobre la legalidad de las cláusulas de jubilación forzosa acordadas tras la fecha de entrada en vigor de la Ley 12/2001⁴¹.

Resumidamente, la doctrina unificada se fundamenta en los siguientes razonamientos: 1) la vigencia de la disp. adic. 10.^a ET impedía tachar como discriminatorias las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, porque contaban con esa previa habilitación legal asentada, a su vez, en una justificación objetiva y razonable; 2) la limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de reserva de Ley establecida en el art. 53.1 CE, por lo que derogada la disposición adicional 10.^a no existe norma habilitante que permita a la negociación colectiva establecer limitaciones a este derecho; 3) han desaparecido las razones que justificaron en su momento tanto la norma como las consideraciones de política de empleo implícitas en los convenios; 4) el cambio de orientación legislativa se manifiesta en todo el ámbito europeo, con mención expresa a las pautas marcadas de política de empleo comunitaria; 5) la Directiva 78/2000, de 27 de noviembre, califica como discriminatorias las diferencias de tratamiento por razón de la edad si no se encuentran justificadas objetiva y razonablemente; 6) la exposición de motivos de la Ley derogatoria, en los términos que hemos recogido con anterioridad.

El fundamento de la sentencia, a nuestro criterio, pretende ser contundente sobre la base de acumular argumentos sucesivos, que serían los que convergerían en la conclusión final prohibitiva de las cláusulas de jubilación forzosa a partir de 2001. Sin embargo, la consistencia de tales razonamientos resulta dispar, por cuanto que mientras que algunos planteamientos son más fácilmente compartibles otros pueden resultar bastante más discutibles. Es posible que sobre los nuevos pronunciamientos haya pesado la inercia previa, particularmente si se tiene en cuenta el hecho de que, en la práctica, la nueva doctrina significa un giro de 180 grados sobre sus fallos precedentes: De ser absolutamente permisivos en la posibilidad de que los convenios colectivos introdujeran reglas de jubilación obligatoria, sin exigir, como apuntaba la jurisprudencia constitucional, contrapartidas en orden a insertar la medida dentro de una determinada política de empleo, se pasa al extremo opuesto de prohibir tajantemente y sin fisuras cualquier cláusula de jubilación forzosa incluso en la hipótesis no explicitada de que en paralelo se asumieran importantísimos compromisos de empleo por parte de la empresa afectada. Puede que el Tribunal se hubiera excedido en el pasado en su generosa admisión de las cláusulas de jubilación forzosa, razón por la

⁴⁰ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *op. cit.*, pág. 17.

⁴¹ STS de 10 de octubre de 2005, recurso 60/2004.



cual podría, si se nos permite la expresión, sentirse algo incómodo ante la perspectiva de defender un fallo sostenido en un criterio radicalmente inverso. Ahora bien, no cabe llevar a cabo ningún tipo de comparación entre los fallos previos y el que venimos glosando, por cuanto que cada uno de ellos se sitúa frente a la aplicación e interpretación de normas diametralmente opuestas; es el legislador ordinario el que cambia manifiestamente de orientación, lo que le es lícito pues ambas opciones son admisibles a partir de las pautas constitucionales; es esta última la circunstancia que condiciona los fallos del órgano judicial y con ello basta para explicar la ausencia de cualquier atisbo de contradicción secuencial en la actuación del Tribunal Supremo.

Por ello, creemos que hay dos argumentos centrales en el razonamiento de la resolución judicial, en tanto que los restantes se presentan, en el mejor de los casos, como complementarios o, en su caso, innecesarios, cuando no carentes de recorrido efectivo; el resultado práctico final, en realidad, es que la acumulación de argumentos de distinta naturaleza y efectos hace perder solidez al fundamento del fallo judicial. A nuestro juicio, la clave que permite compartir el criterio de la sentencia se encuentra en el juego combinado de la interpretación del art. 35.1 CE y de la exposición de motivos de la Ley; lo demás, resulta superfluo, de modo que hubiera sido más oportuno omitirlo, porque, como decimos, resta fuerza a la dualidad central que conforman los argumentos precedentes. En efecto, lo decisivo es que el derecho al trabajo, como derecho constitucionalizado, se ve limitado a resultas de las reglas de obligatoriedad de la jubilación; sin perjuicio de que puedan concurrir razones que justifiquen tal restricción en un momento dado, para que ello pueda llevarse a cabo es coherente exigir que se produzca una expresa habilitación legal a la negociación colectiva, que no puede entenderse comprendida en el genérico reconocimiento previsto en el artículo 85 ET, que permite a los firmantes pactar cuantas materias afecten los intereses mutuos de trabajadores y empresarios. La voluntad legislativa, que evoluciona radicalmente desde un régimen de permisividad a otro de prohibición absoluta, deriva a su vez de la interpretación oficial, que puede extraerse de la lectura la exposición de motivos; basta con la expresa derogación de la habilitación legal y la expresión de los objetivos reformadores recogida en la exposición de motivos, para deducir que el legislador ordinario ha deseado suprimir la precedente habilitación legal a los convenios colectivos para introducir cláusulas de jubilación obligatoria, sin perjuicio de lo cual, y visto la conflictividad generada, quizás hubiera sido deseable una expresa prohibición que hubiera cortado de raíz la polémica ⁴².

⁴² En la inexistencia de esta prohibición basan su argumentación la mayoría de los autores que defienden una postura contraria a la del Tribunal Supremo, particularmente, LAHERA FORTEZA, J.: *op. cit.*, pág. 38; MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *op. cit.*, pág. 158; MELLA MÉNDEZ, L.: *op. cit.*, pág. 219.

El resto de los argumentos pierden todo peso. La apelación a la desaparición de las circunstancias que motivaron la habilitación legal existente hasta ese momento constituye un ejercicio de diagnóstico sociológico de la realidad, que requeriría de datos más profundos que la simple mención a ciertos documentos. Con independencia de que pueda compararse que efectivamente se están verificando cambios demográficos, sociales y económicos que hagan oportuna la supresión de este tipo de fórmulas de jubilación obligatoria, para el poder judicial lo decisivo es cómo esto lo haya ponderado el legislador y la normativa que haya considerado necesario reformar. Como indicamos anteriormente, la legislación en esta materia es notablemente compleja, de modo que lo aparente no coincide con lo real; en concreto, que a la postre pueden no resultar contradictorias reformas legislativas que, por un lado, fomenten el retraso de la edad de jubilación, al propio tiempo que admiten en determinadas circunstancias medidas de jubilación obligatoria. Cuando ha hablado el legislador, no es necesario que el poder judicial lo afiance con consideraciones de carácter sociológico. Cuando se incurre en excesos de esta naturaleza, se corre el riesgo de que el posterior cambio de criterio legislativo deje al descubierto la inconveniencia de la argumentación judicial, situación que en el caso objeto de estudio se ha producido de manera casi inmediata en el tiempo. A partir de ese cambio de criterio, en tanto que a su vez resulta obvio que no se ha alterado el contexto sociológico, sino exclusivamente las opciones políticas del legislador, se advierte claramente la falta de consistencia del argumento utilizado en sede judicial.

En igual medida, carece de todo fundamento la apelación a la Directiva 78/2000, de 27 de noviembre⁴³, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Es cierto que dicha disposición comunitaria contiene una contundente prohibición de las diferencias de tratamiento por razón de la edad, de modo que cuando éstas carecen de justificación razonable y objetiva deben declararse nulas. Ahora bien, no resulta riguroso obviar que la propia Directiva admite el establecimiento de diferencias de tratamiento por razón de la edad cuando concurren razones objetivas y proporcionadas que la justifiquen. Por otra parte, la prohibición de discriminación en el empleo no es ajena al Derecho laboral español, el propio art. 17.1 ET incorpora una significativa prohibición de los tratamientos diferenciales por razón de la edad, particularmente cuando los mismos pudieran considerarse desfavorables para el trabajador afecta-

⁴³ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE 2 de diciembre).



do. Es significativo el dato de que esa regla prohibitiva de la discriminación por razón de la edad se encontraba ya incorporada a nuestro ordenamiento jurídico desde tiempo atrás y, en particular, regía cuando era plenamente aplicable la originaria disp. adic. 10.^a ET, habilitante de las cláusulas de jubilación obligatoria; ello supone, que durante estos años la jurisprudencia ha entendido perfectamente conciliables estas cláusulas de jubilación obligatoria con la prohibición de tratamiento discriminatorio por razón de la edad. A mayor abundamiento, durante el proceso de transposición de la Directiva comunitaria, verificada por medio de la Ley 62/2003⁴⁴, el legislador estimó que la redacción del art. 17.1 ET en este punto no requería de reforma alguna. En definitiva, si las cláusulas son o no discriminatorias por razón de la edad, lo serían a la luz exclusivamente del art. 17 ET y del art. 14 CE, con independencia de que exista o deje de existir una disposición legal habilitante de las mismas. Por ello, insistimos la clave se encuentra en la presencia o no de una habilitación legal de tales cláusulas y no del carácter discriminatorio de las mismas. Si el problema fuera de discriminación, todas las cláusulas convencionales precedentes también serían nulas y, con toda coherencia, no es éste el criterio que defiende el Tribunal Supremo. En definitiva, consideramos obligado hacer este tipo de precisiones para posteriormente proceder a situar en el marco jurídico que le corresponde la inmediata reintroducción de las cláusulas en los convenios que imponen nuevamente la jubilación obligatoria.

A pesar de que, como venimos diciendo, la sentencia originaria se pronuncia sobre el alcance de la derogación de la disposición adicional 10.^a, el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo, que partía de un supuesto concreto en el que la empresa había aplicado una específica cláusula de jubilación forzosa, concluye calificando como correcta jurídicamente la extinción contractual producida a instancia de la empresa. La tesis judicial considera que, como criterio de derecho transitorio, deben entenderse válidas las cláusulas pactadas vigente la precedente disp. adic. 10.^a ET, por lo que las mismas siguen siendo de aplicación en tanto que el convenio colectivo no sea renegociado. Para la sentencia, tales cláusulas fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciaciones entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse.

Igualmente discutible puede resultar que se postergue la efectiva aplicabilidad de la norma derogatoria, dejando sin efectos inmediatos el esfuerzo

⁴⁴ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31 de diciembre).

legislativo puesto que sus mandatos no serían eficaces hasta una fecha posterior, la de la renovación de los convenios colectivos vigentes en el momento de entrada en vigor de aquella norma. A juicio del Tribunal, puesto que cuando se produjo la negociación del convenio existía una habilitación legal expresa que amparaba la licitud de tales cláusulas, lo entonces acordado debe permanecer vigente hasta que se produzca su renovación. Frente a esta lectura en exceso formalista, estimamos que en materia de derecho transitorio debe aplicarse el principio general que impone la aplicación automática de la voluntad del legislador, manifestada en la fijación de la fecha de entrada en vigor de la nueva norma. El carácter imperativo como regla general de las normas laborales permite defender la imposición inmediata de las prescripciones legales sobre la negociación colectiva, incluidos los convenios colectivos en vigor. Si el legislador hubiera deseado un impacto más progresivo en la aplicación de la prohibición legal contenida en la norma derogatoria, debería haberlo manifestado expresamente, respetando las cláusulas contenidas en los convenios colectivos ya negociados; el silencio legal sobre dicha materia debe ser interpretado como voluntad de vinculabilidad inmediata. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los convenios colectivos no tienen prevista una duración máxima, quedando a voluntad de los propios negociadores la determinación de la vigencia de sus compromisos, al extremo que sería lícita una cláusula convencional de duración indefinida siempre que respecto a la misma se estableciera un procedimiento de denuncia; más aún, téngase en cuenta que hasta tanto que un nuevo convenio no sustituye al precedente, por aplicación de la regla de la ultraactividad, se puede prolongar indefinidamente la aplicación del anterior, con lo que podría producirse el resultado absurdo de que para al ámbito de aplicación de éste nunca sería de aplicación la prohibición legal objeto de estudio⁴⁵. Por todo ello, consideramos que la doctrina formulada por el Tribunal Constitucional, relativa al impacto sobre los convenios colectivos de una reforma legal en materia de jornada de trabajo, sería aplicable igualmente al caso en cuestión⁴⁶, por mucho que el Tribunal Supremo haya procurado establecer matices diferenciales, a nuestro juicio, de carácter puramente anecdótico para resolver el presente dilema⁴⁷.

⁴⁵ Extendiendo en este sentido la posibilidad de congelación de las cláusulas de jubilación obligatoria pactadas en convenios colectivos acordados antes de la derogación de la disp. adic. 10.ª: PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T.: *op. cit.*, pág. 28.

⁴⁶ STC 210/1990, de 20 de diciembre, BOE 11 de enero de 1991.

⁴⁷ Con argumentos diversos, parece que la doctrina mantiene un mayor consenso respecto de este punto. ALZAGA RUÍZ, I.: «Jubilación forzosa pactada en convenio colectivo tras la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores», *AS* núm. 11, 2003, pág. 22; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «¿Me jubilo o me jubilan? A propósito de dos recién



Por último, no puede desconocerse el impacto que en un convenio colectivo puede producir una declaración de nulidad parcial de lo pactado, a la vista del equilibrio interno presente en el mismo, particularmente si la nulidad afecta a cláusulas de jubilación obligatoria cuya presencia suele venir acompañada de otra serie de contrapartidas. Sin perjuicio de lo anterior, no convendría dar a esta circunstancia un valor determinante, elevándola a la categoría de criterio condicionante del ejercicio del control de la legalidad de los convenios colectivos por nuestros Tribunales; mejor dicho, dicha circunstancia puede obligar a realizar un análisis contextual de los equilibrios internos del convenio, del que derive la derogación simultánea de las contrapartidas explícitas a estas medidas, o bien la apertura de una obligada renegociación de lo pactado que restituya el equilibrio de intereses entre las partes afectado por la decisión judicial. Lo que en ningún modo cabe es deducir del razonamiento anterior una supuesta imposibilidad de declarar la nulidad de cláusulas que a juicio del Tribunal son manifiestamente ilegales, pues de lo contrario concluiríamos negando toda capacidad judicial de control de la legalidad de los convenios colectivos.

Para concluir con el comentario de las circunstancias determinantes de la derogación de la reiterada disp. adic. 10.^a ET, sorprende notablemente que en las resoluciones judiciales sobre el particular, incluso en los análisis doctrinales que se han producido al hilo de la misma, no se haya hecho alusión en ningún momento al posible tratamiento diferencial requerido por las políticas de personal en el ámbito de las empresas públicas. No es casual al efecto que los asuntos que motivaron todas y cada una de las sentencias en unificación de doctrina en esta materia afectaran precisamente a personal laboral de diversas Administraciones o empresas públicas. De igual forma, tampoco resulta casual que este tipo de cláusulas de jubilación obligatoria se hayan extendido en el pasado con mayor profusión entre las empresas de titularidad pública. En efecto, al margen de cuáles sean las políticas de empleo que se puedan desarrollar en las empresas sometidas a la legislación laboral, no puede desconocerse la amplia generalización de prácticas de jubilación forzosa entre el personal laboral de las empresas públicas. Ello entronca, sobre todo, con la generalización de la jubilación forzosa en el empleo público, incluido todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas. Las coordinadas en este ámbito son bien diferentes, las garantías de estabilidad laboral notablemente más intensas, singulares los in-

tes sentencias del Tribunal Supremo sobre los efectos de la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores», AS núm. 2/2004; GÓMEZ CABALLERO, P.: «Los límites a la Negociación Colectiva para regular la extinción del contrato de trabajo por razón de edad» *TL*, núm. 77, 2004, pág. 31.

tereses en juego defendidos por las partes en el seno de las mesas de negociación de estos particulares convenios colectivos o, incluso, el mayor poder negocial de los sindicatos si se compara con el efectivamente desplegado actualmente en el sector privado. Todo ello nos lleva a una valoración bien distinta de lo que pueda suponer la introducción de una regla de jubilación forzosa en la negociación colectiva en el ámbito de las empresas públicas. Al extremo que, a nuestro juicio, podría defenderse que lo prohibido con carácter general a la negociación colectiva a resultas de la derogación de la citada disp. adic. 10.^a ET, no debiera haber alcanzado a los convenios colectivos de las empresas públicas. El interés del individuo al derecho constitucional al trabajo queda garantizado con mucha mayor intensidad en el ámbito de las empresas públicas, razón por la que un equilibrio razonable de intereses podría justificar la licitud de este tipo de cláusulas, como regla general, en estos ámbitos, salvo que expresamente hubiera sido prohibido por el legislador; en otros términos, el silencio legal debería tener un distinto alcance en el ámbito público y privado. No obstante, no parece que haya sido éste el criterio del Tribunal Supremo, siendo particularmente claro al respecto algún pronunciamiento concreto ⁴⁸.

2.3. La recuperación de la referencia a la negociación colectiva

Buena muestra de la dificultad que ofrece la introducción de reformas normativas contra la opinión de los agentes sociales puede resultar la escasa longevidad de la norma derogatoria. El régimen jurídico de la jubilación obligatoria, a pesar de que la reforma 2001 había sido acogida con un contundente apoyo jurisprudencial, ha sido nuevamente reformado con la aprobación de la Ley 14/2005 ⁴⁹. La jurisprudencia interpretativa del TS, relativa a los efectos prácticos provocados por la derogación de la disp. adic. 10.^a ET, no fue bien recibida por los interlocutores sociales. Tan es así, que ello provocó una explícita declaración conjunta de la comisión de seguimiento del Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva para 2004. A través de un comunicado público, emitido por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, quedó puesto de manifiesto la sorpresa de los agentes sociales por las consecuencias del fallo y, en particular, por la a su juicio falta de sensibilidad hacia lo que suponía el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva ejercida a través de lo

⁴⁸ STS 2 de noviembre de 2004, RJ 8053.

⁴⁹ Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (BOE de 2 de julio).



pactado en los convenios colectivos, todo ello dicho con el debido respeto a las decisiones judiciales.

Desde nuestro punto de vista, lo verdaderamente relevante es que sindicatos y asociaciones empresariales reiteraron su disconformidad con los efectos de la reforma legislativa de 2001, adoptando una posición común favorable al retorno al escenario legal precedente. En la práctica, la presión ejercida por tales organizaciones ha puesto en primer plano la necesidad de restaurar la posibilidad de negociar sobre dicha materia, siendo ésta una de las primeras materias abordadas en el marco de la nueva concertación social abierta a partir de la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004. Y precisamente, es necesario traerlo a colación, la Ley 14/2005 es el fruto de uno de los primeros acuerdos alcanzados entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales. Así queda claramente puesto de manifiesto en la exposición de motivos de la propia norma, en la que tras mostrar la disconformidad del actual legislador con la interpretación jurisprudencial, indirectamente expresada mediante la afirmación de que la Ley 12/2001 no incluía medidas legales que invalidaran automáticamente o que imposibilitaran este tipo de cláusulas de los convenios colectivos, expresamente se citan los problemas provocados por la doctrina del TS como origen y justificación de la nueva normativa.

Entrando en el contenido material de Ley 14/2005, la nueva norma rescita la derogada disp. adic. 10.^a ET, manteniendo parcialmente la regulación precedente, y realizando un esfuerzo por limitar los excesos que en algún momento pudieron producirse en su aplicación, objetivo que se ajusta y complementa plenamente con la adecuación más precisa a la doctrina inicial del. El texto legal arranca de un punto de coincidencia, cuál es el de recuperar la habilitación legal a los convenios colectivos en la materia que venimos tratando: «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».

Sirvan los razonamientos formulados más arriba, particularmente de relativización de algunos de los fundamentos jurídicos de las sentencias dictadas recientemente sobre la materia, para reafirmar la plena constitucionalidad de las medidas contenidas en la Ley 14/2005. Ni la reserva de ley en lo que afecta al derecho al trabajo, ni la prohibición de tratamientos discriminatorios por razón de la edad, impiden que la legalidad ordinaria proceda a facultar a la negociación colectiva para introducir de nuevo cláusulas que impongan a los trabajadores la jubilación obligatoria al superar determinada edad. A ello se refiere expresamente la exposición de motivos, cuando advierte que el legislador ha tenido en cuenta, tanto la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, como las prescripciones de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco gene-

ral para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, especialmente, lo establecido en su artículo 6.1, que permite a los Estados miembros 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 los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

En estos términos, tras el debate doctrinal y jurisprudencial reproducido anteriormente, parece indiscutible el principio general de habilitación legal a la negociación colectiva para poder actuar de nuevo en la línea apuntada. Así, lo relevante en términos interpretativos y aplicativos se circunscribe, a partir de ahora, exclusivamente al contenido de los requisitos o condicionantes impuestos a los convenios colectivos para imponer este tipo de jubilaciones obligatorias y al régimen transitorio previsto en la propia norma habilitante. Precisamente sobre el primero de los aspectos se proyectan las diferencias más importantes que distinguen la redacción de la disposición adicional 10.^a precedente de la actualmente vigente, debida a la reforma de 2005. Resumidamente, los requisitos legales que se deducen del proyecto de Ley en cuestión son los siguientes.

El primero de los requisitos, puede pasar inadvertido en una primera lectura del precepto, a pesar de formar parte tanto de la denominación de la Ley como de la misma rúbrica de la nueva disposición adicional 10.^a ET. Nos referimos a la que hace referencia a la conexión entre la jubilación forzosa y el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, es decir, la exigencia de que los trabajadores afectados por las previsiones convencionales hayan alcanzado los 65 años de edad. Por mucho que pudiera presumirse en la redacción precedente de la disp. adic. 10.^a, lo cierto es que en la misma no figuraba mención a la misma, a nuestro juicio, ni de manera directa ni de forma indirecta⁵⁰. Teniendo presente que en la regulación relativa a la Seguridad Social estaban presentes y lo siguen estando fórmulas diversas de jubilación anticipada, previa por tanto al cumplimiento de los 65 años, literalmente la regulación precedente permitía una lectura habilitante de la jubilación forzosa con anterioridad a dicha edad. Con la nueva regulación ya no cabe la menor duda de que en la voluntad del legislador no está admitir que la jubilación obligatoria impuesta a través de la negociación colectiva se produzca con anterioridad a la edad ordinaria de jubilación, fijada en la actualidad en 65 años sin que parezca probable su retraso en el corto plazo.

⁵⁰ La referencia a la negociación colectiva prevista en la precedente disposición adicional 10.^a ET establecía: «En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social».



La anterior regla, enunciada como general, tan sólo queda excepcionada en dos supuestos legales, que permiten rebajar la edad de jubilación ordinaria. En primer lugar, la posibilidad de reducción en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad (art. 161.2 LGSS), situación que en estos momentos afecta a las actividades de minería⁵¹, personal de vuelo de trabajos aéreos⁵², así como ciertos grupos y actividades entre los trabajadores ferroviarios, artistas en espectáculos públicos así profesionales del toreo⁵³. En segundo lugar, los trabajadores con un grado importante de minusvalía acreditado oficialmente, cifrado en un porcentaje cuando menos del 65 % (art. 161.2 LGSS), quienes pueden beneficiarse de una importante reducción en la edad ordinaria de jubilación, resultado de aplicar al tiempo efectivamente trabajado en dichas circunstancias un porcentaje de entre el 0,25 y el 0,50 %⁵⁴. Estas dos serían a nuestro juicio las dos únicas excepciones posibles, por tratarse de los únicos supuestos en los que la Ley utiliza el calificativo de «edad ordinaria» de jubilación, cuya reducción no trae aparejada disminución alguna en la cuantía de la pensión.

Por el contrario, en nuestra opinión, no sería posible imponer esta jubilación forzosa a trabajadores con menos de 65 años, con relación a otros supuestos de jubilación anticipada, por ejemplo, no sería aplicable al caso singular de la jubilación a los 64 años⁵⁵. Esta modalidad de jubilación anticipada, aunque se prevé que se establezca con mediación de acuerdo en convenio colectivo, está prevista como una modalidad de jubilación voluntaria; precisamente por ello ha permanecido vigente a partir de 2001, a pesar de la derogación de la disp. adic. 10.^a ET. En esos mismos términos debe interpretarse que debe continuar, en la medida en que la Ley 14/2005 que venimos comentando exige que el trabajador haya cumplido la edad ordinaria de jubilación y los 64 años es una modalidad de anticipación de esa edad

⁵¹ RD 2366/1984, de 26 de diciembre, sobre reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto Minero, aprobado por RD 3255/1983, de 21 de diciembre (BOE 15 de enero de 1985).

⁵² RD 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos (BOE 31 de julio).

⁵³ RD 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran los regímenes especiales de la Seguridad Social de trabajadores ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de escritores de libros en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE de 31 de diciembre). En el mismo sentido: BALLESTER LAGUNA, F.: «Derecho transitorio en el proyecto de ley...», *op. cit.*, pág. 17.

⁵⁴ Art. 3 RD 1539/2003, de 5 de diciembre.

⁵⁵ RD 1194/1985, de 17 de julio, BOE 20 julio.

ordinaria. Algunos autores habían abogado por la integración de la posibilidad prevista en el RD 1194/1985 en la disp. adic. 10 ET con motivo de la nueva redacción dada a esta última; de esta manera el ET contemplaría expresamente «la posibilidad de celebrar cláusulas convencionales de jubilación forzosa a los 64 años, conexas a contratos de sustitución»⁵⁶, la expresa referencia a la edad ordinaria de jubilación pone de manifiesto la voluntad contraria del legislador⁵⁷.

Por último, aun cuando el proyecto de Ley apela literalmente al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación como referente para los convenios colectivos, es lógico interpretar que esa edad se convierte en requisito mínimo; quiere ello decir, que sería igualmente correcto que, en el marco de la política de retraso de la edad de jubilación, los convenios colectivos impusieran la obligatoriedad de la misma en edades superiores a la ordinaria de jubilación, con carácter general a los 65 años.

El segundo requisito hace referencia a la exigencia de que «el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización, o uno mayor si así se hubiere pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva». En estos momentos, el período de carencia mínimo es de 15 años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho (art. 161.1.b LGSS). Por otra parte, la mención a la necesidad de cumplir los demás requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social, resulta de todo punto superflua, incluso hubiera sido deseable su supresión por cuanto que sólo induce a error. De un lado, en la regulación específica relativa a la pensión de jubilación, los dos únicos requisitos exigidos son los dos anteriores: edad y periodo de carencia (art. 161.1 LGSS). De otro lado, aunque figura una remisión genérica al resto de los exigidos con carácter general por parte del art. 124.1 LGSS, este otro precepto se refiere exclusivamente al requisito de afiliación y alta, circunstancia que se da por supuesto en un trabajador que se va a jubilar obligatoriamente en virtud de lo que se ha pactado en un determinado convenio colectivo.

El tercero de los requisitos consiste en que la 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 em-

⁵⁶ LAHERA FORTEZA, J.: «Vigencia del Real Decreto 1194/1985 con la posibilidad de establecer en convenio colectivo jubilaciones forzosas a los 64 años», *RL* núm. 3, 2005, pág. 124.

⁵⁷ En el mismo sentido, BALLESTER LAGUNA, F.: *op. cit.*, pág. 17.



pleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo». Este requisito constituye el de mayor calado y el que entronca con la exigencia sustancial más relevante impuesta por la jurisprudencia, permitiendo a partir de la misma realizar el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de las jubilaciones materializadas sin contar con el consentimiento individual de los trabajadores afectados: la necesidad de que la misma se enmarque dentro de una política general de empleo en el seno de la empresa que lleva a cabo la extinción de contratos por jubilación. Con respecto a esta tercera condición resulta oportuno resaltar algunos aspectos de especial relevancia.

Aunque la conexión entre jubilación obligatoria y política de empleo figuraba en el encuadre general de la regulación previa, el nuevo requisito, como tal, aparece por primera vez en el texto de la Ley, pues en las versiones precedentes no figuraba ninguna mención expresa a la necesaria conexión de las jubilaciones obligatorias de origen convencional y las políticas de empleo desarrolladas en el ámbito de las empresas afectadas por el convenio; literalmente el texto de la antigua disp. adic. 10.^a ET establecía que «dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo». Lo verdaderamente llamativo es que el texto de referencia resultaba excesivamente escueto y lacónico, particularmente si se tiene en cuenta que su redacción se remonta al texto refundido de 1995, fecha en la que ya se encontraba notablemente asentada la doctrina jurisprudencial sobre la materia, tanto por parte del Tribunal Constitucional como por parte del Tribunal Supremo. Frente a la anterior regulación, la nueva norma hace referencia expresa a las cláusulas pactadas en convenio colectivo; y lo hace con notable precisión en cuanto que se concibe como contrapartida a la obligatoriedad de la jubilación. La consecuencia práctica que, a nuestro juicio, deriva del nuevo texto es que tras la lectura del mismo no cabe reproducir las precedentes interpretaciones realizadas por el Tribunal Supremo, formuladas a tenor de la antigua norma. En particular, nos referimos al criterio relativo a la posibilidad de presumir las contrapartidas en el texto de cualquier convenio colectivo, en la medida en que éste es el resultado de un pacto entre las dos representaciones colectivas, empresarial y sindical. Ya de por sí, la referida interpretación resultaba bastante discutible, al menos a tenor de la jurisprudencia constitucional establecida al respecto; por ejemplo, tén-gase en cuenta que los contenidos de los convenios colectivos pueden ser muy complejos y variados, de modo que en los mismos pueden concurrir aspectos vinculables a la política de empleo y otros referidos a otras vertientes; no es descartable así que en determinadas ocasiones se negocien contrapartidas que nada tienen que ver con el empleo, por ejemplo, un incremento retributivo superior para los que permanecen vinculados a la empresa. La exposición de motivos de la nueva norma hace expresa referencia a

este aspecto, considerando la necesidad de que las lesiones al derecho individual de los trabajadores afectados por la aplicación de la cláusula convencional sean expresas y concretamente compensadas por medidas relacionadas con el empleo⁵⁸. Por otro lado, cabría traer a colación aquí la teoría anglosajona relativa al deber leal de representación, que puede ser incumplido en ciertas hipótesis por parte de los representantes sindicales, en especial en estos casos en los que se restringen derechos de un grupo muy específico dentro del conjunto de la plantilla de los trabajadores de la empresa. Por tal razón, es coherente interpretar el requisito legal de inserción dentro de objetivos coherentes con la política de empleo, lo que no se cumpliría en abstracto y presumido genéricamente a tenor del mero compromiso asumido dentro de un convenio colectivo. En definitiva, con independencia de la relativización que deriva de lo que se dirá a continuación, debe entenderse que el conjunto de medidas novedosas de políticas de empleo, en las que se inserta la jubilación forzosa dentro del convenio, debe quedar perfectamente explicitado e individualizado.

De otra parte, la enumeración realizada en el nuevo precepto resulta manifiestamente amplia, en cuanto que hace referencia a diferentes fórmulas o mecanismos a través de los cuales puede propiciarse una mejor política de empleo en el seno de la empresa; parece claro que los supuestos mencionados en la norma tienen un carácter meramente ejemplificativo, por mucho que se mencionen las técnicas más típicas e incisivas. Por otra parte, no solamente se contemplan elementos de carácter cuantitativo, en el sentido de mantenimiento o incremento del volumen de empleo, sino igualmente aspectos de cariz cualitativo, en orden a fomentar el empleo de calidad. En este aspecto, la norma adquiere una mayor complejidad interpretativa, pues el dilema que indiscutiblemente se planteará a corto plazo deriva de la utilización de un concepto jurídico indeterminado, como es el relativo a la «calidad del empleo»; aunque el término tiene amplio recorrido en el ámbito comunitario e incluso existen precisas definiciones del mismo en documentos oficiales de la Comunidad Europea, no deja de constituir una evidente apelación a un concepto impreciso que puede convertirse en objeto de polémica⁵⁹. Por otra parte, la apelación a conceptos «tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo» coloca fuera de toda

⁵⁸ Exposición de motivos Ley 14/2005: «Se persigue así conciliar adecuadamente los derechos individuales de los trabajadores con los intereses colectivos derivados de circunstancias concretas relacionados con el empleo»

⁵⁹ Criticando dicha redacción, ÁLVAREZ CORTÉS, JC y PÉREZ YÁÑEZ, R.: «La Ley 14/2005, de 1 de julio: nuevamente sobre la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo» *RL*, núm. 17, 2005, pág. 55.



duda el hecho de que los objetivos coherentes con la política de empleo no han de suponer necesariamente la creación neta de empleo, dicho con otras palabras, la aplicación de las cláusulas de jubilación obligatoria puede provocar la amortización de puestos de trabajo, siempre que dicho resultado permita dar mayor estabilidad o, incluso, sostener el empleo en la empresa.

El precepto se refiere genéricamente a los convenios colectivos, por lo que no se establece ningún tipo de limitación en cuanto al ámbito del convenio. La aclaración es pertinente, por cuanto que el requisito precedente, de vinculación a la política de empleo, se puede materializar con toda seguridad con mayor facilidad cuando se trate de un convenio de empresa. Eso sí, aunque la vinculación a la política de empleo pueda ser más complicada de articular en un convenio colectivo sectorial, ello no puede considerarse como un impedimento insalvable, de modo que formalmente también sería posible introducir estos compromisos de jubilación forzosa a través de las negociaciones sectoriales. Con toda seguridad, la mayor dificultad se encontraría en la cuantificación de los compromisos compensatorios por las empresas, pues las pertenecientes a un mismo sector pueden poseer plantillas de composición diversa. Lo que parece fuera de toda duda es que estos compromisos de política de empleo, aunque fijados con carácter sectorial, deberán conectar las jubilaciones obligatorias realizadas en cada empresa con objetivos concretos de cuantía o calidad que deberán verificarse en la misma empresa, no siendo suficiente con que las compensaciones se produzcan a través de totalizaciones a nivel sectorial. Por lo que hace referencia al tipo de acuerdo, la alteración de la fórmula legal utilizada en las anteriores versiones, que como es conocido hacía referencia a la negociación colectiva sin concretar el instrumento convencional utilizable, parece que debe ser interpretado en sentido limitativo, reduciendo la habilitación legal únicamente a los procesos de negociación colectiva que desemboquen en un convenio colectivo de eficacia general, con exclusión de aquellos que sólo gozan de eficacia limitada; dado que se trata de instaurar una política general de empleo o del reparto del mismo en el seno de la empresa o empresas afectadas, difícilmente ello es posible materializarlo a través de un convenio colectivo de eficacia limitada; en esa línea se situaría aquella doctrina que considera que el convenio colectivo de eficacia general es el instrumento más idóneo para alcanzar los fines de política de empleo que la doctrina del Tribunal Constitucional vincula a los acuerdos sobre jubilación forzosa⁶⁰.

⁶⁰ BAYLOS GRAU, A.: «Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio colectivo», *RL* núm. 11, 1985, pág. 479; ESTEVE SEGARRA, A.: *La jubilación forzosa*, Tirant lo blanch, 1999, pág. 104.

3. EL RÉGIMEN TRANSITORIO

La Ley 14/2005 recoge una disposición transitoria poco habitual y, por ello, algo sorprendente, únicamente explicable quizás por el, durante los últimos años al menos, convulso régimen jurídico regulador de la jubilación obligatoria⁶¹. Conforme a dicha transitoria, se otorga validez jurídica a las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, siempre que las mismas cumplieran con los dos primeros requisitos mencionados anteriormente, pero con omisión del tercero de ellos.

El primer aspecto que llama la atención en la disposición transitoria de la Ley 14/2005 es que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes comentada, las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en ausencia de habilitación legal son nulas de pleno derecho⁶². Comoquiera que la mayoría de los convenios colectivos vigentes en el momento de entrada en vigor de la Ley 12/2001 han sido negociados con posterioridad al año 2001, de existir en los mismos algún tipo de cláusulas al respecto las mismas deberían considerarse ilegales a juicio de la doctrina jurisprudencial. Curiosamente, el criticado retraso en la eficacia de las previsiones al respecto contenidas en la Ley 12/2001, que por interpretación judicial sólo afectaban a los convenios colectivos que se negociaran con posterioridad a la derogación normativa, es contestado con técnica inversa por la Ley 14/2005, que prevé no sólo la inmediata eficacia del nuevo régimen jurídico, sino que además pretende alcanzar también a las cláusulas precedentemente negociadas, aun cuando, en principio y a juicio de los Tribunales, fueran consideradas ilegales cuando se pactaron; en concreto, por voluntad del legislador quedaría sanada la legalidad de las jubilaciones forzosas impuestas en cumplimiento de las cláusulas de jubilación obligatoria incluidas en los convenios colectivos celebrados entre el 11 de julio del 2001 y el 3 de julio de 2005, aunque dicha previsión no afectaría a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza con anterioridad a la última fecha. Aunque algún autor ha considerado obvio que el texto legal «ha de interpretarse en el sentido de que las cláusulas convencionales de jubilación forzosa han de estar incluidas en convenios colectivos que hubieren entrado en vigor con anterioridad a la materialización del cambio normativo, permaneciendo todavía vigentes cuando dicho cambio acontece»⁶³, la disposición transitoria de la Ley 14/

⁶¹ Sobre la disposición transitoria contenida en la Ley 14/2005, BALLESTER LAGUNA, F.: «Derecho transitorio en el proyecto de ley sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación», *RL*, núm. 17, 2005, págs. 11 a 26.

⁶² STS de 10 de octubre de 2005, recurso núm. 60/2004.

⁶³ BALLESTER LAGUNA, F.: *op. cit.*, pág. 19.



2005 literalmente habla de convenios celebrados, con lo que parece que, independientemente del momento de la entrada en vigor de la norma convencional, es decir la fecha de la publicación en el Boletín Oficial correspondiente ⁶⁴, el legislador ha querido señalar la fecha de conclusión del acuerdo, momento respecto del cual debe valorarse la voluntad de los negociadores que, a partir de dicha fecha, poco puede influir en el resto del proceso de formalización del convenio. Parece que es ésta también la posición de nuestro Tribunal Supremo respecto a la aplicación de la prohibición de acordar cláusulas de jubilación obligatoria tras la derogación de la disposición adicional 10.ª ET 1995, tomando como referencia la fecha de suscripción del convenio que la contiene ⁶⁵.

Por lo que respecta a la adecuación legal de la medida prevista en la disposición transitoria de la Ley 14/2005, como regla general, el legislador es soberano para dar carta de naturaleza a cualquier situación que se atenga a los parámetros constitucionales, por lo que, en principio, la disposición transitoria de la Ley 14/2005 no constituye un imposible jurídico, ni es inconstitucional. En otros términos, la nueva norma puede convertir en legal y lícito lo que en el pasado era ilegal, siempre que sea respetuosa con los condicionantes constitucionales. De este modo, puede admitirse que, si es constitucional habilitar a los convenios colectivos que se negocien a partir de ahora para que fijen sistemas de jubilación obligatoria, también pueden habilitarse a los convenios celebrados en el pasado.

La principal duda que se puede plantear en este contexto está relacionada con la circunstancia de que se pueda entender que dicha disposición transitoria introduzca una regla de efectos retroactivos. En efecto, en tal caso, entraría en juego la prohibición de retroactividad contenida en el art. 9.3 CE ⁶⁶. La polémica puede estar servida, desde el instante en que el referido precepto constitucional prohíbe expresamente la retroactividad de las disposiciones que sean «restrictivas de derechos individuales». A nuestro criterio,

⁶⁴ Con relación al momento de entrada en vigor de los convenios, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos», *TL*, núm. 76, 2004, pág. 145.

⁶⁵ Por todas, STS de 1 de junio de 2005, RJ 6126, y jurisprudencia allí citada, en la que aunque no se pronuncie directamente sobre la materia, se sostiene que la derogación de la Disposición Adicional 10.ª ET «llevaba consigo la necesidad de entender que en los Convenios Colectivos suscritos después de su entrada en vigor no era posible pactar válidamente edades de jubilación forzosa por haberse derogado el soporte legal que lo permitía, pero se estimó igualmente que esa derogación normativa no podía servir para cuestionar la legalidad de disposiciones de tal naturaleza acordadas en Convenios Colectivos suscritos con anterioridad a aquella derogación...».

⁶⁶ A esta problemática se refieren expresamente las SSTs de 10 de octubre de 2005, recurso núm. 60/2004 y de 13 de octubre de 2005, recurso núm. 1935/2004, aunque no siendo preciso para resolver la cuestión planteada no entran a analizar el fondo de la cuestión.

no carecería de fundamento interpretar que una regla de jubilación forzosa introduce una manifiesta restricción del derecho al trabajo reconocida constitucionalmente en el artículo 35.1 CE, por ello la aplicación de una cláusula de jubilación forzosa se encuentra directamente afectada por la prohibición fijada a tenor de lo establecido el art. 9.3 CE.

A pesar de lo dicho, puede defenderse que el texto de la disposición transitoria de la Ley 14/2005 no llega a vulnerar la regla constitucional de irretroactividad; no atentaría por tanto contra lo dispuesto en el art. 9.3 CE, no porque no consideremos su carácter restrictivo de derechos individuales, sino porque en sentido estricto no contiene una regla de retroactividad de grado máximo, que es concretamente el tipo de retroactividad prohibida constitucionalmente, al menos conforme al criterio defendido por nuestra jurisprudencia constitucional. En efecto, la disposición transitoria, aunque se refiere a cláusulas negociadas con anterioridad, incide exclusivamente sobre los hechos sucedidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley; esto es, la misma afecta exclusivamente a los trabajadores que cumplan la edad ordinaria de jubilación con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, o que cumplida con anterioridad sean jubilados a partir de la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de modo que expresamente se afirma que lo dispuesto en la transitoria «no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor». Es cierto que el supuesto legal resulta muy particular, por cuanto que la disposición transitoria procede a restañar la legalidad de un pacto ilícito celebrado en fecha precedente a su entrada en vigor; pero sin embargo lo hace en relación a hechos que sucedan con posterioridad a la entrada en vigor de la misma Ley.

A nuestro juicio, es más relevante el segundo dato, centrado en que los hechos a los que se aplica la nueva norma se han de producir siempre en un momento posterior a la entrada en vigor de la Ley 14/2005, con independencia de que con ello se esté otorgando legalidad a pactos celebrados en una fecha precedente. Así pues, lo que se recoge en la disposición transitoria objeto de análisis es un supuesto claro de lo que la doctrina denomina retroactividad impropia o de grado mínimo, mientras que la norma constitucional prohíbe los supuestos de retroactividad auténtica o de grado máximo; en palabras del Tribunal Constitucional: «resulta relevante a tenor de la doctrina de este Tribunal, distinguir entre la retroactividad auténtica o de grado máximo, y la retroactividad impropia o de grado medio. En el primer supuesto, que se produce cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas, sólo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica. En el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la Ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a



cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares»⁶⁷.

En el caso específico que estamos analizando estimamos que la seguridad jurídica queda plenamente garantizada, del mismo modo que las circunstancias concretas concurrentes, en las que no es necesario reiterarse, permiten defender la ausencia de lesión de la prohibición constitucional de irretroactividad de las normas. Incluso con mayor contundencia se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en relación con la irrelevancia respecto a la prohibición constitucional del hecho de que la nueva norma sólo decida aplicarse a hechos sobrevenidos con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma: «una norma es retroactiva cuando incide sobre “relaciones consagradas” y afecta a “situaciones adoptadas”...lo que prohíbe el art. 9.3. CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro no pertenecen al campo de la retroactividad»⁶⁸.

Por el contrario, lo que no se comprende de ninguna forma es la omisión en la transitoria del tercero de los requisitos exigidos por la nueva disposición adicional 10.^a, aquel que vincula la jubilación forzosa a objetivos coherentes de la política de empleo. En esta ocasión, parece que la inercia de la práctica precedente ha pesado excesivamente sobre la voluntad del legislador, claramente manifestada en el texto de la nueva norma, de manera que la omisión comentada permitiría considerar lícitas las cláusulas precedentes conformes a la tantas veces comentada relajación de la doctrina jurisprudencial, sin perjuicio de que de cara al futuro deba alterarse su contenido para ajustarse a la legalidad. A pesar de ello, desde nuestro punto de vista no tiene sentido mantener mayores exigencias para los futuros convenios colectivos, mientras se mantiene cierta «permisividad» con los precedentes, máxime cuando hasta la reforma tales convenios eran considerados directamente ilegales. Este tipo de decisiones únicamente consigue retrasar la efectiva aplicación de una norma que sus promotores consideraban de urgente aprobación. En todo caso, a pesar de la omisión, no puede dejar de tenerse presente que este requisito deriva de las primeras sentencias del Tri-

⁶⁷ Por todas, STC 182/1997, de 28 de octubre (BOE 28 noviembre), con cita de STC 126/1987 fundamentos jurídicos 11, 12 y 13, STC 197/1992, fundamento jurídico 4.º y STC 173/1996, fundamento jurídico 3.º.

⁶⁸ STC 99/1987, de 11 de junio (BOE 26 de junio).



bunal Constitucional dictadas sobre la materia; no habiéndose alterado a estas altura dicha jurisprudencia constitucional, ha de entenderse que sigue vinculando a todas las cláusulas convencionales, las precedentes y las por venir.

Por último convendría hacer una aclaración que, aunque obvia, resulta necesaria respecto del alcance de una jubilación forzosa en todos los casos que venimos considerando en este apartado. Me refiero a la hipótesis de que, vigente una cláusula de esta naturaleza y aplicándose a un concreto grupo de trabajadores, en términos jurídicos el único efecto que se produciría sería el de la extinción del contrato de trabajo con la empresa para la que trabaja. Dicho de otro modo, el acto material de la jubilación sigue siendo formalmente voluntario. Es cierto que en esas condiciones particularmente de edad, una pérdida de empleo lleva aparejada que el trabajador afectado se vea prácticamente obligado a solicitar la pensión de jubilación; pero esto es así exclusivamente por razones de orden práctico y no por razones de orden jurídico, es decir, porque a partir de ciertas edades las probabilidades de encontrar otra oferta de trabajo disminuyen sensiblemente, al tiempo que, salvo excepciones, en tales condiciones no suele ser deseable iniciar una nueva aventura laboral. Ahora bien, desde la óptica técnico-jurídica nada le obliga a solicitar el pase a la situación legal de jubilación, de modo que si prefiere buscar otro empleo en términos legales nada se lo impide.