

# LA MODIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 10ª DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES POR LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO. ANÁLISIS DE UNA NUEVA SITUACIÓN

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ

*Becario de Investigación (APIF)*

*Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Barcelona

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Jubilación, convenios colectivos, extinción contrato de trabajo

La reciente Ley 3/2012, de 6 de julio, en su disposición final 4.2, modifica la DA 10ª del Estatuto de los Trabajadores con la finalidad de impedir que, como hasta ahora, los convenios colectivos puedan establecer las llamadas cláusulas de «jubilación forzosa» 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. A poco que se reflexiona sobre la nueva situación, surgen innumerables interrogantes que van a precisar de respuesta y que de bien seguro generarán numerosa doctrina tanto judicial como científica. Es importante, por tanto, ver las nuevas situaciones a las que deberemos enfrentarnos y prever las alternativas para dar solución a los problemas que surjan

## ABSTRACT

**Key words:** Retirement pension, collective bargaining, termination employment contract

The recent Law 3/2012, of July 6, at his final disposal 4.2, amends DA 10th of the Statute of Workers to prevent, as heretofore, the calls clauses "retirement forced" established in collective agreements. These clauses provide the termination of the employment contract for the performance by the employee of the normal retirement age specified in Social Security law. Although too little that reflects on the new situation, soma innumerable questions arise that will require response and that are likely to generate numerous judicial, and scientific doctrine. It is important, the therefore, to see the new situations that we face and provide alternatives to solve the problems that arise.

**ÍNDICE:**

1. INTRODUCCIÓN
2. EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA VERSUS REPARTO DE EMPLEO
3. LAS POLÍTICAS QUE JUSTIFICARÍAN LA RECIENTE MODIFICACIÓN
4. LA NUEVA SITUACIÓN EN LA JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO
  - 4.1. El futuro de la jubilación forzosa del personal laboral en el ámbito de la función pública.
  - 4.2. La jubilación forzosa del personal civil no funcionario al servicio de los establecimientos militares y de los estibadores.
  - 4.3. Las posibles alternativas de los empresarios a las cláusulas de jubilación forzosa.
    - 4.3.1. La posibilidad de extinguir los contratos vía artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores por ineptitud del trabajador.
    - 4.3.2. La posibilidad de pactar con el trabajador la inclusión de una cláusula de extinción por edad en el contrato de trabajo.
    - 4.3.3. La posibilidad de establecer cláusulas de jubilación forzosa en un convenio colectivo extraestatutario
5. ALGUNAS CUESTIONES FINALES EN RELACIÓN A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOQUINTA DE LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO
6. CONCLUSIONES

**1. INTRODUCCIÓN**

La primera norma en el Ordenamiento Jurídico Español que reguló condiciones para que los trabajadores tuvieran derecho a una pensión de jubilación se aprobó a finales del siglo XVIII<sup>1</sup>, mientras que la que fijó por primera vez la jubilación forzosa tuvo lugar un siglo más tarde<sup>2</sup>.

Desde entonces la fijación de una edad de jubilación a partir de la cual quien la alcance tendrá derecho a abandonar su actividad laboral y obtener la correspondiente prestación de jubilación ha sido recogida en multitud de normas y en diversos ámbitos.

Pero a su vez, junto a la regulación de la jubilación voluntaria se ha regulado también la jubilación forzosa con la finalidad de fomentar el reparto del empleo y la solidaridad intergeneracional<sup>3</sup>, primero en el ámbito de los funcio-

<sup>1</sup> Probablemente la primera norma que regula el derecho a la jubilación de los funcionarios fue la Real Orden de 23 de diciembre de 1776, la cual trató de atender al personal de resguardo de Madrid que, no pudiendo continuar desempeñando sus destinos por su edad, achaques u otros motivos calificados, solicitaban su jubilación. Posteriormente se ampliaría por Orden de 18 de febrero de 1803 a todas las clases de dependientes de la Real Hacienda.

<sup>2</sup> Real Decreto de 12 de Marzo de 1889, Gaceta de Madrid núm. 323, de 19/11/1890, páginas 582 a 583, que organizó el Cuerpo especial de empleados de Correos, y dispuso la jubilación forzosa de éstos a los sesenta y cinco años.

<sup>3</sup> Vid. García Ninet, José Ignacio. Acerca de la jubilación. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 2003, no. 152. pp. 5-6. p. 5.

narios, más tarde para el resto de trabajadores con carácter general<sup>4</sup>, y finalmente para determinados sectores en los cuales es aconsejable en atención a las peculiaridades<sup>5</sup> o a la peligrosidad y penosidad de la actividad productiva<sup>6</sup>.

En relación a los trabajadores asalariados, esta institución jurídica se extendió inicialmente en las reglamentaciones de trabajo<sup>7</sup>, sin perjuicio que en 1953 se intentará evitar su generalización, sin llegar a conseguirlo<sup>8</sup>; contemplándose nuevamente en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, en cuya versión original de la Disposición adicional 5ª establecía la edad máxima de 69 años para la jubilación del trabajador, y la posibilidad de que el gobierno fijará una inferior, habilitando a las partes negociadoras para que en los convenios colectivos pudieran establecerse edades de jubilación forzosa.

<sup>4</sup> En el ámbito de los trabajadores no funcionarios, las primeras manifestaciones de la jubilación forzosa las encontramos en algunas de las Reglamentaciones de trabajo en la década de los 40 del pasado siglo (cómo ejemplo: la Orden por la que se aprueba la Reglamentación nacional del trabajo en la industria resinera. Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 18/03/1943, páginas 2464 a 2475), las cuales nacen al amparo del Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, el cual dispuso las bases para que el Ministerio de Trabajo estableciera las condiciones mínimas en las relaciones laborales entre los empresarios y los trabajadores, aprobándose la Ley de 16 de octubre de 1942 por la que se regularían las reglamentaciones de Trabajo.

<sup>5</sup> En la Reglamentación de trabajo de personal civil no funcionario, Decreto 2525/1967, de 20 de octubre, se regula por primera vez la jubilación forzosa del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares y posteriormente en el Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, por el que se regula las relaciones de trabajo del personal civil no funcionario. BOE 18 octubre 1980, núm. 251; rect. BOE 23 octubre 1980, núm. 255; BOE 17 noviembre 1980, núm. 276.

<sup>6</sup> En la Disposición transitoria tercera del Real Decreto-Ley 2/1986, se establece la jubilación forzosa de los estibadores portuarios. Real Decreto-Ley 2/1986. Servicio público de estiba y desestiba de buques. BOE 27 mayo 1986, núm. 126, [pág. 18800]; rect. BOE 19 junio 1986, núm. 146, [pág. 22384].

<sup>7</sup> Véase: el artículo 148 de la Orden de 15 de marzo de 1946 por la que se aprueba la Reglamentación Nacional del Trabajo en la Explotación de Ferrocarriles por el Estado. Boletín Oficial del Estado núm. 81, de 22/03/1946, páginas 2201 a 2222; artículo 51 de la Orden de 28 de junio de 1946 por la que se aprueba la Reglamentación Nacional del Trabajo en la Compañía “Tabacalera, S. A.”. Boletín Oficial del Estado núm. 185, de 04/07/1946, páginas 5360 a 5370; artículo 37 de la Orden de 20 de septiembre de 1946 por la que se aprueba la Reglamentación Nacional del Trabajo en la Banca Privada. Boletín Oficial del Estado núm. 270, de 27/09/1946, páginas 7255 a 7264; artículo 85 de la Orden de 30 de noviembre de 1946 por la que se aprueba la Reglamentación Nacional del Trabajo en las Fábricas de Azúcar y de Alcoholes de Melaza. Boletín Oficial del Estado núm. 336, de 02/12/1946, páginas 8539 a 8551; artículo 44 de la Orden de 28 de junio de 1947 por la que se aprueba la Reglamentación Nacional del Trabajo para las Empresas de Seguros. Boletín Oficial del Estado núm. 201, de 20/07/1947, páginas 4080 a 4090.

<sup>8</sup> El Ministerio de Trabajo con el objeto de unificar los criterios dispares sobre la jubilación por edad de los trabajadores, contenidos en muchas de las reglamentaciones de trabajo, aprobó la Orden Ministerial de 1 de Julio de 1953, Boletín Oficial del Estado núm. 188, de 07/07/1953, página 4116, modificando las reglamentaciones laborales que se oponían a lo dispuesto en ésta; pero posteriormente la Orden de 18 de enero de 1955 por la que se aclara la Ley de 1 de julio de 1953. Boletín Oficial del Estado núm. 25, de 25/01/1955, página 520, enumera un conjunto de Reglamentos Nacionales a los que no era de aplicación la orden de 1 de julio de 1953.

El Tribunal Constitucional se pronunció en dos ocasiones sobre esta disposición. La sentencia 22/1981, de 2 de julio, declaró inconstitucional el establecimiento de forma directa e incondicionada de la extinción de la relación laboral a una determinada edad, por su directa afectación al derecho al trabajo. Sobre el segundo párrafo se pronunció en la sentencia 58/1985, de 30 de abril, admitiendo que la jubilación forzosa podía ser objeto de la negociación colectiva.

El Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995 recuperó la regulación de la jubilación forzosa, en su Disposición adicional 10ª, modificando su redacción con la finalidad de adecuar su contenido a la doctrina del Tribunal Constitucional, para que posteriormente el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, la derogara, revitalizando la controversia sobre esta disposición<sup>9</sup>. Posteriormente se volvió a recuperar mediante la Ley 14/2005, de 1 de julio<sup>10</sup>.

Finalmente, la reciente Ley 3/2012, de 6 de julio, en su Disposición final 4.2, modifica la DA 10ª del Estatuto de los Trabajadores con la finalidad de impedir que, como hasta ahora, los convenios colectivos puedan establecer las llamadas cláusulas de «jubilación forzosa» 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, las declara nulas y sin efectos. Así, tras la declaración legal de nulidad de estas cláusulas de los convenios colectivos que regulan la llamada «jubilación forzosa», se plantean cuestiones, que van a precisar de respuesta<sup>11</sup> y que de bien seguro generarán numerosa doctrina tanto judicial como científica, como son: determinar la posibilidad de que el gobierno fije una edad legal de jubilación forzosa general para todos los trabajadores o en particular para algún colectivo con especificidades, cumpliendo los requisitos mantenidos por el Tribunal Constitucional; la posibilidad de jubilar forzosamente a los empleados públicos con una relación laboral, y en qué forma; la posibilidad de incluir la jubilación forzosa en el contrato de trabajo; la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del trabajador por causa de su edad; determinar la calificación de un despido basado en la jubilación forzosa ilegal; la posible lesión del derecho de igualdad y no discriminación por edad; y otras muchas que seguro surgirán.

<sup>9</sup> Vid. Tortuero Plaza, José Luis. La jubilación forzosa en las políticas de empleo. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2001, no. 33. pp. 251-262. p. 251.

<sup>10</sup> Ley 14/2005, de 1 de julio. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. BOE 2 julio 2005, núm. 157, [pág. 23634].

Por otro lado, se debiera plantear si con la modificación no se está eliminando uno de los instrumentos de política de empleo, o si acaso se está primando la política económica por encima de las políticas de mercado de trabajo; o si en cambio se trata de proteger el derecho individual al trabajo, ya que, sin duda, la negociación colectiva de los derechos individuales constituye una de las cuestiones más complejas y delicadas en el Derecho del Trabajo<sup>12</sup>.

En los siguientes puntos se analizarán las políticas que justificarían la reciente modificación de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, los conflictos que pueden surgir tras ella y las posibles alternativas.

## **2. EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE PROLONGACIÓN DE LA VIDA ACTIVA VERSUS REPARTO DE EMPLEO**

La Jubilación del trabajador es un derecho de éste y no una obligación<sup>13</sup>, no obstante, sobre todo la figura de la jubilación forzosa, quiebra este principio. Además la jubilación anticipada, la parcial o las prejubilaciones, aunque en principio voluntarias, en la mayoría de ocasiones tienen su origen en un interés ajeno al propio trabajador al que se incentiva para que la acepte.

La jubilación del trabajador ha estado presente en las políticas públicas dirigidas a sustituir trabajadores de más edad por trabajadores jóvenes o parados con la pretendida finalidad de distribución del empleo, pero cargando el coste de ésta a la Seguridad Social<sup>14</sup>.

Pero también ha estado en el objetivo de las políticas empresariales como una medida de flexibilidad y reemplazo de los empleados de mayor edad por otros más jóvenes y con mayor formación, y porque no decirlo, con salarios menores, –aunque sólo sea por el ahorro en complementos de antigüedad–.

El Estatuto de los Trabajadores de 1980, en el marco de una importante

<sup>11</sup> Vid. Sempere Navarro, Antonio V. Interrogantes sobre jubilación forzosa. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 849/2012 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, S.A, Pamplona. 2012.

<sup>12</sup> García Viña, Jordi y Salido Banús, José Luis. ¿Es posible pactar en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa?: Análisis de las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión. *Actualidad Laboral*, 2003, no. 2. pp. 457-471.

<sup>13</sup> En el Fj. 1º de la Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 58/1985 de 30 abril (RTC 1985\58), dice que: «la jubilación se ha considerado siempre un derecho del trabajador que, al alcanzar la edad prefijada podía libremente cesar en el trabajo para pasar a percibir la pensión».

<sup>14</sup> Vid. Tortuero Plaza, José Luis. La jubilación forzosa en las políticas de empleo. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2001, no. 33. pp. 251-262. p. 252.

crisis económica y de un incremento de las tasas de desempleo desde mediados de los 70<sup>15</sup>, introduce la jubilación forzosa en la Disposición adicional 5ª como un instrumento de solidaridad, el cual tenía como objetivo hacer frente al problema del desempleo a través de una medida de reparto del trabajo<sup>16</sup> en el que se favoreciera el empleo de los desempleados, sobre todo jóvenes.

En 1995, en el contexto de un mercado de trabajo en la que se había alcanzado una tasa de desempleo del 24%, el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores acogería nuevamente la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo. A su vez, nacerían un conjunto de políticas públicas dirigidas a la prolongación de la vida activa de los trabajadores con el fin de garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones y evitar un mayor déficit público.

En dicho contexto se crearía una Ponencia que elaboró el informe conocido como Pacto de Toledo que supuso la reafirmación por las fuerzas políticas españolas de la apuesta por un sistema de Seguridad Social solidario y de reparto, basado en las contribuciones de sus beneficiarios y en la separación de las prestaciones de naturaleza contributiva y no contributiva, y la sostenibilidad del sistema, compatible con el reforzamiento de la acción protectora. Señalándose en el informe que resultaría muy aconsejable, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen. Tras el Pacto de Toledo, el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas suscribieron el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social el 9 de octubre de 1996, materializándose en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social.

Cabe destacar, para lo que aquí interesa, que mediante esta ley se incorpora en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social una nueva disposición adicional, la vigésima sexta, mediante la cual se autorizaba al Gobierno para que, previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, pueda otorgar desgravaciones, o deducciones de cotizaciones sociales, en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo, una vez alcanzada la edad de sesenta y cinco años, con suspensión proporcional del percibo de la pensión.

Posteriormente, en el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 marzo, convalidado después por la Ley 12/2001, de 9 de julio, se señalaba que la jubilación forzosa,

<sup>15</sup> En 1980 la tasa de desempleo se situó en el 11,1 %, a partir de ese año la tasa de desempleo subió hasta alcanzar un 21% en 1985, un 23,9 en 1994 y un 25% en 2012. Desde 1980 España sólo se ha situado en una tasa inferior al 11% entre 2004 y 2008.

<sup>16</sup> Esteve Segarra, María A. *La Jubilación Forzosa*. 1st ed. Tirant lo Blanch, 1999. p. 20.

configurada originalmente como estímulo instrumento de política de empleo, estaba «inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales», y por tanto, reconociéndose que en el contexto de 2001 no concurren las mismas circunstancias que la justifiquen, se deroga la DA 10ª del ET.

Mediante el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre –derogado y sustituido por la Ley 35/2002, de 12 de julio–, se procedió a la modificación de la pensión de jubilación, en el sentido de que la misma no viniera a impedir una presencia social activa de los ciudadanos, reformándose la regulación de la jubilación parcial, de manera que se posibilitara la compatibilidad entre el percibo de una pensión de jubilación y el desarrollo de actividades laborales desde el momento en el que se comience a percibir una pensión de dicha naturaleza a cargo del sistema de la Seguridad Social; se exoneraba del pago de cotizaciones sociales, por contingencias comunes, salvo en lo que se refiere a la incapacidad temporal, correspondientes a los trabajadores de sesenta y cinco o más años, que acrediten 35 años efectivos de cotización y que decidan voluntariamente la continuación o la reiniciación de su actividad laboral; se introduce las previsiones para posibilitar que el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación pueda superar el 100 por 100, respecto de aquellos trabajadores que permanezcan en activo más allá de los sesenta y cinco años de edad y acrediten un mínimo de treinta y cinco años de cotización; y se añadió un nuevo apartado tres a la disposición adicional cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, para bonificar las cuotas de Seguridad Social para los trabajadores con 60 o más años.

En cumplimiento de la previsión contenida en la recomendación 15ª del Pacto de Toledo, el gobierno presentó ante el Congreso de los Diputados un Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo en el que se analizaban las medidas adoptadas en desarrollo del mismo. En este informe, aprobado por el Congreso de los Diputados el 3 de octubre de 2003, se valoraban las recomendaciones iniciales y se incorporan algunas nuevas, con el fin de adaptarla a la nueva realidad social del momento.

En concreto, en relación a la edad de jubilación, la recomendación décimo primera reconoce los efectos beneficiosos que se derivan de la permanencia en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad, para ellos, su entorno y el conjunto de la sociedad, teniendo además efectos positivos para el sistema de pensiones, por lo que señala conveniente fomentar la prolongación de la actividad laboral de aquellos que opten por mantenerse en el mercado de trabajo una vez alcanzada la edad a la que pueden acceder a la pensión de jubilación y, por otro, se impida cualquier tipo de discriminación por razón de edad que tenga por consecuencia la expulsión prematura del mercado de trabajo de trabajadores con plenas facultades físicas y psíquicas para continuar desarrollando su labor.

En desarrollo de la recomendación décimo primera, y en concreto sobre prolongación de la vida activa, la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, en su artículo 26.4 prevé que los poderes públicos promoverán políticas que incentiven la continuidad en el ejercicio de la profesión, trabajo o actividad económica de los trabajadores por cuenta propia, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación.

Posteriormente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en su artículo 3 estableció nuevos incentivos que favorecen la demora voluntaria en el acceso la jubilación más allá de los 65 años, reconociendo un porcentaje adicional, consistente en el 2 ó 3% por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante.

De la misma manera, en el marco del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, para 2004, las organizaciones empresariales y sindicales firmantes se dirigieron al Gobierno para expresar su preocupación por los efectos que pudiera tener en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, en la negociación colectiva, la doctrina judicial de jubilación forzosa, que tras el RD-Ley 5/2001 declaraba nulas las cláusulas de los convenios colectivos que las incluyeran, solicitado al Gobierno que promoviera la oportuna reforma normativa que dotara de la necesaria seguridad jurídica a la negociación colectiva.

Estos mismos agentes sociales suscribieron el 8 de julio de 2004 la Declaración para el diálogo social 2004 «Competitividad, empleo estable y cohesión social», en la que se comprometían a abordar en el diálogo social, entre otras, favoreciendo el empleo de los trabajadores de edad avanzada y la mejora de su empleabilidad.

Sin embargo, en sentido contrario, se adoptaron también medidas que limitaban la prolongación de la vida activa de los trabajadores, como fue la Ley 14/2005, de 1 de julio, que reincorpora al Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Disposición adicional 10ª en la que se habilita a los convenios colectivos para que puedan establecer cláusulas que posibiliten, en determinados supuestos y bajo ciertos requisitos, la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación.

En el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 25 de enero de 2011, se aprobó el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011, el cual contenía una recomendación décima segunda relativa a la edad de jubilación, en la que la Comisión considera la prolongación de la vida laboral de los ciudadanos como un objetivo necesario y deseable; en este sentido, dado que el objetivo que se persigue es el de aumentar la edad real en la que los trabajadores abandonan el mercado de trabajo y teniendo en cuenta la evolución de la expectativa de vida después de los 65 años, la Comisión estima un



conjunto de medidas que se podrían adoptar para incrementar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, como son: conceder mayor relevancia a la carrera de cotización del trabajador, en orden a delimitar la cuantía de su pensión, favoreciendo así la aproximación de la edad real a la edad legal de acceso a ella, y sostiene que es necesario incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación. A tal efecto, señala que sería necesaria la adaptación y mejora de cuantos incentivos sociales, fiscales y laborales sean posibles para fomentar la permanencia de los trabajadores en activo y una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral.

La Comisión está también convencida de que se debe combatir la discriminación por edad en el mercado laboral, restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral, siendo prioritario remover la normativa que fuerza a colectivos o personas a la jubilación obligatoria, en contra de sus deseos y capacidades. Afirmando que no debe establecerse un límite de edad para el trabajo en un régimen de libertades individuales y de derechos fundamentales.

Asimismo, se apunta que las políticas activas de empleo también deben estar orientadas a la recolocación de las personas de más edad y a su mantenimiento en situación activa.

Es importante señalar el voto particular de totalidad al Informe emitido por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, Izquierda Unida, Iniciativa per Catalunya Verds y el Grupo Parlamentario Mixto, a iniciativa de las diputadas Olaia Fernández Davila (BNG) y Uxue Barkos Berruezo (NaBai), en el que se señala, en relación a la edad de jubilación, que «las propuestas del Gobierno tendrían un impacto negativo considerable sobre las pensiones futuras. Por ejemplo, aumentar cinco años el cálculo de la base reguladora reduciría la pensión media de jubilación un 6% y si se le añade la ampliación de la edad de jubilación a 67 años, la reducción de la pensión media sería del 10%. Si se amplía la edad de jubilación a 67 años y le sumamos un cálculo de la base reguladora considerando toda la vida laboral, la pensión media se rebajaría en un 26,4%».

Más recientemente, se ha publicado un estudio sobre los efectos de la reforma legislativa sobre el poder adquisitivo del trabajador tras la jubilación<sup>17</sup> en el que se constata que la tasa de sustitución de las pensiones de jubilación –entendida como la relación entre la pensión a percibir de la Seguridad Social y la renta a la que sustituye o renta salarial en el momento de la jubilación–, desciende del 84,9%, cuando la base reguladora está en función de los últimos

<sup>17</sup> Vicente Merino, Ana María; Calderón Milán, María José, y Martínez Aguado, Timoteo. Muchos pierden y pocos ganan: efectos de la reforma legislativa sobre el poder adquisitivo del trabajador tras la jubilación. *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, 2012, no. 18. pp. 77-110. p. 83.

15 años, al 79% cuando ésta es de 25 años. Es decir, siempre para un pensionista sin lagunas de cotización y con derecho al 100% de la base, pierde de media un 5,6% (7,36 en el grupo de menos cualificados), suponiendo para el grupo de mujeres, además añadir a esta reducción 4 puntos más.

Por tanto, las previsiones apuntadas en el voto particular en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011 de una reducción del 6% con la ampliación de sólo 5 años en la base de cálculo de la pensión, no se aleja demasiado de los datos presentados en este estudio, si consideramos la ampliación en 10 años. Además, a esto hay que añadir que no se tiene en cuenta el mayor efecto que podrán tener las lagunas de cotización cuando éstas sean numerosas, y que éstas pueden aumentar con la consideración de un período de tiempo mayor. El estudio también constata que sólo un 13,18% de los pensionistas ganan con el cambio, y por tanto, que el 86,82% restante pierden con éste.

En otro orden de cosas, la Disposición adicional 36ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, reformó ligeramente el tenor literal de dicha DA 10ª ET, exigiendo que el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo tenga cubierto el período mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión.

Precisamente el Grupo Popular en el Congreso entre las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, por el que se aprobaría la Ley 27/2011, la enmienda 213<sup>18</sup> propone incorporar un nuevo artículo al Proyecto de Ley, con el título de «Derecho subjetivo a la jubilación», por el que se daba una nueva redacción a la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores que queda redactada en los siguientes términos: «La jubilación es un derecho subjetivo del trabajador indisponible por convenio colectivo, que podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan». Justificándose en el sentido de reconocer el derecho subjetivo del trabajador a la jubilación, siendo indisponible por convenio colectivo, argumentando que imponer la extinción del contrato de trabajo por haber cumplido una determinada edad constituye actualmente una discriminación desfavorable por razón de edad contraria al ordenamiento jurídico, y añadiendo, que en el nuevo contexto económico y social, la jubilación forzosa ha dejado de ser un instrumento necesario para la regulación del mercado de trabajo, cuando la actual política de empleo se dirige hacia la prolongación de la vida laboral, debiéndose hacer compatible los deseos de los trabajadores con la sostenibilidad del sistema en el futuro.

<sup>18</sup> Comisión de Trabajo e Inmigración. Enmiendas en relación con el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BO. Cortes Generales-Congreso de los Diputados 17 junio 2011, núm. 120-10, [pág. 1]. (LEG 2011\4428-9).

### 3. LAS POLÍTICAS QUE JUSTIFICARÍAN LA RECIENTE MODIFICACIÓN

En la X Legislatura, el Gobierno del Partido Popular modifica nuevamente la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores con el pretendido objeto de favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad, justo en un momento en que las tasas de desempleo en España alcanzan máximos históricos, declarando nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos 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.

De lo anteriormente analizado, se constata que desde el Estatuto de los Trabajadores de 1980 han existido dos tendencias políticas opuestas, una que ha tenido por objetivo la posibilidad de extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores con derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el marco de una política de empleo de redistributiva del trabajo; y por otro lado una política cuyo objetivo ha sido facilitar la prolongación de la vida activa de los trabajadores en el marco de una política económico-laboral que asegurase la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social.

Tanto la necesidad de asegurar la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social, como la necesidad de repartir el trabajo encuentran su mayor razón de ser en los momentos en que las tasas de desempleo son mayores; contrariamente, la sostenibilidad del sistema se facilita prolongando la vida activa de los trabajadores y, en cambio, el reparto del trabajo limitándola.

Por su parte, desde la Unión Europea se subraya la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa, incentivando y la eliminando los obstáculos que lo impidan, entre ellos se podría incluir, en principio, la jubilación forzosa.

Así, en las Directrices para el empleo del año 2000<sup>19</sup> y 2001<sup>20</sup>, se subraya la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa, corrigiendo la evolución del desempleo de larga duración y desarrollando políticas que promuevan la prolongación de la vida activa, mejorando la capacidad de los trabajadores de más edad mediante un sistema de formación eficaz.

<sup>19</sup> Decisión 2000/228/CE, de 13 de marzo. Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2000. DOL 21 marzo 2000, núm. 72, [pág. 15, Núm. Págs. 6].

<sup>20</sup> Decisión nº 63/2001/CE del Consejo, de 19 de enero de 2001, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros en 2001. [Diario Oficial L 60 de 1.3.2002].

Entre las directrices para el empleo para el año 2002<sup>21</sup>, se establecía como objetivos crear las condiciones idóneas para el pleno empleo. A tal fin, los Estados miembros debían considerar el establecimiento de objetivos nacionales para contribuir, entre otros objetivos europeos generales, el alcanzar en 2010 una tasa de empleo del 50% para las personas de más edad (entre 55 y 64 años).

Por otro lado, en el marco de las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros 2003-2005<sup>22</sup> mantenidas en la Decisión 2004/740/CE, de 4 de octubre<sup>23</sup> el Consejo Europeo de Barcelona acordó que, para 2010, la Unión Europea debería intentar elevar progresivamente en torno a cinco años la edad media efectiva a la que las personas dejan de trabajar en la Unión Europea. En 2001, esta edad se situaba en 59,9 años.

Las anteriores reglas se han mantenido en las Directrices para las políticas de empleo 2005-2008<sup>24</sup> y 2008-2010<sup>25</sup>.

Actualmente con el objeto de aumentar la participación en el mercado laboral, en las Directrices para las políticas de empleo de 2010<sup>26</sup>, que forman parte de las directrices integradas de la Estrategia Europa 2020, la Unión Europea se ha marcado como objetivo alcanzar un índice de ocupación de mujeres y hombres con edades comprendidas entre los 20 y los 64 años del 75 % para 2020, fomentando la participación en el mercado laboral de los jóvenes, los trabajadores de mayor edad, los trabajadores con bajas cualificaciones y los inmigrantes en situación regular.

Finalmente, en el reciente «Libro Blanco» de la Unión Europea, para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles<sup>27</sup>, se señala que la desaparición progresiva de los planes de jubilación anticipada y el aumento de la edad de jubilación deben ir acompañados de medidas que permitan a las personas prolongar su permanencia en el mercado de trabajo, mediante disposiciones adecuadas en materia de salud, lugar de trabajo y empleo. Siendo necesario introducir también ajustes en los sistemas de pensiones, aumentando la edad de jubilación y reforzando los incentivos para trabajar más tiempo, consultándose a los interlocutores

<sup>21</sup> Decisión 2002/177/CE, de 18 de febrero. Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2002. DOL 1 marzo 2002, núm. 60, [pág. 60, Núm. Págs. 10].

<sup>22</sup> Decisión 2003/578/CE, de 22 de julio. Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. DOL 5 agosto 2003, núm. 197, [pág. 13, Núm. Págs. 9].

<sup>23</sup> Decisión 2004/740/CE, de 4 de octubre. Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. DOL 29 octubre 2004, núm. 326, [pág. 45, Núm. Págs. 2].

<sup>24</sup> Decisión 2005/600/CE del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. DO L 205 de 6.8.2005, p. 21/27.

<sup>25</sup> Decisión 2008/618/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. DO L 198 de 26.7.2008, p. 47/54.

<sup>26</sup> Decisión 2010/707/CE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros [Diario Oficial L de 24.11.2010].

<sup>27</sup> Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles. COM (2012) 55 final.

sociales con el objeto de revisar las edades de jubilación obligatoria no justificadas en los convenios colectivos y en la legislación nacional.

Como puede verse, las Directrices de la Unión Europea van encaminadas a prolongar la edad legal de jubilación, a reducir las jubilaciones anticipadas y a la implementación por los Estados miembros de políticas que favorezcan la prolongación de la vida activa de los trabajadores, incentivándola y favoreciendo las condiciones que lo permitan, como son la formación y cualificación de los trabajadores de más edad y no tanto a impedir la jubilación forzosa una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación, si la misma está justificada en el marco de las políticas de empleo, más aun teniendo en cuenta que está ira aumentando progresivamente en todos los países de la UE.

Por tanto, las políticas comunitarias no justifican el impedir establecer en la negociación colectiva cláusulas de extinción de los contratos al alcanzar una edad de jubilación, que por otro lado, cada vez se retrasará más, sino que lo que realmente pretende es prolongar la edad legal de jubilación y que los trabajadores lleguen a dicha edad ordinaria de jubilación manteniendo las competencias necesarias que les permita conservar el empleo hasta la misma, reduciéndose las jubilaciones tempranas.

#### **4. LA NUEVA SITUACIÓN EN LA JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO**

La modificación de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores mediante la Disposición final 4.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, en la que se establece la nulidad de las cláusulas jubilación forzosa de los convenios colectivos exige analizar, como mínimo, las siguientes cuestiones:

En primer lugar, las implicaciones resultantes de la imposibilidad, en este momento, de fijar la jubilación forzosa mediante la negociación colectiva, y en particular para el personal laboral en el ámbito de la función pública; en segundo lugar, si podrá volverse a regular legalmente la jubilación forzosa del personal civil no funcionario al servicio de los establecimientos militares y de los estibadores; y finalmente, ver cuáles pueden ser las alternativas de los empresarios a la imposibilidad de pactar cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos.

##### **4.1. El futuro de la jubilación forzosa del personal laboral en el ámbito de la función pública**

La imposibilidad, en este momento, de fijar la jubilación forzosa mediante la negociación colectiva, y en particular para el personal laboral en el ámbito de la función pública, imposibilita, en principio, que las Administraciones

Públicas puedan extinguir los contratos de trabajo al alcanzar el empleado público la edad ordinaria de jubilación, al amparo de las cláusulas de los convenios colectivos que lo preveían<sup>28</sup>.

Es difícil pensar que las Administraciones Públicas toleren una situación en la que los funcionarios públicos deban jubilarse obligatoriamente al cumplir, generalmente, los 65 años –que para el personal funcionario incluido en el régimen general de la Seguridad Social se incrementará progresivamente hasta los 67 años<sup>29</sup>–, y en cambio, el personal laboral no se le pueda exigir igual obligación.

Por esta razón, es de esperar que muy pronto el gobierno opte por introducir la jubilación forzosa del personal laboral en el artículo 67 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Ahora bien, ello exigirá el cumplimiento de los requisitos establecidos en la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>30</sup> y el amparo de un interés superior, como es el funcionamiento de los servicios públicos, justificándose así que puedan ceder los intereses individuales en beneficio de los colectivos.

<sup>28</sup> Véase, a modo de ejemplo, el artículo 59 del III Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (Código de Convenio 9012022). Resolución de 3 de noviembre 2009 (RCL\2009\2173); artículo 41 del III Convenio colectivo del personal laboral local que presta servicios para las fuerzas de Estados Unidos en España (Código de Convenio 90011102011997). Resolución de 8 de septiembre 2011 (RCL\2011\1729); artículo 41 del IV convenio colectivo para el personal laboral de la Administración de la Seguridad Social. Resolución de 14 de noviembre 1995 (RCL\1995\3225); artículo 91 del Convenio colectivo de trabajo de la empresa Servei Català de la Salut, CatSalut (personal laboral), para los años 2004-2006 (Código de Convenio 7901512). Resolución TRI/948/2005, de 22 de febrero (LCAT\2005\236); artículo 50 del Convenio colectivo para el personal docente e investigador de las universidades públicas catalanas para el período del 10-10-2006 al 31-12-2009 (Código de Convenio 7902500). Resolución TRE/309/2006, de 21 de diciembre LCAT 2007\59; o artículo 53 del 5º Convenio colectivo de trabajo del personal de administración y servicios laboral de la Universidad de Barcelona, la Universidad Autónoma de Barcelona, la Universidad Politécnica de Cataluña, la Universidad Pompeu Fabra, la Universidad de Girona, la Universidad de Lleida y la Universidad Rovira i Virgili, para los años 2004-2009 (Código de Convenio 7902770). Resolución TRE/4038/2008, de 14 de noviembre (LCAT\2009\15).

<sup>29</sup> Vid. Artículo 11 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio. Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. BOE 14 julio 2012, núm. 168, [pág. 50428].

<sup>30</sup> En el Fj. 9º de la STC 22/1981, de 2 de julio de 1981 se establece que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo; es decir, se garantice que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo y el trabajador afectado haya completado los períodos de carencia para la jubilación –que la Disposición adicional 36ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, ampliaría a tener cubierto el período mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión–.

Lo que parece que va a ser más difícil, en el ámbito de las administraciones públicas, es vincular la medida a las políticas de empleo. El mayor problema en los entes de Derecho Público es que la precisión de las medidas que justifiquen tal vinculación tiene necesariamente una proyección normativa externa de obligado cumplimiento para las administraciones públicas, como son las Leyes de Presupuestos o las normas que anualmente ordenan la oferta pública de empleo para toda la Administración<sup>31</sup>.

#### **4.2. La jubilación forzosa del personal civil no funcionario al servicio de los establecimientos militares y de los estibadores**

La actual imposibilidad de acordar cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos que afectan al personal civil no funcionario al servicio de las Fuerzas Armadas y los Establecimientos dependientes de la Administración Militar, así como el perteneciente a Organismos autónomos encuadrados en el Ministerio de Defensa, abre la posibilidad de volver a aplicar el aún vigente artículo 51 del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, el cual fija que dicho personal causará baja forzosa al cumplir los sesenta y nueve años. En todo caso, ello exigiría, según la mencionada doctrina del Tribunal Constitucional, que ésta se establezca dentro del marco de una política de empleo y sin que suponga la amortización de puestos de trabajo, lo que implica las mismas dificultades comentadas para los empleados públicos, además, cabe la duda si formalmente un decreto es un instrumento adecuado para establecer la extinción de un contrato de trabajo, y por tanto, ello no suponga la vulneración del principio de legalidad, sin desconocer que fue por mandato de la Disposición final 7ª del propio Estatuto de los Trabajadores de 1980, que se delegó en el gobierno la regulación de esta relación laboral especial.

En segundo lugar, en el ámbito de la relación laboral especial de los estibadores portuarios, también cabe la posibilidad de volver a incluir la jubilación

<sup>31</sup> Las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 diciembre 2008 (RJ 2009\1614) y (RJ 2009\1828), en el Fj. 11º establece que: «el cese forzoso por edad y su obligado condicionante de concretas medidas de fomento del empleo, al menos tal como expresamente se regula la materia en la nueva DA 10ª ET, habida cuenta de que la extinción forzosa del contrato se negocia en un marco mucho más limitado [el de un determinado convenio colectivo] que aquel en el que se acuerda la política de empleo público [Ley de Presupuestos y Oferta Pública de Empleo, aplicables a todo el sector público]; lo que representa, todo hay que decirlo, un claro obstáculo para la aplicación -en los sectores públicos- de la medida extintiva reinstaurada por la Ley 14/2005». En igual sentido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 noviembre 2012 (JUR 2013\25949), establece en su Fj. 3º que «las medidas de política de empleo - contrapartida al cese forzoso- han de estar expresamente referidas en el propio Convenio Colectivo y de que no cabe una justificación ad extra de ellas».

forzosa en la norma que la regula –actualmente el Capítulo VI del Título VI del RD Leg. 2/2011, de 5 septiembre–, incluyendo un artículo que la regule, aunque, también en este caso, se deberá cumplir con los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional.

#### **4.3. Posibles alternativas de los empresarios a las cláusulas de jubilación forzosa**

Sin embargo, la cuestión principal se encuentra en la posibilidad de las empresas de explorar vías alternativas<sup>32</sup> que les permita extinguir el contrato de trabajo por causa de edad.

El primer problema que se le plantea a las empresas con la nueva regulación es que éstas no cuentan con las cláusulas de jubilación forzosa para sustituir a los trabajadores con edades superiores a la ordinaria de jubilación cuando, por causa de su edad, éstos sean objetivamente menos productivos que otros trabajadores más jóvenes.

Hasta ahora, las cláusulas de jubilación forzosa de los convenios colectivos junto a las cláusulas de incentivación de la jubilación voluntaria, suponían un instrumento, no sólo de política pública de empleo, sino que además a las empresas les permitían planificar y gestionar sus plantillas.

Así, podían prever la fecha máxima de jubilación de cada empleado y, en consecuencia, prever a su vez la contratación o promoción de otros empleados para cubrir esos puestos de trabajo cuando quedaran vacantes, sin perjuicio de la posibilidad de gestionar una transición progresiva a través de la jubilación parcial del trabajador, junto a la contratación de un trabajador relevista<sup>33</sup>.

##### *4.3.1. La posibilidad de extinguir los contratos vía artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores por ineptitud del trabajador*

La nueva situación no permite que la empresa pueda prever una política interna de empleo, en este sentido, y que en los casos de trabajadores que por su edad hayan visto mermada su capacidad de trabajo, sólo quepa la posibilidad de extinguir los contratos vía artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores por

<sup>32</sup> Vid. Cruz Villalón, Jesús. Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral de 2012. *Relaciones Laborales*, N.º 23-24, Año 28, Diciembre 2012, Editorial La Ley. p. 146.

<sup>33</sup> Vid. Artículo 166.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE 29 junio 1994, núm. 154, [pág. 20658]; y artículo 12.7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Estatuto de los Trabajadores. BOE 29 marzo 1995, núm. 75, [pág. 9654].



ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.

A este respecto, para que esta ineptitud sea apreciable como causa extintiva ha de venir siempre referida a la imposibilidad de realizar las funciones habituales e inherentes a la categoría profesional del trabajador –grupo profesional tras la ley 3/2012–.

El concepto de ineptitud se refiere, de acuerdo con la jurisprudencia<sup>34</sup>, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo –rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.– por tanto, no es suficiente alegar la edad del trabajador, sino que será siempre necesario probar su inaptitud física o psíquica<sup>35</sup>.

Por tanto, para que la extinción del contrato de trabajo se ajuste a lo prevenido en este precepto se requiere que el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera que sea la causa –y por tanto, también por causa de su avanzada edad–, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo, no siendo necesario que la pérdida de aptitud sea imputable al trabajador, ni tampoco que suponga una absoluta y total carencia de idoneidad para el desempeño del puesto de trabajo, correspondiendo, eso sí, al empresario la carga de probar que el trabajador ya no es apto para cumplir debidamente con sus obligaciones laborales, y correspondiendo al trabajador la prueba de su aptitud, o que aquella era conocida o consentida por el empresario<sup>36</sup>.

Como recuerda la doctrina judicial<sup>37</sup>, el hecho de que haya sido declarado no apto para el trabajo no implica que tenga que ser declarado afecto de un grado de invalidez. El reconocimiento de la ineptitud no tiene que imponer por necesidad la incapacidad permanente total ya que algunos grados invalidantes juegan en el Estatuto de los Trabajadores como supuestos suspensivos o extintivos propios de contrato de trabajo.

Por otro lado, con la actual regulación el procedimiento para evaluar la incapacidad en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas por invalidez permanente se inicia de oficio, por propia iniciativa de la Entidad Gestora, o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente para

<sup>34</sup> STS (Sala de lo Social), de 2 mayo 1990 (RJ\1990\3937).

<sup>35</sup> STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social) 1361/1998 de 26 junio (AS\1998\3557).

<sup>36</sup> STSJ de La Rioja, (Sala de lo Social) 209/2009 de 9 julio (JUR\2009\399919).

<sup>37</sup> STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social) 4480/2011 de 23 junio (AS\2011\1944).

gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social; a instancia del trabajador o su representante legal; o a instancia de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente<sup>38</sup>. Por tanto, el empresario, salvo que la empresa colabore voluntariamente en la protección de la Incapacidad Temporal, ésta no está legitimada para iniciar el procedimiento.

A ello hay que añadir que la extinción de contrato de trabajo por ineptitud supone para el empresario la obligación de pagar una indemnización de 20 días por año, mientras que hasta ahora, cuando en el convenio colectivo se preveía la jubilación forzosa, ésta no le suponía ningún coste o con la compensación que se regulaba en el propio convenio colectivo.

#### *4.3.2. La posibilidad de pactar con el trabajador la inclusión de una cláusula de extinción por edad en el contrato de trabajo*

Otra posibilidad que gana interés, con el nuevo redactado de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, es la posibilidad de pactar con el trabajador la inclusión de una cláusula en el contrato de trabajo, en el momento de su firma o posteriormente, que establezca 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, eso sí, siempre en el marco de una política de empleo.

Los tribunales han tenido pocas ocasiones para pronunciarse sobre este tema, probablemente ello se deba a que con la posibilidad de pactarse en convenio colectivo se evitaba tener que recurrir a hacerlo en el contrato de trabajo. Quizás por esta razón las únicas resoluciones del Tribunal Supremo, hasta este momento, sean respecto a la lejana Orden Ministerial de 1 de Julio de 1953<sup>39</sup>, que con el objeto de ordenar la jubilación forzosa contenida en numerosas reglamentaciones de trabajo, las prohibió.

Por tanto, no era posible establecer la jubilación forzosa de los trabajadores por cuenta ajena desde la aprobación de la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953 hasta la aprobación del Estatuto de los Trabajadores. En tal sentido se

<sup>38</sup> Vid. Artículo 4 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, que desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30-12-1994, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. BOE 19 agosto 1995, núm. 198, [pág. 25856]; y Orden de 18 de enero 1996 que aplica y desarrolla el Real Decreto 1300/1995, de 21-7-1995. BOE 26 enero 1996, núm. 23, [pág. 2532].

<sup>39</sup> Orden de 1 de julio de 1953 por la que se regula la jubilación, por edad, de los trabajadores de acuerdo con la vigente Ley de Contrato de Trabajo, unificando los distintos criterios de las Reglamentaciones de Trabajo en esa materia. Boletín Oficial del Estado núm. 188, de 07/07/1953, página 4116.

pronunció el Tribunal Supremo en sentencias de 30 de junio de 1966 y de 22 de septiembre de 1966<sup>40</sup>, declarando que la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953 tenía el carácter de norma imperativa de derecho necesario absoluto, indisponible por tanto por convenio colectivo y el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de octubre de 1967 y de 22 de diciembre de 1967<sup>41</sup> extendería la prohibición legal de pactar la jubilación forzosa al contrato individual de trabajo con la misma argumentación jurídica<sup>42</sup>.

Con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980 la regulación de la jubilación en la Orden de 1 de julio de 1953 dejó de ser derecho necesario y por tanto la disposición adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores supone el sometimiento a decisiones concretas de la contratación colectiva<sup>43</sup>.

Sin llegar a pronunciarse directamente sobre esta cuestión, en la STS de 18 de mayo de 1982<sup>44</sup>, respecto a la acción de despido contra la decisión de extinguir el contrato de trabajo en aplicación de una cláusula del convenio colectivo, en la que el trabajador solicitaba que se le aplicara la cláusula contractual de jubilación forzosa a los 70 años por serle más beneficiosa, el tribunal no entró a valorar la petición por entender que la acción estaba caducada.

Posteriormente, el Tribunal Supremo en sentencia de 25 octubre de 1989<sup>45</sup>, tras declarar nula una cláusula de retiro indemnizado del contrato de trabajo por ser una medida unilateral del empresario, señala que el trabajador hubiera podido aceptar una decisión empresarial equivalente, si se hubiera formalizado en el contrato como propuesta de baja incentivada encaminada a conseguir un acuerdo de terminación del contrato por la vía del art. 49.1 ET.

A pesar de estas escasas resoluciones del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de pactarse la extinción obligatoria del contrato de trabajo al alcanzar la edad de jubilación, podemos encontrar algunas más en suplicación.

La primera de ellas es la STJ de Cataluña, de 27 septiembre de 2000<sup>46</sup>, se considera válida la cláusula de carácter contractual que somete la relación laboral del trabajador al Convenio Colectivo de referencia y que le obliga a jubilarse al alcanzar una edad determinada. En el análisis de dicha cláusula

<sup>40</sup> SSTS de 30 de junio de 1966 (Ar/3636) y de 22 de septiembre de 1966 (Ar/3870).

<sup>41</sup> SSTS de 23 de octubre de 1967 (Ar/3680) o de 22 de diciembre de 1967 (Ar/4347).

<sup>42</sup> Pedrajas Moreno, Abdón y Sala Franco, Tomás. Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos: comentario de urgencia a la STS de 9 de marzo de 2004. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 2004, núm. 10. pp. 109-120.

<sup>43</sup> STS (Sala de lo Social) de 7 octubre 1980 (RJ 1980\3969).

<sup>44</sup> STS (Sala de lo Social) de 18 mayo 1982 (RJ1982\3181).

<sup>45</sup> STS (Sala de lo Social), de 25 octubre 1989 (RJ1989\7437).

<sup>46</sup> STJ de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 7662/2000 de 27 septiembre (JUR\2000\309723). Fj. 2º.

contractual el tribunal fundamenta que «ni desde el punto de vista constitucional, ni legal se atisba a concretar objeción alguna a la misma, entendida como causa de extinción de la relación laboral, que no de otra cosa se discute y siempre que se den las condiciones de acceso a la pensión de Jubilación, como exige la sentencia 22/1981 del Tribunal Constitucional, debiéndose entender en definitiva como una causa del artículo 49.1.f) en relación con el apartado b) de dicho artículo (causas válidamente consignadas en el contrato)».

La sentencia que aborda la cuestión de forma más directa fue la STSJ de Castilla-La Mancha, de 15 junio de 2006<sup>47</sup>, en la que se resuelve que no existe vulneración de derechos fundamentales en la obligación de un trabajador a extinguir el contrato de trabajo al alcanzar la edad de jubilación cuando válidamente se ha pactado en el contrato de trabajo, salvo que la misma constituya abuso de derecho manifiesto por parte del empresario, y no se vulnere los límites impuestos por las normas civiles y laborales. Es decir: no suponga la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos legalmente o en convenio colectivo (artículo 3.5 del ET); no exista vicio de consentimiento, por error, dolo o intimidación (artículo 1265 del C.C); el objeto sea lícito (artículo 3.1 c del ET); o suponga renuncia de derechos, cuando contraríe el interés u orden público o perjudique a terceros (artículo 6.2 del CC)<sup>48</sup>.

En igual sentido, en la STSJ de 16 enero de 2007<sup>49</sup> respecto a la relación laboral de un director de un Parador Nacional, resuelve que la cláusula de jubilación forzosa pactada en el contrato de trabajo, no es nula, habida cuenta, que se ha efectuado por el trabajador en el libre ejercicio de su capacidad negocial «ex» artículo 1255 del Código Civil, salvo que por la parte cumplidamente se acredite, la existencia de vicios del consentimiento, interpretándose los artículos 1261, 1262, 1265 y 1266 del Código Civil, en el sentido de que los mismos constituyen una cuestión de hecho que debe probarse y que por tal motivo queda a la apreciación del Juez de la instancia, aunque el tribunal exige la vinculación a una política de empleo basada en una política de reparto o redistribución de trabajo.

<sup>47</sup> La STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1ª), 1009/2006 de 15 junio (AS\2006\3271), admitió la inclusión en el contrato de trabajo de una cláusula de extinción del mismo al alcanzar el trabajador la edad ordinaria de jubilación, precisamente dándose el caso tras la derogación en 2001 de la DA 10ª del ET y antes de su nueva inclusión en 2006.

<sup>48</sup> Véase en comentario de esta sentencia a Meléndez Morillo-Velarde, Lourdes. *Sobre la validez de la cláusula contractual de jubilación forzosa*. Aranzadi Social paraf. 74/2006 parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2006.

<sup>49</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 27/2007 de 16 enero (AS\2007\1700). Fj. único.

También en la STSJ de Andalucía de 10 noviembre de 2011<sup>50</sup>, aunque en el marco de una relación laboral especial de alta dirección, se resuelve que la extinción del contrato libremente pactada por las partes y previamente indemnizada, cuando el actor llegue a la edad establecida por la normativa de seguridad social a la jubilación, especificada en el contrato de manera expresa a los 65 años, no constituye despido sino válida extinción del contrato de trabajo por voluntad de las partes.

Finalmente, en la STSJ de Madrid, de 3 octubre de 2012<sup>51</sup>, se resuelve que la cláusula de jubilación forzosa firmada por un directivo de Iberia en un anexo al contrato de trabajo se ha efectuado por el recurrente en el libre ejercicio de su capacidad negocial, no siendo un pacto contrario al interés u orden público, y sin que conste la existe de vicios del consentimiento, ni suponga la vulneración de ningún derecho irrenunciable.

La doctrina científica tampoco se ha pronunciado directamente respecto a la licitud de una cláusula en el contrato de trabajo que imponga la extinción del contrato al cumplir el trabajador la edad de jubilación ordinaria, aunque sin duda, seguro que puede generar ciertas dudas. La explicación a esta falta de pronunciamiento posiblemente se deba a que con la posibilidad de pactar estas cláusulas en los convenios colectivos hacía innecesario recurrir a su inclusión en el contrato de trabajo.

Tan sólo se puede encontrar referencias o análisis sobre la naturaleza de las cláusulas de jubilación forzosa referido a las contenidas en los convenios colectivos, las cuales inicialmente fueron consideradas como cláusulas válidamente consignadas en el contrato de trabajo por aplicación del convenio colectivo<sup>52</sup>, aunque se criticaba la ausencia de uno de los elementos necesarios como era la incertidumbre<sup>53</sup>, aunque la doctrina judicial sólo ha exigido para su validez: «a) Que a tenor del ordenamiento jurídico no sea contraria a las leyes, a la moral, ni al orden público (artículo 1255 del Código Civil); b) Que no sea de imposible cumplimiento; y c) Que no constituya abuso manifiesto de derecho por parte del empresario»<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2628/2011, de 10 noviembre (AS\2012\32). Fj. único.

<sup>51</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), núm. 687/2012, de 3 octubre (JUR\2012\361313). Fj. 3º.

<sup>52</sup> Bayón Chacón, Gaspar y Pérez Botija, E. *Manual de derecho del trabajo*. Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1958-1959. 2a ed.

<sup>53</sup> Mella Méndez, Lourdes. *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*. Ed: Lex Nova, SA. Valladolid, 2002. p. 85; y Gil y Gil, José Luis. *La condición resolutoria en el contrato de trabajo*. Capital Humano, N° 254, Sección Relaciones Laborales, Mayo 2011, Editorial Wolters Kluwer España, p. 106.

<sup>54</sup> STS (Sala de lo Social), de 5 diciembre 1985 (RJ\1985\6059). Fj. 4º.

También podría considerarse que nos encontramos ante una condición a término final, si consideramos como conocido el momento concreto en que se producirá la extinción obligatoria del contrato de trabajo. Pero a ello hay que objetar que no siempre será así, ya que el trabajador deberá cumplir con el requisito de tener cumplido un período mínimo para poder tener derecho a la prestación de jubilación o a un porcentaje concreto, aunque podamos encontrar en la doctrina quien considere que ello no tiene la suficiente virtud para transformar la obligación, sometiéndola a condición resolutoria<sup>55</sup>.

Finalmente, serían consideradas como mero desistimiento del empresario<sup>56</sup> o dispositivización de una materia voluntaria en la jubilación del trabajador<sup>57</sup>.

En cualquier caso, el artículo 3.1 c) del Estatuto de los Trabajadores reconoce que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se pueden regular, entre otras, por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos.

Actualmente, pactar en contrato de trabajo la extinción del mismo al alcanzar el trabajador la edad de jubilación, parece ser posible, y no es contraria a ninguna norma convencional, ni a ninguna disposición legal, ya que el propio Estatuto de los Trabajadores contempla en el artículo 49.1.b) que el contrato de trabajo pueda extinguirse por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario<sup>58</sup>.

Así el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de Febrero de 2010, reconoce «que este precepto legal transcrito permite que las partes del contrato de trabajo puedan pactar causas de resolución del contrato distintas a las previstas por la ley»<sup>59</sup>

<sup>55</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. Ley 3/2012, jubilación forzosa y extinción del contrato: ¿un 'término' en un contrato indefinido? *Relaciones Laborales*, N° 4/2013, Sección Cuestiones prácticas, Abril 2013, Editorial La Ley. p. 110.

<sup>56</sup> Mella Méndez, Lourdes. *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. 1ª ed. Iustel, 2007. La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: notas sobre su naturaleza jurídica, pp. 1331-1352. p. 1339; y Esteve Segarra, María A. op. cit., p. 133.

<sup>57</sup> Esteve Segarra, María A. op. cit., p. 106.

<sup>58</sup> Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 13.g) del Real Decreto 1006/1995 en el que se determina que la relación laboral que une al deportista con un club o entidad deportiva quedará extinguida por las causas válidamente consignadas en el contrato. Sin embargo, hay que señalar que la extinción del contrato deportivo por causas válidamente consignadas en el mismo no da derecho a indemnización a favor de ninguna de las partes, salvo cuando existan pactos indemnizatorios expresamente establecidos por los afectados, o la terminación del contrato responda a una causa ilícita. Véase ampliamente en Roqueta Buj, R. *El trabajo de los deportistas profesionales*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia: 1996. Pág. 337.

<sup>59</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 3 febrero 2010 (RJ/2010\1433) FJ. 2º.

En relación con esta posibilidad, y a pesar que como se ha comentado el Tribunal Supremo no ha tenido la ocasión de pronunciarse explícitamente sobre este cuestión, en la STS de 11 abril 2011<sup>60</sup> en relación a la aplicación de una cláusula de jubilación forzosa en el convenio colectivo, se recuerda, concretamente en relación a la edad avanzada, «que los factores de calidad en el trabajo, de capacidad física para garantizar el buen ejercicio profesional y de compensación financiera por el cese han sido precisamente valorados el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea<sup>61</sup> como componentes a tener en cuenta en la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación», cuyo ámbito incluye su aplicación a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación, entre otras, a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

Por consiguiente, establecida, en principio, la posibilidad legal de extinguir el contrato por las causas válidamente consignadas en el contrato de trabajo, fruto de la concurrencia de voluntades, y por tanto, libre de vicios de consentimiento, queda por analizar, fundamentalmente, si existe renuncia de derechos reconocidos legalmente (artículo 3.5 del ET) o abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.

Respecto a la posible renuncia de derechos necesarios, el carácter voluntario de la jubilación del trabajador tiene carácter necesario, pero lo que aquí se analiza no es la jubilación obligatoria sino la extinción obligatoria del contrato pactada en el mismo. Por esta razón, en vista que se encuentra prevista en el artículo 49.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, se puede concluir que no supone ninguna renuncia de derechos reconocidos cuando el trabajador voluntariamente acuerda con el empresario fijar una condición resolutoria en el contrato de trabajo.

Este mismo derecho en su otra vertiente se encuentra regulado en el artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores respecto al pacto de permanencia en la empresa, mediante el cual el trabajador pacta con el empresario, bajo ciertas circunstancias y condiciones, la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. En todo caso, si el trabajador decide unilateralmente abandonar la empresa antes de plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

<sup>60</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 11 abril 2011 (RJ 2011\3822).

<sup>61</sup> Así, SSTJCE 1/2010, de 12/Enero (TJCE\2010\1), Asunto Petersen, referida a la jubilación forzosa de los Dentistas; la 2/2010, de 12/Enero (TJCE\2010\2), Asunto Colin Wolf, respecto de la edad máxima para acceder al cuerpo de Bomberos; y la 350/2010, de 18/Noviembre (TJCE\2010\350), Asunto Georgiev, sobre la misma cuestión en el supuesto de Catedráticos de Universidad.

Por tanto, nos encontramos ante el mismo derecho pero en sus dos vertientes, en cuyo caso el trabajador puede pactar tanto el compromiso de permanencia en la empresa como el de su salida cuando se cumpla la condición resolutoria pactada en el contrato de trabajo.

Respecto al abuso de derecho manifiesto por parte del empresario exige examinar si la condición resolutoria pactada resulta o no abusiva, pues el principio de la autonomía de la voluntad que el art. 49.1 b) ET cede necesariamente en estos casos cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad de una de las partes<sup>62</sup>.

Así, «una cláusula condicional potestativa que remite a la mera voluntad unilateral del empresario, sin expresión de causa, la decisión de dar por terminada la relación de trabajo no puede considerarse entre las consignadas válidamente en el contrato (...), ni siquiera con la contrapartida de una apreciable compensación económica»<sup>63</sup>

Por otra parte, creemos que si un trabajador pacta incluir esta cláusula en el contrato de trabajo debe existir una contraprestación, en caso contrario puede sospecharse que se acepta tal inclusión debido a la necesidad de ser empleado, más aun en circunstancias como las actuales en la que las tasas de superan el 25%<sup>64</sup>. Lo cual lleva a plantearse que ningún trabajador acordaría libre y voluntariamente la inclusión de una cláusula de jubilación forzosa en el contrato de trabajo si no existe una contraprestación a cambio.

Es por ello que para apreciarse que no existe abuso de derecho debería exigirse que siempre este pacto fuera acompañado de una contraprestación, bien en forma de complemento retributivo durante la vigencia del contrato o en forma de indemnización a su extinción, y por supuesto, que el trabajador cumpla con los requisitos para tener derecho a la pensión. Por esta razón, si no existiera compensación alguna en forma de indemnización, premio de jubilación o complemento salarial, dicha cláusula presumiblemente sería un abuso de derecho por parte del empresario.

Valoración distinta merecería si la única contraprestación fuera la vinculación a una política de empleo, la cual directamente no compensa al trabajador, por lo que su no inclusión no implica que la cláusula sea abusiva, por esta única razón.

En todo caso, como ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>65</sup>, del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 se desprende que

<sup>62</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 3 febrero 2010 (RJ2010\1433). FJ. 2º.

<sup>63</sup> STS (Sala de lo Social), de 25 octubre 1989 (RJ1989\7437). Fj. 6º.

<sup>64</sup> Datos de la Encuesta de Población Activa (EPA). Tercer trimestre de 2012. [http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t22/e308\\_mnu&file=inebase&L=0](http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t22/e308_mnu&file=inebase&L=0)

<sup>65</sup> STJCE (Sala Tercera). Caso The Queen y otros contra Secretary of Stete for Business. (TJCE 2009\47).



los objetivos que pueden considerarse «legítimos» como son los objetivos de política social, los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, por su interés general, se distinguen de los motivos puramente individuales, propios de la situación del empleador, como la reducción de costes o la mejora de la competitividad, sin que, pese a ello, pueda excluirse que una norma nacional reconozca a los empleadores, para la consecución de dichos objetivos legítimos, un cierto grado de flexibilidad. De lo cual se deduce que por su interés general la vinculación de esta medida a las políticas de empleo compete a los agentes sociales y el medio adecuado es la negociación colectiva, precisamente el instrumento al que la reciente modificación de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores ha prohibido dicho pacto, aunque la vinculación de la cláusula contractual de extinción del contrato de trabajo a una política de empleo reforzaría su legitimación.

Si se acepta la posibilidad de pactar en el contrato de trabajo la extinción obligatoria del contrato por edad, la condición resolutoria debe mencionarse expresamente en el contrato de trabajo y debe ser posible y lícita, esto es, ajustada a las leyes y a las costumbres. Por lo que la imposibilidad o ilicitud de la misma determinarán que se tenga por no puesta (artículo 9.1 del ET).

Por otro parte, cuando acaezca la condición resolutoria, es necesario que sea denunciada por una de las partes, pues la mera existencia de ésta no extingue «per se» la relación laboral. Por tanto, el mero cumplimiento de una determinada edad por parte del trabajador no extingue el contrato de trabajo, sino que es una causa habilitante.

Finalmente, otra posibilidad que tienen las empresas con la nueva situación es incrementar las ofertas de bajas voluntarias incentivadas o en los despidos colectivos incentivar el acogimiento voluntario de los trabajadores de mayor edad, sin perjuicio en este último caso, de la obligación de las empresas que realicen despidos colectivos, y que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, de efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente (art. 50.11 del ET)<sup>66</sup>, lo cual dificulta esta opción, reduciéndose cada vez más las posibles alternativas.

<sup>66</sup> Esta obligación fue puesta en marcha por la DA 16ª Ley 27/2011, que fue reformada por RD-Ley 3/2012, posteriormente por Ley 3/2012 (DF 4ª), que rebajó a 100 el número de trabajadores empleados en la empresa o grupos de empresas y que declara su aplicación a los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir de 27 de abril de 2011, aunque al mismo tiempo se matiza que las empresa que hubieran realizado despidos autorizados por la autoridad laboral antes del 12 de febrero de 2012 únicamente deberán efectuar aportaciones económicas cuando las resoluciones administrativas afecten a 100 trabajadores (DT 12ª Ley 3/2012) y finalmente por RD-Ley 5/2013, de 15 marzo (art. 10) con el objetivo exigir la aportación económica exclusivamente a las empresas que utilicen la edad como criterio preferente de selección de trabajadores,

#### 4.3.3. *La posibilidad de establecer cláusulas de jubilación forzosa en un convenio colectivo extraestatutario*

Respeto a la posibilidad de establecer cláusulas de jubilación forzosa, en un pacto extraestatutario, éste no puede contradecir las cláusulas del convenio colectivo de eficacia general, en perjuicio de los trabajadores<sup>67</sup>. Aunque desde la introducción del nuevo redactado de la Disposición adicional 10ª al Estatuto de los Trabajadores por la Ley 14/2005, de 1 de julio, ésta se refiere a los «convenios colectivos», en lugar de a la «negociación colectiva», como sucedía en la anterior redacción, lo que pone de relieve, según la doctrina judicial<sup>68</sup>, un claro propósito del legislador de restringir la posibilidad de inclusión de estas cláusulas a los convenios colectivos regulados en el Estatuto de los Trabajadores, que son los únicos que garantizan tanto la representatividad de los sujetos negociadores que acuerdan una medida de tanta trascendencia, como la eficacia general y normativa de la cláusula que limita el derecho individual al trabajo, lo que entraña una prohibición implícita de pactarla en acuerdos extraestatutarios, aunque tras la Ley 3/2012, devienen, en todo caso, nulas y sin efectos las cláusulas de cualquier convenio colectivo que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, incluidos los extraestatutarios.

### **5. ALGUNAS CUESTIONES FINALES EN RELACIÓN A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA DECIMOQUINTA DE LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO**

Finalmente, respecto a la DT 15ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, por la que se establece el régimen transitorio de aplicación de lo establecido en la disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por esta ley, ésta se aplicará a los convenios colectivos que se suscriban a partir de la entrada en vigor de esta ley. Para los suscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta ley se prevé dos reglas:

---

cuyo porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa.

<sup>67</sup> STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social), Sentencia núm. 571/2007 de 13 febrero (AS 2007\1586)

<sup>68</sup> STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social), 2086/2005 de 13 septiembre (AS 2005\3404). Fj. 3º.

1º Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se produzca después de la fecha de entrada en vigor de esta ley, la aplicación se producirá a partir de la fecha de la citada finalización; y

2º Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se hubiera producido antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley, la aplicación se producirá a partir de esta última fecha.

Parece clara la regla para los convenios colectivos suscritos con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta ley, pero para los suscritos con anterioridad a la misma, cabe preguntarse qué debe entenderse por «finalización de la vigencia inicial pactada».

Existen discrepancias en entender si se refiere a la vigencia del convenio pactada originariamente o si es posible entender también el final de la prórroga o del período de ultraactividad.

En nuestra opinión, si atendemos a una interpretación gramatical de este precepto, cabe decir que «la vigencia inicial pactada» se refiere a la acordada en el convenio colectivo, en ejercicio de la libertad de las partes (art. 86.1 del ET) como uno de los requisitos mínimos del mismo (art. 85.3 b) del ET).

En tal sentido, queda fuera de esta vigencia inicialmente pactada, la prórroga automática tras la finalización de este período de vigencia si no ha mediado denuncia expresa (art. 86.2 del ET) y el período de ultraactividad del convenio colectivo<sup>69</sup> tras la denuncia (art. 86.3 del ET).

También en una interpretación lógica del mismo parece ser el espíritu de la ley el no extender este período transitorio creándose una incierta y prolongada vigencia del convenio colectivo prorrogado a causa del bloqueo negocial de las partes, fruto de la inactividad de éstas al no denunciarlo, provocado un uso cuasi patológico de la ultraactividad de los convenios colectivos<sup>70</sup>.

Finalmente, también cabe la posibilidad de pactar vigencias distintas para cada materia, y en este caso, sobre las cláusulas de jubilación forzosa pactadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, cuyo período de vigencia sea inferior al del resto del convenio colectivo. Igualmente, en este caso, entendemos que devendrán nulas al finalizar la vigencia inicialmente pactada para éstas, aunque el resto del convenio colectivo siga vigente.

## 6. CONCLUSIONES

1. Es paradójico que el incremento de la esperanza de vida, y más aún, la

<sup>69</sup> Cruz Villalón, Jesús. Op. cit., p. 133.

<sup>70</sup> Cruz Villalón, Jesús. *Relaciones Laborales*, Nº 23-24, Sección Monografías, Año 27, pág. 365, tomo 2, Editorial La Ley, p. 253

mejora de la salud de la población de mayor edad sea señalada por el gobierno, la UE y la OCDE como única causa de los problemas de sostenibilidad de las pensiones –cuando debiera tenerse en cuenta también el descenso de la tasa de ocupación, la escasa tasa de natalidad, el saldo migratorio o la productividad<sup>71</sup>– o incluso como causa principal del desempleo de los más jóvenes, cuando el nivel formativo o la experiencia profesional juegan un papel determinante<sup>72</sup>.

Las pensiones de jubilación se han incrementado en los últimos años en igual proporción que el resto de pensiones. De igual modo se ha incrementado el coste total de las pensiones, aunque el peso relativo de las de jubilación lo ha hecho menos de un 1%<sup>73</sup>.

Por tanto, a pesar que es indudable que el incremento en el coste de las pensiones supone un problema económico, y que el coste de las pensiones de jubilación representan un 67% del total de pensiones, no es menos cierto que esta situación se agrava cuando la tasa de ocupación, y con ellas la de los cotizantes a la Seguridad Social, descienden significativamente, como es en la actual situación de crisis económica.

Esta situación puede recordar a la vivida a finales del siglo XVIII, en la que el importante crecimiento de la población vivida en esa época motivó el surgimiento de la teoría Malthusiana<sup>74</sup> en la que se predecía que no podría aumentarse suficientemente la producción de alimentos como para abastecer a la población en aumento, lo cual produciría hambruna. Lo que no predijo este economista clásico, que dio nombre a la teoría, fue la revolución agrícola, primero, y la revolución industrial, después, las cuales permitirían un crecimiento sin igual hasta ese momento de la productividad y de las condiciones

<sup>71</sup> Las causas del problema de sostenibilidad financiera de las pensiones de jubilación según el estudio del BBVA sobre el impacto sobre el gasto de la reforma de las pensiones: una primera estimación (2011), no sólo es el incremento de la esperanza de vida, sino que ha de añadirse como causas, el descenso de la tasa de ocupación, la escasa tasa de natalidad, el saldo migratorio y la productividad.

<sup>72</sup> Las causas del desempleo de los jóvenes según el estudio del BBVA sobre Desempleo juvenil en España: causas y soluciones (2011), es fundamentalmente el nivel de educación y la falta de experiencia profesional.

<sup>73</sup> Fuente: Ministerio de empleo y Seguridad Social. 14/10/2012.

<http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>.

<sup>74</sup> Catástrofe malthusiana se refiere a las consecuencias previstas por la teoría demográfica de Thomas Malthus, en esta teoría se preveía un aumento en progresión geométrica o exponencial en la población junto con un aumento en progresión aritmética en la producción agrícola de alimentos que causaría una situación de pauperización y economía de subsistencia que podría desembocar en una extinción de la especie humana y que Malthus pronosticó para el año 1880. Aunque Karl Marx, en una nota de El Capital, expone una de las primeras críticas de la teoría malthusiana, postulando que el progreso en la ciencia y la tecnología permiten el crecimiento exponencial de la población por tiempo indefinido.

que permitirían un espectacular y sostenible aumento de la población mundial, aunque no sin evidentes desigualdades sociales.

Ahora también podemos encontrarnos en una situación similar de tremendismo ideológico en el que parece que el incremento de la esperanza de vida se antoja un problema para las futuras generaciones, las cuales deberán soportar el coste de una población pasiva cada vez mayor. Pero ahora tampoco se nos ocurre pensar que la generación de posibles condiciones que favorezcan la productividad y que permitan aumentar la población ocupada sería clave para que el signo de las predicciones se invirtiera.

Así la derogación de la Disposición 10ª del estatuto de los Trabajadores en 2001 y la posterior declaración de nulidad de las cláusulas de jubilación forzosa en 2012 parece que ha sido operada por el gobierno, más en la lógica de una política liberal de mínimo intervencionismo en las relaciones laborales que en base a reales evidencias que con ella se alcance efectivamente algún objetivo prefijado, –más si se tiene en cuenta que en 2011 el 39% de las nuevas jubilaciones eran anticipadas<sup>75</sup>– o incluso en defensa de los intereses empresariales, los cuales posiblemente se ven más satisfechos con la existencia de esta institución jurídica, como así se demuestra su amplia inclusión en la negociación colectiva, y mucho menos parece tener por objetivo último la defensa de los derechos individuales de los trabajadores.

Las más optimistas previsiones prevén que la reciente reforma de la jubilación reducirá el coste de las pensiones en 2,87 puntos del PIB<sup>76</sup>, –aunque de otros estudios se estima que no se reducirá más del 50% del incremento del coste<sup>77</sup>–, lo que de otro modo puede verse que un incremento igual del PIB, vía incremento de la productividad o aumento de la tasa de empleo, tendría un efecto positivo mucho mayor, ya que no sólo tendría mayores efectos económicos sino también beneficios sociales.

Así pues, en la actual situación de crisis económica y de imperiosa necesidad de reducir el gasto público, el gobierno ha pensado en sustituir un instrumento de política de empleo basada en el reparto del trabajo, como era la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, por una política económica que tiene como objeto reducir el coste en las pensiones de jubila-

<sup>75</sup> Fuente: Anuario del Ministerio de empleo y Seguridad Social. 14/10/2012. <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>

<sup>76</sup> Conde-Ruiz, J. Ignacio y I. González, Clara. Reforma de pensiones 2011 en España: una primera valoración. *Colección Estudios Económicos*. FEDEA - Fundación de Estudios de Economía Aplicada, Enero 2012. ISSN 1988-785X. [www.fedea.es](http://www.fedea.es). p. 26.

<sup>77</sup> Véase a Zubiri Oria, Ignacio. Reforma y sostenibilidad del sistema de pensiones: una valoración crítica. *Economía española y Protección Social*, ISSN 1889-5956, N.º. 4, 2012, pág. 59-105. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4014972>

ción, facilitando la prolongación de la vida activa del trabajador a través de la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que establecían la extinción de los contratos de trabajo por edad, en vez de adoptar políticas de crecimiento que favorezca la creación de empleo, lo cual tendría efectos superiores tanto en el crecimiento del PIB, como en el número de ocupados y cotizantes a la Seguridad Social, pero que hay que reconocer son de más difíciles de lograr, por lo que se acaba optando por lo más sencillo a corto plazo.

2. Respecto a la vinculación de la jubilación forzosa a la política de empleo, ésta supone una política de redistribución de trabajo, y como tal implica la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo.

No cabe duda que individualmente cualquier trabajador prefiere contar con el derecho a elegir libremente el momento de su jubilación, al igual que al empresario le interesa por el contrario poder contar con un instrumento que le permita extinguir el contrato de trabajo al alcanzar el trabajador la edad ordinaria de jubilación. Pero al Estado le corresponde fomentar políticas que faciliten el empleo a todos aquellos que queriendo trabajar no encuentran empleo.

Por esta razón el Tribunal Constitucional entendió que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo era constitucional siempre que con ella se garantice una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podía suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo y que para establecer una cláusula válida de jubilación forzosa en los convenios colectivos debía necesariamente vincularse la medida a una política de empleo, explicitada en éste.

En el mismo sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>78</sup> señala, que la prohibición de toda discriminación por razón de edad no impide que existan cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos; que la normativa comunitaria es compatible con cláusulas de jubilación forzosa referidas al trabajador que alcance el límite de edad previsto y que cumpla con las demás condiciones en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva; y que la validez de tales cláusulas posee un doble condicionante: que estén justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo; que los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto. Aunque la concreción de tal autorización mediante un convenio colectivo no queda en sí misma exenta de todo control judicial<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> STJCE (Gran Sala), de 16 octubre 2007. Caso Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, S.A. (TJCE 2007\272).

<sup>79</sup> STJCE, de 12 octubre 2010. Caso Rosenblatt. (TJCE 2010\297).

El mismo Tribunal reconoce la importancia de la participación de los trabajadores de más edad en la vida profesional y, por ende, en la vida económica, cultural y social, y el mantenimiento en activo de estas personas que favorece la diversidad en el empleo, y que es un objetivo reconocido en la Directiva 2000/78. Lo cual contribuye asimismo al desarrollo personal y a la calidad de vida de los trabajadores afectados, conforme a las pretensiones del legislador de la Unión. No obstante, añade el Tribunal, el interés que representa el mantenimiento en activo de dichas personas debe tomarse en consideración respetando otros intereses que puedan ser divergentes, como es la de reparto del trabajo entre las generaciones y la inserción profesional de los jóvenes trabajadores<sup>80</sup>.

Por ello, se puede considerar que con la modificación de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, se está eliminando uno de los instrumentos más importantes de política de reparto de empleo, priorizándose las políticas económicas por encima de las políticas de mercado de trabajo.

3. Respecto a si la declaración de nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos del nuevo redactado de la Disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, y por tanto la prohibición que ello supone que las partes negociadoras puedan pactar libremente dichas cláusulas, puede atentar contra el derecho constitucional a la negociación colectiva, que se materializa en una de las manifestaciones esenciales de la libertad por parte de los negociadores a decidir las materias respecto de las que negocian<sup>81</sup>, se debe concluir que no se produce tal agresión, puesto que en el propio Estatuto de los Trabajadores se encuentran limitaciones a esa libertad cuando se establecen unas materias que necesariamente deben negociarse como contenido mínimo de los convenios colectivos o se excluye de la negociación algunas materias en algún ámbito determinado. Es por ello que aunque el artículo 37.1 de la Constitución Española establece que la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral, no establece impedimento alguno a su regulación, siempre que ésta no la vacíe de contenido.

4. En el ámbito de las administraciones públicas, es necesario que pronto se regule legalmente la jubilación forzosa del personal laboral en el artículo 67 de la Ley 7/2007, de 12 de abril o en otra ley, si ya no es posible hacerlo en convenio colectivo. Ahora bien, ello exigirá el cumplimiento de los requisitos establecidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, al amparo del funcionamiento de los servicios públicos. En la misma línea, es imprescindible modificar el vigente artículo 51 del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio respecto

<sup>80</sup> STJCE, de 21 julio 2011. Caso Fuchs. (2011\227).

<sup>81</sup> Cruz Villalón, Jesús. Op. cit., p. 132.

al personal civil no funcionario al servicio de las Fuerzas Armadas y los Establecimientos dependientes.

5. La nueva redacción de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores va a obligar a las empresas o a la propia administración pública a buscar soluciones a los problemas que pueden surgir de la imposibilidad de recurrir a las cláusulas de extinción obligatoria para gestionar las plantillas de trabajadores; es por ello que las posibles soluciones, como pactar en el contrato de trabajo la extinción de éste al alcanzar el trabajador la edad de jubilación, las bajas incentivadas, la extinción por causas objetivas, si se da el caso, o que el legislativo establezca legalmente la jubilación forzosa, encuentran como alternativa mucho más satisfactoria precisamente el poder pactarse estas cláusulas en los convenios colectivos como así sucedía hasta la Ley 3/2012, de 6 de julio, en donde las partes tienen un mayor equilibrio en la defensa de sus intereses, pero que la nueva situación puede ocasionar que se exploren estas otras alternativas menos deseables propias de las tendencias liberales en las relaciones laborales.

6. Respecto al problema de la sostenibilidad del sistema público de la Seguridad Social, posiblemente una de las soluciones sea, por un lado, aumentar progresivamente la edad de jubilación hasta los 70 años en consonancia con el aumento de la esperanza de vida, reduciendo esta edad en algunas profesiones que así lo justifiquen e incluso posibilitando que los trabajadores una vez alcanzado los 65 años puedan someterse a una evaluación que determine si existe causa relacionada con la edad que les hagan no aptos para el trabajo y puedan así jubilarse antes de los 70 años.

En todo caso se debe garantizar unas pensiones suficientes, lo que se traduce en aumentar las pensiones mínimas, compensándose con la eliminación del límite máximo de cotización y exigiendo que los trabajadores autónomos coticen en relación a los rendimientos declarados en el IRPF del año anterior.

Aunque la sostenibilidad de las pensiones depende directamente del crecimiento económico, el cual favorezca el incremento de la población ocupada y con ello del número de cotizantes a la Seguridad Social. Como apunta Brunet Cid<sup>82</sup>, la competitividad de una economía no sólo depende de su eficacia y productividad, sino también de la calidad de la regulación legal.

7. En conclusión, por todo lo argumentado y con el fin de evitar soluciones que generen mayores problemas, se debería volver a permitir negociar en los convenios colectivos cláusulas de extinción del contrato al alcanzar el traba-

<sup>82</sup> Brunet Cid, Ferran. Calidad de la regulación y competitividad en los países euromediterráneos. *Información Comercial Española (ICE): Revista de economía*, número 861, 2011 (Ejemplar dedicado a: Economía y competitividad en el área euromediterránea). Págs. 109-128.



jador la edad de jubilación cuando este cumpla con los requisitos para tener acceso a la misma o incluso exigiendo que tenga derecho a un porcentaje mínimo; a la vez que se acompañe con incentivos para que la misma empresa u otra pueda contratar a este mismo trabajador con un nuevo contrato de duración determinada para trabajadores con edades superiores a la de jubilación ordinaria, cuyo salario –si este no supera al salario mínimo interprofesional– sea compatible 100% con la pensión de jubilación y cotice a la Seguridad Social mediante una cuota fija de solidaridad. Aunque si la edad de jubilación se aumenta progresivamente en un futuro hasta los 70 años, probablemente, tanto las cláusulas de jubilación forzosa o extinción obligatoria, como el número de trabajadores que podrán y estarán dispuestos a seguir trabajando será del todo testimonial, a no ser que las tasas de sustitución entre los salarios y las pensiones sean tan bajas que a los trabajadores no les quede más remedio que seguir trabajando mientras puedan, como así sucede en países como México, Corea o Japón<sup>83</sup>.

<sup>83</sup> Los países en los que los trabajadores se jubilan a mayor edad son: México (71,5 años los hombres y 70,1 años las mujeres), Corea (71,4 años los hombres y 69,9 años las mujeres), Japón (69,3 años los hombres y 66,7 años las mujeres); coincidiendo con los países en los que la tasa de sustitución de las pensiones de jubilación representa un porcentaje menor con el último salario recibido, con algunas excepciones como Islandia en la que supera el 100%. Así la tasa de sustitución neta para los hombres para 2011 en México es del 46,9%, en Corea del 51,8%, y en Japón del 41,4%. Fuente: Indicadores Pensiones de la OCDE. <http://www.oecd.org/els/public-pensions/oecd-pensions-indicators.htm>.