

# Las últimas manifestaciones de la jubilación forzosa por convenio colectivo. Comentario a la STS, 4ª, 11-5-2016, rcud 2530/2014

## The last manifestations of the compulsory retirement by collective agreement. Commentary to STS, 4ª, 11-5-2016, rcud 2530/2014

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

| Resumen                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Abstract                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Este comentario jurisprudencial confirma el escaso y transitorio juego de la jubilación forzosa por convenio colectivo tras la reforma laboral de 2012. Además, en el sector público la jubilación forzosa no es posible al impedir la legislación presupuestaria y la legislación contra el déficit público las medidas de fomento del empleo previstas en los convenios colectivos como contrapartida de la jubilación forzosa. La extinción del contrato de trabajo a partir de una jubilación forzosa no válida es un despido nulo en lugar de un despido improcedente. Es un supuesto de discriminación por razón de edad, reconocido por vez primera por el Tribunal Supremo. | This jurisprudence analysis confirms the limited and transient play role of the compulsory retirement by collective bargaining after the 2012 <sup>th</sup> labour reform. Besides, in the public sector the compulsory retirement is not possible due to the budget legislation and regulations against public deficit that prohibit the employment promotion measures proposed in the collective agreements as an offsetting of the compulsory retirement. The termination of the employment contract coming from a non valid compulsory retirement is a null dismissal instead of an unfair dismissal. An age discrimination accepted for first time by the Supreme Court. |
| Palabras clave                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Keywords                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Jubilación forzosa. Negociación colectiva. Fomento del empleo. Legislación contra el déficit público. Congelación del empleo público. Despido nulo o despido improcedente                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Compulsory retirement. Collective bargaining. Promotion of employment. Legislation against the public deficit. Freezing of public employment. Null dismissal or unfair dismissal                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |

### 1. EL ESCASO Y COYUNTURAL JUEGO DE LA JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012: EL I CONVENIO COLECTIVO DE LA CORPORACIÓN RTVE

La jubilación desde las perspectivas laboral (art. 49.1.f] ET) y de seguridad social (art. 204 LGSS-2015) no es con carácter general una obligación de los trabajadores asalariados sino un derecho de los mismos. Derecho cuyo ejercicio, involucrado como está el derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE)<sup>1</sup>, puede llevarse a cabo con ocasión del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, antes de la edad ordinaria de jubilación con o sin penalización, así como tras la edad ordinaria de jubilación con mayor o menor incentivo<sup>2</sup>.

1 STC 26/1981, FF. JJ. 8 y 9.

2 Según se trate de la jubilación ordinaria, de la jubilación anticipada y penalizada o de la jubilación parcial anticipada, o bien de la jubilación retrasada e incentivada, de la jubilación parcial retrasada o de la llamada (...)

Situación muy distinta a la de los funcionarios públicos sometidos por ley a una edad de jubilación forzosa (art. 67.3 EBEP), sin perjuicio de la eventual permanencia en el servicio activo hasta los 70 años, especialmente litigiosa en el ámbito del personal estatutario de las instituciones sanitarias públicas<sup>3</sup>.

Como excepción a la regla general la jubilación de los trabajadores asalariados puede configurarse por convenio colectivo, siempre con el oportuno apoyo legal<sup>4</sup> y con la contrapartida de la política convencional de fomento del empleo, como una obligación, lógicamente solo desde la perspectiva laboral, siendo en todo caso un derecho en materia de seguridad social. Una excepción, eso sí, relativamente extendida en el reciente pasado<sup>5</sup>, sobre todo en el sector público. No es este el lugar más adecuado para pasar revista a la agitada vida jurídica de la jubilación forzosa, a los cambios operados por la disposición adicional 10ª ET (d. a. 5ª en la versión original del ET) y a la copiosa jurisprudencia constitucional, europea y ordinaria sobre el particular<sup>6</sup>. Basta aquí con reparar en la última de las modificaciones operadas, la de la reforma laboral de 2012, declarada constitucional por la STC 8/2015 (F. J. 10).

Reforma de 2012 en este punto que como es bien sabido se dirige a poner fin a la convulsa vida de la jubilación forzosa por convenio colectivo, a acabar con la misma en coherencia con los nuevos vientos europeos del envejecimiento activo<sup>7</sup>. No obstante, y más por conveniencia política que por exigencia jurídico-constitucional, el legislador en lugar de acabar del todo y de una vez con la jubilación forzosa por convenio colectivo le ha dejado un mínimo y coyuntural espacio para que acabe extinguiéndose del todo poco a poco. En efecto, de la mano de la disposición transitoria 9ª ET (anterior d. t. 15ª Ley 3/2012) ese mínimo y coyuntural espacio ha quedado circunscrito a los convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2012, el 12 de febrero de 2012, y exclusivamente hasta la finalización de su vigencia inicial pactada, con exclusión de la eventual prórroga anual (art. 86.2 ET) y de la también eventual vigencia ultraactiva (art. 86.3 ET).

---

jubilación flexible. Sobre las diferentes especies del género jubilación, véase J. B. VIVERO SERRANO, «La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo», en *Documentación Laboral*, 2015, núm. 103, pp. 117 ss.

<sup>3</sup> I. A. RODRÍGUEZ CARDO, «La jubilación forzosa de los funcionarios públicos (y en especial del personal estatutario)», en *Trabajo y Derecho*, 2016, núm. 14, pp. 72 ss.

<sup>4</sup> SSTs, 4ª, 9-3-2004, rcud 765/2003 y rcud 2913/2003.

<sup>5</sup> L. FRAGUAS MADURGA, «La jubilación forzosa como instrumento de política de empleo en el marco de la negociación colectiva», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, 2011, núm. 339, pp. 33 ss.

<sup>6</sup> La literatura sobre la jubilación forzosa es desbordante. Véase, recientemente, M. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, «Evolución y régimen jurídico vigente de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2015, núm. 1, pp. 34 ss. Con anterioridad, entre otros muchos, A. ESTEVE SEGARRA, *La Jubilación forzosa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; J. L. TORTUERO PLAZA, *Jubilación forzosa versus jubilación flexible*, Civitas, Madrid, 2002; y A. V. SEMPERE NAVARRO, L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE y P. GÓMEZ CABALLERO, *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Aranzadi, Navarra, 2006.

La propia sentencia comentada lleva a cabo un pedagógico repaso de la azarosa vida jurídica de la jubilación forzosa por convenio colectivo (F. J. 3.1).

<sup>7</sup> No por casualidad el año 2012 era el Año Europeo del Envejecimiento Activo. Véanse, entre otros muchos documentos técnicos de las instituciones europeas, el Libro Verde de la Comisión Europea titulado «En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros» (Bruselas, 07-07-2010. COM (2010) 365 final. SEC (2010) 830) y el Libro Blanco de la Comisión Europea de título «Agenda para unas pensiones adecuadas, sostenibles y seguras» (Bruselas, 16-02-2012. COM (2012) 55 final. SWD (2012) 7 y 8 final).

En este muy reducido y coyuntural espacio es en el que se ubica la sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comentario. Es, pues, una sentencia mucho más importante desde el punto de vista conceptual que desde el de la posible repercusión práctica, el de la aplicación a futuros pleitos sobre el mismo objeto<sup>8</sup>. Importancia conceptual incrementada si cabe por el sobresaliente tono pedagógico que caracteriza a todas las sentencias de las que es ponente el magistrado Sempere Navarro, incluida desde luego la presente.

Por último, el convenio colectivo que contiene la cláusula de jubilación forzosa hecha valer por el empresario de manera ilícita (discriminatoria), adelantando ya el fallo de la sentencia comentada, es el I convenio colectivo de la Corporación RTVE, de 4 de octubre de 2011 (BOE, 28-11-2011), con vigencia inicial hasta el 31 de diciembre de 2012. Luego, un convenio colectivo anterior a la reforma laboral de 2012 y todavía vigente en ese momento, con la consiguiente aplicación no de la prohibitiva disposición adicional 10ª ET introducida por la reforma de 2012, sino de la permisiva (con condiciones) disposición adicional 10ª ET producto de la Ley 14/2005, traducción parlamentaria de la previa y exitosa concertación social. Téngase en cuenta que la extinción del contrato de trabajo del trabajador afectado por la cláusula convencional de jubilación forzosa se produjo el 31 de agosto de 2012. Y puesto que antes del 31 de diciembre de 2012 se produjeron en la misma empresa otras extinciones por el mismo motivo, resueltas en suplicación por el tribunal madrileño de forma contradictoria, la casación unificadora estaba servida.

## **2. LA DESAPARICIÓN PREMATURA DE LA JUBILACIÓN FORZOSA EN EL SECTOR PÚBLICO: LA SUSPENSIÓN LEGAL DURANTE LA CRISIS ECONÓMICA DE LAS MEDIDAS CONVENCIONALES DE FOMENTO DEL EMPLEO**

Si tal y como se acaba de ver, tras la reforma laboral de 2012 la jubilación forzosa por convenio colectivo ha quedado reducida a la mínima expresión y además abocada a la extinción, en el ámbito del vasto sector público simple y llanamente ha desaparecido de forma prematura al impedir las normas de urgencia de contención del déficit público y las leyes presupuestarias aprobadas durante los últimos años de profunda crisis económica el cumplimiento efectivo de las medidas convencionales de fomento del empleo incluidas *ex lege* en los convenios colectivos transitoriamente regidos por la disposición adicional 10ª ET producto de la Ley 14/2005. Con la suspensión legal año tras año de las medidas convencionales de fomento del empleo la jubilación forzosa en el sector público, incluido el empresarial, ha devenido imposible, ha quedado sin cobertura jurídica sin necesidad de derogación o prohibición expresas. Así se desprende claramente de la doctrina sentada por la sentencia objeto del presente comentario.

En efecto, en el caso de autos, y a diferencia de lo que venía siendo habitual en los pleitos llegados hasta el alto tribunal<sup>9</sup>, no se discute sobre el cumplimiento o no de las

<sup>8</sup> Así se abría mi reseña a esta sentencia publicada en *Trabajo y Derecho*, 2016, núm. 21, pp. 85-86.

<sup>9</sup> Respecto de la licitud o no de la jubilación forzosa en función del cumplimiento o no de las medidas convencionales de fomento del empleo resultan fundamentales las SSTs, 4ª, 22-12-2008, rcud 3460/2006, F. J. 10, y rcud 856/2007, F. J. 10.

Sentencias que, por cierto, consideran que la contrapartida de las medidas convencionales de fomento del empleo debe también cumplirse en el sector público, si bien admitiendo una cierta flexibilidad formal en la (...)

medidas convencionales de fomento del empleo, siendo un hecho pacífico la no cobertura de la vacante dejada por el trabajador afectado por la jubilación forzosa en el plazo de dos años previsto por el I convenio colectivo de la Corporación RTVE (art. 90). Se discute, en cambio, acerca del alcance del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Norma de urgencia que en lo que aquí interesa prohibió durante el año 2012 y para el entero sector público estatal la cobertura de las vacantes por jubilación, con la salvedad de los servicios esenciales (art. 3.4).

Nada mejor, a este respecto, que la reproducción literal de las palabras del propio Tribunal Supremo: «Hemos de decidir, frontalmente, si el RDL 20/2011 puede congelar no solo la oferta de empleo público sino, también, las exigencias que a la jubilación forzosa imponen el legislador (la examinada DA 10ª ex Ley 14/2005) y el convenio colectivo (art. 90). ¿Puede entenderse que la prohibición de proveer las vacantes por jubilación opera sobre el convenio colectivo de modo que la jubilación forzosa se lleva a cabo sin poner en juego sus contraprestaciones?» (F. J. 4.3).

Para la sentencia del tribunal madrileño recurrida en casación unificadora por el empresario<sup>10</sup>, la norma de urgencia antidéficit, el RDL 20/2011, no podía afectar ni a la disposición adicional 10ª ET ni al artículo 90 del I convenio colectivo de la Corporación RTVE por ser ambas normas especiales y por ello inmunes a la norma de urgencia posterior en el tiempo pero de carácter general. Asimismo, el RDL 20/2011 estaba pensado para las jubilaciones ordinarias, no así para las forzosas. Para la sentencia de contraste, también del tribunal madrileño<sup>11</sup>, la norma de urgencia antidéficit prevalecía por jerarquía normativa y por modernidad sobre las otras dos normas en liza, pudiendo pues acudir a la extinción contractual por jubilación forzosa sin la contrapartida convencional de la cobertura de la plaza vacante.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, descartando por tanto la tesis de la sentencia de contraste, aunque sin por ello acoger la de la recurrida, elaborando más bien una doctrina propia y distinta, lo que constituye una práctica relativamente frecuente, aceptada desde luego por el Tribunal Constitucional (STC 172/1994, F. J. 3). El Supremo en lugar de moverse en el terreno de la mera legalidad ordinaria, en el juego de los principios de aplicación del Derecho en liza (jerarquía normativa, modernidad y especialidad), acude, tal y como resulta obligado (art. 5.1 LOPJ), a la jurisprudencia constitucional sobre la jubilación forzosa por convenio colectivo<sup>12</sup>. Y conforme a dicha jurisprudencia no puede haber jubilación forzosa ajustada a Derecho sin la contrapartida real del fomento convencional del empleo, esto es, el sacrificio de la vertiente individual del derecho constitucional al trabajo que supone la jubilación forzosa exige la satisfacción de la vertiente colectiva del mismo derecho constitucional mediante la efectiva política convencional de fomento del empleo.

---

expresión de las medidas de fomento del empleo en atención al complejo juego de las normas presupuestarias y de oferta de empleo público (F. J. 11). En la misma línea, la posterior STS, 4ª, 11-7-2012, rcud 4157/2011, F. J. 4. Sobre el particular, por todos, A. V. SEMPERE NAVARRO, «Jubilación forzosa de trabajadores en el sector público», en *Aranzadi. Revista Doctrinal*, 2009, núm. 8, pp. 7 ss.

<sup>10</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 28-4-2014, recurso de suplicación 1584/2013.

<sup>11</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 9-1-2014, recurso de suplicación 1505/2013.

<sup>12</sup> SSTC 280/2006, F. J. 6, y 341/2006, F. J. 3.

Con ser esta argumentación más que suficiente, podría haber introducido adicionalmente el Supremo la perspectiva europea a partir de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (art. 6), aplicada más de una vez por el TJUE a casos de jubilación forzosa por convenio colectivo<sup>13</sup>.

En definitiva, con la fundada doctrina fijada por el Supremo en la presente sentencia la jubilación forzosa por convenio colectivo en el sector público puede darse por desaparecida. Aunque la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, haya inaugurado una nueva etapa en materia de oferta pública de empleo, quedando atrás las restricciones para las políticas convencionales de fomento del empleo, difícilmente habrá a estas alturas convenios colectivos con cláusulas de jubilación forzosa anteriores a la reforma laboral de 2012 y todavía en su periodo de vigencia inicial.

### **3. EL RECURSO ILÍCITO A LA JUBILACIÓN FORZOSA COMO SUPUESTO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD: LA CALIFICACIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO ATÍPICO**

Pese a emplear argumentos distintos, coinciden el Juzgado de lo Social número 5 de Madrid<sup>14</sup>, el TSJ de Madrid y el Tribunal Supremo en la calificación de nulidad del despido atípico del trabajador de la empresa pública Corporación RTVE afectado por la utilización ilícita de la cláusula convencional de jubilación forzosa. Para los tres órganos judiciales incurre el empresario en un supuesto de discriminación por razón de edad (avanzada). Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional, sin necesidad de apelar a los artículos 4.2.c) ET y 17.1 ET, que expresamente y desde la versión original de 1980 recogen la discriminación por razón de edad, ha reconocido en varias ocasiones que la edad es uno de los factores discriminatorios genéricamente prohibidos por el artículo 14 CE<sup>15</sup>. Eso por no hablar del TJUE de la mano del artículo 21.1 CDFUE, que expresamente se refiere a la edad como factor discriminatorio<sup>16</sup>.

El Tribunal Supremo consciente de la novedad y repercusión de la calificación de nulidad del despido atípico se apresura a aclarar que si en el pasado estos mismos casos merecieron siempre la calificación de improcedencia<sup>17</sup> era porque así se había pretendido por la parte demandante, a diferencia de lo sucedido en el presente litigio. Aunque no llegue a expresarlo abiertamente da a entender el Supremo que de haberse acogido en el pasado la

<sup>13</sup> De obligada lectura resulta la opinión de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo», en *Relaciones Laborales*, 2008, núm. 13, pp. 3 ss.

<sup>14</sup> Sentencia de 22 de abril de 2013 que aunque acertó en el fallo manejó una argumentación desafortunada. Por un lado, entendió que no se había cubierto de manera inmediata la vacante dejada por el trabajador despedido atípicamente, cuando el artículo 90 del I convenio colectivo de la Corporación RTVE daba un plazo de dos años. Por otro lado, y esto es todavía peor, entendía aplicable la nueva redacción prohibitiva de la disposición adicional 10ª ET por haberse producido el cese forzoso en el trabajo vigente ya la reforma laboral de 2012, cuando lo que dispone la disposición transitoria 9ª ET es cosa bien distinta.

<sup>15</sup> El caso reciente de la STC 66/2015, F. J. 3, en relación con el despido colectivo de trabajadores mayores de 55 años.

<sup>16</sup> Por todas, la STJUE, 19-4-2016, Asunto C-441 (2014), que da cuenta de la importante jurisprudencia previa del TJUE.

<sup>17</sup> Por todas, la más reciente STS, 4ª, 2-2-2016, rcud 1624/2014, F. J. 6.

calificación de nulidad sin petición expresa de la parte demandante se habría incurrido en incongruencia *ultra petita*. Ciertamente que nada habría impedido la defensa de la nulidad a efectos dialécticos y sin embargo nunca tuvo lugar.

Una calificación de nulidad no exenta de controversia al fundarse exclusivamente en el resultado objetivo producido, aparentemente al margen del móvil discriminatorio de la decisión empresarial, que bien pudiera haber sido ajeno a la discriminación por razón de edad y ampararse en la cuando menos dudosa ilicitud de la cláusula convencional de jubilación forzosa. Adviértase que expresamente el artículo 55.5 ET habla de móvil discriminatorio cuando se refiere al despido nulo<sup>18</sup>. Con todo, bienvenida sea la calificación de nulidad por discriminación por razón de edad<sup>19</sup>. Lástima que la calificación de nulidad llegue demasiado tarde, pues tal y como se ha reiterado en este comentario el espacio que tiene por delante la jubilación forzosa por convenio colectivo es muy reducido y al borde de la extinción, si es que no está extinguida ya. Servirá, eso sí, para las sentencias todavía no firmes, pendientes del correspondiente recurso.

Si acaso, y puestos a hacer de abogado del diablo, cabría preguntarse si se habría llegado a esta misma calificación de haberse extinguido ilícitamente el contrato de trabajo por la vía formal del despido disciplinario (art. 54 ET) o por la del despido objetivo por ineptitud sobrevenida (art. 52.a] ET) en lugar de por la de la jubilación (art. 49.1.f] ET). Es de esperar que a partir de ahora la aportación de indicios razonables de posible discriminación por razón de edad permita defender en algunos casos la calificación de nulidad; no así en otros. Téngase en cuenta que muchos empresarios seguramente caigan en la tentación de continuar con la extendida tradición de la extinción contractual por jubilación forzosa del trabajador, canalizando las extinciones contractuales por otras vías y no siempre de forma ajustada a Derecho. Tiene aquí, por tanto, la posible discriminación por razón de edad un campo fértil y complejo a la vez.

---

<sup>18</sup> Sobre el móvil discriminatorio de los despidos nulos, entre otras muchas, las SSTC 62/2008 y 92/2008.

<sup>19</sup> Una parte de la doctrina venía defendiendo la calificación de nulidad en lugar de la de improcedencia. Así, por todos, J. L. TORTUERO PLAZA, «La jubilación forzosa en las políticas de empleo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, núm. 33, p. 260.