

Publicación Comentada:

BORRAJO DACRUZ, E.: "La jubilación laboral como institución jurídica (vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo)", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2005, pp. 143-178.

Jubilación y cese forzoso en el trabajo por edad

Retirement and forced retirement due to age

CARLOS ALFONSO MELLADO

Catedrático de la Universidad de Valencia

 <https://orcid.org/0000-0001-6096-0212>

Cita Sugerida: ALFONSO MELLADO, C.: "Jubilación y cese forzoso en el trabajo por edad", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum y Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 177-187

Resumen

El presente trabajo analiza un estudio del profesor Borrajo Dacruz que publicó en el año 2005. En dicho estudio se exponían conclusiones de interés y que son ahora de actualidad como consecuencia de la reforma producida en 2021 en la materia.

La reforma de 2021 ha afectado, nuevamente, a la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, prohibiendo las jubilaciones forzosas en convenios colectivos de trabajadores menores de 68 años de edad. La norma legal ha previsto una serie de excepciones o de medidas de acción positiva para incentivar la contratación de nuevas trabajadoras que cubran los puestos de trabajo de los jubilados forzosamente en sectores de baja ocupación femenina, posibilitando la rebaja de la edad de jubilación en las cláusulas convencionales de jubilación forzosa hasta la edad ordinaria de jubilación (65 años).

Abstract

This paper analyzes Professor Borrajo Dacruz study published in 2005. Aforementioned study reached interest conclusions in this matter which became topical issues consequence of recent 2021 legislative reform.

The 2021 reform has once again affected the tenth additional provision of the Workers' Statute by prohibiting forced retirement stated under collective agreements for workers under 68 years of age. A series of exceptions or positive action measures have been established by this legislative amendment to encourage the hiring of new workers to fill the jobs of forced retirees in sectors with low female employment, making it possible to lower the retirement age in the conventional clauses of forced retirement up to normal retirement age (65 years of age).

Palabras clave

Jubilación forzosa; edad; vida laboral; políticas de empleo; convenios colectivos; seguridad social

Keywords

Forced retirement; age; working life; employment policies; collective agreements; social security

I. EL TRABAJO DEL PROFESOR BORRAJO QUE SE COMENTA

El presente estudio, que constituye un pequeño reconocimiento de la maestría y de la obra del profesor Borrajo, se produce al hilo del magnífico análisis que publicó en el año 2005 en torno a los problemas de la fijación de una edad de cese forzoso en el trabajo y como comentario de actualidad ante la reforma legal que introdujo la Ley 14/2005, de 1 de julio, comentario que desarrollaba la ponencia que había expuesto sobre la cuestión en los cursos de verano de la Universidad de Cantabria.

Ese análisis del profesor Borrajo, lleva por título "La jubilación laboral como institución jurídica (vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo)" y se publicó en la revista *Actualidad*

Laboral, concretamente en el núm. 2 de 2005, pp. 143 a 178 (1864-1890 del tomo correspondiente a ese año).

A algunas de las ideas del trabajo, que resulta de muy grata lectura y que evidencia además la amplia cultura jurídica y no jurídica del profesor Borrajo, haré mención posteriormente.

II. INTRODUCCIÓN

El Estatuto de los Trabajadores de 1980 introdujo en nuestro ordenamiento lo que coloquialmente se ha ido denominando como jubilación forzosa, imprecisión terminológica en la que, como se verá, incurría el propio precepto estatutario, pues realmente lo que se establecía más bien eran unas edades de cese en el trabajo que, lógicamente conducirían a la jubilación del trabajador, pero esta seguía siendo una opción voluntaria para el mismo, que podía decidir no jubilarse.

En efecto, de forma absolutamente novedosa por lo que hace a las relaciones laborales, el ET 1980 establecía literalmente en su Disposición Adicional quinta lo siguiente:

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

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

Era una norma que contenía, pues, tres posibilidades de edad máxima para trabajar, pero con diferentes características.

Por un lado, se establecía una edad máxima con carácter absoluto y para cualquier trabajo o sector productivo, la edad de 69 años, con la única salvedad de que dicha edad podría prolongarse lo necesario para que la persona afectada pudiera alcanzar las cotizaciones necesarias para cubrir el periodo de carencia que en cada momento se exigiese para acceder a la pensión de jubilación.

En segundo lugar, se permitía que el Gobierno fijase otro límite máximo de edad para trabajar, que como se desprendía con claridad de la disposición, sería, en ese caso, inferior a los 69 años de edad, que operaban, como se ha dicho, como límite absoluto que el Gobierno debía respetar también. Ahora bien, la autorización al Gobierno tenía dos condicionantes, por cierto bastante imprecisos: respetar las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, lo que sin duda podía entenderse como una exigencia de tomar en consideración la situación económica de la Seguridad Social, y la disponibilidad de trabajadores suficientes y el volumen de desempleo.

Finalmente, en tercer lugar, se permitía a la negociación colectiva fijar lo que se denominaban “edades de jubilación”, con el matiz de que ello era sin perjuicio de las disposiciones en materia de Seguridad Social, evidenciando así que no era propiamente una edad de jubilación lo que se pactaba, pues esta la fijaban las normas de seguridad social, sino una edad de cese forzoso en el trabajo –de ahí la imprecisión terminológica a que hice mención–. Debe observarse que en esta tercera posibilidad no se establecían condiciones a los negociadores, si bien parecía lógico que operase la misma fijada con carácter general, en el sentido de que no podía privarse a la persona de completar las cotizaciones necesarias para cubrir el periodo de carencia. Por otro lado, como era una regla establecida mediante la negociación colectiva, si se adoptaba en convenios normales –de empresa, sectoriales, etc.– solo regía en su ámbito y, por tanto, podía conducir a que una persona debiera cesar en esa empresa o sector o en el ámbito concreto afectado por el convenio, pero ello no le impedía trabajar en otro ámbito en el que no existiese un límite máximo de edad fijado en convenio o en el que este fuese superior y por tanto no le alcanzase todavía.

Lo cierto es que la aplicación de la disposición se reveló conflictiva y lo ha seguido siendo en sus diferentes versiones¹, primero con correcciones que llevaron a enmarcar la medida en las políticas de empleo² y a hacer desaparecer la referencia a la edad máxima absoluta de 69 años que había sido declarada inconstitucional³ (ET 1995, que pasaba a regular la medida en la Disposición Adicional 10^a); posteriormente a la derogación de la mencionada Disposición, haciendo desaparecer cualquier posibilidad de edad máxima de trabajo (Disposición Derogatoria única del RDL 5/2001 y de la Ley 12/2001), y, poco después, para reintroducir la posibilidad en el artículo único de la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación⁴, que literalmente establecía:

“Se incluye una disposición adicional décima en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional décima. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo. b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.»

Es en este momento, en el que se sitúa el trabajo del profesor Borrajo que da origen a este comentario. Entonces, en 2005, con argumentos que, como se verá, siguen siendo de plena actualidad,

¹ Alguna doctrina autorizada llegó a decir algo tan expresivo como que era hora de resolver la cuestión dando debida sepultura a un instituto que nunca debió nacer, cuando menos en sede de protección social, al respecto GETE CASTRILLO, P.: “La jubilación forzosa: un cadáver normativo a la espera de sepultura definitiva”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 10, 2003, pp. 33 a 46, en concreto p. 45.

Por supuesto en esta aproximación breve no me puedo detener en todos los aspectos que plantea esta institución, para cuyo análisis remito a los excelentes trabajos doctrinales sobre ella y, además de los que citaré, por ejemplo entre otros muchos, como un buen resumen para centrar la cuestión hasta 2005 a BAYLOS GRAU, A.: “la jubilación forzosa y la negociación colectiva”, *Documentación Laboral*, núm. 78, 2006, pp. 9-26 y como obras más extensas sobre la materia, especialmente, a: ESTEVE SEGARRA, A.: *La jubilación forzosa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999; GÓMEZ CABALLERO, P., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2006; SASTRE IBARRECHE, R. y MARTIN PUEBLA, E.: *Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador*. Madrid, Tecnos, 1991; y, TORTUERO PLAZA, J. L.: *Jubilación forzosa “versus” jubilación flexible: reforma y propuesta de capitalización parcial*, Madrid, Civitas, 2002.

² La vinculación entre la medida y las políticas de empleo, en una relación no siempre afortunada, ha estado presente en la medida desde bien pronto y ha sido profundamente analizada por la doctrina, además de otras obras que citaré, puede verse TORTUERO PLAZA, J.L.: “La jubilación forzosa en las políticas de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 33, 2001, pp. 251-262.

³ Inconstitucionalidad declarada en STC 22/1981, de 2 de julio, que ya apuntaba la necesidad de respeto a los derechos individuales, garantizando la posibilidad de la persona afectada de acceso a la jubilación y la vinculación necesaria de la medida con un objetivo concreto y claro de política de empleo.

⁴ Por cierto, la Disposición Transitoria Única parecía hacer recobrar vigencia a cláusulas de los convenios precedentes que hubiesen establecido la medida y hubiesen devenido nulas por la prohibición que sobrevino después, lo que dio lugar a una amplia conflictividad y jurisprudencia, para cuyo estudio remito, por ejemplo, entre otros muchos y en aras a la brevedad, a GARCÍA MUÑOZ, M.: “La jubilación forzosa: causa de extinción de la relación laboral y su vinculación con la política de empleo”, *Temas Laborales*, núm. 101, 2009, pp. 297-319.

se compartan o no, el profesor Borrajo, con su maestría habitual, disecciona y analiza la cuestión, poniendo en evidencia los diferentes intereses que entran en juego, la colisión, a la que él alude, entre los aspectos contractuales y los institucionales presentes en las relaciones laborales, y discutiendo con argumentos jurídicos, sociológicos y hasta recogidos de la actualidad cotidiana, la oportunidad de fijar una edad máxima de trabajo, especialmente si se sitúa en torno a los 65 años. Con fina ironía, por ejemplo, el profesor Borrajo alude a la imposibilidad de presumir que a los 65 años se produce una senilidad incompatible con la vida activa, señalando por ejemplo, y entre otros supuestos significativos, como en aquellos momentos se acababa de inaugurar el “Palau de les Arts” en Valencia, y se había encargado mantener vivos sus cuatro espacios de música al maestro Lorin Maazel que tenía en aquel momento 75 años –y que, por cierto lo haría durante bastante tiempo–. Para el profesor Borrajo, mantener una edad de cese forzoso, una edad de jubilación, en torno a los 65 años, es un anacronismo y sostiene que, cuando menos, deberían haberse adoptado medidas como las que habían entrado en vigor en el régimen de funcionarios permitiendo prolongar la actividad hasta los 70 años, afectándole incluso a él mismo.

Lo cierto es que, como dije, el debate sigue y ahora lo analizaré atendiendo, claro es, al momento presente sin olvidar lo que los precedentes nos orientan al respecto.

III. EL CESE FORZOSO POR EDAD

Como se ha podido ver la posibilidad de establecer una edad de cese forzoso por edad ha sido una cuestión debatida, y lo sigue siendo, con diferentes vaivenes legislativos; en mi opinión, su análisis en el momento presente requiere atender, al menos y en una aproximación breve como esta, a dos cuestiones: la primera analizar los distintos intereses que operan en esta cuestión y sus contradicciones porque explican en buena medida los cambios legislativos reiterados en la materia; la segunda, realizar un sucinto análisis de la vigente regulación.

III.1. Los intereses contrapuestos

Como el propio estudio que comento expone y como avancé, en la regulación del cese forzoso por edad se entrecruzan diversos intereses, de compleja conciliación. El profesor Borrajo alude a la colisión entre el aspecto contractual, entendido como el interés del afectado por fijar su propia edad de cese en el trabajo y la consiguiente decisión de jubilarse, con el aspecto institucional, entendido como la defensa de los intereses colectivos que pueden vincularse inicialmente, en la materia, a la defensa de una cierta política de empleo, orientada sobre todo a su reparto, evitando por ejemplo el desempleo juvenil. Esa colisión provoca también una necesaria reflexión sobre el papel del contrato, la ley y la negociación colectiva como respectivas fuentes reguladoras en esta materia.

No es fácil, en definitiva, conciliar esos intereses y otros que están presentes y a los que aludiré, que enlazan incluso con derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Como se ha expuesto: *“la regulación de la materia debe conciliar el ejercicio de derechos de relevancia constitucional con reflejo colectivo e individual (arts. 14, 35 y 37 CE), que resultan una manifestación paradigmática de las complejas relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual. Desde la óptica técnico-jurídica, se plantean problemas que afectan a las fuentes del Derecho del trabajo y, en concreto, al protagonismo que ha de asumir la ley frente al convenio colectivo en nuestro sistema de relaciones laborales”*⁵.

Para el Tribunal Constitucional el protagonismo de la ley es claro, pero si la misma admite la medida y siempre que la misma se corresponda con fines relativos a la política de empleo, no es

⁵ Al respecto CRUZ VILLALÓN, J. Y GÓMEZ GORDILLO, R.: “La nueva regulación de la jubilación forzosa vía negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 83/2006, pp. 41-74, en concreto p. 48.

inconstitucional que se permita a los convenios fijar edades máximas de trabajo⁶; incluso, siendo cierto que cualquier medida en orden a la “jubilación forzosa” debía vincularse a objetivos de política de empleo, con exigencia de constancia expresa si era la norma legal la que establecía directamente la medida, en bastantes momentos la jurisprudencia entendía que el intercambio de intereses que se producía en la negociación colectiva debía llevar a suponer que dichos objetivos se cumplían implícitamente en el pacto⁷, partiendo, eso sí y siempre, de que esa negociación se amparaba en habilitación legal, pues si la misma no existía no cabía negociar, entendiéndose que existía en la materia una reserva constitucional de ley⁸.

Por eso, en momentos en los que la legislación impedía la posibilidad, las organizaciones sindicales y empresariales alzaban su voz para criticar esa limitación negocial, exigiendo la posibilidad en orden a un cierto gobierno de las políticas de empleo, no siendo, por otra parte, desdeñable el interés empresarial por el rejuvenecimiento de las plantillas y como vía de reducción de las mismas en momentos de ajuste⁹, y el sindical por un cierto reparto del empleo; incluso la doctrina alude a una cierta defensa de la eficacia vinculante de los convenios, citando la posición de estos agentes en el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva para 2004 y la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004 y posteriormente en 2018 en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, posiblemente por seguir pensando que era una vía adecuada para reducir el paro juvenil¹⁰. Puede verse, pues, el interés colectivo en la materia y la defensa del papel de la negociación colectiva, interés real y defendible pero que no puede hacer olvidar a los restantes que existen en la cuestión.

Enlazando con esto último, la jurisprudencia incluida la constitucional, prácticamente desde el inicio de la aplicación de la medida –y coincidiendo con la evolución legislativa en la materia– protegió los intereses individuales, exigiendo que este cese se aplicase solo en relación con personas

⁶ En este sentido, STC 58/1985, de 30 de abril y 95/1985, de 29 de julio. Esta es la misma idea que subyace en la posición del TJCE (actualmente TJUE), expresada en la STJE 16-10-207, C-411/05, en cuyo análisis no me puede detener, remitiendo a los comentarios sobre la misma, como, por ejemplo el de GÓMEZ GORDILLO, R.: “TJCE - Sentencia de 16.10.2007, Palacios de la Villa, C-411/05 - jubilación forzosa prevista en convenio colectivo y discriminación por motivos de edad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, 2008, pp. 565-579, o el de LÓPEZ CUMBRE, L.: “La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios de la Villa”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 102, 2013, pp. 319-352.

⁷ Es clara STS 14-7-2000, Recud. 3428/99, que dirá: “*Llama la atención, ahora y antes, que lo que no puede hacer el legislador “libremente” si que lo pueda hacer el Convenio Colectivo, cual es pactar una edad de jubilación inferior a la legal, pero ello se comprende si se tiene en cuenta que la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que necesariamente, en esa transacción, se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de la que deriva. Aquella regulación de los intereses recíprocos que constituye la base de la negociación entre representantes institucionales de trabajadores y empresarios, derivada de lo dispuesto en el art. 37.1 de la Constitución, es lo que hace diferente una norma convenida de una norma estatal y lo que hace que las consideraciones de política de empleo se exijan en la una y no en la otra.*”

⁸ Por su claridad basta remitirse a las dos SSTS 9-3-2004, Recud. 765/03 y 2319/03 y STS 10-10-2005, Rec. 60/04, señalando esta última: “*En definitiva, desaparecida la norma legal autorizante - la Adicional 10ª - queda la negociación colectiva sin el marco habilitante para establecer limitaciones a aquellos derechos al (sic) que aludió el Tribunal Constitucional en las sentencias 22/1981 y 58/1985...*”

⁹ Con la ventaja frente al despido de la inexistencia de indemnización como apunta por todos ESTEVE SEGARRA, A.: “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, *Labos*, Vol. 3, Núm. Extr. “La reforma laboral de 2021”, pp. 156-166, en concreto p. 160. De este modo, esta medida –sin duda unida a otras como las “prejubilaciones”– se han convertido en medidas estrellas de las políticas de ajuste de plantilla, instrumentalizando el sistema de protección social y tensionando las bases mismas del sistema de Seguridad Social, como exponen MONEREO PÉREZ J.L. y LÓPEZ INSUA, B.: “Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 27, 2022, pp. 45-71, en concreto pp. 46 y 47.

¹⁰ En ese sentido, por ejemplo, MALDONADO MOLINA, J.A.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, *Temas Laborales*, núm. 161, 2022, pp. 407-430, en concreto, pp. 411 a 413 y 415.

que reuniesen las condiciones para acceder a la pensión de jubilación¹¹, solución que como he dicho se acabó convirtiendo en norma.

Junto a esos intereses, cuya colisión se aprecia fácilmente, entran en juego otros, como los relativos a la sostenibilidad del sistema de pensiones, habiéndose apuntado con claridad a los costos que para el sistema de Seguridad Social supone la utilización de las medidas de jubilación forzosa, como instrumento de gestión de recursos humanos, y como eso, seguramente, impulsó al legislador estatal a cambiar la orientación de la política de empleo en este terreno a partir de determinado momento, justo cuando los objetivos de retraso de la edad de jubilación comenzaron a centrar el debate político y económico¹².

Ciertamente la existencia de cláusulas de jubilación forzosa resulta poco coherente, como se ha advertido, con las políticas de sostenibilidad de los sistemas de protección social, de envejecimiento activo y de no discriminación de las personas de edad, e incluso, en nuestra realidad, con las propias conclusiones de la revisión en 2020 del Pacto de Toledo¹³.

La perspectiva de que, además, puede subyacer en la medida una cierta discriminación por razón de la edad, ha sido ampliamente analizada por la doctrina y, aunque propiamente no se entienda como tal, su aplicación práctica en algún momento, centrada en una “limpieza” de trabajadores maduros sin contrapartidas claras de empleo permitía, cuando menos, suscitar dudas al respecto¹⁴.

Incluso, sin entrar en la posible discriminación por razón de edad, intereses sociales derivados de la evolución de la pirámide de la población, con el envejecimiento de la misma –que no senilidad–, y el crecimiento de las expectativas de vida y de vida saludable, justifican evitar jubilaciones tempranas y ofrecer posibilidad de actividad a las personas maduras, como se hace en algunas de las medidas que se vienen implementando últimamente en nuestro sistema de Seguridad Social. Como bien advertía el profesor Borrajo en la obra que comento, la vejez es un concepto que se ha vuelto más complejo de definir y en el que hay que considerar, al menos, factores somáticos, psíquicos, económicos, sociales y culturales, por lo que fijar una edad general de cese forzoso es una medida que puede resultar bastante inadecuada, especialmente si con ella no se garantizan de forma clara y suficiente otros intereses sociales.

III.2. La vigente regulación de la cuestión: la DA 10ª ET y sus precedentes

La actual regulación de la cuestión se contiene en la DA 10ª del ET, en una regulación que, como ya se analizó, ha sufrido bastantes cambios.

Los previos al comentario hecho en 2005 por el profesor Borrajo, los expuse ya y a ellos me remito¹⁵.

¹¹ Por todas STS 8-3-2000, Recud. 2436/99 y STS 14-7-2000, Recud. 3428/99.

¹² CRUZ VILLALON, J. y GÓMEZ GORDILLO, R.: “La nueva regulación de la jubilación forzosa vía negociación colectiva”, op. cit., p. 52.

¹³ Al respecto de todo ello remito al amplio y fundado estudio que realizan MONEREO PÉREZ J.L. y LÓPEZ INSUA, B.: “Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales”, op. cit., especialmente pp. 46 a 53.

¹⁴ Sobre la cuestión remito, entre otros muchos, a MUROS POLO, A.: “La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 26, 2021, pp. 91-112 y muy especialmente a RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo”, *Relaciones Laborales* núms. 1 y 2, 2008, pp. 7-26 y 3-18.

¹⁵ En todo caso para un estudio de esa evolución existe una amplia elaboración doctrinal que no puedo citar en su totalidad por razones de espacio, entre ellos los estudios que he ido citando a los que me remito, especialmente al de MONEREO PÉREZ J.L. y LÓPEZ INSUA, B.: “Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales”, op. cit., pp. 56 a 67. También un interesante estudio de la práctica negocial reciente (2019-2021) en MALDONADO MOLINA, J.A.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, op. cit. pp. 423-429, y analizando

Posteriormente a ese momento (2005), la citada DA 10ª sería objeto de una nueva modificación en la DA 36ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que volvió a admitir la medida desde que la persona cumpliera la edad ordinaria de jubilación y siempre que tuviera derecho a una pensión contributiva de al menos el 80% de la base reguladora y, además, que la medida se vinculase: “a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”. Por otro lado, se habilitaba al Gobierno para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la disposición.

Lo cierto es que dicha redacción casi ni entró en vigor porque la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, eliminó cualquier posibilidad al respecto, al establecer en su Disposición Final 4.2. una nueva redacción de la DA 10ª del ET que literalmente establecía lo siguiente: “Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que permitan 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, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas”.¹⁶

Este texto es el que recogió la versión del Texto Refundido del ET aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, pero el mismo sería modificado para, siguiendo con el vaivén normativo, reintroducir la posibilidad por la DF1ª del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, con la siguiente regulación: “Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que permitan la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.

b) La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo.”

Finalmente, al menos por el momento, la redacción vigente de la DA 10ª ET, tal como se estableció por la DF 1.1 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, dice lo siguiente: “Disposición adicional décima. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. 1. En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que permitan la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) La persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) La medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora. 2. Excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres

las posibilidades de futuro es interesante el estudio de SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Evolución y perspectivas de las cláusulas sobre jubilación forzosa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 250, 2022, pp. 13-36.

¹⁶ Conviene recordar que esa regulación prohibitiva de la negociación en la materia se consideró plenamente constitucional en STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 10, apuntando la doctrina que se ha ocupado de comentar la misma, como estaba en esa solución presente, también, la idea, de salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones, así lo señala POQUET CATALÁ, R.: “Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa”, *Temas Laborales*, núm. 128, 2015, pp. 253-273, en concreto p. 270.

coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas. Las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estará definida por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), de conformidad con el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio. La aplicación de esta excepción exigirá, además, el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La persona afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) En el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula concurra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20 por ciento sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la decisión extintiva. Este CNAE será el que resulte aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. c) Cada extinción contractual en aplicación de esta previsión deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad. La decisión extintiva de la relación laboral será con carácter previo comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada.”

Basta con analizar los diferentes textos legales para darse cuenta de que han ido respondiendo al predominio en cada momento de uno de los intereses concretos que se contraponen en la cuestión y, por supuesto, a las ideologías y preocupaciones de los diferentes gobiernos –más o menos favorables a los intereses colectivos, más o menos preocupados por la situación concreta del gasto público, la renovación generacional del mercado de trabajo y el envejecimiento activo–.

Desde luego, la actual regulación parece bastante coherente con la situación presente y, en el marco de admitir la posibilidad pero de forma restrictiva, tiene dos elementos novedosos y destacables. Por un lado, la clara vinculación con las políticas de empleo en términos muy concretos, fundamentalmente el relevo generacional, pues como acertadamente se ha expuesto, ahora “se utiliza en la nueva redacción un término concreto y claramente vinculante, de manera que sólo cabe la admisión de la jubilación forzosa si se produce un solo objetivo, la contratación de un nuevo trabajador o trabajadora por tiempo indefinido y a jornada completa”¹⁷; además y como segundo elemento a destacar la medida es más flexible para favorecer el empleo de mujeres, lo que establece “un sesgo de género en los requisitos de la jubilación forzosa para alcanzar la igualdad entre sexos introduciendo una medida de acción positiva”¹⁸.

¹⁷ ESTEVE SEGARRA, A.: “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, *Labos*, Volumen 3, 2022, pp. 156-166, p. 159. En este sentido señalando que se da un salto cualitativo en la exigencia de empleo y en su calidad, por ejemplo, y entre otros MALDONADO MOLINA, J.A.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, op. cit. pp. 419-420.

¹⁸ ESTEVE SEGARRA, A.: “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, op. cit., p. 161. En parecidos términos destacando la intención de la medida de realizar el principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres y contrarrestar la segregación o brecha ocupacional por razón de género, por ejemplo, MONEREO PÉREZ J.L. y LÓPEZ INSUA, B.: “Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales”, op. cit. p. 56.

En este sentido, pese a que la norma tiene un claro efecto limitador aunque no prohibitivo de las cláusulas de cese por edad, se ha dicho que: *“demuestra el carácter consolidado de la jubilación forzosa en nuestro país como forma privilegiada de política de empleo para los más jóvenes y pretende inaugurar una nueva estrategia como forma de fomentar la igualdad real y efectiva en el acceso a los distintos sectores productivos desde la perspectiva de género”*¹⁹.

Incluso no son pocas las opiniones que consideran que se ha dado una solución relativamente acertada a la cuestión en cuanto que se regulan de forma muy concreta los objetivos de política de empleo que deben cumplirse, se protege más la sostenibilidad del sistema de pensiones, se disminuye la posible discriminación por edad, y se introduce una acertada perspectiva de género²⁰.

IV. CONCLUSIONES: LA ACTUALIDAD DE LAS IDEAS DEL PROFESOR BORRAJO

Llegados aquí conviene ir finalizando y al respecto hay que señalar que posiblemente estemos cerrando los vaivenes normativos sobre esta cuestión de una manera bastante acertada en cuanto que en la nueva regulación:

1. Se respeta la posibilidad de los negociadores de pactar sobre la medida.
2. Se fija un umbral mínimo de edad de la persona afectada que supera incluso la que será edad ordinaria de jubilación (68 años frente a 67).
3. Se garantizan plenamente los derechos prestacionales de la persona afectada que no se verá perjudicada en su derecho al percibo del 100% de la pensión contributiva.
4. Se fijan objetivos de empleo muy concretos que garantizan que no se pierda empleo y que el que se cree sea de calidad (obligación de contratar una persona con contrato indefinido a tiempo completo), operando así realmente el relevo generacional.
5. Se introduce un novedoso sesgo de género, para conseguir la igualdad efectiva, introduciendo una medida de acción positiva en el sentido de permitir flexibilizar algo las exigencias para pactar la medida, en sectores o subsectores en los que la mujer esté ampliamente infrarrepresentada y siempre, claro es, que la persona contratada como indefinida y a tiempo completo sea una mujer.

Puede afirmarse, sin duda, que no en su totalidad, pero sí en buena medida, la norma actual responde a las mismas preocupaciones, ideas y propuestas expuestas en el trabajo del profesor Borrajo, que está en el origen de este, especialmente en orden a no facilitar en exceso una expulsión del mercado de trabajo de personas mayores de 65 años, pero en plenitud de sus capacidades y que se verían condenadas a largos periodos de inactividad o “pasividad consuntiva” – como decía el profesor Borrajo –, y evitando establecer medidas cuya conexión con la política de empleo sea tan difusa que realmente pueda entenderse como inexistente, lo que desde luego no puede decirse del texto vigente.

Posiblemente la nueva regulación no satisfaga a todos y puede quedar la duda que se expresa doctrinalmente, señalando que: *“cabría interrogarse sobre si realmente estamos ante una medida política de fomento del empleo con esta medida que se materializa en un despido por razón de la edad. La larga experiencia desacredita decididamente esta medida como política de empleo que desconoce el derecho al trabajo y la voluntariedad de la jubilación como paradigma normativo (fuera del empleo público, claro)”*²¹.

¹⁹ PERÁN QUESADA, S.: “El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa” *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 27, 2022, pp. 95-110, en concreto p. 110.

²⁰ MALDONADO MOLINA, J.A.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, op. cit., pp. 429-430.

²¹ MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la jubilación forzosa”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 18, 2019, pp. 13-25, concretamente p. 23.

Esa es la duda a la que posiblemente intenta dar alguna respuesta la actual regulación restrictiva, aunque no prohibitiva, garantizando objetivos de empleo y relevo generacional esenciales para justificar la medida y con sesgos novedosos como el de género.

Es de esperar que así, al menos en gran parte, se haya conseguido la conciliación en este aspecto, a la que aspiraba el profesor Borrajo entre institución y libertad, en definitiva, entre los diversos intereses que se entrecruzan en la cuestión que no son fáciles de conciliar, peor que aparecen todos ellos como merecedores de una cierta protección.

V. BIBLIOGRAFIA

BORRAJO DACRUZ, E.: “La jubilación laboral como institución jurídica (vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo)”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2005, pp. 143 a 178.

y:

BAYLOS GRAU, A.: “la jubilación forzosa y la negociación colectiva”, *Documentación Laboral*, núm. 78, 2006, pp. 9-26.

CRUZ VILLALÓN, J. Y GÓMEZ GORDILLO, R.: “La nueva regulación de la jubilación forzosa vía negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 83/2006, pp. 41-74.

ESTEVE SEGARRA, A.: *La jubilación forzosa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

ESTEVE SEGARRA, A.: “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, *Labos*, Volumen 3, 2022, pp. 156-166.

GARCÍA MUÑOZ, M.: “La jubilación forzosa: causa de extinción de la relación laboral y su vinculación con la política de empleo”, *Temas Laborales*, núm. 101, 2009, pp. 297-319.

GETE CASTRILLO, P.: “La jubilación forzosa: un cadáver normativo a la espera de sepultura de GÓMEZ CABALLERO, P., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2006.

GÓMEZ GORDILLO, R.: “TJCE - Sentencia de 16.10.2007, Palacios de la Villa, C-411/05 - jubilación forzosa prevista en convenio colectivo y discriminación por motivos de edad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, 2008, pp. 565-579.

LÓPEZ CUMBRE, L.: “La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios de la Villa”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 102, 2013, pp. 319-352.

MALDONADO MOLINA, J.A.: “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, *Temas Laborales*, núm. 161, 2022, pp. 407-430.

MONEREO PÉREZ J.L. y LÓPEZ INSUA, B.: “Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 27, 2022, pp. 45-71.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la jubilación forzosa”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 18, 2019, pp. 13-25.

MUROS POLO, A.: “La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 26, 2021, pp. 91-112.

PERÁN QUESADA, S.: “El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa” *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 27, 2022, pp. 95-110.

- POQUET CATALÁ, R.: “Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa”, *Temas Laborales*, núm. 128, 2015, pp. 253-273.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo”, *Relaciones Laborales* núms. 1 y 2, 2008, pp. 7-26 y 3-18.
- SASTRE IBARRECHE, R. y MARTIN PUEBLA, E.: *Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador*. Madrid, Tecnos, 1991.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Evolución y perspectivas de las cláusulas sobre jubilación forzosa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 250, 2022, pp. 13-36.
- TORTUERO PLAZA, J. L.: *Jubilación forzosa “versus” jubilación flexible: reforma y propuesta de capitalización parcial*, Madrid, Civitas, 2002 definitiva”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 10, 2003, pp. 33 a 46.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: “La jubilación forzosa en las políticas de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 33, 2001, pp. 251-262.