La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo
The paradox of forced retirement and active aging

ALEJANDRO MUROS POLO Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-6192-8481

Cita sugerida: MUROS POLO, A. "La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 26 (2021): 91-112.

Resumen

El presente trabajo pretende ofrecer una visión crítica sobre la nueva introducción de la jubilación forzosa en el ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, no solo porque se vea injustificadamente recortado el derecho del trabajador a decidir sobre su jubilación, sino porque esto entra en contradicción con los planteamientos de envejecimiento activo, que, desde instancias europeas e internacionales, se viene defendiendo, como mecanismo para la integración de una población cada vez más creciente, y a su vez, para la sostenibilidad *parcial* del sistema público de pensiones.
Con esta finalidad de crítica, se abordará previamente un estudio analítico y sistemático de la incesante evolución jurídico-normativa de la jubilación forzosa y su jurisprudencia, lo cual reflejará la utilización de esta institución más como un instrumento de política de empleo. También se abordará una caracterización de la figura actual de la jubilación forzosa, introducida por el citado RD-Ley, sus requisitos y sus consecuencias en materia de Seguridad Social.

Palabras clave

jubilación forzosa, envejecimiento activo, discriminación por razón de edad, sostenibilidad pensiones públicas, trabajadores maduros

Abstract

This paper aims to offer a critical view of the introduction of forced retirement into Spanish law through Royal Decree-Law 28/2018, of 28 December, not only because it unjustifiably curtails workers' rights to decide on their own retirement, but also because it contradicts the idea of active aging, which has been defended across Europe and the world as a way of integrating an ever-growing segment of the population and for the *partial* sustainability of the public pension system.
To form this critical view, we first address a previous analytic and systematic study of the constant regulatory evolution of forced retirement and its jurisprudence, which will reflect its use as a political tool in employment. We also present the current figures on forced retirement, introduced by the Royal Decree mentioned above, its requirements and consequences for Social Security.

Keywords

forced retirement, active aging, age discrimination, public pension sustainability, mature workers

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN: PLANTEAMIENTO

La pensión de jubilación es aquella protección social que provee el Estado ante la carencia de rentas como consecuencia del cese de la vida laboral. Tradicionalmente, sus notas configuradoras han sido: el cese total en el trabajo, su acceso voluntario y el cumplimiento de una edad determinada.

Sin embargo, debido a las modificaciones "erráticas e improvisadas" del legislador desde los años 1980[1], no podemos asistir hoy en día a estas características delimitadoras[2], pues, por un lado,

[1] *Vid.,* en un sentido amplio, MONEREO PÉREZ, J.L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global del proceso reformista", en VVAA.: *La pensión de Jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma,* MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ CUMBRE, L. (Dirs.), MALDONADO MOLINA, J.A. y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015, págs. 1-15.

[2] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso* *(...)*

Fecha Recepción: 25-3-2020 – Fecha Revisión: 22-4-2020 – Fecha Aceptación: 23-4-2020
Pags. 91-112

se establece con carácter general la obligatoriedad de la jubilación una vez el empleado público llegue a la edad de 65 años, y por otro, objeto del presente trabajo, se posibilita la jubilación forzosa a través de su inclusión en el convenio colectivo, desnaturalizando el requisito de la voluntariedad en el acceso a la pensión de jubilación, debiendo también mencionar las jubilaciones anticipadas involuntarias, si bien tasadas en la legislación. Además, se permite la compatibilidad de la pensión con el trabajo, y lo que es más problemático como se expondrá, su acceso de forma anticipada a la edad ordinaria de jubilación, a través de un amplio abanico: prejubilaciones, jubilaciones anticipadas, jubilación parcial y flexible.

Estos cambios en la pensión de jubilación han sido numerosos, como comentábamos, no tratándose de una cuestión menor, pues la pensión de jubilación es el mayor gasto para las arcas de la Seguridad Social, debido a su gran número de beneficiarios, aunque, sin embargo, mayor alternatividad configura la jubilación forzosa, pues tal y como se abordará, su configuración ha dependido de una u otra determinada política de empleo. Y en este sentido, se ha vuelto a introducir la jubilación forzosa, en virtud del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, como mecanismo de "rejuvenecimiento de plantillas".

Empero, las modificaciones deberán de focalizarse de nuevo en una determinada dirección, aunque de manera ampliamente consensuada, pues el aumento de la esperanza de vida, la disminución de la natalidad, así como el previsible aumento de las altas en las pensiones de jubilación con la incorporación a este sector de aquellas personas que provienen del *baby boom* español[3], hace repensar el modelo de financiación de la Seguridad Social, ya de por sí sobrecargado. En otras palabras, atendiendo a estas premisas, la tasa de dependencia (número de pensionistas por trabajadores que cotizan para una pensión en virtud del sistema de reparto) aumentaría, con la consiguiente reducción de la tasa de sustitución o reemplazo[4], e incluso, llegando a producirse la insostenibilidad del sistema de pensiones.

En consecuencia, la cobertura de las personas más vulnerables, como son los mayores, se vería recortada, un colectivo, que ya de por sí se ve afectado por situaciones de discriminación, pues asistimos a una "situación de minusvaloración y subalternidad social de las personas mayores en una sociedad dominada por la racionalidad instrumental y la desconsideración en todos los aspectos o dimensiones de una sociedad orientada a garantizar efectiva y adecuadamente la tan repetida –como cumplida– *solidaridad intergeneracional* en todos los ámbitos"[5].

Es por ello, que se necesita de una acción, la cual pasa, siguiendo directrices europeas, por integrar a la persona mayor socio-laboralmente, favoreciendo lo que se denomina envejecimiento activo, que no solo busca que las personas mayores lleguen a su última etapa de la vida en unas condiciones saludables, entendido esto en un sentido amplio, sino que también promueve el alargamiento de la vida laboral como medida para paliar las deficiencias del modelo.

Sin embargo, esto entra en contradicción con lo que el legislador español ha promovido, que ha sido en definitiva la expulsión de los trabajadores maduros, en mayor medida a partir de la crisis económica de 2008 y la consecuente Reforma laboral del año 2012. En concreto, se "facilitó" el

Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019, pág. 28.

[3] https://intereconomia.com/noticia/la-generacion-del-baby-boom-espana-doblemente-penalizados-jubilacion-20180207-1448/

[4] "La relación que existe entre la cuantía neta de la primera pensión recibida respecto al último salario neto", FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019, pág. 373.

[5] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación…", *op. cit.*, pág. 74.

despido colectivo, convirtiéndose en la gran estrella de las reestructuraciones empresariales[6], pues tanto se objetivaron las causas como se suprimió el control vinculante de la administración laboral. De este modo, ha sido frecuente el recurso a las prejubilaciones como medida de reestructuración empresarial, destacando el caso conocido de la Banca, aunque también se ha hecho un uso fraudulento y desvirtuado de la jubilación anticipada, parcial y flexible.

No contento con ello, una vez ya se ha superado en cierto modo el catastrofismo de la crisis económica, el legislador en el año 2018, a través del Real Decreto-ley 28/2018, vuelve a introducir la figura de la jubilación forzosa, como un nuevo mecanismo de expulsión de los trabajadores maduros que desean seguir trabajando una vez llegados a la edad de jubilación, en contradicción con lo que establece la Unión Europea para la sostenibilidad de las pensiones y el alargamiento de la vida activa laboral.

Pero las críticas a este modelo siguen estando vigentes, pues aunque se intente justificar más bien como modo de inclusión de los más jóvenes en el panorama laboral, buscando reducir la tasa de desempleo, esto se fundamenta en la equivocada idea de que este sistema de reparto del empleo represente un "juego de suma cero", pues que se despidan a unos trabajadores por considerarse que han agotado ya su vida laboral no tiene por qué desencadenar en creación de empleo[7], además de ser un potencial factor de discriminación por razón de edad.

En fin, con el objetivo de analizar esta discutida figura de política de empleo, atenderemos a una exposición sintética de los vaivenes legislativos de la jubilación forzosa y su principal jurisprudencia, incidiendo en mayor medida en un estudio de la disposición adicional 10ª actual del ET, la cual introduce de nuevo esta medida en el ordenamiento jurídico español, para poder en última instancia finalizar con unas conclusiones críticas de *lege data* y propositivas de *lege ferenda.*

2. RECORRIDO HISTÓRICO POR LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. IDAS Y VENIDAS

Fue ya en el primigenio Estatuto de los Trabajadores de 1980 cuando se introdujo esta figura de la jubilación forzosa u obligatoria[8], en concreto, en su Disposición Adicional Quinta, la cual, dividida en dos párrafos y sin ningún encabezado, recogía:

"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 períodos 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."

Poco tiempo después se planteó cuestión de inconstitucionalidad, que fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su sentencia 22/1981, de 2 de julio, aunque de una forma no concluyente, pues si bien es cierto, que determinó la inconstitucionalidad de la medida como una presunción *iuris et de iure* de incapacitación por parte del trabajador que ocasionara "de forma

[6] LÓPEZ INSUA, B.: "La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones", *e-Revista Internacional de la Protección Social,* Vol. III, Nº1, 2018, pág. 77.

[7] DURÁN LÓPEZ, F.: "Vuelve la jubilación forzosa", *Newsletter laboral Garrigues,* enero 2019, pág. 3. Disponible en https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/newsletter-laboral-enero-2019 (visit. 1/03/2020)

[8] Con anterioridad, el ordenamiento preconstitucional se oponía a esta figura, pues tanto la Orden de 1 de julio de 1953 como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, indicaban que la extinción del contrato por jubilación era una facultad que correspondía al trabajador, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "Extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación", en VVAA: *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019: estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes,* MONEREO PÉREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2019, págs. 102-103.

directa e incondicionada la extinción de la relación laboral" a la edad de 69 años[9], por otro lado, permitió que se aplicara la jubilación forzosa supeditándola a valores inherentes a la política de empleo, realizando una interpretación teleológica y sistemática del precepto, como la propia sentencia indica. Es decir, es aquí donde ya se reconoce la jubilación forzosa como instrumento de política de empleo, representando un sacrificio de la vertiente individual del Derecho del trabajo en favor de un colectivo que quiere acceder al mercado laboral, y, en consecuencia, como objetivo de disminución de la tasa de desempleo que "no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo". Además, el TC entendió que para que este tratamiento desigual fuera justificado, debería de garantizarse el acceso a la pensión de jubilación como una "compensación", evitando así una lesión desproporcionada de un bien constitucionalmente garantizado como es el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE).

La polémica se reavivó con la segunda cuestión de inconstitucionalidad, por la que el Tribunal Constitucional esta vez, en su sentencia 58/1985, de 30 de abril, se pronunció a favor del segundo párrafo de la citada disposición adicional quinta del ET, pues lo declaró constitucional al ser el convenio colectivo competente para imponer una edad máxima de trabajo, siempre y cuando se observaran las normas relativas al acceso a la pensión de jubilación de la Seguridad Social como forma de compensación, reiterando la citada STC 22/1981, de 2 de julio, aunque omitiendo parcialmente referencia expresa a su vinculación con la política de empleo[10].

Además, el TC aprovechó este momento para hacer una serie de precisiones respecto al convenio colectivo de gran importancia, tales como que su sistema de fuentes se ordena a través del principio de jerarquía normativa, estando por debajo de la Constitución y la Ley, aunque, sin embargo, ello no significa que haya una relación de delegación entre ley-convenio, pues la fuerza vinculante del convenio proviene directamente de la Constitución. También indicó, que de la Constitución no se deduce ni expresa ni tácitamente que los convenios colectivos no puedan regular las condiciones de ejercicio de derechos fundamentales, si bien es cierto, que de las relaciones existentes entre la autonomía colectiva e individual se suscitan los problemas más complejos en el ámbito del Derecho del Trabajo, y para ello el TC expuso dos principios que deben de regir en estas relaciones, como son que el convenio no puede anular la autonomía individual aunque sí puede incidir en ella, y que sí puede limitarla cuando sea necesario para conseguir intereses colectivos.

Sin embargo, el Tribunal Supremo a finales de los ochenta y principios de los noventa[11], en contraposición a la interpretación del Tribunal Constitucional, realizó una serie de matizaciones en sentido aperturista de los objetivos de política de empleo exigidos, pues permitía la amortización del puesto de trabajo en el marco de una política global de empleo, ya que "solo sería necesario que se observe con este sacrificio una mejora de las condiciones de trabajo y de la vida de los trabajadores y el bienestar social del colectivo"[12], todo ello en base al principio de libertad negocial. Por ende, con esta interpretación extensiva, no se exigía la incorporación del desempleado al puesto de trabajo vacante para justificar la jubilación forzosa.

La nueva redacción del Estatuto de los Trabajadores en 1995, modificó el primer párrafo de la Disposición Adicional Quinta comentada, y la introdujo en la Disposición Adicional 10ª del nuevo ET, dejando inalterado el segundo (nuevo tercer) párrafo. Quedó así esta nueva disposición,

[9] Opinión contraria recoge el voto particular de la citada STC 22/1981, de 2 de julio, realizado por D. Jerónimo Arozamena Sierra.

[10] Sobre esta interpretación, *vid.,* GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "La jubilación forzosa pactada en convenio colectivo: la política de empleo como límite a la disponibilidad colectiva de derechos individuales del trabajador (comentario a la STS de 14 de julio de 2000)", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2000, pág. 680.

[11] *Vid.,* SSTS de 27 de diciembre de 1993 (RA 10011), de 27 de febrero (RA 1233) y dos de 27 de octubre de 1987 (RA 7210 y 7211).

[12] ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *op. cit.*, pág. 105.

rubricada "límite máximo de edad para trabajar"[13], haciendo caso en cierta medida a los pronunciamientos del TC:

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

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

Pero de nuevo, el TS, desprendiéndose y desvirtuando cada vez más la doctrina constitucional, en sus sentencias utilizaba una interpretación extensiva de lo que sería una política de empleo adecuada para legitimar la cláusula de jubilación forzosa en el convenio. Y para ello entendió, que al ser la cláusula convencional "una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios" (STS 5822/2000 de 14 de julio), ello llevaba implícito una política de empleo, que no es necesaria explicitar, exigiéndose tan solo la garantía del derecho a la pensión pública para que no se vulnerara el principio de igualdad. De este modo, ya no solo no se exige la no amortización del puesto de trabajo, sino que, además, esta cláusula no tiene que estar vinculada expresamente a políticas de empleo por ser expresión de la autonomía colectiva.

Empero, fue el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, posteriormente Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, la primera que derogaría la jubilación forzosa, aunque no de manera pacífica, pues se suscitaron numerosas dudas interpretativas en la doctrina[14] y en los Tribunales acerca de si era todavía posible adoptar límites máximos a la edad de trabajo en virtud de convenio colectivo. Este aspecto fue resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia 1592/2004, de 9 de marzo, resolviendo en contrario, aunque reconoció la vigencia de las cláusulas convencionales contraídas con anterioridad a la derogación[15]. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal para privar a la negociación colectiva en este sentido, versaron sobre el carácter habilitador de la D.A. 10ª ET, y, por ende, el deber que tiene el convenio de respetar la reserva de ley impuesta por la Constitución (art. 53.1 CE), así como la necesidad de respetar la Directiva 2000/78/CE y las nuevas orientaciones adoptadas en el Pacto de Toledo para la sostenibilidad de las pensiones. De este modo, los argumentos utilizados por el TS para establecer la prohibición de negociar cláusulas de jubilación en convenio, entrarían en aparente contradicción con lo establecido por la STC 58/1985.

Sin embargo, las peticiones de los agentes sociales, y más aún tras la citada STS 1592/2004, fundamentadas en la preocupación de que les quedara vetada una facultad que se presentaba como necesaria en la gestión de los recursos humanos de la empresa[16], provocó que, la Ley 14/2005, de 1

[13] El legislador hizo uso de un eufemismo para evitar referirse a la jubilación forzosa u obligatoria.

[14] Sobre las diferentes posturas, *Vid.,* SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y GÓMEZ CABALLERO, P.: *Apuntes sobre la Jubilación Forzosa,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, págs. 55 y ss.

[15] Para un estudio pormenorizado del pronunciamiento del Tribunal Supremo y su problemática, *vid.,* PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: "Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa", *Relaciones Laborales,* Nº 11, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 Jun. 2004, Año XX, La Ley, págs. 509-521, y también en www.laleydigital ref. 1085/2004.

[16] "Esta interpretación jurisprudencial ha supuesto que, a día de hoy, se haya producido cierta inseguridad jurídica que está motivando problemas en la negociación colectiva en determinados ámbitos. Como consecuencia de ello, las organizaciones empresariales y sindicales firmantes del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva, vigente para 2004 (la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Confederación Española de la Pequeña y la Mediana Empresa, la Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras), se han dirigido al Gobierno para expresar su preocupación por los efectos que la doctrina judicial pudiera tener en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, en la negociación colectiva, cuyo equilibrio interno, *(...)*

de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, volviera a introducir la vigencia de la Disposición Adicional 10º, siendo fruto del primer acuerdo entre el Gobierno y los interlocutores sociales (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT) en el marco de la Declaración para el Diálogo Social 2004 "Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social", de fecha 8 de julio de 2004. De este modo, el artículo único de la Ley 14/2005, modificó la D.A. 10ª ET, rubricada ahora "cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación" y dejando su contenido:

"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".

Así, esta nueva regulación presentó ciertas modificaciones respecto a la normativa anterior, pues solo facultaba a los interlocutores sociales vía convenio colectivo para imponer edades de jubilación, y no al Gobierno, aunque no hubiera hecho uso de su facultad[17]. Pero, además, como novedad, sustituyó la anterior referencia de "edades de jubilación" por el término "edad ordinaria", debido a las dificultades interpretativas que esta representaba, significando que los sujetos negociadores no podrían establecer edades diferentes a la edad ordinaria impuesta por la Seguridad Social[18]. Por último, también estableció que el convenio debía de justificar la medida con alusión a "objetivos coherentes con la política de empleo", "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".

Sin embargo, lo que podría parecer una restricción a la adopción de estos acuerdos, en mayor consonancia con la doctrina constitucional y la Directiva 2000/78/CE, no fue tal, puesto que el legislador utilizó una definición abierta de objetivos de política de empleo, configurando más un *numerus apertus*[19]. Por otro lado, la disposición transitoria única, convalidaría las cláusulas y consiguientes convenios suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, pero de forma "relajada"[20], pues no exigía este requisito de justificación en políticas de empleo para las cláusulas convencionales adoptadas con anterioridad, siendo el único requisito *sine qua non* el acceso a la

continúan diciendo las indicadas organizaciones, está construido sobre mutuas renuncias de las partes negociadoras". Exposición de Motivos I, Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

[17] Para comprender sus potenciales razones, *vid.,* SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y GÓMEZ CABALLERO, P.: *op. cit.*, pág. 38.

[18] FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: "La vuelta de las cláusulas de jubilación forzosa a los convenios colectivos", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019, pág. 222.

[19] CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: "La jubilación forzosa y la gestión de la diversidad generacional en la empresa: ¿dos conceptos antagónicos?", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019, pág. 211.

[20] ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *op. cit.*, pág. 111.

pensión de jubilación[21]. Debido a esto, la retroactividad de esta disposición suscitó harta controversia en la doctrina y en los tribunales tanto por posible vulneración del artículo 9.3 CE, tanto por si a estas cláusulas le eran exigibles la justificación en política de empleo[22], hasta que la STJUE de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa,* C-411/05, resolviera que a las cláusulas convencionales, con independencia de que la norma no lo determine expresamente, le eran exigibles los dos requisitos de: a) vinculación a la política de empleo y; b) el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva[23].

Seis años más tarde, la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (LAAMSS), en virtud de su Disposición Adicional Trigésima Sexta, que entró en vigor el 2 de agosto, día en que se publicó en el BOE la citada ley, modificó de nuevo la disposición adicional 10ª del ET 1995, aunque solo en su segundo requisito, quedando intacta la primera parte del citado precepto:

"En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas …

b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el periodo 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, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva".

De este modo, se aludió a un periodo mínimo de cotización exigido superior al mínimo legal, exigido por la normativa anterior, lo que supuso un aumento de la pensión de jubilación a recibir, aumentando de igual modo la tasa de sustitución, e imposibilitando la extinción del contrato de aquellos trabajadores que al menos no reunieran 25 años de cotización, con el objetivo de poder llegar al porcentaje del 80% de la base reguladora (artículo 163.1.2º TRLGSS 1994)[24].

Sin embargo, esta nueva redacción no tuvo mayores consecuencias pues apenas un año después, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, suprimió la habilitación legal[25], por segunda vez, para establecer cláusulas de jubilación forzosa u obligatoria en convenio colectivo, esta vez de una manera más concisa[26], pues establecía que: "se entenderán 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, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas" (Disposición Final 4ª.dos).

Pero este retiro de la jubilación forzosa de la negociación colectiva, tampoco complació a todos los sectores de la sociedad, pues el Tribunal Constitucional tuvo que resolver un recurso de constitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista y por el de la Izquierda Plural del Congreso de los Diputados, en la sentencia 8/2015, de 22 de enero, para determinar que el derecho a la negociación colectiva es un derecho "esencialmente de configuración legal", y como tal, si el mismo tribunal ha estimado válidas la utilización de la jubilación forzosa como política de

[21] *Vid.,* ALZAGA RUIZ, I.: "Jubilación forzosa pactada en convenio: el respeto de las situaciones jurídicas que han alcanzado firmeza con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de 1 de julio", *Aranzadi Social,* 2006, tomo I, págs. 3176-3181.

[22] SEMPERE NAVARRO, A.V.: "¿Valen las jubilaciones forzosas al amparo de convenios negociados entre 2001 y 2005?", *Repertorio de Jurisprudencia*, Nº23, 2007, *passim.*

[23] TOMÁS JIMÉNEZ, N.: "La jubilación forzosa y su evolución legislativa", en VVAA.: *La edad de jubilación,* MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2011, págs. 253-254.

[24] CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: *op. cit.*, pág. 212.

[25] Aunque no derogó expresamente la disposición adicional 10ª del ET de 1995, como sí hizo la Ley 12/2001.

[26] Sin embargo, esta redacción también suscitó diversas dudas interpretativas respecto a su alcance en relación con las cláusulas de jubilación forzosa a edad anterior o posterior a la ordinaria, para ello, *Vid.* BARRIOS BAUDOR, G.L.: "El regreso de la jubilación forzosa"*, Revista Aranzadi Doctrinal,* Nº3, 2019, pág. 4, disponible en www.aranzadidigital.es ref. BIB 2019\1469.

empleo, "no cabe sino afirmar ahora que otra política de empleo basada en la facilitación de la continuidad en el empleo de quienes habiendo superado la edad legal de jubilación desean continuar con su vida laboral activa, con sustracción, en consecuencia de esta materia a la potestad negociadora de los representantes de los trabajadores y los empresarios, encuentra perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales".

Por otro lado, para entender qué ocurrió con aquellos convenios que contuvieron cláusulas de jubilación forzosa, suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, esto es, el 8 de julio de 2012, hubo que acudir a su régimen transitorio, recogido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la citada ley (incorporada con posterioridad a la Disposición Transitoria Novena con la refundición del ET en 2015).De este modo, se produjo una diferenciación en función de la fecha de finalización de la vigencia inicial del convenio, pues si esta era anterior a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, las cláusulas decaerían "nulas y sin efecto" a partir de esta fecha (8/07/2012), sin embargo, si la finalización de la vigencia inicial fuera posterior, las cláusulas de jubilación forzosa serían operativas hasta la citada finalización, sin que tuvieran efectos por estar el convenio prorrogado o en situación de ultraactividad (arts. 86.2 y 86.3 ET de 1995).

Podemos decir que, aunque anteriormente, tanto el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011, como la Estrategia 55 y más[27], estaban ya promoviendo el envejecimiento activo, y en concreto, el alargamiento de la vida laboral, el legislador, hizo uso de una interpretación *public choice* del Derecho, pues devolvió la facultad exclusiva de decidir sobre su jubilación al trabajador, como único mecanismo para reducir el gasto en pensiones en una situación de crisis económica[28].

Y tras todo este maremágnum, lo cual ha sido denominado incluso como un "auténtico culebrón jurídico"[29], llegamos a la regulación actual, que ha introducido una vez más la figura de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, aspecto para el que me remitiré al siguiente apartado.

3. LA JUBILACIÓN FORZOSA DEL REAL DECRETO-LEY 28/2018

El Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo[30], introdujo de nuevo la figura de la jubilación forzosa u obligatoria en los convenios colectivos, haciendo caso a las indicaciones de los interlocutores sociales, pues así se solicitó en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva[31], y en línea con lo establecido en el "Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021", aprobado por el Consejo de Ministros[32], estrategia propiciada para alcanzar el "relevo

[27] Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más), publicada en el BOE el 24 de noviembre de 2011, ref. BOE-A-2011-18500, https://www.boe.es/eli/es/res/2011/11/14/(1)

[28] GALA DURÁN, C.: "La reforma de la pensión de jubilación en las leyes 27/2011 y 3/2012: avances hacia un nuevo modelo", *Revista Internacional de Organizaciones,* Nº8, 2012, pág. 101.

[29] MOLINA NAVARRETE, C.: "A vueltas con las «cláusulas de jubilación forzosa»: nuevos capítulos para una ¿«historia interminable»?", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 2007, pág. 1711, también disponible en: www.laleydigital ref. 406/2007.

[30] Críticos con el recurso a la figura del Real Decreto-ley por su aparente falta de la "extraordinaria y urgente necesidad", *vid.,* 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*, Nº 18, 2019, págs. 13-16.

[31] Resolución publicada en el BOE el día 18 de julio de 2018, ref. BOE-A-2018-10096, https://www.boe.es/eli/es/res/2018/07/17/(1)

[32] Resolución de 7 de diciembre de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021, publicada en el BOE el 8 de diciembre de 2018, ref. BOE-A-2018-16793, https://www.boe.es/eli/es/res/2018/12/07/(2)

generacional" y disminuir la situación de desempleo juvenil, de entorno al 25%, tal y como se recoge en el punto VI de la Exposición de Motivos de la citada ley.

La técnica legislativa no fue la de la derogación, sino que se optó por modificar el contenido de la Disposición Adicional 10ª del ET, a través de la Disposición Final Primera del citado RD-Ley 28/2018, si bien es cierto que sí se derogó la Disposición Transitoria Novena ET relativa al régimen transitorio de la anterior Ley 3/2012 (Disposición Derogatoria Única RD-Ley 28/2018). Estos efectos tuvieron validez el 1 de enero de 2019, fecha de entrada en vigor del citado Real Decreto-ley.

Sin embargo, esta redacción de la disposición adicional décima del ET, no es ajena a su devenir histórico, pues su contenido se asemeja bastante al empleado por la Ley 14/2005, y en mayor medida por la Ley 27/2011, tal y como se puede observar:

"Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten 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."

De este modo, tal y como se desprende del tenor literal de la disposición, las cláusulas convencionales de jubilación forzosa a la luz de la nueva redacción deberán de reunir las siguientes consideraciones: cumplimiento de la edad legal de jubilación; acceso al "cien por ciento (*sic*) de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva"; y vinculación de la medida con "objetivos coherentes de política de empleo", aspectos que merecerán un especial análisis.

En primer lugar, indicar que se ha sustituido el anterior término utilizado de "edad ordinaria" por el de "edad legal". Por tanto, por un lado, la negociación colectiva no podrá fijar libremente edades de jubilación forzosa, como reconocían las anteriores disposiciones del ET; y por otro, en todo momento deberá de respetar lo dispuesto en el artículo 205.1.a) y su régimen transitorio[33] contenido en la disposición transitoria séptima del TRLGSS[34]. Siguiendo tales preceptos, la edad legal de jubilación en España para 2020 será de 65 años y 10 meses, siempre y cuando se cumplan los otros requisitos (afiliación y alta o situación asimilada y periodo mínimo de cotización); o de 65 si llegada a esa edad la persona en cuestión, además de los anteriores requisitos, ha cotizado 37 años o más.

En segundo lugar, procede resaltar la mejora en la tasa de sustitución de las personas jubiladas forzosamente[35], pues se ha transcurrido desde la exigencia meramente de la cotización mínima, con las primeras intervenciones legislativas, esto es, 10 o 15 años[36], lo que se traducía en el acceso a una pensión mínima (el 50% de su base reguladora), posibilitando la expulsión de estos trabajadores y trabajadoras, con el riesgo que ello provocaba para su pobreza y calidad de vida; pasando por la ley 27/2011, de 1 de agosto, también conocida como LAAMSS, que exigía que la

[33] Este régimen transitorio se hará plenamente efectivo en 2027, cuando se sitúe la edad mínima de jubilación en: a) 67 años; o b) 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización.

[34] BARRIOS BAUDOR, G.L.: *op. cit.*, pág. 10.

[35] En sintonía con lo que ya establecía el TC en sus sentencias, especialmente, STC 22/1981, en lo que tiene que ser una "compensación adecuada".

[36] Hasta 1985 el período mínimo de cotización necesario fue de 10 años, cambio introducido por la Ley 26/1985, de 1 de julio.

cotización supusiera un 80% de la base reguladora para la jubilación forzosa del trabajador; hasta llegar a la regulación actual donde se reconoce el "derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva".

En este sentido, el legislador español ha dado un paso más hacia la protección del trabajador, pues solo se jubilará forzosamente a aquellas personas que tengan derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación, entendiendo la doctrina que este porcentaje será el aplicable a la base reguladora[37], calculada en función del artículo 209 y su régimen transitorio contenido en la D.T.8ª TRLGSS, por el que en 2020 se tienen en cuenta las bases de cotización de los 23 últimos años. Pero en lo que respecta al porcentaje aplicable a la base reguladora, para obtener el 100% en 2020 habrá que cotizar 36 años, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 210 TRLGSS y su régimen transitorio (D.T.9ª TRLGSS); aunque si la jubilación se produce a los 65, habrá que cotizar un año extra, es decir, 37, tal y como se exige en el citado 205.1.a) y su régimen transitorio.

En tercer lugar, el segundo requisito que recoge la disposición final primera RD-Ley 28/2018, será el de vinculación de la jubilación forzosa con "objetivos coherentes de política de empleo", expresadas en el propio convenio regulador[38], aspecto que ya introdujo la Ley 14/2005, y de forma reproducida la LAAMSS. Sin embargo, a pesar de que se ha seguido esta definición abierta de los objetivos de política de empleo, a través de términos genéricos[39], el presente RD-Ley ha suprimido la referencia al "sostenimiento del empleo" y ha introducido la referencia al "relevo generacional", en consonancia con la preocupación expuesta en su Exposición de Motivos. Y lo más preocupante, se ha reiterado la expresión "cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo", apartándose de la exigente doctrina jurisprudencial temprana, ya expuesta, que exigía la "no amortización del puesto de trabajo", expresión de la idea de reparto de los puestos de trabajo[40].

Buena prueba de ello es la interpretación flexible que ha elaborado el Tribunal Supremo[41], en lo que respecta a la legislación anterior (Ley 14/2005), pero plenamente aplicable[42], pues la política de empleo no se circunscribe a la "ocupación de la vacante dejada por el cesado", ni siquiera a la contratación de un nuevo trabajador. La fórmula de "cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo" se entiende en su "referencia a medidas de la más variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc., que repercutan en bondad del empleo", incluso a políticas de prevención de riesgos laborales.

Aunque también es preciso indicar que, a pesar de esta interpretación abierta de los objetivos, el Tribunal Supremo ha determinado que no basta cualquiera de ellos ni una reproducción abstracta en convenio para que medie un "razonable y proporcionado equilibrio justificativo" (*v.gr.:* STS 847/2015, de 4 de febrero).

No obstante, algunas voces indican que la inversión de los requisitos (inédita), esto es, que aparezca la exigencia del 100% de la pensión ordinaria en primer lugar, y su vinculación con objetivos coherentes de política de empleo en el segundo, podría condicionar la aplicabilidad

[37] *Vid.*, BARRIOS BAUDOR, G.L.: *op. cit.*, pág. 10.

[38] Esta justificación podrá encontrarse en el propio precepto que se dedique a la jubilación forzosa o en el contexto del mismo, *Vid.,* STJCE de 16 octubre 2007, *Palacios de la Villa,* C-411/05.

[39] Pues no debemos de olvidar que esta lista es meramente ejemplificativa según indicó la STJUE de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England,* C-388/07.

[40] Muy crítico con esta expresión que no garantiza un "equilibrio virtuoso" de la medida se sitúa MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *op. cit.*, pág. 25.

[41] *Vid.*, SSTS 22 de diciembre de 2008 (recs. 856/2007 y 3460/2006), 12 de mayo de 2009 (rec. 2153/2007), 10 de noviembre de 2009 (rec. 2514/2008), 24 de noviembre de 2011 (rec. 4011/2010), 4 de julio de 2012 (rec. 2776/2011), 11 de julio de 2012 (rec. 4157/2011), 20 de noviembre de 2012 (rec. 4229/2011), 12 de noviembre de 2014 (rec. 3245/2013), 4 de febrero de 2015 (rec. 233/2014), 9 de marzo de 2015 (rec. 651/2014), 30 de junio de 2015 (rec. 2533/2014), 28 de abril de 2016 (rec. 3062/2014) y 4 de mayo de 2017 (rec. 2238/2015).

[42] BARRIOS BAUDOR, G.L.: *op. cit.*, pág. 9.

judicial del segundo[43]. Aunque esto no debería de ser así, pues la compensación en la vertiente individual del derecho del trabajo no se produce por la justa pensión de jubilación, generada por el propio trabajador, sino por la adecuada justificación coherente y concisa en políticas de empleo adecuadas y vinculadas a un interés colectivo[44].

En síntesis, la "nueva" jubilación forzosa exige la vinculación a "objetivos coherentes de política de empleo" en el convenio colectivo y que se extinga el contrato de trabajo a la edad legal con una pensión que suponga el 100% de la base reguladora. De este modo, se podrá jubilar forzosamente tanto a la edad de 65 años con 37 años cotizados (en 2020)[45], lo que se conoce por la doctrina como "jubilación legal anticipada"[46]; o bien, a partir de la edad de 65 años y 10 meses habiendo cotizado 36 años (en 2020), lo cual será más usual pues sería necesaria una larga carrera de seguro para jubilarse a los 65, en concreto, desde los 28 años de forma continuada, aspecto que se dificulta con el modelo de precariedad laboral implantado en los últimos años[47].

Asimismo, reduciendo el número de personas que podrían ser jubiladas forzosamente en la empresa, por no reunir los requisitos, la litigiosidad se presupondrá menos elevada, pues previsiblemente quienes se opongan a esta medida serán aquellos trabajadores que vean mermadas sus rentas de manera considerable al ser su sueldo muy elevado[48], superando, por tanto, el tope máximo de pensión pública anual recogido en los PGE, situado en 2.683,34 euros mensuales o 37.566,76 euros anuales para 2020. Buena muestra de ello ha sido y es la elevada litigiosidad a la que se han prestado los controladores aéreos y sus cláusulas de jubilación forzosa[49].

Sin embargo, esto podría cambiar pues han sido numerosos convenios de importancia relativa los que han introducido esta medida, ya sea en el ámbito sectorial (convenios colectivos del sector de la construcción, de las empresas de seguridad o de la industria, tecnología y servicios del sector del metal); así como a nivel de empresa, destacando Telefónica, Orange o Iberdrola.

De este modo, se configura nuevamente el instituto jurídico de la jubilación forzosa, calificado como guadianesco por la doctrina[50], a través de una regulación simplista, que deja muchas dudas interpretativas al respecto[51]. Así, existe la duda de si el cambio terminológico de "edad legal", posibilitará jubilaciones legales anticipadas, lo que a mi parecer resulta bastante probable, pues la citada STSJ de Asturias, confirmada, así lo permitió. Por otro lado, también se desconoce si la aplicación de la cláusula es automática, o necesita de la voluntad del empleador ("cláusulas que posibiliten")[52]; o si se puede oponer el derecho recocido en el artículo 210 TRLGSS al incremento de la base reguladora para la denominada *jubilación postergada* o *prorrogada*.

---

[43] "No parece que, cumplido el primer requisito, este segundo vaya a tener una virtualidad condicionadora de la jubilación forzosa pactada", DURÁN LÓPEZ, F.: *op. cit.*, pág. 4.

[44] TOMÁS JIMÉNEZ, N.: *op. cit.*, pág. 262.

[45] *Vid.,* STSJ de Asturias 618/2014, de 28 febrero.

[46] FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: "La jubilación forzosa como causa extintiva de la prestación de servicios. El perpetuo viaje de ida y vuelta en el devenir del instituto jurídico guadianesco por excelencia de la seguridad social y la negociación colectiva", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019, pág. 252.

[47] *Vid.,* MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, *passim.*

[48] ARUFE VARELA, A.: "Prolongación de la edad y elección del momento de la jubilación. Sus efectos sobre el trabajo. Realidades y fantasías", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019, págs. 97 y 98.

[49] *Vid.:* STSS 2680/2011, de 3 de mayo; 700/2020 de 18 de febrero; y 767/2020 de 21 de febrero.

[50] FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *op. cit.*, pág. 237.

[51] DURÁN LÓPEZ, F.: *op. cit.*, pág. 4.

[52] Buena muestra de ello son las diferentes fórmulas que utilizan los convenios colectivos, v.gr.: el CC de Mahou utiliza el verbo "podrá" extinguir y el CC de Iberdrola Grupo utiliza la extinción automática.

Por último, la expresión utilizada por el legislador es la de "tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación", lo cual podría plantear la siguiente duda acerca de si a aquellos trabajadores, situados en los estratos salariales más altos, que aun no habiendo alcanzado el 100% de su base reguladora, alcanzan la pensión ordinaria máxima (anteriormente recogida), le serían aplicables las cláusulas de jubilación forzosa. Aspecto que deberá de determinar la jurisprudencia, aunque me atrevo a indicar que presumiblemente, atendiendo al sentido de la norma, se posibilitará la extinción del contrato.

4. TRAJADORES JUBILADOS FORZOSAMENTE Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

Tal y como se ha podido comprobar, la jubilación forzosa se implanta una vez más, especialmente como mecanismo de "rejuvenecimiento de plantillas" a través de su inclusión en el convenio colectivo. Sin embargo, esta extinción del contrato de trabajo tendrá efectividad *a posteriori* por voluntad unilateral del empresario, dejando a salvo las nuevas dudas interpretativas[53], pues así lo ha calificado tradicionalmente la doctrina[54], encajándolo en el artículo 49.1.f) ET[55], con todo lo que ello ocasiona para el recorte de derechos de un trabajador, que, a la edad de 65 años, en el caso más extremo, no puede decidir ni planificar su jubilación, recurriendo a otras modalidades de jubilación en la propia empresa, ni elegir seguir trabajando en la misma para no ver mermadas sus capacidades adquisitiva, mental y social.

De este modo, la expulsión de los trabajadores mayores de la empresa y del mercado de trabajo[56], con la diferencia de trato que esto implica, y su interrelación con diversos intereses (colectivos, empresariales, individuales y de política de protección social)[57], hace necesario que se haga un tratamiento diferenciado sobre si este recorte del derecho supone o no un factor de discriminación por razón de edad.

Con este objetivo, se expondrá brevemente la normativa que contenga previsiones en materia de no discriminación por razón de edad, tanto a nivel nacional, comunitario como internacional. Empero, desgraciadamente, los grandes convenios de derechos, dígase el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la conocida como Carta Internacional de Derechos Humanos de la ONU (conformada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) no prevén disposiciones específicas para la prohibición de la discriminación por razón de edad, aunque existen en la actualidad movimientos a favor de una Convención de Naciones Unidas en Defensa de los Derechos de las Personas Mayores que unifique y aborde un problema tan acusado hoy en día[58]. Tampoco se referirá expresamente el Convenio nº 111 de la OIT de 1958,

[53] Que no son tales, pues se viene defendiendo el carácter no automático de las cláusulas convencionales desde la inclusión de la expresión "cláusulas que posibiliten" en la Ley 14/2005, *vid.,* FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *op. cit.*, págs. 247-249.

[54] Por todos, MELLA MÉNDEZ, L.: "La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: Notas sobre su naturaleza jurídica", en VVAA.: *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación,* LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.), Madrid, Iustel, 2007, págs. 1338-1339, FERNÁNDEZ COSTALES, J.: "La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador", en VVAA: *La extinción del contrato de trabajo,* SEMPERE NAVARRO, A.V., y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coords.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, págs. 181-214 y BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Ley 3/2012, jubilación forzosa y extinción del contrato: ¿un 'término' en un contrato indefinido", *Relaciones Laborales*, Nº 4, Sección Cuestiones prácticas, Abril 2013, Año 29, pág. 107, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer, ref. La ley 1780/2013, que incluso califica el contrato indefinido como sometido a "término".

[55] Para MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *op. cit.*, pág. 24, es un tipo de despido por razón de la edad.

[56] *Vid.,* punto 4.

[57] ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *op. cit.*, págs. 100 y 101.

[58] Para una mejor comprensión, *Vid.:* MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A.: "Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores", en *El sistema Universal de los Derechos Humanos,* MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2014, págs. 105-127, y Dossier *(...)*

aunque sí encontraremos trato diferenciado, en primer lugar, en la Carta Social Europea (revisada)[59] y en la acción del Comité de Ministros del Consejo de Europa[60], y por otro lado, en el ámbito de la UE, la CDFUE, en su artículo 21, y especialmente, el artículo 25 de la citada Carta de Niza, "punto de inflexión en la política comunitaria de atención a los mayores"[61], enfocando más el problema del edadismo o *ageism* hacia la solución del envejecimiento activo. Resultado de lo anterior en el ámbito de la UE, será la Directiva 2000/78/CE, ya citada, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por último, en el ordenamiento jurídico interno español destacará el artículo 14 CE, entendido de forma amplia[62], y el 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, con referencia expresa a la nulidad de aquellas previsiones, incluyendo dentro de ellas a las cláusulas de los convenios colectivos, que ocasionen tanto discriminación directa como indirecta por razón de edad.

Sin embargo, a pesar de que a la luz de la normativa expuesta esta medida bien podría ser considerada discriminatoria, el Tribunal Constitucional ya determinó en 2006 en su sentencia 280/2006, de 9 de octubre, que la D.A. 10ª del ET no era contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE, en sintonía con la propia doctrina del mismo tribunal en tiempos pasados (*v.gr.:* STC 22/1981, de 2 de julio). En concreto, el TC recogió en la citada sentencia la doctrina constitucional anterior a través de las llamadas "precondiciones de constitucionalidad que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado", siendo estas: la percepción de la pensión de jubilación, de manera que "no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado", y por otro, se garantice una oportunidad de trabajo a las personas en paro, "por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo", expresión del sistema de reparto en un marco de política de pleno empleo que tiene que ser desarrollada por los poderes públicos (art. 40 CE), que hoy en día ha sido desvirtuada, tal y como indicábamos con anterioridad, no exigiéndose estrictamente el requisito de "no amortización", sino políticas generales de empleo.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia 16 octubre 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05*,* determinó que la previsión española de jubilación forzosa (en concreto, la Ley 14/2005, de 1 de julio) no era contraria al principio de no discriminación por razón de edad de la Directiva 2000/78/CE[63], pues si bien es cierto que supone una diferencia de trato basada directamente en la edad, esta discriminación no es tal al ser objetiva y razonable, "en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional", siempre que los medios para lograr este objetivo sean "adecuados y necesarios", en cohesión con el artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE. Así, el TJCE, entendió legítima esta medida, no solo porque se

HelpAge España "Derechos de las personas mayores: Hacia una Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas mayores", elaborado en febrero de 2019. Disponible en: https://www.helpage.org/spain/noticias/convencin-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-mayores/ (visitada: 2/03/2020)

[59] *Vid.,* GUINDO MORALES, S., "Normas europeas en materia de ocupación y protección social en relación con el ámbito local", en, VVAA.: *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados,* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIERNO, F. (Ed.) et al, Málaga, AMEIS, 2017, pp. 55 y ss.

[60] MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad", *LA LEY Unión Europea*, Nº 58, abril 2018, Editorial Wolters Kluwer, págs. 3 y 4.

[61] MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: *op. cit.*, pág. 5.

[62] Aunque el artículo no se refiere expresamente a la discriminación por razón de edad, se puede encuadrar dentro del *cajón de sastre* "circunstancia personal", CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: *op. cit.*, pág. 213.

[63] De este modo, el Tribunal se apartó del principio general comunitario de no discriminación por razón de edad que estableció en la STJCE de 22 de noviembre de 2005, Caso *Mangold*, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, Nº 13, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Jul. 2008, pág. 8, también disponible en www.laleydigital ref. 28467/2008.

garantizara el acceso a la pensión de jubilación, sino porque se estableció "en el marco de una política nacional destinada a favorecer el acceso al empleo mediante su mejor distribución intergeneracional, así como a regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo"[64]. Sin embargo, el tratamiento tenue que le dio el TJCE a los objetivos de política de empleo fue criticable, calificado de oportunidad desaprovechada, pues el Tribunal dio "unos argumentos esquivos y en ocasiones demasiado forzados para terminar presuponiendo la existencia de objetivos de empleo tanto en la Ley 14/2005 como en los convenios colectivos"[65].

De este modo, debemos de indicar que en líneas generales el TJUE ha mantenido una postura favorable a la extinción del contrato de trabajo ligado al cumplimiento de la edad de acceso a la pensión de jubilación, aunque con ciertos matices, que han determinado que no todos los argumentos esgrimidos justifiquen la medida[66]. Merece especial atención, entre la abundante jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 12 de octubre de 2010, *Ronsenbladt,* C-45/09[67], en la que se reconoció una cláusula alemana de jubilación forzosa como justificada objetiva y razonable, siendo los medios adecuados y necesarios, en base a las siguientes consideraciones: i) reparto del empleo entre varias generaciones; ii) beneficio directo hacia la inserción de los jóvenes en el contexto de desempleo existente; iii) el favor que les proporciona a los empresarios evitarles el despido de trabajadores mayores por su falta de eficacia; y, y lo más llamativo, iv) evitar la sensación humillante para los trabajadores de más edad causada por el despido[68]. En cambio, el TJUE estableció el papel protagonista de los agentes sociales en la negociación de la cláusula convencional[69], así como el necesario control judicial, en cuanto a la salvaguarda de la adecuación y necesidad de la medida.

En otras palabras, el principio de igualdad "es un concepto complejo que es perfectamente compatible con el reconocimiento de la diferencia"[70], y derivado de esto "toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación", como ya determinó el TC en su sentencia 22/1981, de 2 de julio. Sin embargo, esta diferencia de trato debe de estar justificada objetiva y razonablemente, y siempre y cuando la medida sea proporcionada. Por este último requisito de proporcionalidad, susceptible de control judicial, habrá que atender a tres facetas interrelacionadas, como son la medida adoptada ("juicio de idoneidad"), el resultado producido ("juicio de indispensabilidad o estricta necesidad") y la finalidad pretendida o ponderación de los intereses en juego ("juicio de proporcionalidad en sentido estricto"), argumentación plenamente extrapolable a la reciente sentencia del TJUE, de fecha 28 de febrero de 2018, *Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen,* C46/17[71].

Sintetizando, el tratamiento desigual de los trabajadores situados en la edad de jubilación debe de residir en una política de empleo que supere la "triple comprobación sobre la objetividad,

[64] En el mismo sentido, SSTJUE de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England,* C-388/07*;* y de 18 de junio de 2009, *Hütter*, C-88/08.

[65] TOMÁS JIMÉNEZ, N.: *op. cit.*, págs. 256-257.

[66] Vid., STJUE de 12 de enero de 2010, *Petersen,* C-341/08, donde se indicó que la Directiva 200/78 "se opone a una medida nacional … que establece un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado (de 68 años), cuando dicha medida tiene la única finalidad de proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados".

[67] Doctrina reiterada por la sentencia del TJUE, de fecha 28 de febrero de 2018, Asunto *Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen,* C46/17.

[68] MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: "La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* Nº 191, 2016, pág. 151-152.

[69] Son también numerosas las sentencias del TJUE que analizan la inclusión de la jubilación forzosa vía ley en el sector público de manera positiva, *v.gr.:* STJUE de 18 de noviembre de 2010, *Georgiev*, asuntos acumulados 250/09 y 268/09; STJUE de 21 de julio de 2011, *Fuchs,* asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10.

[70] MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: *op. cit.*, págs. 4 y 5.

[71] *Ibidem*, pág. 17 y 18.

razonabilidad y proporcionalidad de las desigualdades"[72], además, de garantizarse el acceso a la pensión de jubilación, pues de lo contrario, se calificaría esta extinción del contrato como despido nulo[73]. Tampoco puede suponer una falta de concreción o de mínima enumeración de las medidas en el convenio colectivo, esto es, una exposición vaga o global de política de empleo en la empresa[74], que aumente excesivamente los poderes del empresario[75], en el marco de una extinción por voluntad unilateral del empresario gratuita o subvencionada, como mecanismo de reestructuración empresarial, y sin vinculación a una política de empleo clara, razonable, objetiva y proporcionada. Aunque también existe el riesgo de que en virtud de la fórmula "cláusulas que posibiliten", contenida en la regulación legal, esto pueda suponer que el empresario decidiera a quien despedir y a quien no, habiendo supuestos claros de discriminación por razón de edad, incluso para quien se quiere echar, sin tener que abonar la indemnización[76].

Sin embargo, también es cierto que la jurisprudencia nacional[77] y comunitaria[78] ha determinado que, más allá de la justificación en objetivos de política de empleo, para determinados sectores (*v.gr.*: de los controladores o pilotos aéreos), la extinción del contrato de trabajo se encuentra justificada por factores objetivos, como pueden ser la seguridad y el orden público. Esto entraría en perfecta sintonía con lo establecido en los arts. 2.5 y 4.1 de la Directiva 200/78/CE.

En definitiva, la jubilación deja de ser un derecho o facultad del trabajador, "una opción libre de éste, y adquiere, como en otros supuestos extintivos, un cierto carácter de instrumento empresarial, y en una dimensión colectiva, de instrumento para el sistema económico y para el mercado de trabajo"[79].

5. ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS *VERSUS* EXPULSIÓN DE LOS TRABAJADORES MAYORES

El envejecimiento activo ha sido definido por la OMS como un proceso de optimización de oportunidades, estructurado en cuatro pilares básicos: salud, participación, seguridad y aprendizaje continuo. En otras palabras, lo que se pretende es aumentar los estándares de calidad de las personas en general a medida que envejecen, y para ello, se tienen que tomar una serie de medidas, que van desde la promoción de hábitos saludables, la integración sociolaboral de los mayores, la garantía de una serie de prestaciones, la erradicación de su estigmatización, el aprovechamiento de sus conocimientos, fomentar su readaptación a un mundo cambiante, etc[80].

Esta preocupación por la integración de las personas mayores en la sociedad para que contribuyan a su desarrollo, es más acusada tras el denominado "envejecimiento poblacional" que afecta al Mundo Occidental, y en especial, a la Unión Europea, y dentro de esta, a España. Sus factores principales son, no solo un aumento de la esperanza de vida, que en España se sitúa en

[72] *Ibidem,* pág. 15.

[73] Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 409/2016 de 11 May. 2016, Rec. 2530/2014, aunque esto entra en contradicción con otras sentencias del mismo tribunal que han determinado el despido como improcedente, v.gr.: STS 2 de febrero de 2016 (rec. 1624/2014), SSTS 9 de marzo de 2015 (rec. 651/2014), 28 de abril de 2016 (rec. 3062/2014) o 4 de mayo de 2017 (rec. 2238/2015).

[74] Lo que suele ocurrir en la realidad, pues los convenios colectivos se limitan a reproducir el tenor literal RD-Ley 28/2018, así como no prevén medidas específicas que se amolden a las circunstancias propias de un determinado sector, provincia o empresa, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: *op. cit.*, pág. 234.

[75] CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: *op. cit.*, pág. 214 y 215.

[76] FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *op. cit.*, pág. 252.

[77] Entre otras, la STS 767/2020 de 21 de febrero, donde se recogen las SSTS 18 febrero 2010 (rec. 787/2009); 3 mayo 2011 (rec. 3594/2010); 22 febrero 2017 (rec. 138/2016).

[78] *Vid.,* SSTJUE 5 de julio de 2017, *Fries*, C-190/16 y de 7 de noviembre de 2019, *Cafaro,* C-396/18.

[79] RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, Nº 13, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Jul. 2008, pág. 6, también disponible en www.laleydigital ref. 28467/2008.

[80] Para un tratamiento amplio y técnico, *vid.,* VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral,* MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, *passim.*

torno a 80 años para los hombres y 85 años para las mujeres, con previsiones de aumento[81], sino una disminución de la natalidad[82], que hace que hablemos de una pirámide poblacional envejecida, pues según proyecciones del INE, para 2033la población de 65 y más años supondría el 25,2% del total de la población, alcanzando la tasa de dependencia el 40%, frente al 30% actual. Sin embargo, este problema será más grave, pues previsiblemente para 2066 se espera un porcentaje de población de 65 años y más del 34,6%[83], representando más de un tercio del total de la población española.

Teniendo en cuenta estos datos, no es cuestión baladí preocuparse por la sostenibilidad del sistema de pensiones público español, pues progresivamente habrá menos personas en edad de trabajar *estricto sensu*, con la consiguiente reducción de las cotizaciones a este sistema, cuestión que queda agravada con el sistema precario implantado tras la crisis donde los salarios se han reducido, y con ello, la contribución media, aunque no habrá que olvidarse de otro factor, como es el retraso en la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo[84].

Por ende, en este línea, tanto para garantizar el envejecimiento activo, como en mi opinión, más bien, garantizar el sistema de pensiones, es decir, favorecer que haya más trabajadores contribuyendo al sistema, la UE ha tomado cartas en el asunto y lleva estableciendo una política de integración de las personas mayores desde el año 2000, con la cumbre de Lisboa, pudiendo destacar, el Libro Verde de la Comisión Europea "en pos de unos Sistemas de Pensiones Europeos Adecuados Sostenibles y Seguros" (COM(2010)365 final, de 7 de julio de 2010), el Libro Blanco de la Comisión Europea: "Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" (COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012), la Decisión Nº 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012), y en general, la Estrategia Europea 2020 para el Empleo, donde se prevé un aumento de la vida laboral como mecanismo de integración y sostenibilidad de pensiones[85].

Siguiendo las directrices europeas, España aplicó estas orientaciones en mayor medida en el Pacto de Toledo y en la Ley 27/2011 (LAAMSS), donde se recoge un régimen transitorio con el objetivo de retrasar la edad de jubilación hasta los 67 o 65 años si se han cotizado 38 años y 6 meses. Sin embargo, en el marco de políticas de empleo activas el tratamiento ha sido deficitario[86], destacando en materia de Seguridad Social, tanto la exención de cotización por contingencias comunes para el empresario y trabajador que tenga 65 o 67 años, dependiendo de su cotización, con contrato indefinido (artículo 152 TRLGSS), como la promoción de la jubilación postergada (210.2 TRLGSS) u otras, destacando la modalidad de jubilación activa.

Pero, a pesar de todo lo anterior, el legislador ha vuelto a introducir en el ordenamiento jurídico español las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, aspecto que entra en chocante contradicción con lo establecido en las instancias europeas para la sostenibilidad de las pensiones, pues a pesar de que la integración laboral del trabajador mayor no sea la panacea en este asunto[87], sí que es una medida más que ayuda a la sostenibilidad del sistema, siempre que la decisión de alargar la vida laboral más allá de la edad legal permanezca voluntaria y no impuesta.

En este sentido, los argumentos esgrimidos en esta ocasión han versado sobre la necesidad de "medidas inmediatas para reducir la brecha generacional en relación con el empleo y la asimetría

[81] *Nota de prensa: Proyecciones de Población 2018-2068,* Instituto Nacional de Estadística, 10 de octubre de 2018. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/pp_2018_2068.pdf

[82] *Ídem.*

[83] *Nota de prensa: Proyecciones de Población 2016-2066,* Instituto Nacional de Estadística, 20 de octubre de 2016. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/np994.pdf

[84] En este sentido, véase ampliamente MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014.

[85] CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: *op. cit.*, 2019, pág. 216.

[86] LÓPEZ INSUA, B.: *op. cit.*, pág. 86.

[87] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Repensar críticamente el modelo…", *op. cit.*, pág. 85.

entre España y los países de nuestro entorno"[88] tras la acusada tasa de desempleo juvenil. Sin embargo, una vez más se vuelve resaltar que no hay evidencias empíricas de que esta medida pretenda favorecer la integración del joven trabajador[89], y más aún, tras la ambigüedad de la disposición, e incluso de las cláusulas convencionales, pues la fórmula "cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo", hace que se puedan tomar medidas que no tengan que ver con introducir jóvenes trabajadores en la empresa, tal y como se ha explicitado con anterioridad.

Además, si las cláusulas convencionales se utilizaran para contratación de nuevos trabajadores jóvenes, también se vería la Seguridad Social perjudicada doblemente, no solo por la expulsión de trabajadores que quieren seguir trabajando, pasando a ser pasivos del sistema, sino porque el empresario puede aprovechar esta oportunidad para contratar mano de obra joven, que por desgracia, tiene que sufrir unas condicionales laborales más precarias[90], donde los sueltos son más reducidos, por lo que la cotización media también descendería[91].

Y digo "expulsión", porque a pesar de que el trabajador jubilado forzosamente podría desempeñar nueva actividad fuera de la empresa, si así lo quisiera, a través de la figura de la jubilación flexible o activa, la escasa integración de este colectivo, lo dificulta[92].

En suma, la contradicción no acaba aquí, pues venimos asistiendo en los últimos años a expulsiones del mercado de trabajo prematuras a través de la anticipación de la jubilación, ya sea por las conocidas como prejubilaciones o por el uso fraudulento y abusivo por parte del empresario de las jubilaciones anticipadas y parcial, acumulando todas las jornadas al comienzo, desincentivando que el trabajador siga su carrera laboral y propiciando que se una a la situación de jubilado con anterioridad[93].

Lo cual nos lleva a la siguiente cuestión: ¿cómo se puede asegurar una pensión de jubilación, adecuada, segura, y sostenible, si se facilita no solo la terminación de la vida laboral a la edad de 65 años, sino, además, con anterioridad, a través de las facultades de reestructuración empresarial del empresario?

Podríamos decir que hay un cambio de paradigma, la pensión de jubilación ya no protege al colectivo de los ancianos sino a los trabajadores mayores, por lo que el sistema ternario por el que se organizaba la Seguridad Social ha mutado, convirtiéndose en un sistema cuaternario, donde se observan cuatro colectivos: los que no están en edad de trabajar o no han accedido, los que trabajan, los trabajadores mayores que aún en edad o capacidad y voluntad de trabajar reciben la pensión, y el colectivo de la vejez que verdaderamente tiene otras necesidades de atención y cuidado, siendo este al que originariamente estaba destinado la pensión[94].

6. CONCLUSIONES

El tratamiento legislativo de la jubilación forzosa, tal y como hemos podido observar, no ha sido ni el adecuado ni el necesario, no solo porque se ha utilizado como un instrumento de política de empleo para influir sobre los aspectos económicos más que en los sociales, anteponiendo los

[88] Exposición de Motivos VI Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre.

[89] FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *op. cit.*, pág. 251.

[90] LÓPEZ INSUA, B.: *op. cit.*, págs. 78 y 79.

[91] Llama la atención el convenio colectivo de Telefónica donde por cada jubilado forzosamente se contratan a dos nuevos empleados, uno de ellos menor de 35 años.

[92] Es por ello que tenemos la tasa de actividad más baja de Europa para los mayores de 65 años, *Vid.,* MALDONADO MOLINA, J.A.: "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral", en VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral,* MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019, págs. 517-550.

[93] MONEREO PÉREZ, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* nº Extra 1, 2010, págs. 159-217 y LÓPEZ INSUA, B.: *op. cit.*, págs. 93-96.

[94] MONEREO PÉREZ, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", *RMTS,* Número extraordinario (2008), *passim.*

primeros a los segundos, sino porque muchas veces ha sido objeto de intereses partidistas, más allá del consenso que esta institución necesita.

La jubilación, conquista de los trabajadores desde que se consiguiera el retiro obrero, supone el *derecho a descansar después de una larga vida de trabajo*, y, por tanto, esta inclusión de su obligatoriedad, debemos de indicar y resaltar una vez más, que no es inherente a ella, sino ajena. Y más aún, cuando no hay evidencias empíricas de que la jubilación de un trabajador suponga la contratación de otro, y más aún, de un trabajador nuevo y joven, aspecto que ni siquiera juega a favor de la implantación de esta medida como contraprestación al recorte del derecho.

Es así, que se recogen una serie de aspectos críticos por los que, en mi opinión, la jubilación forzosa, debería de ser revisada y parcialmente derogada, pero eso sí, con vocación de permanencia a través de un amplio consenso político, el cual podría ser conseguido en un nuevo Pacto de Toledo. Esta motivación girará, como se ha desprendido de mi exposición, en torno a tres pivotes: la discriminación por razón de edad, el conocido como envejecimiento activo y la sostenibilidad del sistema de pensiones, los cuales unos tendrán mayor incisión que otros.

Por tanto, partiendo de la premisa de que el funcionamiento del mercado de trabajo es complejo, y no se equilibra por la salida de unos y la entrada de otros, este *rejuvenecimiento* de la jubilación forzosa, valga la redundancia, supone una discriminación por razón de edad, no solo porque se desvirtúe el derecho a la jubilación, sino porque esta figura puede suponer un mecanismo más en manos del empresario para ordenar su actividad, atendiendo a justificaciones vagas e inconcretas de política de empleo en el convenio colectivo. De este modo, estaríamos hablando de un nuevo mecanismo de reestructuración empresarial, sin causa y sin contraprestación indemnizatoria, que aumentaría la flexibilidad en la empresa, o si se quiere, una subvención o abaratamiento del despido por el que la Seguridad Social, pasaría a recoger a unos trabajadores que aun estando en posición de trabajar se adhieren a la pensión de jubilación.

No debemos de olvidar, que el empresario ya dispone y disponía de mecanismos para reestructurar su empresa, ya fuera mediante despido colectivo u objetivo por causas empresariales, o concretamente, por ineptitud sobrevenida del trabajador (artículo 52.a) ET)[95], siendo lo más frecuente, aunque también podía acudir, si se encadenaban bajas por incapacidad temporal por enfermedad común, de forma continuada, y como consecuencia de la pérdida de capacidades, al ya derogado despido por faltas justificadas, letra d)[96].

Además, la utilización de la jubilación forzosa en convenio colectivo, aunque ahora es incipiente, podría ser mayor tras el nuevo panorama que acecha, como es el de la Industria 4.0., en donde el riesgo de que las personas llegadas a una cierta edad sean consideradas inservibles por no adaptarse a la tecnología, podría propiciar la negociación de estas cláusulas en las empresas, hecho que aumentaría considerablemente la estigmatización de este colectivo, además de ir en contra de lo que se considera envejecimiento activo[97].

Sin embargo, aunque la derogación parcial de la jubilación forzosa no tenga mucha incidencia en la sostenibilidad de las pensiones públicas, pues no serían muchos los que optaran por seguir trabajando con la regulación actual, esto es, la garantía del 100% de su base reguladora, ello no justifica, en mi opinión, su permanencia. Esto es, aun cuando la supresión de la jubilación forzosa no sea el antídoto único que nuestro sistema de pensiones necesita, sí que ayuda que los trabajadores en edad de jubilación, por pocos que sean y que quieran seguir trabajando por encontrarse en plenas facultades lo hagan, pues así tanto se mantiene un cotizante como se ahorra

[95] *Vid.,* MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales: estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.

[96] GALA DURÁN, C.: *op. cit.*, pág. 100.

[97] En este sentido, *vid.,* Convenio colectivo de Telefónica donde se indica que: "el sector de las telecomunicaciones se ha visto afectado en los últimos años por procesos relevantes tales como la convergencia, o el más reciente de la disrupción digital y la inteligencia artificial" para justificar la jubilación forzosa.

una pensión las arcas de la Seguridad Social. Aspecto que no se produciría con la jubilación forzosa, y más aún, si se amortiza el puesto de trabajo, pues la Seguridad Social gana un pasivo y pierde un activo.

De este modo, el camino a seguir será el fomento de la jubilación voluntaria, que no será la obligación de trabajar más, sino que la jubilación forme parte, como ya lo hizo en sus inicios, del haz de derechos que el trabajador posea, concretamente para organizar o programar su jubilación como mejor convenga, pudiendo elegir entre la jubilación si considera que ya ha terminado su vida laboral y quiere el descanso; o bien, si considera que quiere seguir trabajando para mejorar su integración sociolaboral y económica, pueda decantarse por la jubilación postergada, o acudir a las modalidades de jubilación parcial (la cual es negada en la jubilación forzosa), flexible o activa.

Se debe acabar con la visión de la "estandarización y cronologización estricta de los ciclos vitales"[98], pues no debemos de olvidar el uso también de las prejubilaciones y jubilaciones anticipadas, en las que el trabajador en edad de jubilación o próximo a la edad, se ve como un trabajador obsoleto, desactualizado, incluso, como un estorbo, y, por tanto, es el primer trabajador del que se prescinde en una reestructuración empresarial.

El legislador debe de focalizar sus esfuerzos en promover la denominada "gestión de la diversidad generacional"[99] en la empresa, pues se debe de revitalizar el papel del trabajador más experimentado en la misma, no solo con políticas de formación constantes, sino con programas de *mentoring* o *coaching* que hagan posible la integración de los más jóvenes en la empresa, sin renunciar a la mano de obra más longeva, la cual pasaría a desarrollar otro tipo de rol.

Dicho todo lo anterior, ello no empece a que, en virtud de la derogación parcial defendida, se mantenga la jubilación forzosa en aquellos sectores o actividades que por motivos de seguridad y orden público sea necesario el establecimiento de una edad máxima de trabajo (*v.gr.:* sector de la construcción o del transporte).

Aunque también sería necesario tener en cuenta el problema del "uso fraudulento del alargamiento de la vida laboral" si se estima la derogación parcial. Es decir, aquellas situaciones en las que los grupos profesionales superiores, que ya no reúnen los requisitos físicos o psíquicos del puesto de trabajo, no quieren acceder a la pensión de jubilación para no ver mermadas sus rentas considerablemente y/o percibir la cuantiosa indemnización por el despido. En este sentido, será necesario reflexionar y discutir una solución, proponiéndose aquí una exención o limitación a la cuantía de la indemnización del despido objetivo por ineptitud sobrevenida, siempre y cuando, la causa quede acreditada, se ostente el 100% de la base reguladora, y el trabajador tenga la edad de 68 años. Si bien es cierto que la acreditación de la causa podría generar también situaciones de estigmatización o discriminación en la empresa.

Como alternativa, pues, si no se estima la derogación parcial, debería de endurecerse aún más la medida, posibilitándola solo en caso de efectiva contratación de nuevos trabajadores, sin que haya una amortización del puesto de trabajo en ningún caso; además de aumentar la edad para jubilar forzosamente, como mínimo a los 68, en línea con las políticas de envejecimiento activo, más allá de la edad legal de jubilación. Asimismo, en el caso de que no se respetaran estas exigencias, el despido debería de calificarse de nulo, pues supondría un despido por razón de edad discriminatorio, contrario al artículo 14 CE y 17 ET.

[98] LÓPEZ INSUA, B.: *op. cit.*, pág. 77.
[99] CHARRO BAENA, P. y GUERRERO JAREÑO, R.: *op. cit.*, págs. 216 y 217.

7. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "Extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación", en VVAA: *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019: estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes,* MONEREO PÉREZ, J.L., Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), ORTIZ CASTILLO, F. (Coord.), Murcia, Laborum, 2019.

ALZAGA RUIZ, I.: "Jubilación forzosa pactada en convenio: el respeto de las situaciones jurídicas que han alcanzado firmeza con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de 1 de julio", *Aranzadi Social,* 2006, tomo I.

ARUFE VARELA, A.: "Prolongación de la edad y elección del momento de la jubilación. Sus efectos sobre el trabajo. Realidades y fantasías", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019.

BARRIOS BAUDOR, G.L.: "El regreso de la jubilación forzosa"*, Revista Aranzadi Doctrinal,* Nº3, 2019, pág. 4, disponible en www.aranzadidigital.es ref. BIB 2019\1469.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "Ley 3/2012, jubilación forzosa y extinción del contrato: ¿un 'término' en un contrato indefinido", *Relaciones Laborales*, Nº 4, Sección Cuestiones prácticas, Abril 2013, Año 29.

CHARRO BAENA, P. Y GUERRERO JAREÑO, R.: "La jubilación forzosa y la gestión de la diversidad generacional en la empresa: ¿dos conceptos antagónicos?", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019.

DURÁN LÓPEZ, F.: "Vuelve la jubilación forzosa", *Newsletter laboral Garrigues,* enero 2019.

FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo II, Murcia, Laborum, 2019.

FERNÁNDEZ COSTALES, J.: "La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador", en VVAA: *La extinción del contrato de trabajo,* SEMPERE NAVARRO, A.V., Y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coords.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011.

Fernández Martínez, S.: "La vuelta de las cláusulas de jubilación forzosa a los convenios colectivos", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Ortiz Castillo, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: "La jubilación forzosa como causa extintiva de la prestación de servicios. El perpetuo viaje de ida y vuelta en el devenir del instituto jurídico guadianesco por excelencia de la seguridad social y la negociación colectiva", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019.

GALA DURÁN, C.: "La reforma de la pensión de jubilación en las leyes 27/2011 y 3/2012: avances hacia un nuevo modelo", *Revista Internacional de Organizaciones,* Nº8, 2012.

GUINDO MORALES, S., "Normas europeas en materia de ocupación y protección social en relación con el ámbito local", en, VVAA.: *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados,* ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIERNO, F. (Ed.) et al, Málaga, AMEIS, 2017.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "La jubilación forzosa pactada en convenio colectivo: la política de empleo como límite a la disponibilidad colectiva de derechos individuales del trabajador (comentario a la STS de 14 de julio de 2000)", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2000.

LÓPEZ INSUA, B.: "La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones", *e-Revista Internacional de la Protección Social,* Vol. III, Nº1, 2018.

MALDONADO MOLINA, J.A.: "Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral", en VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral,* MONEREO PÉREZ, J.L. Y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: "La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* Nº 191, 2016.

MELLA MÉNDEZ, L.: "La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: Notas sobre su naturaleza jurídica", en VVAA.: *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación,* LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.), Madrid, Iustel, 2007.

MOLINA NAVARRETE, C.: "A vueltas con las «cláusulas de jubilación forzosa»: nuevos capítulos para una ¿«historia interminable»?", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas,* Madrid, Tecnos, 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad", *LA LEY Unión Europea*, Nº 58, abril 2018, Editorial Wolters Kluwer.

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*, Nº 18, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A.: "Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores", en *El sistema Universal de los Derechos Humanos,* MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.), Granada, Comares, 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", *RMTS,* Número extraordinario (2008).

MONEREO PÉREZ, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* nº Extra 1, 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Las reformas de las pensiones. Un análisis global del proceso reformista", en VVAA.: *La pensión de Jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma,* MONEREO PÉREZ, J.L. Y LÓPEZ CUMBRE, L. (Dirs.), MALDONADO MOLINA, J.A. Y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", en VVAA: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Tomo I, Murcia, Laborum, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales: estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.

PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: "Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa", *Relaciones Laborales,* Nº 11, Sección Doctrina, Quincena del 8 al 23 Jun. 2004, Año XX, La Ley.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, Nº 13, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Jul. 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", *Relaciones Laborales*, Nº 13, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Jul. 2008.

SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y GÓMEZ CABALLERO, P.: *Apuntes sobre la Jubilación Forzosa,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: "¿Valen las jubilaciones forzosas al amparo de convenios negociados entre 2001 y 2005?", *Repertorio de Jurisprudencia*, Nº23, 2007.

TOMÁS JIMÉNEZ, N.: "La jubilación forzosa y su evolución legislativa", en VVAA.: *La edad de jubilación,* MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2011.

VVAA: *Envejecimiento activo y vida laboral,* MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2019.