
La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral: la compleja aplicación en el ámbito de las administraciones públicas

Xavier Boltaina Bosch

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona

1. **Introducción**
2. **Antecedentes para el debate (I): la evolución de la jubilación forzosa por razón de edad hasta la reforma legal de 2001**
3. **Antecedentes para el debate (II): la evolución de la jubilación forzosa por razón de edad desde la reforma legal de 2001 hasta la Ley 14/2005 de reforma del Estatuto de los Trabajadores**
4. **Reinicio de la posibilidad de jubilación forzosa por razón de edad: la Ley 14/2005 y la reforma que incluye de nuevo la disposición adicional décima**
5. **La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral tras el EBEP: inaplicación de las previsiones del Estatuto Básico**
6. **La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral. Requisitos fijados por la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores (ET)**
 - 6.1. La regulación en convenio colectivo
 - 6.2. Los requisitos a cumplir por los trabajadores afectados
 - 6.3. La política de empleo prevista en convenio colectivo
7. **¿Son aplicables los requisitos de política de empleo a las administraciones públicas?: el camino tortuosamente contradictorio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo**
 - 7.1. Criterio flexible del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la disposición adicional décima a las administraciones públicas: el primer momento de la interpretación judicial
 - 7.2. El “vuelco” jurisprudencial: la doctrina emanada de las SSTS de 22 de diciembre de 2008
8. **A modo de conclusión: aproximación al tratamiento en la negociación colectiva de la doctrina del Tribunal Supremo sobre jubilación forzosa por razón de edad en la Administración pública**

1. Introducción

Frecuentemente acontece una confusión entre el “derecho” a la prestación de jubilación y la “obligación” de jubilarse, y también en no pocas ocasiones el régimen jurídico de los funcionarios sobre jubilación por edad se aplica al personal laboral de la Administración, sin que ello sea jurídicamente factible sin más. Si a ello unimos una conflictividad subyacente en todas las cuestiones que afectan a la jubilación, podemos colegir que cuando esta es “forzosa” y se aplica al personal laboral de la Administración, nuestro sistema jurídico no ha sido capaz de encontrar

el necesario equilibrio, como a continuación detallaremos.

Por otro lado, es ciertamente confusa la voluntad del legislador, Gobierno, organizaciones empresariales y sindicatos a la hora de plantear la jubilación forzosa. Así, mientras se han dado pasos para fomentar la prolongación del trabajo y el retraso de la jubilación –como es el caso de la propuesta del Gobierno español de febrero de 2010 para fijarla a los 67 años–, que ya tiene antecedentes normativos que fomentan esa prolongación mediante incentivos en la cotización y beneficios en la prestación a lucrar en el momento de jubilarse más allá de los 65 años, por otro lado, de for-

ma coetánea en el tiempo, se han introducido previsiones de jubilación parcial y anticipada a partir de los 60, una vez se han ido agotando las posibilidades para la jubilación anticipada de los trabajadores que hubieran cotizado con anterioridad al 1 de enero de 1967. A ello se ha añadido el propio EBEP en cuanto a los funcionarios, situando la edad de jubilación obligatoria en los 65 años, permitiendo que las leyes de desarrollo fijen la prolongación de la misma a solicitud del funcionario –transitoriamente este el régimen vigente por ahora–, y también introduciendo la posibilidad de jubilación parcial y anticipada, que no ha tenido aún desarrollo reglamentario.

En este estado de cosas, la jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral de la Administración adquiere una dimensión específica y unos contornos muy peculiares. Para una adecuada comprensión de todo ello, es preciso previamente analizar el régimen general de la jubilación por edad en el Derecho Laboral, para luego descender a la especificidad en la Administración.

2. Antecedentes para el debate (I): la evolución de la jubilación forzosa por razón de edad hasta la reforma legal de 2001

El debate se inicia con la original disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980. Ese precepto preveía una cláusula de jubilación parecida a la actual de la disposición adicional décima del vigente ET, si bien en su primer apartado establecía que la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendría el límite máximo de edad que fijara el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, para acto seguido instituir que la edad máxima sería la de 69 años, sin perjuicio de que pudiesen completarse los periodos de carencia para la jubilación.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 22/1981, de 2 de julio, declaró inconstitucional esta redacción, “interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar” a los 69 años, y, de forma directa e incondicionada, la extinción del vínculo laboral a aquella edad.

El ET aprobado en 1995 (Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo) configuró una nueva redacción al ET, a través de la disposición adicional décima, con los siguientes tres criterios:

– En primer término, indicaba que, dentro de los límites y condiciones fijados por la norma laboral, la

jubilación podía ser utilizada como instrumento para llevar a cabo una política de empleo.

– El segundo párrafo de la disposición adicional décima señalaba que la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendría el límite máximo de edad que fijara el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que pudieran completarse los periodos de carencia para la jubilación.

– Finalmente, un tercer párrafo de la disposición adicional estableció que la negociación colectiva podía pactar libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo que se dispusiera en materia de Seguridad Social a estos efectos.

Este tercer párrafo es el más importante a nuestro objetivo final, porque su redacción y la jurisprudencia que originó son antecedentes al actual marco jurídico.

Se evidenció pronto, tras el ET de 1995, que el tercer párrafo de la disposición adicional décima era el que más dudas podía originar, pues, aunque era breve, obligaba a analizar el alcance de la expresión “podrán pactarse libremente edades de jubilación”, y cuál sería la conexión entre esta negociación colectiva y la Seguridad Social.

Desde ese momento, numerosos convenios colectivos incorporaron cláusulas –también en las administraciones públicas–, no solo estableciendo incentivos a la jubilación, sino también instituyendo la jubilación forzosa. Era evidente que con todas las previsiones del ET se limitaba el derecho al trabajo constitucionalmente protegido, pero también ello sucedía con otros preceptos legales, que individual o colectivamente autorizan a que el empresario o la Administración, unilateralmente o con el previo acuerdo con la representación de los trabajadores, adopte decisiones que supongan despidos o suspensiones contractuales de tipo colectivo, entre otras circunstancias.

Al respecto de ello, la STC 58/1985 dictaminó que la Constitución no prohíbe, y la legislación permite, estas modulaciones o restricciones al derecho individual al trabajo. En concreto, la sentencia entendió que el párrafo mencionado no era inconstitucional porque estableciese la jubilación forzosa, lo que era tanto como afirmar que la negociación colectiva podía afectar a un derecho de carácter individual, doctrina reiterada por la STC 95/1985, de 29 de julio, que indicó que de la Constitución Española no se deriva “expresa o implícitamente” ningún principio que, con carácter general, arrebate a la negociación colectiva

–dentro del marco de las relaciones laborales que le son propias y del ámbito delimitado por la Ley– la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales; la propia sentencia subrayó que la jubilación forzosa, en determinadas condiciones, resulta posible, y a ello no se opuso tampoco la precedente STC 22/1981.

También en esa sentencia se afirmó que estas previsiones de jubilación forzosa podían estar justificadas objetiva y razonadamente, sin que tampoco la existencia de criterios diferentes, fruto de la negociación colectiva entre diferentes sectores o empresas, diera pie a una desigualdad constitucionalmente discriminatoria; según el fundamento jurídico 4º de la STC 58/1985, esta comparación no es posible, pues las diferencias de condiciones de trabajo y empleo son connaturales a la negociación colectiva, que se adapta en cada caso a las condiciones e intereses de los diversos colectivos sobre los que se actúa.

Pero a ello se añadió que estas cláusulas de jubilación forzosa en el Derecho Laboral, al amparo de la antigua disposición adicional décima del ET, no podían ser acogidas por la negociación colectiva de manera incondicionada. En este sentido, el Tribunal Constitucional entendió –y considera igualmente hoy día– que las cláusulas serían correctas si cumplieran dos principios: a) que los trabajadores forzosamente jubilados acrediten todos los requisitos para acceder a una pensión de jubilación contributiva (SSTC 35/1985, 58/1985, 95/1985, y 111 a 136/1985), y b) que se garantice la no amortización de estos puestos de trabajo (STC 22/1981). Por tanto, el planteamiento efectuado por el Alto Tribunal enmarca la jubilación forzosa de los trabajadores en el ámbito de una política de empleo concreta.

Pese a lo anterior, el Tribunal Supremo llevó a cabo posteriormente una flexibilización de los mencionados requisitos. La doctrina del Tribunal Supremo se concretó al entender que la doctrina constitucional no exige forzosamente la cobertura de las vacantes de los jubilados forzosos, y que también era aceptable que una política de mantenimiento del empleo se alcanzase, en ocasiones, mediante la amortización de los puestos de trabajo dejados vacantes por aquellos trabajadores jubilados.

En concreto, el Tribunal Supremo validó las cláusulas de los convenios colectivos bajo los siguientes criterios, que nos son de gran importancia en el momento

presente a la hora de valorar el redactado vigente de la disposición adicional décima, según texto dado por la Ley de 1995:

a) Los convenios colectivos pueden plantear la jubilación forzosa como fórmula de reestructuración de la plantilla de la empresa, si ello supone una continuidad o el mantenimiento del empleo. Así, la STS de 29-10-1990¹ afirmó que estos requisitos y condiciones se centran, fundamentalmente, en el cumplimiento de las finalidades propias de la política de empleo, sea de ámbito nacional sectorial o de empresa, que implique que con aquella jubilación se persiga en alguno de estos ámbitos una redistribución del trabajo, o facilitar el acceso al empleo de aquellos ciudadanos que están en situación de desempleo, o la viabilidad o el mantenimiento de empresas en dificultades o cualquier circunstancia análoga (FJ 3º).

b) Se aceptó también que la jubilación forzosa prevista en los convenios colectivos no ha de comportar, necesariamente, la contratación de un nuevo trabajador en el puesto del jubilado, siempre que ello no suponga la amortización del puesto, que podrá ser cubierto por otras fórmulas en uso de las facultades empresariales (movilidad geográfica, promoción interna, etc.), aunque aceptándose también en ocasiones que se produzca la amortización del referido puesto.

Así, la STS de 27-12-1993² recordó que la doctrina consolidada en nuestro sistema de relaciones laborales fija que el mantenimiento a toda costa de un determinado número de puestos de trabajo, en términos absolutos no es configurador del orden público laboral, por lo que no resulta obligado que un convenio colectivo necesariamente haya de incluir ninguna cláusula explícita que obligue a cubrir puestos de trabajo de los jubilados por otros desocupados (FD 2º), en tanto que la STS de 2-3-1983³ afirmó que los planes de reconversión y reestructuración, pese a que reduzcan la plantilla, no son opuestos a una política de pleno empleo, sino que, al contrario, pueden ser muy adecuados para la economía del país, así como para los propios trabajadores desocupados, que podrán acceder a un empleo para evitar despidos de personal activo (FD 3º), concluyéndose, en otros pronunciamientos, que estas jubilaciones pueden integrarse en un “marco de actuación”, fijado por las

1. STS 29-10-1990 (RJ 1990\7937), que sigue la doctrina ya apuntada por la STS 28-2-1990 (FJ 1990\1250).

2. STS 27-12-1993 (RJ 1993\10011).

3. STS 2-3-1983 (RJ 1983\1102).

partes negociadoras del convenio con la finalidad de favorecer “el interés supraindividual”, concretado por la continuidad de la actividad empresarial a través de una adecuación progresiva de la plantilla a las necesidades de la producción,⁴ siendo suficiente que se busque la viabilidad de la empresa o la mejora de su funcionamiento o competitividad.⁵ Lógicamente, en esta misma línea, también se aceptó que los convenios colectivos que lo hubieran previsto no obligaran a que el nuevo trabajador contratado lo sea para idéntico puesto o función que el jubilado, ni a que el sustituto lo sea mediante un contrato fijo,⁶ o a que el trabajador estuviera previamente desempleado.⁷

Es importante concluir que la flexibilización introducida por el Tribunal Supremo llevó a interpretar el convenio colectivo como un todo unitario, donde las cláusulas de jubilación forzosa no podían desconectarse de todo el cuerpo convencional, el cual sí debe integrar una determinada política de empleo. Así, el Tribunal Supremo entendió que el objetivo de redistribución del empleo, aunque lo deseable fuera que estuviera explícito en el convenio, nada objetaba que pudiera “presumirse” de la lectura del convenio colectivo.⁸ Cuestión esta última sobre la que volveremos al tratar de los convenios colectivos de la Administración pública en la actualidad, pues tal criterio ya no se mantiene en sede judicial en el momento presente.

Ello nos permite deducir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la práctica real, acabó única-

mente exigiendo que la jubilación forzosa respetara el derecho del afectado a la percepción de una pensión de jubilación contributiva, lo que se deduce de diversos pronunciamientos tales como la STS de 27-12-1993, según la cual los límites de la negociación colectiva al regular la cuestión no se ven afectados por una posible amortización de puestos de trabajo; o el auto del Tribunal Supremo de 18-11-1998, que afirmó que la exigencia de que una empresa adopte alguna medida de promoción del empleo no la contempla la doctrina de la Sala Social del Tribunal, que solo exige que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación (FD 3º).⁹

Pero aún más, incluso en cuanto a esta única exigencia, la doctrina judicial fue también especialmente flexible, ya que no requería tampoco que el trabajador jubilado percibiera el cien por cien de la base reguladora¹⁰ –criterio que como comprobaremos adoptó la Ley de 2005–, habiéndose validado como correctas cláusulas de jubilación forzosa para edades inferiores a los 65 años,¹¹ pese a que ello supusiera aplicar coeficientes reductores en el cálculo de la pensión¹² –criterio que como también podremos observar ha sido corregido en la reforma legal de 2005–, lo que implicaba no un trato discriminatorio, sino un trato “desigual”, por cuanto los trabajadores afectados eran aquellos que podían jubilarse antes de los 65 años por haber cotizado con anterioridad al 1 de enero de 1967.

4. STSJ Andalucía/Málaga de 24-3-2000, FD 2º (AS 2000\605).

5. STSJ Andalucía/Sevilla de 6-11-1998 (AS 1998\7763), que en concreto afirma que la finalidad de política de empleo no tiene relevancia especial ni ha de consistir necesariamente en la contratación de nuevos trabajadores para sustituir a los jubilados, siendo suficiente una medida como la consolidación de contratos temporales.

6. STSJ Cataluña de 18-9-1997 (AS 1997\3125).

7. STSJ Madrid de 24-9-1996 (AS 1996\3541).

8. STS 2-6-1986, FD 2º (RJ 1986\3431).

9. STS 27-12-1993 (FD 3º) (RJ 1993\10011); ATS 18-11-1998 (RJ 1998\10001). El criterio de este auto se confirma en la posterior en el tiempo STS 14-7-2000 (RJ 2000\6630), de especial significación, ya que ante una cláusula convencional donde la jubilación únicamente estaba condicionada a que el interesado pudiera percibir la pensión correspondiente, declaró la corrección de la extinción del contrato. Judicialmente se ha entendido también que si no se cumplía el requisito de carencia mínima, la extinción del contrato no podía calificarse de jubilación, sino como despido (STSJ Aragón de 23-1-2002, AS 2002\325).

10. STSJ Castilla y León/Valladolid de 7-7-1998 (AS 1998\3424).

11. El supuesto resuelto por la STS 7-11-1994 afectaba al artículo 31 del XIII Convenio colectivo del por entonces público Banco Exterior de España, el tenor literal del cual establecía que el Banco podría jubilar obligatoriamente al personal a partir del cumplimiento de los 60 años de edad y en cualquier momento posterior, siempre que en tal momento tuviera acreditados el empleado 15 años, cuanto menos, de servicios efectivos, y tuviera derecho a la pensión de Seguridad Social. La sentencia mencionada entendió que el pretendido derecho del trabajador a que no se le redujera el importe de su pensión de jubilación en los supuestos de avance obligatorio de la edad pensionable, de forma que la cuantía de esta prestación hubiera de ser igual a la que le correspondería percibir a la edad de 65 años, “no tiene el soporte legal y jurisprudencial alegado”. Sin embargo, debe señalarse que en el caso en cuestión el Banco garantizaba el cien por cien del sueldo real, que no de la pensión de jubilación, a través del sistema de mejora voluntaria, aunque no creemos que esta realidad fáctica fuera la que mediatizó la decisión del Tribunal.

12. STS 7-11-1994 (RJ 1994\9065).

3. Antecedentes para el debate (II): la evolución de la jubilación forzosa por razón de edad desde la reforma legal de 2001 hasta la Ley 14/2005 de reforma del Estatuto de los Trabajadores

En este orden de cosas se encontraba la institución de la jubilación forzosa por razón de edad, cuando en primer término a través del Real decreto ley 5/2001 y más tarde por la Ley 12/2001 se procedió a derogar la disposición adicional décima del ET, dando pie a un debate jurídico sobre si era factible o no la incorporación a los convenios colectivos de cláusulas de jubilación forzosa.

Tal debate se centró en dos tesis: una restrictiva,¹³ según la cual la disposición adicional décima suponía la imposibilidad de que la negociación colectiva futura –privada y pública– pudiera fijar cláusulas de jubilación forzosa, y una tesis que, en su momento, denominamos “habilitadora”, según la cual tal derogación no afectó a la capacidad del convenio colectivo para regular la jubilación forzosa;¹⁴ nuestro criterio en ese momento era partidario de la tesis habilitadora, y así lo defendió también una parte significativa de la doctrina laboral,¹⁵ que dio pie a un debate judicial en sede de los tribunales superiores de justicia también contradictorio, con pronunciamientos en ambos sentidos.¹⁶ En palabras de María Emilia Casas, la ley debería haber prohibido expresamente a la negociación colectiva el establecimiento de edades de jubilación para que tal cortapisa fuera válida, reservándose para sí misma la facultad, lo cual no sucedió en España con el Real decreto ley de 2001.¹⁷

No obstante, el Tribunal Supremo consideró que el Real decreto ley de 2001 impuso un “giro copernicano” a la situación, razonando que quizá ello fue motivado por el “uso excesivo de la habilitación convencional y el recelo doctrinal que tal uso había generado”,¹⁸ si bien la propia jurisprudencia reconoce que la derogación de la disposición adicional décima no impidió que sindicatos y patronal continuaran pactando cláusulas de jubilación forzosa, movidos unos y otros por intereses que coincidían: en el primer caso, por la presión e interés de los trabajadores afectados, y en el segundo, por la necesidad de sustituir trabajadores ya mayores por empleados más jóvenes y de menor coste.

Finalmente, el debate expuesto concluyó con dos iniciales sentencias del Tribunal Supremo, dictadas en Sala General en fecha 9 de marzo de 2004, que entendieron que la derogación de la disposición adicional décima supuso que era ya contrario, a partir de ese momento, al principio de igualdad y al principio de interdicción de la discriminación, la fijación en convenio colectivo de una edad de jubilación forzosa, aunque resultase válida transitoriamente la fijada en convenios anteriores al Real decreto ley 5/2001 y durante el tiempo de su vigencia. En concreto, la STS 2-11-2004¹⁹ formalizó el criterio del Tribunal bajo cinco parámetros:

- La negociación colectiva de una edad máxima de jubilación requiere una habilitación legal, por cuanto afecta al derecho al trabajo constitucionalmente reconocido.

- La disposición adicional décima, anterior a la derogación, recogía esta habilitación, vinculada al límite de que tal jubilación forzosa se apoyara en razones de política de empleo.

13. Defendida, entre otros, por Carlos ALFONSO MELLADO en *La primera reforma laboral del milenio*, IVES, Valencia, 2001, p. 61, aunque con ciertas dudas; ya con más rotundidad, Jordi GARCIA VIÑA en “Regulación en convenio colectivo de cláusulas de jubilación forzosa”, *Tribuna Social*, núm. 124/2001, p. 31 a 36; Ignacio ALBIOL MONTESINOS en la obra colectiva “La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001”, Tirant lo Blanch, *Colección laboral*, núm. 118, Valencia, 2001, p. 81 a 86; José María GOERLICH PESET y Ángel BLANCO PELLICER: “La extinción del contrato de trabajo en la Ley 12/2001 de 9 de julio”, en *Relaciones Laborales*, núm. 11-12/2002, p. 244 y siguientes.

14. Véase al respecto nuestro trabajo “Són possibles les clàusules de jubilació forçosa en la negociació col·lectiva després de la reforma laboral del 2001?”, publicado en la *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2003.

15. Entre otros, Antonio SEMPERE NAVARRO en la obra colectiva *La reforma laboral del 2001. Análisis del Real Decreto Ley 5/2001 de 2 de marzo*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2001, p. 171-173. También postularon este criterio los presidentes del Tribunal Constitucional en diversos escritos teóricos; Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER y María Emilia CASAS BAAMONDE en “La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 7/2001, p. 23 y 24.

16. Incluso en el mismo TSJ. Así, las SSTSJ Madrid de 17-12-2002 (recurso 2274/2002) y 5-2-2003 (ref. AJA 585/10) concluyeron que tras la reforma de 2001 la jubilación forzosa equivalía a un despido nulo, en tanto que la STSJ de 11-1-2002 (AS 2002\858) validó la extinción.

17. María Emilia CASAS BAAMONDE: “La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación parcial y gradual y de los contratos de relevo”, *Relaciones Laborales*, núm. 11-12/2002, p. 88.

18. Por todas, *vid.* STS 22-12-2008 (RJ 2009\1828).

19. STS 2-11-2004 (RJ 2004\8053), en recurso de casación para la unificación de doctrina.

– La derogación implicó la supresión de la habilitación legal, por lo que no era posible ya a partir de ese momento pactar convencionalmente tales cláusulas.

– La derogación respondió a que las razones de política de empleo que existían en España en 1995 ya no se daban en ese momento, e incluso habían sido contrarrestadas por una política de empleo nacional de signo opuesto y por directrices de la Unión Europea.

– La prohibición de pactar cláusulas de jubilación forzosa no afectaba a los convenios firmados con anterioridad y todavía vigentes.

4. Reinicio de la posibilidad de jubilación forzosa por razón de edad: la Ley 14/2005 y la reforma que incluye de nuevo la disposición adicional décima

Tras la victoria del Partido Socialista en las elecciones de 2004, se inicia una presión empresarial y sindical para recuperar la posibilidad que amparaba la disposición adicional décima, derogada tres años antes por el Gobierno del Partido Popular. Ello se patentiza claramente pocos meses después de las elecciones, en la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004 firmada por el nuevo Gobierno, las organizaciones sindicales y empresariales, y que se concretó finalmente en la Ley 14/2005, de 1 de julio, que como tal norma “resucita” (Tribunal Supremo *dixit*) la disposición adicional décima. Sistemáticamente se ubica de nuevo la posibilidad en el “hueco” normativo dejado en el Estatuto de los Trabajadores por parte de la reforma de 2001, y que no se había cubierto formalmente por ninguna disposición posterior.

A partir de aquí, se hace preciso estudiar en términos generales la disposición adicional décima y, en especial, insertarla en el ámbito del personal laboral de las administraciones públicas, tarea nada fácil, como tendremos ocasión de analizar a continuación. En cualquier caso, indicaremos que la disposición adicional aprobada en 2005 sitúa la posibilidad de jubilación por razón de edad en los siguientes parámetros:

– 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.

– Para que lo anterior sea válido, es preciso 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 periodo 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.

– Aunque no incorporada en la disposición adicional décima, se mantiene una disposición transitoria única de la Ley 14/1995, según la cual las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley, en las que se hubiere pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización, y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para acceder a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, si bien esta disposición no afectará ya a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la entrada en vigor de la Ley.

5. La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral tras el EBEP: inaplicación de las previsiones del Estatuto Básico

Antes de proseguir, debemos valorar si la disposición adicional décima vigente es de aplicación al personal laboral de las administraciones públicas o, por el contrario, se ha matizado o anulado tal aplicación por alguna previsión del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

El EBEP regula en el título IV la “adquisición” y la “pérdida” de la relación de servicio. Aunque el capítulo I, titulado del “acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, trata –aunque no de forma absolutamente homogénea– del acceso a la condición de funcionario y personal laboral, el capítulo II, sobre la “pérdida de la relación de servicio”, se refiere exclusivamente a los funcionarios, de tal manera que el artículo

67 (“jubilación”) únicamente regula la jubilación de los funcionarios, una de las cuales es la “forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida” (artículo 67.1.b), que se declara de oficio al cumplir aquellos los 65 años de edad, si bien es factible la prolongación del servicio hasta los 70 años, en las condiciones que marque la ley en cada momento –la regulación actual o la que en el futuro fijen las leyes de función pública de desarrollo del EBEP, según el artículo 67.3 de este texto legal–.

Esta normativa no puede aplicarse en ningún caso analógicamente ni tampoco supletoriamente al personal laboral de la Administración pública, ni aun en base a una interpretación muy generosa del artículo 7 del EBEP, lo que no impide, sin embargo, que sí pudiera aplicarse si se dan las condiciones que más adelante describiremos, a través de negociación colectiva. En consecuencia, el régimen jurídico de la jubilación forzosa por razón de edad debe buscarse en otra norma, el ET, y más concretamente en la disposición adicional décima.

El régimen jurídico vigente actualmente es el mencionado y descrito con anterioridad, y por ello debemos destacar los diferentes aspectos del mismo, en algunos supuestos no siempre de fácil concreción.

6. La jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral. Requisitos fijados por la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores (ET)

El ET en ningún caso fija una edad de jubilación forzosa, ni, tampoco, posibilidad de prolongación del servicio de los trabajadores a partir de determinada edad, lo que lo diferencia claramente del Derecho funcional. Y dado que el ET es aplicable al personal laboral y que el EBEP no fija ninguna excepción a esa aplicación, cualquier posibilidad de regulación pasa por lo que dispone el referido Estatuto de los Trabajadores.

En concreto, la disposición adicional décima señala tres criterios para que sea válida una cláusula de jubilación forzosa por edad de un trabajador:

a) Que lo prevea así expresamente un convenio colectivo. Por consiguiente, deberá estar recogido en el convenio colectivo de la respectiva Administración pública o, en el supuesto de ausencia de convenio –especialmente en las corporaciones locales–, por el convenio colectivo sectorial aplicable a cada rama de

actividad del personal de la corporación, de acuerdo con una ya consolidada doctrina judicial del Tribunal Supremo que tiene su origen en 2004. Como cada vez es más general la negociación colectiva laboral en el mundo público y en especial en el local, la norma más usual para regular esta jubilación será precisamente el convenio propio de la Administración pública correspondiente.

b) El empleado público laboral a jubilar deberá acreditar el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social, que es a los 65 años. Por tanto, no es factible fijar edades inferiores, como con anterioridad a la Ley 14/2005 algunos convenios colectivos instituían y la jurisprudencia había corroborado.

c) Que además de los anteriores requisitos, se cumplan otros requisitos de carácter “empresarial” (política de empleo) e individual de cada trabajador (tener derecho a la pensión de jubilación contributiva).

6.1. La regulación en convenio colectivo

El ET no prevé alternativa a esta posibilidad. Por consiguiente, no puede fijarse por contrato de trabajo, ni tampoco incorporarse a las bases de la convocatoria de selección, instituyendo una remisión al EBEP o normativa funcional.

Puede suceder que la Administración pública correspondiente tenga convenio propio que incorpore esa cláusula, si bien esta puede ser anterior a la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de 1 de julio, o posterior. Aunque cada vez son menos los aún vigentes con anterioridad a esa fecha, el ET señala –ya hemos tenido ocasión de reseñarlo– que las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la Ley 14/2005 que incorporasen la jubilación por razón de edad se considerarán válidas y aplicables, si el trabajador afectado tuviera cubierto el período mínimo de cotización a la Seguridad Social y cumple el resto de requisitos para la jubilación contributiva. A pesar de que literalmente la disposición adicional décima del ET no lo requiere, nuestro Tribunal Supremo entiende que también en estos supuestos es preciso que, en el convenio colectivo anterior a tal fecha, se vinculara la jubilación forzosa a “objetivos coherentes con la política de empleo” de la empresa.²⁰

20. STS 22-12-2008, en recurso de casación para la unificación de doctrina (RJ 2009\1828).

Si la cláusula corresponde a un convenio posterior a la Ley 14/2005, habrá que estar a lo previsto en la disposición adicional décima del ET con carácter general.

6.2. Los requisitos a cumplir por los trabajadores afectados

La aplicación de la cláusula de jubilación solo será factible si se dan diversos requisitos en cada trabajador individualmente considerado. En primer lugar, que se trate de un empleado laboral que cumpla 65 años, como mínimo, al ser esta la edad ordinaria de jubilación en la normativa de Seguridad Social. En segundo término, que el trabajador tenga cubierto el periodo mínimo de cotización (15 años), si bien el convenio colectivo podrá exigir un período superior. Finalmente, cumplir todos los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

6.3. La política de empleo prevista en convenio colectivo

Además de los requisitos señalados, la disposición adicional décima del ET obliga a que el convenio colectivo que fije una edad de jubilación deberá vincularse “a objetivos coherentes con la política de empleo”, que se expresarán en la referida norma convencional. Orientativamente, la disposición adicional décima señala cuáles pueden ser esos objetivos:

- La mejora de la estabilidad en el empleo.
- La transformación de contratos temporales en indefinidos.
- El sostenimiento del empleo.
- La contratación de nuevos trabajadores.
- Y, finalmente, como cláusula de cierre –muy ambigua–, cualquier objetivo que se dirija “a favorecer la calidad del empleo”.

La legalidad de tal previsión ha sido incluso validada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En concreto, la STSCE de 16 de octubre de 2007,²¹ que, por instancia de un órgano judicial español, ha examinado la Ley 14/2005, a los efectos de su compatibilidad con el artículo 6 de la Directiva comunitaria 2000/78, de

27 de noviembre, razona que son válidas las cláusulas de jubilación establecidas en los convenios colectivos, siempre que se cumplan dos requisitos: en primer término, que la medida sea justificada, objetiva y razonablemente, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y, en segundo término, que los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.

Se hace preciso en este momento determinar el contorno de los referidos “objetivos”, para que a la hora de concretarlos en la gestión de los recursos humanos se tenga una noción lo más próxima posible a las tesis que actualmente defiende la jurisprudencia:

– En primer lugar, la relación de objetivos descritos por la disposición adicional décima no es de *numerus clausus*, sino que debe tomarse a modo orientativo o de ejemplo.²²

– Tal política de empleo no requiere forzosamente que el trabajador jubilado sea sustituido, en su puesto dejado vacante, por un nuevo empleado, sino que la interpretación es mucho más amplia y puede comprender tres grandes áreas: estabilidad, sostenimiento e incremento de la calidad del empleo.

– Quizá la mayor ambigüedad se da en la expresión “calidad del empleo”, y en este sentido es interesante señalar que la jurisprudencia incorpora dentro de estas medidas una pluralidad de supuestos, como pueden ser la promoción profesional, la conciliación de la vida laboral y familiar, o la implantación de innovaciones tecnológicas, entre otras, “que repercutan en la bondad del empleo”.²³

– Se requiere una concreción de esos objetivos, que no pueden limitarse a una reproducción de la ley o la expresión de formas vagas, sino que es preciso que aparezcan de manera concretamente especificada, “alejada de hueca retórica”.

Por ello, no es suficiente que el convenio colectivo haya incorporado medidas de política de empleo: es necesario que estas aparezcan en la norma convencional, de forma expresa, vinculadas a la jubilación forzosa, aunque no es imprescindible que aparezcan en el mismo precepto que regula tal jubilación, sino que pueden indicarse en los artículos que se refieran a la política de empleo y se vinculen, de forma inequívoca y relacionada, con tal jubilación forzosa. En concreto, se ha afirmado que “sobre el cómo han de expresarse los objetivos

21. STJCE 16-10-2007 (TJCE 2007, 272) asunto Palacios de la Villa.

22. En este mismo sentido, STS 12-5-2009 (RCUD) (RJ 2009\3874).

23. Por todas, la antes citada STS 22-12-2008.

coherentes con la política de empleo, la Sala considera –para que los criterios del Tribunal Constitucional no resulten burlados– que para legitimar la validez de las cláusulas de cese forzoso por edad no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que la norma enumera (piénsese en que las citadas innovaciones tecnológicas –por ejemplo– llevan a favorecer la calidad del empleo, pero serían endeble justificación para amortizar por sí solas puestos de trabajo por la vía de la jubilación colectivamente pactada), ni tampoco es suficiente que se haga una mera reproducción de su abstracta expresión legal, sin una concreta especificación...²⁴

A nadie se le escapa que es precisamente esta última obligación de “política de empleo” la que comporta mayores dificultades a las administraciones públicas, por cuanto los términos del precepto están redactados en clave de empresa privada (transformación de contratos temporales en fijos, sostenimiento del empleo, mejora de la estabilidad o favorecimiento de la calidad del empleo), lo que conlleva también plantear si esta exigencia de la disposición adicional décima del ET es contradictoria con las leyes de empleo público y presupuestarias, que fijan criterios restrictivos generalmente en el ámbito de la incorporación de nuevos empleados, o que la estabilidad en el empleo o la transformación de temporales en fijos debe enmarcarse en un proceso selectivo público. Ello nos obliga a plantear con claridad si la disposición adicional décima es aplicable –o es factible su aplicación– a las administraciones públicas, y también comprobar cómo se ha recepcionado en la negociación colectiva más reciente esta circunstancia.

7. ¿Son aplicables los requisitos de política de empleo a las administraciones públicas?: el camino tortuosamente contradictorio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

7.1. Criterio flexible del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la disposición adicional décima a las administraciones públicas: el primer momento de la interpretación judicial

El artículo 59 del II Convenio único del personal laboral de la Administración General del Estado, haciéndose

eco de las exigencias de la Ley 14/2005, instituyó que, “de acuerdo con los criterios que sobre estabilidad y mejora del empleo público se establezcan anualmente en el Real Decreto de Oferta de Empleo Público, la jubilación será obligatoria con carácter general al cumplir el trabajador los sesenta y cinco años de edad”, respetando en todo caso los periodos de carencia para tener derecho a una pensión contributiva, si fuera el caso.

¿Es suficiente una remisión a la normativa de empleo público, como es el caso de la legislación y normativa reglamentaria que regula la selección del personal en la Administración, para dar por cumplimentados los requisitos de la disposición adicional décima del ET?

Los primeros pronunciamientos no fueron siempre homogéneos, pero puede señalarse que había una tendencia a que la Administración debía ser considerada como un “empresario” de contornos diferentes al privado. Así, las SSTSJ de Madrid del año 2008 razonaron que a la Administración no se le puede requerir “una mayor concreción de objetivos, lo que supondría adentrarse en el contenido de la política de empleo del Real Decreto de Oferta de Empleo Público. En definitiva, el art. 59 del II Convenio único de la Administración General del Estado cumple con las previsiones de la disposición adicional décima del ET (...) porque subordina la jubilación forzosa a los objetivos de estabilidad y mejora de empleo público que justifican la oferta anual de empleo público.”²⁵

Aunque referida al Convenio colectivo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), el Tribunal Supremo ha tenido ocasión, a lo largo de 2008, de razonar sobre lo antes dicho, una vez que la Audiencia Nacional lo había hecho también, en base al artículo 55 del Convenio colectivo del personal laboral de la AEAT, según el cual la edad de jubilación forzosa eran los 65 años, “en consonancia con lo establecido en la disposición adicional décima (...) y atendiendo a los principios inspiradores de la política de empleo en la Administración General del Estado en orden a la tasa de reposición de efectivos, su concentración en sectores, funciones y categorías profesionales considerados prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, así como la reducción de la temporalidad en el empleo público, con carácter general...”

24. STS 12-5-2009 (RJ 2009\3874).

25. SSTSJ Madrid de 23-6-2008 (JUR 2008\293700) y 15-9-2008 (rec. suplicación 2401/08).

La Audiencia Nacional había certificado la corrección del precepto,²⁶ y valoró la inconcreción o ambigüedad del precepto del convenio colectivo a la hora de plasmar los requisitos exigidos por la disposición adicional décima del ET: “tal aparente abstracción, inconcreción o eternidad no son tales, sino expresión del máximo de concreción al que podía llegar el artículo 51.1 convencional sin afrentarse ilegítima e ilegalmente en unos ámbitos que no le son propios, por serlo de la política de empleo de la Administración, del Real-Decreto sobre la oferta pública de empleo anual y de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada anualidad”. El Tribunal Supremo confirma este criterio en su sentencia de 14 de mayo de 2008,²⁷ razonando lo siguiente:

a) La Audiencia Nacional “acierta” cuando “afirma” que el convenio impugnado expresa todas las concreciones posibles en materia de política de empleo que pueden ser exigidas a una entidad de Derecho Público, que está sujeta a la legislación sobre oferta de empleo.

b) No puede exigirse a la Administración pública, vía convenio colectivo, una mayor precisión en materia de política de empleo, siendo suficientes las antes mencionadas en el artículo referido del Convenio colectivo de la AEAT.

c) Con la cita convencional de la legislación de presupuestos y de oferta de empleo, esto es, con la referencia a un bloque normativo muy específico, se deriva una “política explícita de empleo” que “determina la legalidad del precepto, que de esta forma se ajusta plenamente a las previsiones de la disposición adicional décima del ET y no contiene discriminación alguna por razón de edad.”

7.2. El “vuelco” jurisprudencial: la doctrina emanada de las SSTs de 22 de diciembre de 2008

Con una proximidad en el tiempo sorprendente, el criterio de la STS de 14-5-2008 queda orillado, en lo que la doctrina ha calificado precisamente como “vuelco total”,²⁸ aunque el Tribunal Supremo califica el cam-

bio de criterio como de “matización” de su anterior doctrina.

En dos sentencias de idéntica fecha (22 de diciembre de 2008, en recurso de casación para la unificación de doctrina)²⁹ se cambia de criterio de manera muy específica que mantiene en pronunciamientos posteriores, como las SSTs 14-10-2009³⁰ y 10-11-2009.³¹ Nos aproximaremos a ellas, iniciado el comentario del voto particular, para luego ir al criterio de la mayoría, porque nos permitirá mejor adentrarnos en los razonamientos del Tribunal para corregir el rumbo que pocos meses antes había tomado.

En ambas sentencias aparecen reflejados votos particulares (con un claro antecedente en las tesis de la STS de 14-5-2008) que consideran que los requisitos de la disposición adicional décima del ET no son exigibles a los convenios colectivos del personal laboral de las administraciones públicas.

Precisamente en el RCUd núm. 3460/2006, que resuelve la STS de 22-12-2008, se hace un prolijo detalle de las razones que permiten abogar por tal exclusión, y que podemos resumir en el hecho de que la política de empleo de una Administración pública tiene una proyección normativa externa de obligado cumplimiento, que se deriva de las leyes de presupuestos y las normas que regulan la selección y las ofertas de empleo público.

Por esta razón, en el voto particular mencionado se defiende que el convenio colectivo del personal laboral no necesariamente debe contener más precisiones en materia de empleo, por cuanto tal vinculación se da en los principios de acceso a la función pública, incorporados también en la Ley de presupuestos, que además fija de forma ya habitual límites en las tasas de reposición de efectivos, así como en otras normas (caso del EBEP) que regulan el acceso al empleo público de personas con discapacidad, la consolidación del empleo temporal o la reducción de la precariedad, máxime cuando –como fue objeto en las sentencias señaladas– en el convenio colectivo de referencia aparecían expresamente estas previsiones, como así sucede también en la mayoría de convenios de administraciones públicas.

26. Sentencia de la Audiencia Nacional de 26-2-2007 (AS 2007\2117).

27. STS 14-5-2008 (RJ 2008\3293).

28. Antonio SEMPERE NAVARRO: “Jubilación forzosa de trabajadores en el sector público”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2009 (Tribuna). BIB 2009\1795.

29. SSTs 22-12-2008 (RJ 2009\1614 y 2009\1828).

30. STS 14-10-2009 (JUR 2009\482463).

31. STS 10-11-2009 (JUR 2010\17054).

Esto es, se reafirma tal voto particular en el criterio mayoritario de la STS de 14-5-2008.

Y, siguiendo esta lógica, aunque nada se dijera tampoco, el voto particular referido señala que “aunque el convenio en cuestión se hubiera limitado a establecer la jubilación forzosa a los 65 años de edad, sin ninguna otra contrapartida expresa que no fuera la posibilidad de que el trabajador afectado accediera a la pensión de jubilación, la solución (...) sería la misma porque, tratándose del Estado como empleador (...) cualquier precisión en torno a políticas de empleo en el propio convenio resultaría innecesaria, dado el sometimiento a la legalidad de la Administración en general.”

Por el contrario, en esa sentencia se conforma una mayoría en torno a un cambio de criterio: con una argumentación más reducida, entienden los magistrados que la Administración pública no está eximida de la aplicación de la disposición adicional décima del ET. Al respecto, se efectúan dos reflexiones:

– Las administraciones públicas, cuando contratan laboralmente, están sujetas a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores. Afirmación que, como todos sabemos, a la luz del EBEP es, en no pocas ocasiones, incierta cuando no falsa. Pero en el caso en cuestión, el Tribunal Supremo no establece distinción y de forma lapidaria así concluye.

– Si el Parlamento hubiese querido exceptuar a la Administración, así lo hubiera indicado expresamente, eximiéndola de la contrapartida –política de empleo–, o bien instituyendo que la vinculación a tal política se entiende por cumplida de forma general con la que se deriva de las ofertas de empleo público. Evidentemente ello no sucede en la disposición adicional décima del ET, y aunque el Tribunal Supremo razona que tal exención sería razonable, no corresponde a la jurisdicción proceder a eximir a la Administración “de una contrapartida que normativamente se impone a todos los sujetos empresariales; y menos aún, cuando en época de crisis económica nunca es descartable siquiera tampoco deseable– que en el sector público se produzca una política de empleo restrictiva”,³² purismo judicial a la hora de interpretar la Ley que, sin embargo, el Tribunal no tiene empacho de sortear o ignorar en otros supuestos, como así el supuesto, sin ir más lejos, de la creación *extra legem* de la figura del trabajador indefinido no fijo, absolutamente ajeno al Derecho Laboral.

Tales afirmaciones obligan sin embargo a la jurisprudencia a efectuar dos consideraciones que nos parecen importantes, pese a que se mantiene la conclusión anterior:

– Que no sería irrazonable una “cierta flexibilización formal en la expresión de los objetivos de empleo” en el caso de las administraciones públicas, ya que no pueden obviarse las limitaciones que fijan las normas de empleo público y, en especial, las leyes presupuestarias. Sin embargo, las sentencias no concretan ni trazan las líneas que pudieran incorporarse en este sentido en los convenios colectivos.

– Y como consecuencia de lo anterior, el reconocimiento judicial de la gran dificultad que supone incorporar en la Administración el cese forzoso por edad y su condicionante con políticas de empleo, por cuanto la negociación se hace en base a un convenio colectivo de personal laboral y la política de empleo público, derivada de la ley, se aplica a un ámbito mucho más extenso, hasta el punto de que el Tribunal Supremo afirma que ello es “un claro obstáculo para la aplicación –en los sectores públicos– de la medida extintiva reinstaurada por la Ley 14/2005.”

Ciertamente compartimos esa gran dificultad de plasmación, y también entendemos que el nuevo criterio surgido en la STS de 22-12-2008 es excesivo, y, ciertamente, sitúa en graves dificultades al negociador convencional para concretar políticas de empleo en un período, además, de muy fuertes restricciones presupuestarias y de incorporación de efectivos. Sin embargo, con ánimo de plantear algunas posibles líneas de actuaciones, nuestra valoración crítica iría acompañada de las siguientes propuestas o razonamientos a tener en cuenta por las partes negociadoras:

a) Cualquier medida de jubilación forzosa debe ampararse en lo previsto expresamente en el convenio colectivo de la Administración, que podrá fijar opciones diversas o establecer más o menos requisitos siempre y cuando se respeten los mínimos instituidos en la disposición adicional décima del ET, incluida una remisión a un régimen jurídico equivalente al de los funcionarios locales. Una jubilación forzosa por razón de edad no amparada en el convenio colectivo supone el riesgo cierto de una demanda, y una sentencia condenatoria de despido improcedente.

b) Las cláusulas de jubilación forzosa, incluso aquellas que repitan redactados idénticos a la de los

32. STS 10-11-2009 (RCUD) (JUR 2010\17054).

funcionarios, deben ir unidas siempre a políticas de empleo –lo cual sin embargo no se exige en ningún caso para los funcionarios–, que deben concretarse específicamente en el convenio colectivo, ya sea en el articulado sobre jubilación o bien en las medidas dedicadas expresamente a la referida política de empleo. Si ésta última es la opción elegida, el convenio debe fijar los contenidos de vinculación de aquella con la jubilación forzosa, como por ejemplo estipular que el puesto de cada trabajador jubilado será cubierto por un trabajador fijo previa inclusión en la Oferta de Empleo Público, o que anualmente se ofrecerán por promoción interna tantos puestos como aquellos que queden vacantes a consecuencia de jubilaciones por esta razón, por citar algunas de entre muchas acciones específicas que pueden localizarse en normas convencionales.

c) No existe necesidad de incorporar medidas de política de empleo en los acuerdos de funcionarios en cuanto a la jubilación forzosa por edad. Aunque no es objeto central de este artículo, creemos relevante resaltar que no puede condicionarse la jubilación a los 65 años a una determinada política de creación de empleo funcional, y que ello no es discriminatorio para el personal funcionario frente al laboral. Para el Tribunal Constitucional, nos hallamos ante dos regímenes jurídicos diferentes, cuya igualdad de trato entre ellos no se deduce de la Constitución, de forma tal que si la distinción entre personal funcionario y laboral es una opción constitucionalmente legítima, también lo es la diferencia entre los elementos que configuran cada una de las relaciones jurídicas,³³ lo que ha supuesto afirmar que la fijación de una edad máxima de jubilación desconectada del marco de una política de empleo es “típica del modelo funcional”, y que la legislación de función pública “no contiene obligación en este sentido”.³⁴

d) La dificultad evidente es que “los objetivos coherentes con la política de empleo” únicamente se incorporen desde una perspectiva laboral, dejando a un lado al personal funcionario. Por ello, tratar tal política de empleo en la Mesa de materias comunes prevista en el artículo 36.3 del EBEP sería una solución coherente y adecuada, si bien, dada la actual redacción de la disposición adicional décima del ET, su concreción formal

–para el personal laboral– deberá hacerse siempre y en todo caso a través de convenio colectivo.

e) En el momento presente, los convenios colectivos de personal laboral deberían explorar algunas vías, tanto al amparo del EBEP como de la disposición adicional décima del ET, ya que, como señala la STS 14-10-2009, en recurso de casación para la unificación de doctrina, al estar sometidas las administraciones al principio de legalidad y jerarquía, “difícilmente pueden negociar en un convenio colectivo las medidas previstas en el apartado a) de la disposición adicional décima”. En concreto, a nuestro juicio, ante la dificultad evidente de que la política de empleo vinculada a la jubilación forzosa se canalice en políticas selectivas, las hipótesis más factibles se concretarían en:

– La disposición transitoria cuarta del EBEP, que regula la consolidación del empleo temporal en plazas presupuestadas y ocupadas con anterioridad al 1 de enero de 2005. Aunque este proceso de consolidación es voluntario, según expresa la disposición transitoria cuarta, sería una buena herramienta para ser tenida en cuenta en el convenio colectivo, máxime cuando la Ley de presupuestos del Estado establece que la tasa de reposición de efectivos (muy disminuida ya en 2010) no se ve afectada en cuanto a tal consolidación de empleo precario.³⁵

– Explorar las fórmulas que permite la expresión *in fine* de la disposición adicional décima a) del ET, cuando se refiere a objetivos coherentes con la política de empleo, tales como “(...) cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”. Calidad que se puede concretar en numerosos aspectos en nuestras administraciones públicas, aun pese a estar inmersas en época de crisis: formación de los empleados, políticas de promoción, régimen de ayudas sociales, política de seguridad y salud en el trabajo, introducción de nuevas tecnologías en el trabajo que permitan una mejor calidad, políticas de conciliación de la vida personal y laboral. En resumen, como afirmó la propia STS de 22-12-2008, que repercutan en “la bondad en el empleo”.

f) Y finalmente, respondiendo al “dónde” deben insertarse esas cláusulas de empleo dentro del convenio colectivo del personal laboral, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ello se resuelve mediante una expresa referencia a las mismas, sin que sea posible

33. Entre otras, SSTC 57/1982, 90/1984 y 99/1987.

34. STSJ País Vasco 18-10-1993 (AS 1993\4293).

35. Artículo 23.2, segundo párrafo, de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2010.

una justificación *ad extra* de ellas. No será suficiente que el convenio colectivo pacte concretas medidas de política de empleo: es preciso que el convenio haga una referencia expresa a la vinculación entre el cese por edad del personal laboral y las medidas de empleo. Sujeción expresa, por cuanto el Tribunal Supremo ha señalado que la disposición adicional décima no emplea los términos “estará justificada” o “habrá de justificarse”, sino que utiliza una expresión [“deberá vincularse a objetivos (...) expresados”] que “comporta un enlace entre cese y metas explicitadas, excluyendo justificaciones tácitas y/o argumentables a posteriori en el proceso.”

No obstante, tal vinculación no debe llevarse a cabo en el mismo precepto regulador de la jubilación forzosa, sino que podrá ubicarse cuando se regulen las concretas medidas de política de empleo o en algún otro precepto, pero tal como señala el Tribunal Supremo, “siempre de forma inequívoca y relacionada”.³⁶

8. A modo de conclusión: aproximación al tratamiento en la negociación colectiva de la doctrina del Tribunal Supremo sobre jubilación forzosa por razón de edad en la Administración pública

Sin ánimo de exhaustividad, pues se sitúa más allá de la finalidad de este artículo, no queremos concluir sin efectuar algunas referencias a las líneas básicas que la negociación colectiva laboral de la Administración ha

seguido, en los últimos tiempos, a la hora de incorporar cláusulas sobre jubilación forzosa por razón de edad. Podemos extraer de esta consulta los siguientes parámetros:

– No se ha producido un traslado generalizado al régimen laboral de las previsiones de la Ley de función pública, que prevé una jubilación forzosa a los 65 años y la posibilidad a juicio del funcionario de prolongar el trabajo hasta los 70. Las partes han optado, cuando lo regulan, por situar la edad de jubilación forzosa en los 65 años, línea negociadora que ya acontecía con la derogada disposición adicional décima del ET de 1995.³⁷

– La opción de los 65 años como edad de jubilación generalmente no cumple los requisitos de la disposición adicional décima del ET, pues no es nada inhabitual una simple referencia a esta edad sin acompañar ningún requerimiento más,³⁸ todo lo más el cumplimiento de los periodos de carencia para obtener una pensión contributiva,³⁹ aunque a veces se añaden algunas previsiones que entendemos que difícilmente pueden considerarse política de empleo, como es incorporar planes de pensiones para la plantilla de la Administración⁴⁰ o dotar económicamente con un premio de jubilación la jubilación a los 65 años.⁴¹

– Sin embargo, algunos convenios incorporan cláusulas aparentemente en línea con la disposición adicional décima, pero en términos altamente generalistas, que no parece cumplan los mínimos requeridos por la jurisprudencia más reciente.⁴² En esta línea se reitera el

36. STS 12-5-2009 (RJ 2009\3874).

37. Entre las excepciones recientes muy aisladas, previendo la posibilidad de prórroga más allá de los 65, el artículo 22 del CC del Senado (BOCM núm. 246 de 16-10-2009), si bien con límites: es factible la denegación justificada, y en ningún caso el trabajador podrá continuar ocupando un puesto que tenga asignado un complemento de destino.

38. Sin más referencia que a la jubilación forzosa a los 65 años, CC de la Diputación Provincial de Almería (artículo 42, BOP Almería núm. 43 de 4-3-2009), CC del Ayuntamiento de Puertollano (artículo 23.1, BOP Ciudad Real núm. 170 de 5-6-2009), o CC del Ayuntamiento de Breda (artículo 52, DOGC 23-2-2010).

39. Artículo 22 del CC del Congreso de los Diputados (BOCM núm. 193 de 15-8-2009); CC de la Diputación Provincial de Girona, artículo 37 (DOGC núm. 5332 de 5-3-2009); CC del Consejo de Estado, artículo 20 (BOCM núm. 130 de 2-6-2008).

40. Con simple referencia a los periodos de carencia y en el mismo apartado regulando un plan de pensiones, CC de la Diputación Provincial de Valladolid, artículo 25 (BOP Valladolid núm. 175 de 1-8-2009). Sin concretar la edad, pero fijando gratificaciones por jubilación anticipada, CC de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, artículo 64 (BOCM núm. 145 de 20-6-2009).

41. El CC del Ayuntamiento de Isla Cristina fija en 65 años la jubilación forzosa y un “premio” que oscila entre 1300 y 2800 euros según la antigüedad en el Ayuntamiento entre 5 o 20 –o más– años de permanencia (artículo 54) (BOP Huelva núm. 93 de 18-5-2009).

42. CC del Gobierno de Cantabria (BOC núm. 3 de 12-2-2010): “Con el objeto de desarrollar en el ámbito del personal laboral el objetivo de una coherente y adecuada renovación de las plantillas y de desarrollar, asimismo, una adecuada política en materia de contratación de nuevos trabajadores al objeto de coadyuvar al sostenimiento del empleo público de acuerdo con los criterios que sobre estabilidad y mejora del empleo público que se establezcan anualmente en el Decreto de Oferta de Empleo Público, se hace necesario fijar un edad de jubilación del personal laboral que permita desarrollar el conjunto de medidas anteriormente referidas”; con menor descripción, VI CC de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que prevé la jubilación a los 65 años “con el fin de promover el sostenimiento del empleo y favorecer la contratación estable de nuevo

III CC del personal laboral de la Administración General del Estado de 2009⁴³ (artículo 59), pese a las sentencias mencionadas con anterioridad.

– No pocos convenios continúan sin incorporar ninguna regulación, por lo que no será posible imponer a sus empleados públicos laborales la jubilación por razón de edad,⁴⁴ cuando no se obra bajo la creencia de que la legislación prevé una edad de jubilación, confundiendo en realidad el derecho a la prestación a partir de los 65 años regulada en la Ley general de Seguridad Social con la posibilidad de fijar una edad forzosa.⁴⁵

– Otros convenios, sin embargo, incluyen compromisos en materia de empleo, ya sea previendo la convocatoria de las plazas dejadas vacantes por jubilación,⁴⁶ con medidas de estabilidad del empleo temporal, con previsiones de dudosa legalidad,⁴⁷ y en otros se denota un esfuerzo para incorporar los criterios de la disposición adicional décima del ET, aunque por lo general son minoría entre los publicados,⁴⁸ y sin perjuicio de señalar que los compromisos que se adoptan (no amortización de las plazas, convocatoria de las que queden vacantes por jubilación, consolidación de empleo temporal,⁴⁹ etc.) pueden colisionar con las previsiones legales sobre reposición de efectivos, por

lo que se reafirmaría la tesis que hemos comentado de que es muy difícil implementar políticas de empleo en las administraciones si la opción escogida es la de una política de empleo exclusivamente vinculada a la selección o cobertura de plazas vacantes.

Creemos que se puede afirmar, como conclusión final, que la negociación colectiva del personal laboral tiene ante sí una necesidad de afinar mucho en la regulación de la jubilación forzosa; este ajuste jurídico parece haberse obviado a lo largo de los últimos años –y también en la regulación pretérita, pues al amparo de la disposición adicional décima del ET de 1995 tampoco la regulación convencional fue prolija–, ya que es difícil localizar convenios colectivos que realmente cumplimenten los requisitos marcados por la disposición adicional décima del ET, y aún más por los requerimientos estrictos instituidos por el Tribunal Supremo a partir de 2008 y confirmados por pronunciamientos posteriores. ■

personal y la mejora de la calidad del empleo” (artículo 77.4.1), DOCLM núm. 112 de 11-6-2009; superando en parquedad al anterior, CC de la Administración de La Rioja: “Con la finalidad de favorecer la estabilidad en el empleo, se establece la jubilación ordinaria...” (artículo 53), BOLR núm. 34 de 13-3-2009; CC del Ayuntamiento de Benavente: “...todo con el objetivo de fomentar nuevas contrataciones dentro de una política de empleo que persigue dar oportunidades laborales a nuevos trabajadores” (artículo 27, BOP Zamora núm. 102 de 4-9-2009); en idéntica línea, CC de la Diputación Foral de Vizcaya, artículo 93 (BO de Bizkaia núm. 48 de 11-3-2009), Ayuntamiento de Santa Eugènia (artículo 32, BOIB núm. 59 de 3-9-2009), o CC del Ayuntamiento de Valladolid (artículo 42, BOP Valladolid núm. 28 de 4-2-2010).

43. BOE núm. 273, de 12-11-2009.

44. Entre otros muchos, I CC del Parlamento de Canarias (BO Sta. Cruz Tenerife núm. 226, 18-11-2009), y numerosos convenios colectivos locales de pequeñas y medianas corporaciones.

45. Así, “tanto la jubilación voluntaria como forzosa del empleado público se regirán conforme a lo dispuesto en la legislación vigente”. CC del Ayuntamiento de Caspe, artículo 34 (BOP Zaragoza núm. 181 de 8-8-2009).

46. Artículo 28.1 del CC del Ayuntamiento de Mieres, que fija el compromiso de convocar las plazas dejadas vacantes por parte del personal laboral jubilado sin que sea posible la amortización (BOPA núm. 3 de 5-1-2010).

47. Así, en el CC del Ayuntamiento de Mieres se prevé la conversión en fijos de los trabajadores temporales que acumulen más de 3 años de servicios temporales para la corporación, si en su momento superaron todos los ejercicios de un proceso selectivo pero no obtuvieron plaza fija y pasaron a formar parte de una bolsa de trabajo (artículo 28.1, segundo párrafo).

48. El CC de la Universidad de Santiago de Compostela prevé que la jubilación a los 65 años será obligatoria como medida de promoción del empleo, comprometiéndose la Universidad a constituir una “bolsa de empleo” con las vacantes que se produzcan por esta razón, “incluyendo en sus ofertas de empleo plazas de idéntica categoría profesional u otras de distinta categoría que se creen por transformación de las citadas vacantes” (artículo 81), DOG núm. 252, de 30-12-2008; el CC de la Universidad de Extremadura afirma que “dada la situación de desempleo actualmente existente y con objeto de fomentar una política de promoción de empleo durante la vigencia de este convenio, particularmente mediante la contratación de nuevos trabajadores, la jubilación será obligatoria...” (artículo 103), que se cohonestaba con la obligación de que las plazas vacantes por jubilación no podrán ser amortizadas y serán cubiertas por los métodos fijados en el convenio, en la misma categoría profesional o en otra similar o inferior en que pudiera transformarse (DOE núm. 146, de 22-12-2007).

49. Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Barcelona, anexo I sobre condiciones del personal laboral, artículo 8: “la jubilación es obligatoria cuando el trabajador/a cumpla la edad de 65 años. Con la finalidad de mejorar la calidad de la ocupación, arbitrar los planes de relevo que mejoren el servicio público y las políticas de no discriminación por motivo de edad, se convocarán anualmente las plazas de plantilla ocupadas temporalmente” (DOGC núm. 5503 de 11-11-2009).