

editorial

En este décimo número de la serie monográfica de quince boletines que dedicamos a **la reforma de las pensiones y su incidencia en el sector público**, su autor, **Xavier Boltaina Bosch**, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, nos ofrece su punto de vista respecto a **LA JUBILACION FORZOSA POR RAZON DE EDAD DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL**.

INTRODUCCIÓN

En un momento de gran debate sobre la prolongación más allá de los 65 años de la edad de jubilación y a la vista del Proyecto de Ley que se tramita en las Cortes, hay un aspecto que parece haber quedado orillado, cual es el de las cláusulas de jubilación forzosa por edad de los trabajadores. Mientras el Proyecto prevé una transición progresiva de los 65 a los 67 años desde 2013 a 2027 y se modifican asimismo los periodos de cotización exigidos para acceder a una pensión del 100 %, no hay debate en torno a si cumplida la referida edad se mantendrán o no las cláusulas de jubilación forzosa previstas por convenio colectivo. Todo parece indicar que sí, lo que obliga a aproximarnos al régimen vigente de dicha jubilación forzosa por razón de edad del personal laboral de las Administraciones públicas según lo que prevé actualmente el Estatuto de los Trabajadores.

Hemos de partir de varias premisas:

- **Es constitucionalmente factible fijar una edad forzosa de jubilación a través de convenio colectivo.** De hecho **hoy por hoy, para el personal laboral de la Administración pública, es la única vía posible.** La STC 58/1985 fijó que la Constitución no prohíbe, y la legislación permite, estas modulaciones o restricciones al derecho individual al trabajo. En concreto, **no es inconstitucional fijar una edad de jubilación forzosa; un convenio colectivo puede afectar a un derecho laboral de carácter individual, como es el derecho al trabajo.**
- **Las previsiones de jubilación forzosa deben estar justificadas objetiva y razonadamente; la existencia de criterios diferentes fruto de la negociación colectiva entre diferentes Administraciones no supone una discriminación inconstitucional** (STC 58/1985). Por consiguiente, cada convenio colectivo de cada entidad local podrá fijar un régimen diferente o incluso no fijar ninguno.
- **Esta posibilidad no es incondicionada.** Para el TC, **deben cumplirse dos principios:**
 - El trabajador debe **acreditar todos los requisitos para el acceso a una pensión contributiva** no asistencial (SSTC 35/1985, 58/1985, 95/1985 y SSTC 111 a 136/1985).
 - Que se vincule a una **determinada política de empleo**, que el TS concretó no exigiendo forzosamente la cobertura de las vacantes de los jubilados forzosos y concluyendo que resultaba también aceptable que una política de mantenimiento del empleo se alcanzase en ocasiones mediante la amortización de los puestos de trabajo dejados vacantes por los trabajadores jubilados.

RÉGIMEN ACTUALMENTE VIGENTE: LA LEY 14/2005, DE REFORMA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La regulación de la posibilidad de fijar la jubilación forzosa por edad a través de convenio colectivo desapareció por una reforma legal del año 2001. Tras la victoria del PSOE en las elecciones de 2004, se inicia una presión empresarial y sindical para recuperar la posibilidad que amparaba hasta el 2001 la disp. ad. 10ª ET. Ello se evidencia en la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004 firmado por el nuevo Gobierno con las organizaciones sindicales y empresariales, que se concretó finalmente en la *Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación*, que como tal norma "resucita" (según expresión del TS) la disp. ad. 10ª ET.

La nueva disp. ad. 10ª ET aprobada en 2005 sitúa la posibilidad de jubilación por razón de edad en los siguientes parámetros:

- **El ET en ningún caso fija una edad de jubilación forzosa, ni tampoco la posibilidad de prolongación del servicio de los trabajadores a partir de determinada edad, lo cual lo diferencia claramente del Derecho de la**

función pública. Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que fijen la jubilación forzosa por edad del personal laboral de cada Administración pública. Su validez dependerá del cumplimiento de los requisitos que seguidamente se indican.

- **La cláusula debe 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.
- **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**, esto es, la edad -actual- de 65 años o en el futuro y de manera progresiva la que fije la nueva legislación, así como también el cumplimiento de los periodos de carencia de cotización.

Respecto al EBEP, éste nada añade a la cuestión por cuanto no se contiene en su articulado la menor referencia a la jubilación del personal laboral al servicio de la Administración, por lo que debe entenderse que se aplica sin limitación el Derecho laboral.

LA POLÍTICA DE EMPLEO PREVISTA EN CONVENIO COLECTIVO

Como ya se ha indicado, además de los requisitos señalados la disp. ad 10ª ET obliga a que el convenio colectivo que fije una edad de jubilación forzosa debe vincularse a **“objetivos coherentes con la política de empleo”**, que se expresarán en la referida norma convencional. Es el auténtico nudo gordiano de todo el debate. Orientativamente, la disp. ad. 10ª señala cuáles pueden ser esos objetivos, considerados correctos por el Derecho comunitario:

- **La mejora de la estabilidad en el empleo.**
- **La transformación de contratos temporales en indefinidos.**
- **El sostenimiento del empleo.**
- **La contratación de nuevos trabajadores.**
- **Cualquier objetivo que se dirija a “favorecer la calidad del empleo”.**

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

- **La relación de objetivos descritos por la disp. ad. 10ª es orientativa y abierta.**
- **La interpretación del concepto puede comprender tres grandes esferas: estabilidad, sostenimiento e incremento de la calidad del empleo.**
- **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”.**
- **Se requiere una concreción de esos objetivos**, que no pueden limitarse a una reproducción de la ley o la expresión de formas vagas y “de hueca retórica”.

Por ello, **no es suficiente que el convenio colectivo haya incorporado medidas de política de empleo: es necesario que éstas aparezcan de forma expresa vinculadas a la jubilación forzosa.** No es imprescindible que se recojan en el mismo precepto que regula la 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 dicha jubilación forzosa. En concreto, se ha afirmado (STS de 12-5-2009) que “sobre el cómo han de expresarse los objetivos 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...”.

Es 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 favorecer la calidad del empleo), lo que conlleva también plantearse si tal exigencia de la disp. ad. 10ª ET puede ser contradictoria con las leyes de empleo público y presupuestarias, que en los últimos años fijan criterios claramente restrictivos en cuanto a la incorporación de nuevos empleados, o bien que la estabilidad en el empleo o la transformación de temporales en fijos debe enmarcarse en un proceso selectivo público. Ello obliga a plantearse con claridad si la disp. ad. 10ª es aplicable -o resulta factible su aplicación- a las Administraciones públicas, y comprobar asimismo cómo se ha recepcionado en la negociación colectiva más reciente dicha circunstancia.

LA POLÍTICA DE EMPLEO EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: EL GRAN DILEMA

Pese a unas primeras sentencias -de mayo de 2008- muy favorables a la Administración, en diciembre de ese mismo año se produce un vuelco total del criterio jurisprudencial.

Efectivamente, en dos sentencias de idéntica fecha (22 de diciembre de 2008, en recursos de casación en unificación de doctrina) el TS modifica el criterio que mantenía, que era mucho más laxo y que toleraba una mayor ambigüedad en las cláusulas de los convenios colectivos de la Administración. El nuevo posicionamiento que a continuación expondremos se ha reiterado en posteriores sentencias, como las SSTs de 14-10-2009 y de 10-11-2009).

En las sentencias de diciembre de 2008 aparecen reflejados votos particulares que consideran que los requisitos de la disp. ad. 10ª ET no son exigibles a los convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones públicas. En concreto, una minoría del Tribunal considera que la política de empleo ya se plasma o concreta 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 (para 2011, entre el 10 % y el 30 % según la población del municipio).

Sin embargo, **la opinión mayoritaria actual de los tribunales es que la Administración pública no está eximida de la aplicación de la disp. ad. 10ª ET**, en concreto:

- **Las Administraciones públicas, cuando contratan laboralmente, están sujetas a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores.** Afirmación ésta de la que discrepo, aún más tras el EBEP.
- **Ninguna ley exime a la Administración de los requisitos establecidos en la disp. ad. 10ª, pese a que ello sería razonable según el propio Tribunal Supremo.**
- **Se reconoce 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 lleva a cabo en base a un convenio colectivo de personal laboral y la política de empleo público instituida por las leyes de función pública y presupuestarias, se aplica a un ámbito mucho más extenso, hasta el punto de que el Tribunal Supremo afirma que ello constituye “un claro obstáculo para la aplicación -en los sectores públicos- de la medida extintiva reinstaurada por la Ley 14/2005”.

PROPUESTAS A TENER EN CUENTA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las recomendaciones a tener en cuenta para futuras negociaciones de convenios colectivos, si las partes desean mantener una política de jubilación forzosa por edad adaptada a la Ley y a la jurisprudencia, serían en mi opinión las siguientes:

- **Cualquier medida de jubilación forzosa por edad debe ampararse en lo previsto expresamente en el convenio colectivo de la Administración.** En esa norma -el convenio colectivo- y no en otra.
- **Las cláusulas de jubilación forzosa**, incluso aquellas que repitan redactados idénticos a las previstas por ley para los funcionarios (algunos convenios así lo hacen), **deben ir siempre unidas a políticas de empleo** -lo cual sin embargo no se exige en ningún caso para el personal no laboral de la Administración-, **que se concretarán 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.

- Como ello no resulta nada fácil ante una política muy restrictiva de incorporación de nuevos efectivos a la Administración pública habida cuenta las duras limitaciones fijadas por las leyes presupuestarias (para el 2011, una tasa de reposición de efectivos del 10 %, excepto en municipios de población inferior a 20.000 habitantes que se eleva al 30 %), **los convenios colectivos de personal laboral deben explorar algunas vías, tanto al amparo del EBEP como de la disp. ad. 10ª ET**, ya que como señala la STS de 14-10-2009, 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 disp. ad. 10ª”. Según mi criterio, **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 disp. trans. 4ª EBEP, que regula la consolidación del empleo temporal en plazas presupuestadas y ocupadas con anterioridad a 1 de enero de 2005.** Aunque este proceso de consolidación es voluntario, según la disp. trans. 4ª sería una buena herramienta para ser tenida en cuenta en el convenio colectivo, máxime cuando la Ley de Presupuestos establece que la tasa de reposición de efectivos (muy disminuida ya en el 2011) no se ve afectada en cuanto a tal consolidación de empleo precario.

- **Explorar las fórmulas que permite la expresión *in fine* de la disp. ad. 10ª a) 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”.** Tal “calidad” puede concretarse en numerosos aspectos en nuestras Administraciones públicas. Por ejemplo:

- a) **Políticas de formación de los empleados.**
- b) **Evaluación del desempeño.**
- c) **Políticas de promoción**, incluida la promoción por funcionarización prevista en la disp. trans. 2ª EBEP.
- d) **Régimen de ayudas sociales.**
- e) **Política de seguridad y salud en el trabajo.**
- f) **Introducción de nuevas tecnologías en el trabajo**, que permitan una mejor calidad y desarrollo de éste.
- g) **Políticas de conciliación de la vida profesional y personal.**

Como conclusión y tal como afirmó la antes citada STS de 22-12-2008, **todo tipo de medidas que repercutan en “la bondad en el empleo”, y que no necesariamente deben pasar por un incremento del gasto público ni por una pérdida de los principios de eficacia y eficiencia de la Administración en aras a conceder más derechos no razonables, sino por una adecuada coherencia entre esa mejora de las condiciones de trabajo y una racionalización de los recursos humanos y económicos de las Corporaciones.**