

ACCESO AL E-BOOK GRATIS

- [+] Diríjase a la página web de la editorial www.tirant.com
- [+] En *Mi cuenta* vaya a Mis promociones www.tirant.com/mispromociones
- [+] Introduzca su mail y contraseña, si todavía no está registrado debe registrarse
- [+] Una vez en Mis promociones inserte el código oculto en esta página para activar la promoción

Código Promocional



Rasque para visualizar

La utilización del LIBRO ELECTRÓNICO y la visualización del mismo en NUBE DE LECTURA excluyen los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado.

No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

PERSONAS DE EDAD AVANZADA Y MERCADO DE TRABAJO

Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT HUMANIDADES

MANUEL ASENSI PÉREZ

*Catedrático de Teoría de la Literatura y de la Literatura Comparada
Universitat de València*

RAMÓN COTARELO

*Catedrático de Ciencia Política y de la Administración de la Facultad de Ciencias Políticas y
Sociología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*

M^a TERESA ECHENIQUE ELIZONDO

*Catedrática de Lengua Española
Universitat de València*

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ SORIA

*Catedrático de Teoría e Historia de la Educación
Universitat de València*

PABLO OÑATE RUBALCABA

*Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
Universitat de València*

JOAN ROMERO

*Catedrático de Geografía Humana
Universitat de València*

JUAN JOSÉ TAMAYO

*Director de la Cátedra de Teología y Ciencias de las Religiones
Universidad Carlos III de Madrid*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

PERSONAS DE EDAD AVANZADA Y MERCADO DE TRABAJO

Entre el envejecimiento activo y la
estabilidad presupuestaria

Directores

JAVIER CALVO GALLEGO
MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Coordinador

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

th

TIRANT HUMANIDADES

Valencia, 2016

Copyright © 2016

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant Humanidades publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

El presente trabajo representa una aportación más al Proyecto DER 2012-36755, “Mercado de trabajo, transiciones laborales y edad: jóvenes y mayores de años”, financiado por la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, dependiente del Ministerio de Economía y Competencia. Perteneció a los proyectos concedidos en la convocatoria del año 2012 del subprograma de Proyectos de Investigación Fundamental no Orientada/LIA del Proyectos I+D+i.

© Javier Calvo Gallego
María Fernanda Fernández López (y otros)

© TIRANT HUMANIDADES
EDITA: TIRANT HUMANIDADES
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-
ISBN: 978-84-16556-37-3
IMPRIME:
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

*A Manuel Ramón Alarcón Caracuel
Compañero y amigo*

Índice

Introducción.....	21
-------------------	----

ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN Y SITUACIÓN SOCIOLABORAL DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA

DOLORES GÓMEZ DOMÍNGUEZ
*Profesora Titular de Escuela Universitaria
Universidad de Sevilla*

MARÍA TERESA ARÉVALO QUIJADA
*Catedrática de Universidad
Universidad de Sevilla*

1. INTRODUCCIÓN.....	25
2. LA POBLACIÓN DE 45 A 64 AÑOS.....	27
3. LA PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO LABORAL DE LAS PERSONAS MAYORES DE 45 AÑOS.....	41
3.1. La participación de la población en edad avanzada en el mercado laboral.....	42
3.2. El empleo de los mayores de 45 años.....	49
3.3. El desempleo de los mayores de 45 años.....	59
4. CONCLUSIONES.....	62
BIBLIOGRAFÍA.....	65

CARACTERIZACIÓN TIPOLOGICA DE LA POBLACIÓN DESEMPLEADA MAYOR DE 45 AÑOS EN EL ACTUAL PERIODO DE CRISIS ECONÓMICA

BLANCA MIEDES UGARTE
CELIA SÁNCHEZ LÓPEZ
Universidad de Huelva

1. INTRODUCCIÓN.....	67
2. TENDENCIAS DEMOGRÁFICAS Y DEL EMPLEO ENTRE LA POBLACIÓN DE 45 Y MÁS AÑOS.....	68
3. MERCADO LABORAL Y POBLACIÓN MAYOR DE 45 AÑOS.....	73
4. ESTRUCTURA DEL DESEMPLEO DE MAYORES DE 45 AÑOS EN ESPAÑA.....	77
5. CONCLUSIONES.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	84
ANEXO.....	85

EL TRATAMIENTO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA: ENTRE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO
Universidad de Sevilla

1. LOS TRABAJADORES DE EDAD Y LA OIT.....	87
---	----

2. LA ARTICULACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS DE EDAD: EL MARCO EUROPEO	96
2.1. El presupuesto normativo: la prohibición de discriminación por razón de edad.....	96
2.2. Las referencias a las personas de edad en las políticas de empleo y ante el envejecimiento activo.....	105
2.2.1. Las referencias a las personas de edad en las Directrices y Orientaciones de Empleo.....	105
2.2.2. El empleo de las personas de edad en el marco de un envejecimiento activo	111
2.2.3. El empleo de las personas de edad y la sostenibilidad de los sistemas de protección social en un contexto de envejecimiento y estabilidad presupuestaria: su conexión con el tratamiento de la jubilación.....	114
2.3. A modo de síntesis.....	118

EL TRATAMIENTO LABORAL DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA EN FRANCIA: MEDIDAS LABORALES Y REFORMAS DE ACTIVACIÓN FRENTE A LA JUBILACIÓN

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA
Profesora Titular de Universidad
Universidad Carlos III de Madrid

1. EL MARCO FRANCÉS DE LAS POLÍTICAS PARA LOS TRABAJADORES DE MÁS EDAD.....	121
1.1. La reforma de la jubilación como detonante de las nuevas políticas para los trabajadores de edad avanzada	122
1.2. ¿Qué seniors? ¿Qué políticas?.....	124
1.3. Los contextos de la realidad socioeconómica en Francia.....	125
1.4. Las Políticas de Empleo en el marco del Diálogo social	126
1.5. La protección contra las discriminaciones por edad como hilo conductor	130
2. MEDIDAS DE MANTENIMIENTO DEL EMPLEO DE LOS SENIOR EN FRANCIA.	131
2.1. La empleabilidad de los trabajadores de más edad: la formación profesional preventiva, sus instrumentos de apoyo y otras cuestiones.....	132
2.1.1. El bilan de competencias y las entrevistas de segunda parte de carrera	133
2.1.2. El instrumento de la Validación de Adquisición de Experiencia (VAE).....	134
2.1.3. La mejora de las condiciones de trabajo	135
2.2. El fomento de la prolongación de la vida activa y la activación de los pensionistas/pensionables	136
2.2.1. Incremento de la edad legal de jubilación y las reglas anejas de intensificación relativa de la contributividad en la pensión.....	136
2.2.2. La Jubilación progresiva.....	137
2.2.3. La compatibilidad pensión/trabajo en supuestos de jubilación flexible o retorno al empleo tras la jubilación	139
2.2.4. La supresión intensiva de las prejubilaciones e instrumentos de anticipación de la salida del mercado de trabajo	140
2.3. Un mecanismo <i>sui generis</i> : la Cuenta de Ahorro-Tiempo.....	143
3. MEDIDAS DE RETORNO AL EMPLEO DE LOS DESEMPLEADOS SENIOR.....	144
3.1. Prestaciones por desempleo de los senior	145
3.2. La activación subsidiada: fomento de la contratación.....	147
3.2.1. CDD Senior.....	148
3.2.2. Contrato Único de Inserción	148
3.2.3. Contrato de profesionalización	151

3.3. La formación profesional reparadora	152
3.3.1. Los periodos de profesionalización.....	152
4. EL CONTRATO-GENERACIÓN COMO MEDIDA AMBIVALENTE.....	153
5. ALGUNAS CONCLUSIONES	156

EL TRATAMIENTO LABORAL DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA EN PORTUGAL: MEDIDAS LABORALES Y REFORMAS DE ACTIVACIÓN FRENTE A LA JUBILACIÓN

TERESA COELHO MOREIRA

Profesora Auxiliar

Universidad de Minho/Escuela de Derecho

1. INTRODUCCIÓN.....	159
2. LOS TRABAJADORES DE MÁS EDAD EN PORTUGAL: MEDIDAS LABORALES ADOPTADAS PARA SU CONTINUIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO.....	165
2.1. Introducción.....	165
2.2. Políticas activas de mercado de trabajo.....	171
3. CONCLUSIONES.....	176

TRABAJADORES EN EDAD AVANZADA Y MERCADO DE TRABAJO EN ITALIA

PATRIZIA TULLINI

Departamento de Ciencia Jurídica

Alma Mater Studiorum-Universidad de Bolonia

1. LAS PERSONAS EN EDAD AVANZADA Y EL MERCADO DE TRABAJO. EL CONTEXTO DE REFERENCIA ITALIANO	179
2. REFORMAS DE LAS PENSIONES Y SOSTENIBILIDAD DEL GASTO PÚBLICO. LA PRINCIPAL LÍNEA EVOLUTIVA DEL BIENESTAR NACIONAL: EL AUMENTO PROGRESIVO DE LA EDAD DE JUBILACIÓN.....	182
3. LAS DIRECTRICES DEL SIGNO OPUESTO: LA JUBILACIÓN ANTICIPADA DEL TRABAJADOR MADURO EN LAS VICISITUDES DE LA CRISIS EMPRESARIAL.....	184
4. ENVEJECIMIENTO ACTIVO, POLÍTICAS DE TRABAJO Y EDAD DE JUBILACIÓN	186
5. JÓVENES Y MADUROS EN EL MERCADO DE TRABAJO: EL RIESGO DEL CONFLICTO GENERACIONAL. EN BUSCA DE LA SOLIDARIDAD POSIBLE.....	190
6. IGUALDAD Y DESIGUALDAD DE TRATAMIENTO EN BASE AL FACTOR DE REGISTRO DE LA EDAD DEL TRABAJADOR.....	194
6.1. La jurisprudencia de la Corte de justicia y la jurisprudencia italiana: comparación de las directrices interpretativas	195

LA ESTRATEGIA 55 Y MÁS Y LOS INCENTIVOS A LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA LABORAL

M^a LUISA PÉREZ GUERRERO

Profesora Titular de Universidad

Universidad de Huelva

1. INTRODUCCIÓN.....	199
2. LOS TRABAJADORES MAYORES DE 55 Y LA ESTRATEGIA EUROPA 2020	200

3. PRINCIPALES CAUSAS DE DESEMPLEO DE LOS MAYORES DE 55 AÑOS EN ESPAÑA	201
4. OBJETIVOS Y MEDIDAS DE LA ESTRATEGIA 55 Y MÁS Y SU APLICACIÓN EN LAS POLITICAS DE EMPLEO	203
5. LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON EL MANTENIMIENTO EN EL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DE MÁS EDAD	207
5.1. Jubilación parcial y contrato de relevo.....	207
5.2. Incentivos generales para el mantenimiento del empleo	207
5.3. Mantenimiento en el empleo de los trabajadores autónomos.....	209
5.4. Cláusulas de los convenios colectivos referidas a la edad ordinaria de jubilación....	210
5.5. Formación a lo largo de la vida laboral	211
5.6. Sensibilización social de los valores positivos del trabajo de los trabajadores de más edad y prevención de riesgos laborales.....	212
6. MEDIDAS DESTINADAS A FAVORECER LA REINCORPORACIÓN AL MERCADO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DE MAYOR EDAD	213
6.1. Orientación profesional y activación hacia el empleo	213
6.2. Formación profesional para la reincorporación al mercado de trabajo	214
6.3. Incentivos a la reincorporación al mercado de trabajo.....	215
6.4. Trabajo autónomo y empresas de economía social	215
6.5. Políticas pasivas: protección por desempleo.....	217
6.6. Ayudas a trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo.....	217
7. INCENTIVOS A LA CONTRATACION DE LOS TRABAJADORES DE MAYOR EDAD.....	218
8. CONCLUSIONES.....	219

EL TRATAMIENTO FISCAL DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA: EL CARÁCTER DE HIDRA DEL LEGISLADOR

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AMOR
Profesor Titular de Universidad
Universidad Autónoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN	221
2. PERSPECTIVA FISCAL DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y EL TRABAJO	226
2.1. El carácter de contribuyente de la persona que compatibiliza jubilación y trabajo..	226
2.2. Tratamiento tributario de la percepción por compatibilidad de rendimientos del trabajo por cuenta ajena y pensión por jubilación	228
2.3. Tratamiento tributario de la percepción por compatibilidad de rendimientos del trabajo por cuenta propia y pensión por jubilación	231
2.3. Consecuencias fiscales para el pagador de rendimientos del trabajo compatibles con la pensión de jubilación	235
3. LOS INCENTIVOS FISCALES RELACIONADOS CON LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA OBTENCIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y OTROS RENDIMIENTOS CONSECUENCIA DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS.....	236
4. REFLEXIONES FINALES.....	242

INCLUSIÓN SOCIAL Y PERSONAS DE EDAD AVANZADA: EL PAPEL DE LA FORMACIÓN EN LA ACTIVACIÓN DE LAS TRANSICIONES LABORALES DE COLECTIVOS DE EDAD ESPECIALMENTE DESFAVORECIDOS

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-TORRES

Universidad de Sevilla

1. CARACTERIZACIÓN DEL COLECTIVO DE PERSONAS Y TRABAJADORES MAYORES EN ESPAÑA: EL NIVEL FORMATIVO ALCANZADO COMO INDICADOR BÁSICO DE EMPLEABILIDAD	247
1.1. Nivel formativo alcanzado por la población activa de 55 y más años de edad	249
1.2. La población ocupada de 55 o más años de edad y su nivel formativo	252
1.3. Nivel formativo de los trabajadores desempleados de 55 y más años de edad.....	253
1.4. Nivel de formación alcanzado por las personas inactivas de 55 y más años de edad.....	257
1.4.1. Aspectos que condicionan en los trabajadores mayores la decisión de continuar en activo dentro del mercado de trabajo	259
a) La ausencia de incentivos financieros adecuados	259
b) Las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo	260
c) La baja empleabilidad y flexibilidad de los trabajadores mayores.....	260
d) El nivel formativo de los trabajadores	262
e) Falta de adecuación de las políticas de empleo	263
f) Factores subjetivos tales como: la situación familiar y la esperanza de vida percibida por el propio individuo.....	264
g) El salario percibido	264
2. EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO DIRIGIDAS A LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS MAYORES	264
2.1. El pasado: un mercado laboral sin trabajadores mayores.....	265
2.2. El futuro: un mercado laboral de trabajadores mayores.....	268
2.2.1. Estrategia española “55 años y más”	271
3. INICIATIVAS DE FORMACIÓN DIRIGIDAS A LOS TRABAJADORES MAYORES DENTRO DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO	274
4. CAPACIDAD DE APRENDIZAJE Y EDAD: EL RETO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN PARA LAS PERSONAS MAYORES.....	278
5. REFLEXIONES FINALES.....	281

MODALIDADES CONTRACTUALES E INTEGRACIÓN O CONSERVACIÓN DE LA RELACIÓN DE PERSONAS DE EDAD AVANZADA

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

Profesor Titular

Universidad de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN	283
2. ¿LA EDAD COMO CRITERIO PARA LA DEFINICIÓN DE UN ESTATUS JURÍDICO LABORAL?	285
3. UNA DELIMITACIÓN DE PERSONAS DE EDAD AVANZADA: EL TRATAMIENTO DE LA EDAD EN LA NORMA LABORAL.....	289
4. LAS ACTUALES MEDIDAS DE FOMENTO DE EMPLEO SELECTIVO PARA PERSONAS DE EDAD AVANZADA	294
4.1. Sucesivos cambios en la concepción (y en el objeto) de medidas de fomento y protección del empleo de mayores.....	294

- 4.2. Medidas de fomento de empleo y medidas de protección de empleo para mayores:
distinto fundamento y extensión..... 297

LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES FRENTE A LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA

ILUMINADA R. FERIA BASILIO
Spv. Gestión de Personal/Asistente Honorario
Atlantic Copper, S.L.U./Universidad de Sevilla

- | | |
|--|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 301 |
| 2. LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA Y EL ACTUAL CONTEXTO LABORAL..... | 302 |
| 2.1. La edad de la población en las políticas anti-crisis | 302 |
| 2.2. La prevención de riesgos laborales y la prolongación de la vida laboral..... | 304 |
| 3. LOS TRABAJADORES DE EDAD Y LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
<i>STRICTO SENSU</i> | 306 |
| 3.1. La afectación de la edad sobre las capacidades funcionales..... | 306 |
| 3.2. Principales hitos preventivos para la protección de trabajadores de edad avanzada | 310 |
| 3.2.1. La edad como factor de especial sensibilidad..... | 311 |
| 3.2.2. La afectación a capacidades y posibles medidas correctoras | 315 |
| 4. LA GESTIÓN DE LA EDAD Y LA PROMOCIÓN DE LA SALUD | 324 |

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA: LAS CAUSAS OBJETIVAS

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ
Catedrático de Universidad
Universidad de Huelva

- | | |
|--|-----|
| 1. LA EDAD COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO..... | 331 |
| 2. LA INEPTITUD DEL TRABAJADOR DE EDAD AVANZADA COMO CAUSA DE EX-
TINCIÓN..... | 337 |
| 3. DESPIDO OBJETIVO POR FALTA DE ADAPTACIÓN A LAS INNOVACIONES TEC-
NOLÓGICAS Y TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA | 346 |
| 4. DESPIDO OBJETIVO POR EXCESIVA MORBILIDAD Y TRABAJADORES DE EDAD
AVANZADA..... | 349 |
| 5. DESPIDO OBJETIVO POR MOTIVOS EMPRESARIALES Y EDAD DEL TRABAJA-
DOR | 354 |

ENTRE EL MAL MENOR Y EL DAÑO INSOSTENIBLE: EL DESPIDO COLECTIVO Y LOS TRABAJADORES DE EDAD

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
Catedrático de Universidad
Universidad de Sevilla
Senior Counsellor, PwC

- | | |
|---|-----|
| 1. PRESENTACIÓN..... | 357 |
| 2. DEL “MAL MENOR” AL IMPACTO INSOSTENIBLE: POLÍTICAS PÚBLICAS Y DES-
PIDOS COLECTIVOS DE MAYORES..... | 359 |
| 3. LA “CLÁUSULA” TELEFÓNICA: APARICIÓN Y DESARROLLO | 369 |

4. LA CLÁUSULA TELEFÓNICA: REGULACIÓN ACTUAL.....	376
5. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA “CLÁUSULA” TELEFÓNICA	383
6. TRABAJADORES DE EDAD Y REGULACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO	386
6. EL CONVENIO ESPECIAL CON LA SEGURIDAD SOCIAL	392
7. DESPIDOS COLECTIVOS DE MAYORES Y NO DISCRIMINACIÓN	395
8. CONCLUSIONES.....	403

LA JUBILACIÓN FORZOSA EN PERSPECTIVA FAVORABLE

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN	407
2. LA INTERPRETACIÓN LITERAL DEL ET DE 1980 Y LA REINTERPRETACIÓN DE LA STC 22/1981	409
3. LA JUBILACIÓN “ESPECIAL” A LOS 64 AÑOS: CAMINO EXPEDITO PARA LA JUBILACIÓN FORZOSA.....	413
4. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.....	419
4.1. Jubilación forzosa y derecho al trabajo.....	419
4.1.1. ¿Puede delegarse en el Gobierno el establecimiento de una edad de jubilación forzosa?	419
4.1.2. El mero cumplimiento de una edad como causa de extinción del contrato de trabajo	423
4.2. Jubilación forzosa, derecho de igualdad y no discriminación por razón de edad.....	426
4.3. Jubilación forzosa y negociación colectiva	433
4.3.1. Dos cuestiones con carácter previo: una histórica y otra de Seguridad Social	434
a) ¿Cabe sostener que la jubilación forzosa fue sustraída de la negociación colectiva a partir de una Orden de 1953?	434
b) Prohibición de que la Seguridad Social sea objeto de contratación colectiva	438
4.3.2. Intermitencia de la jubilación forzosa en el ET; de resultados: crisis de la relación ley-convenio	439
6. LA JUBILACIÓN FORZOSA EN PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA: ROL DEL JUBILADO, SU NIVEL ECONÓMICO DE VIDA Y CRISIS SOCIOECONÓMICA	447
7. JUBILACIÓN FORZOSA Y CONTRATO DE TRABAJO	449
8. CONCLUSIONES.....	449

EL TRATAMIENTO DE LAS PREJUBILACIONES

LOURDES LÓPEZ CUMBRE
Catedrática de Universidad
Universidad de Cantabria

1. PREJUBILACIONES: SU EVOLUCIÓN, SU SITUACIÓN Y SU INDEFINICIÓN	453
1.1. Una evolución que parte de la reconversión industrial a la reestructuración empresarial.....	453
1.2. ¿Prejubilar o envejecer activamente? Sobre la (in)compatibilidad de políticas (i)irreconciliables	455

2. EL RIESGO DE LA PREJUBILACIÓN: UNA CONTINGENCIA DERIVADA DE LA EDAD AVANZADA Y DEL CESE DEFINITIVO EN LA PRESTACIÓN LABORAL	458
2.1. El riesgo de la prejubilación: una contingencia derivada del trabajo no recogida por el sistema de protección social	458
2.2. Rasgos de este riesgo	461
2.2.1. Edad avanzada del trabajador	461
2.2.2. Cese definitivo en el trabajo	462
2.2.3. Extinción del contrato de trabajo	464
3. LA PROTECCIÓN DE LA PREJUBILACIÓN: LA CONJUNCIÓN PÚBLICO-PRIVADO EN SU FINANCIACIÓN.....	467
3.1. La extensión del ámbito público de protección: medidas heterogéneas para situaciones idénticas	467
3.1.1. El subsidio de prejubilación como mecanismo de cobertura generalizado ...	467
3.2.2. Las ayudas a la prejubilación de trabajadores afectados por la reestructuración empresarial	471
a) Ayudas previas a la jubilación ordinaria para trabajadores próximos a la jubilación insertos en procesos de reestructuración empresarial.	471
b) Ayudas extraordinarias en forma de subvención previa constitución de un plan de rentas en los procesos de reestructuración	472
3.2.3. Ayudas a la prejubilación por sectores.....	474
3.2.4. Mantenimiento de la cotización durante la prejubilación: una excepción cada vez más extendida, cotizar sin trabajar y contribuir sin recibir	477
a) El convenio especial de los prejubilados	477
b) La aportación especial de la empresa que despide a mayores de 50 años obteniendo beneficios.....	478
3.2. El ámbito privado: la presencia de la empresa en los procesos de prejubilación	482
3.2.1. Los planes de prejubilación en las prejubilaciones programadas por las empresas como mecanismo de redimensionamiento no traumático de sus plantillas	482
3.2.2. Los compromisos privados empresariales como complementos de financiación a la protección pública de las prejubilaciones	486
4. RECAPITULACIÓN: UN TRATAMIENTO DE LAS PREJUBILACIONES DEFICITARIO EN SU EVOLUCIÓN Y CONTENIDO EN SU FUTURO	488

LAS JUBILACIONES ANTICIPADAS Y SU EVOLUCIÓN

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN	491
1.1. Respecto de la edad de jubilación.	492
1.2. Respecto de un sistema de jubilación gradual y flexible	492
1.2.1. La desincentivación del abandono temprano del mercado laboral.....	493
1.2.2. La incentivación en el mantenimiento del empleo de los trabajadores mayores	494
2. LA EVOLUCIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA	495
2.1. Consideraciones previas.....	495
2.2. Evolución de la jubilación anticipada	498
2.2.1. Jubilación anticipada para los mutualistas	498
2.2.2. La jubilación anticipada de carácter general.....	500

3. LA REGULACIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA ACTUAL: ENTRE LA LEY 27/2011, DE 1 DE AGOSTO, DE 1 DE AGOSTO, SOBRE ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. Y EL RDL 5/2013, DE 15 DE MARZO, DE MEDIDAS PARA FAVORECER LA CONTINUIDAD DE LA VIDA LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE MAYOR EDAD Y PROMOVER EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO.....	504
3.1. Las modificaciones en la jubilación anticipada producidas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.....	505
3.2. Una nueva vuelta de tuerca: la regulación actual tras el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo	506

LA JUBILACIÓN PARCIAL Y SU PERMANENTE EVOLUCIÓN: PROPUESTAS PARA SU ACTIVACIÓN

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN: LA JUBILACIÓN PARCIAL Y SU EVOLUCIÓN	509
1.1. La aparición del entramado institucional y la prioridad de la política de reparto del empleo: el contrato de relevo como epicentro	510
1.2. La época “dorada”: entre la jubilación flexible y el nacimiento de la jubilación parcial postergada o independiente	511
1.3. La tercera etapa: primacía de la jubilación parcial postergada y progresivo endurecimiento de la jubilación parcial anticipada	514
2. LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA.....	518
2.1. El relevado o jubilado parcial: requisitos previos	519
2.1.1. Trabajador por cuenta ajena: la exclusión de los autónomos, funcionarios y personal estatutario.....	519
2.1.2. A tiempo completo: la trascendencia de la tipicidad o no de la relación	521
2.1.3. La edad mínima y su evolución	522
2.1.4. Periodo de cotización específico	524
2.1.5. Antigüedad en la empresa	526
2.2. El hecho causante y sus requisitos: la novación contractual y el contrato de relevo	528
2.2.1. La novación contractual y el contrato de “jubilación parcial”: la cotización	528
2.2.2. El contrato de relevo, el relevista y su base de cotización: su coordinación con el contrato del relevado	531
2.3. La dinámica de la jubilación parcial y, en especial, algunas notas en relación con los avatares del contrato de relevo	540
3. LA JUBILACIÓN PARCIAL AUTÓNOMA O TRAS ALCANZAR LA EDAD DE JUBILACIÓN	546
4. A MODO DE CONCLUSIÓN: PROPUESTAS PARA SU REACTIVACIÓN	547

LA COMPATIBILIDAD DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LA JUBILACIÓN CON LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA

CAROLINA GALA DURÁN

*Profesora Titular de Universidad (acreditada a Cátedra)
Universidad Autónoma de Barcelona*

1. INTRODUCCIÓN	555
2. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE	556
2.1. Principio general: La plena compatibilidad	556
2.2. El alcance de la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y el trabajo	558
2.2.1. Elementos de los que se deriva la compatibilidad	558
2.2.2. Condiciones para el desempeño del trabajo por parte del declarado incapaz permanente total	560
2.2.3. Compatibilidad con trabajos en los que se realicen distintas funciones.....	563
2.2.4. Otras cuestiones	564
2.3. La compatibilidad entre el trabajo y las pensiones por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez	565
2.3.1. La perspectiva legal	565
2.3.2. La perspectiva judicial.....	566
2.3.3. Los compromisos formales y las posibilidades de suspender la pensión.....	572
2.3.4. Los efectos derivados de alcanzar la edad de jubilación.....	574
2.4. Conclusiones finales sobre la compatibilidad entre la pensión de incapacidad y el trabajo.....	576
3. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y UNA ACTIVIDAD PRODUCTIVA	576
3.1. Aspectos generales	576
3.2. La figura de la jubilación flexible	579
3.3. La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia con escasos ingresos	583
3.4. La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo regulada en el capítulo I del RDL 5/2013.....	585
3.5. La compatibilidad trabajo-pensión de jubilación como vía de futuro.....	589

EVALUACIÓN E IMPACTO DE GÉNERO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS A LAS PERSONAS DE EDAD Y EL MERCADO DE TRABAJO

AMPARO M. MOLINA MARTÍN

*Profesora Contratada Doctora
Universidad de Granada*

1. APERTURA: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO	597
2. SITUACIÓN DE PARTIDA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DIAGNÓSTICO O EVA- LUACIÓN INICIAL DE LA VARIABLE “MERCADO DE TRABAJO-PERSONAS DE EDAD-PERSPECTIVA DE GÉNERO”	599
2.1. Breve delimitación espacio-temporal.....	599
2.2. Análisis de instrumentos “de política general” con una “óptica particular”	600
2.2.1. La construcción de las políticas públicas en los Programas Nacionales de Reformas: una mirada con perspectiva de género orientada a las personas de edad en el mercado de trabajo	600

2.2.2. Las Estrategias Españolas de Empleo, o de Activación para el Empleo, como espacio de evaluación con impacto de género respecto de personas de edad	603
2.2.3. Evaluación, impacto de género y personas de edad en los Planes Anuales de Política de Empleo.....	604
2.3. Políticas públicas “exclusivas” para personas de edad y mercado de trabajo: evaluación e impacto de género en la “Estrategia 55 y más”	605
3. LA (RE)ACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA REALIDAD DE HOMBRES Y MUJERES DE EDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO	607
4. CIERRE: BALANCE-EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN CLAVE DE IMPACTO DE GÉNERO, PERSONAS DE EDAD Y MERCADO DE TRABAJO.....	612

Introducción

Aunque el estudio de los problemas específicos que el colectivo de personas de edad avanzada presenta en su relación con el mercado de trabajo no es, desde luego, una cuestión novedosa en nuestro sistema —baste recordar las múltiples normas que desde el Decreto 2431/1966 de 13 de agosto han abordado monográficamente o asistemáticamente esta cuestión—, no lo es menos que los profundos cambios, tanto tecnológicos como demográficos y económicos que afectan a nuestra sociedad, han vuelto a reactivar la atención por este tema, incorporando eso sí, nuevas lógicas e intereses que se unen o incluso ensombrecen las perspectivas con las que nuestro ordenamiento ha venido abordando tradicionalmente esta cuestión.

En este sentido, resulta evidente que lo que podríamos considerar como la “primera hornada” de normas que abordan este tema —por mencionar algunas el Decreto 1293/1970 de 30 de abril, la Orden de 18 de enero de 1971 o el Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre— parten básicamente de la consideración de este colectivo —por lo demás de “geometría variable” tanto en su edad como en su cambiante denominación— como uno más de los grupos —al igual que jóvenes, personas con discapacidad, etc.— postergados en su acceso —o incentivados en su salida— del mercado de trabajo. Esta visión fue la que condujo a un tratamiento normativo similar al del resto de tales colectivos, convirtiéndolos en destinatarios prioritarios de las políticas activas de empleo, ya fuese priorizándolos en la intermediación y formación, posibilitando la reserva de puestos de trabajo o incluso incentivando su contratación, unos aspectos estos a los que, eso sí, por la singular posición dada al “cabeza de familia” en la lógica fordista de aquella primera regulación preconstitucional, se unió un conocido tratamiento singular y protector en los supuestos de crisis de empresas.

En este contexto, podría parecer que la aprobación de la Constitución y la llegada de la crisis económica de los años ochenta —con su consiguiente impacto en el incremento exponencial del desempleo juvenil— no provocó, al menos aparentemente, una modificación sustancial de aquella primera perspectiva. Y ello ya que más allá de la lógica adaptación o eliminación de algunas de aquellas medidas al nuevo marco institucional y la pérdida de un tratamiento homogéneo y normativamente unitario para este grupo, lo cierto es que este colectivo de personas de mayor edad —difuminado eso sí, en muchas ocasiones en el más genérico de desempleados de larga duración, por sus propias características— siguió siendo considerado como uno de los objetivos prioritarios de las medidas económicas y de flexibilidad normativas que caracterizaron este periodo al amparo, por ejemplo, del art. 10 Ley 51/1980 o del art. 17.3 Ley 8/1980. Y ello, como decimos, aunque fuera de manera desordenada, cuando no casi aluvional o por mera decantación temporal.

Sin embargo, esta aparente continuidad no debe hacernos olvidar como en la dialéctica, aparentemente constante, entre los intereses de trabajadores jóvenes y de trabajadores maduros, es este el momento histórico en que asistimos a la proliferación de instrumentos destinados a potenciar el reparto del empleo mediante fórmulas de jubilación que no solo suponen trasladar el coste de muchos de estos procesos al Sistema de Protección Social, sino que, sobre todo en el caso de las jubilaciones forzosas, ejemplifican la supeditación del interés de este colectivo de personas maduras a la lucha, inicialmente contra el desempleo —especialmente juvenil—, y en un segundo momento incluso contra la precariedad y la falta de calidad en el empleo.

En cualquier caso, esta fase va a concluir, no sin resistencias, cuando desde principios de este siglo se vaya resaltando, poco a poco, como el problema del envejecimiento demográfico constituye uno de los riesgos más importantes y sistémicos a los que se enfrenta, no ya solo nuestro mercado de trabajo, sino también la entera sostenibilidad de nuestro Sistema de Protección Social. De hecho, esta nueva y cada vez más central preocupación hará que no solo las mencionadas fórmulas de reparto forzoso del empleo vayan desapareciendo, sino, y sobre todo, que el centro de atención vaya trasladándose poco a poco hacia la necesidad de articular instrumentos de todo tipo que permitan un envejecimiento activo en todos los ámbitos, y entre ellos en el empleo, aumentando la edad efectiva en la que se inicia definitivamente el retiro hacia la inactividad. Y ello, como decimos, ya sea retocando, en primer lugar, una jubilación inicialmente flexible y luego cada vez más claramente postergada, como, en segundo lugar, proponiendo una amplia batería de medidas multidisciplinares que permitieran y fomentaran la permanencia en activo de una población progresivamente envejecida.

Seguramente, y por simplificar, es esta la lógica en la que debe ya inscribirse la denominada Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más) aprobada por el anterior gobierno socialista en noviembre de 2011. Dicha Estrategia constituía ciertamente un ejemplo privilegiado de la progresiva utilización —no solo terminológica, sino también en cuanto a fórmulas de gestión— de instrumentos y de prácticas tomadas de la experiencia europea en el Derecho del Empleo español. Pero sobre todo, y por lo que aquí interesa, constituía también un claro ejemplo de la necesidad de una actuación multidimensional y plural en este campo; una actuación que, fruto de la acción sinérgica de todos los agentes públicos y privados, tanto en su proceso de elaboración como de aplicación, ofreciera una batería de medidas que desde múltiples campos —de las políticas activas, de medidas laborales y de gestión de personas, de protección social y de lucha contra la discriminación entre otras— permitiera, como decimos no ya solo mejorar la situación de este colectivo sino, o incluso sobre todo, postergara su salida definitiva de la actividad fomentando así un envejecimiento activo que permitiera solventar el grave problema social que

este envejecimiento representaba. Lo que en el fondo, obsérvese, supone colocar nuevamente un objetivo general —la reacción al envejecimiento— sobre el posible o posibles objetivos específicos de este colectivo, al que ahora se anima —o algo más— a mantener el máximo posible su propia actividad.

En cualquier caso, el principal problema de esta Estrategia es que el posterior cambio de mayoría parlamentaria, unido al carácter programático o abierto al estudio —y al consiguiente acuerdo, aprobación y aplicación— de muchas de las medidas contempladas en la misma hizo de aquél un documento en gran parte olvidado y relegado —baste observar la llamativa ausencia de menciones en posteriores Estrategias y Planes Anuales— ante las dos urgencias que seguramente han marcado la presente legislatura: el problema de los jóvenes, en especial de los NEET —al que se ha destinado buena parte de la atención desde la Estrategia para el Emprendimiento y el Empleo Joven hasta la implementación de la Garantía Juvenil— y, por otra parte, la necesidad de garantizar la estabilidad presupuestaria mediante la incorporación tanto un nuevo índice de revalorización, como de un factor de sostenibilidad de las pensiones permanentemente reclamado desde la Unión Europea hasta su incorporación final por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre.

Seguramente por todo ello no es descabellado afirmar que en estos últimos cuatro años el tratamiento específico de los problemas sociolaborales de este colectivo —como decimos de “geometría variable”— ha sido en buena parte relegado frente a la acuciante necesidad, por un lado, de abordar el desempleo juvenil y, por otra, de lograr la estabilidad presupuestaria y, en especial, la sostenibilidad de nuestro sistema contributivo de Seguridad Social. Buena parte de las reformas, sobre todo en relación con la jubilación durante estos años —por ejemplo el RDL 5/2013— pueden leerse, al menos a nuestro juicio, desde esta perspectiva. Sin embargo, este relativo olvido en esta fase de llamativa emergencia presupuestaria y social no impide que reconozcamos a esta cuestión como uno de los temas centrales, tanto en el futuro, como ya casi en nuestro presente, para la conservación de nuestra actual estructura económica y social; como un tema vital ante el nuevo contexto demográfico y como una cuestión extraordinariamente compleja no ya solo por el amplio número de intereses que confluyen en el mismo —colectivo problemático, necesidad de articular fórmulas que permitan un envejecimiento activo, exigencias de estabilidad presupuestaria— sino también por el carácter multidisciplinar de muchas de las medidas que deben ser abordadas y la amplitud y diversidad de la batería de instituciones, laborales, de empleo y de protección social que deben ser analizadas.

Por todo ello, el presente trabajo, enmarcado en el Proyecto DER 2012-36755, Mercado de trabajo, transiciones laborales y edad: jóvenes y mayores de 55 años, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, busca analizar todas estas cuestiones desde una perspectiva multidimensional. Y así, en un primer

bloque hemos intentado analizar no solo la situación real de este colectivo desde una perspectiva económica y las singularidades de su desempleo con los trabajos de las Pra. Dra. Arévalo, Gómez, Ugarte y Sánchez, sino que, yendo un paso más allá, hemos intentado también delimitar el tratamiento internacional y comunitario que se otorga a este colectivo y las experiencias de otros países como Portugal, Italia o Francia mediante las valiosas aportaciones de las Pra. Dra. Quintero, Coelho y Tullini.

Tras ello, y en un segundo bloque, hemos pasado a analizar el tratamiento que a este colectivo se da desde una perspectiva de políticas de empleo, indagando en el contenido de la Estrategia 55+, en el papel —a nuestro juicio vital— de la formación y del fomento fiscal. Y todo ello desde una perspectiva, como decimos, claramente multidisciplinar que mezcla aportaciones de jóvenes laboristas —la Pr. Dr. Pérez Guerrero— con expertos fiscalistas —el Pr. Dr. Fernández Amor— o estudiosos de las Ciencias de la educación como la Pra. Dr. Gómez Torres.

Por su parte, el tercer bloque temático de este estudio analiza la problemática de la relación laboral con este colectivo y los aspectos preventivos y de régimen de extinción que mayor impacto tienen en este campo. De ahí que tras un ensayo inicial del Pr. Dr. Valverde Asensio sobre las modalidades contractuales y los incentivos a la conservación de estas relaciones laborales, se indague en los aspectos preventivos, esenciales en este ámbito —con el trabajo de la Pra. Dr. Feria Basilio— y en los aspectos extintivos tanto objetivos —elaborado con su tradicional profundidad por el Pr. Dr. Gorelli Hernández— como colectivos —Pr. Dr. Rodríguez-Piñero Royo—, unidos a la sempiterna cuestión de la jubilación forzosa cuyo estudio sistemático e histórico a correspondido al Pr. Dr. Martínez-Machuca Gijón.

Finalmente la obra se cierra con algunos estudios sobre la regulación de aquellas instituciones conectadas con el retiro y la salida a la inactividad a cargo de la Pra. Dra. López Cumbres que aborda con su tradicional brillantez el tratamiento de las denominadas prejubilaciones; del Pr. Dr. Álvarez Cortés que analiza en segundo lugar el cuestionado papel en este ámbito de las jubilaciones anticipadas; del Pr. Dr. Calvo Gallego que aborda con profundidad la compleja regulación de la jubilación parcial, con llamativas propuestas para su activación, así como, finalmente, de la Pr. Gala Durán que estudia con su conocida exhaustividad la compatibilidad de la incapacidad permanente y la jubilación con la actividad productiva.

La obra concluye con un aspecto a veces olvidado pero que en nuestra opinión resulta fundamental como es a evaluación de género de estas políticas públicas con un valioso trabajo de la Pra. Dra. Molina Martín.

Envejecimiento de la población y situación sociolaboral de las personas de edad avanzada

Dolores Gómez Domínguez
Profesora Titular de Escuela Universitaria
Universidad de Sevilla

María Teresa Arévalo Quijada
Catedrática de Universidad
Universidad de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN

La crisis económica ha generado un importante crecimiento del desempleo en los últimos años. Sin embargo, no todos los sectores ni colectivos están siendo afectados de la misma forma por la coyuntura actual. Así, según datos obtenidos de Labour Force Survey (LFS) de Eurostat, en España, en el último trimestre de 2014, el 33,21% de los desempleados son mayores de 45 años¹. Este grupo de la población activa presenta, en el mismo periodo, una tasa de desempleo del 20,13%.

El peso de este grupo de población sobre la población total está creciendo tanto en la Unión Europea (UE) como en España. A mediados de la década de los 90 del pasado siglo se toma conciencia de este cambio demográfico severo y de la necesidad de aumentar la actividad laboral en este grupo de población y, así, evitar su expulsión del mercado laboral. En la Cumbre de Estocolmo, en marzo de 2001, se propone elevar las tasas de empleo de la población de mayor edad por encima del 50%. Poco a poco se van abriendo paso las políticas de envejecimiento activo, en 2010, la UE pone en marcha la Estrategia 2020, en medio de la crisis económica, en ésta, se establece para la población de 20 a 64 años un objetivo de empleo de 75%, debiendo basarse el mismo en un mayor empleo de las mujeres y de los mayores.

En este contexto, las políticas de apoyo a la creación de empleo deben ser una prioridad social generalizada. La creación de empleo depende de múltiples variables interrelacionadas: desde las características de la estructura productiva, los niveles de cualificación de las personas en edad de trabajar, o la inversión productiva, hasta las políticas adoptadas en múltiples ámbitos (macroeconómicas, industriales, de I+D+i, sociales, educativas, entre otras).

¹ Calculado sobre la población parada de 15 a 64 años

Estas políticas serían muy oportunas puesto que el porcentaje de población que representan las cohortes nacidas en los cincuenta y en los sesenta está aumentando progresivamente produciendo un cambio demográfico en España y en la UE, con graves consecuencias sociales, económicas, presupuestarias y políticas.

Se pueden observar dos tendencias. En primer lugar, la población en edad laboral (15-64 años de edad) se irá reduciendo entre 2006 y 2030, según se vayan jubilando las cohortes del *baby boom*, hecho que tiene una repercusión enorme en el futuro de los empleos y en el crecimiento, tanto de España como de la UE, así como en la sostenibilidad de la protección social y de los sistemas sanitarios, que se enfrentan a un desfase cada vez mayor entre los gastos necesarios y los ingresos obtenidos mediante los impuestos y las contribuciones. En segundo lugar, el número de ancianos está aumentando rápidamente lo cual influirá profundamente en los servicios sanitarios y de asistencia.

La delimitación de medidas y prioridades para facilitar la inserción laboral debe basarse en un consenso social, recordando que, además de a los jóvenes², las dificultades de mantenimiento en el empleo y, sobre todo, de reinserción laboral, afectan también con especial intensidad en España a las personas de mayor edad. O, mejor dicho, a un grupo de personas de mayor edad en las que concurren, como se irá viendo, varias circunstancias y rasgos —además de la edad— que las hacen especialmente vulnerables.

A efectos de este planteamiento se ha centrado el análisis en las personas de 45 a 64 años porque ofrece una perspectiva más amplia de las situaciones laborales, frente a otros estudios que lo restringen a las personas de 50 ó 55 a 64 años.

Se trata de un grupo muy importante, tanto en la estructura sociodemográfica española (a finales de 2014 representa el 27,03% de la población) como, más específicamente, en el mercado de trabajo, donde participa relativamente menos, como muestra una tasa de actividad todavía inferior a la de las personas entre 15 y 64 años, y donde, aunque su volumen de ocupación ha aumentado frente al descenso en los otros tramos de edad, ha visto multiplicar por 4.79 veces su número de desempleados en la crisis, con una incidencia mucho mayor del paro de larga y muy larga duración: el 33,21% de las personas en paro a finales de 2014 tenía entre 45 y 64 años de edad, pero si se atiende a quienes llevan dos y más años en paro, entre los que tiene 50 a 64 años este dato se eleva a una cifra algo por encima del 50%.

Es precisamente éste el problema de los “mayores”, es el grupo poblacional al que le resulta más difícil encontrar empleo una vez que lo han perdido.

² Cuya elevadísima tasa de paro y las dificultades que encuentran en el proceso de tránsito entre la formación y el empleo han hecho de ellos el grupo prioritario para las políticas europea y española.

En primer lugar, en el apartado 2, el estudio hace una caracterización del colectivo en cuanto a edad, género, nivel educativo..., y posteriormente, en el apartado 3 se analizan su situación laboral, fundamentalmente en relación a la actividad, el empleo y el paro.

2. LA POBLACIÓN DE 45 A 64 AÑOS

Según datos de Eurostat (Tabla 1), la población de 45 a 64 años en España representaba en 2013 el 26,58% de la población total, lo que supone un peso algo menor que en la UE donde alcanzaba el 27,31%. Sin embargo, en unos pocos años, este peso será algo mayor en nuestro país que en la UE (Gráficas 1 y 2) si tenemos en cuenta que en España, la mayor concentración de población se encuentra en las cohortes de 35 a 39 años y de 40 a 44 años, que en un breve plazo de tiempo pasarán a formar parte de la población objeto de estudio.

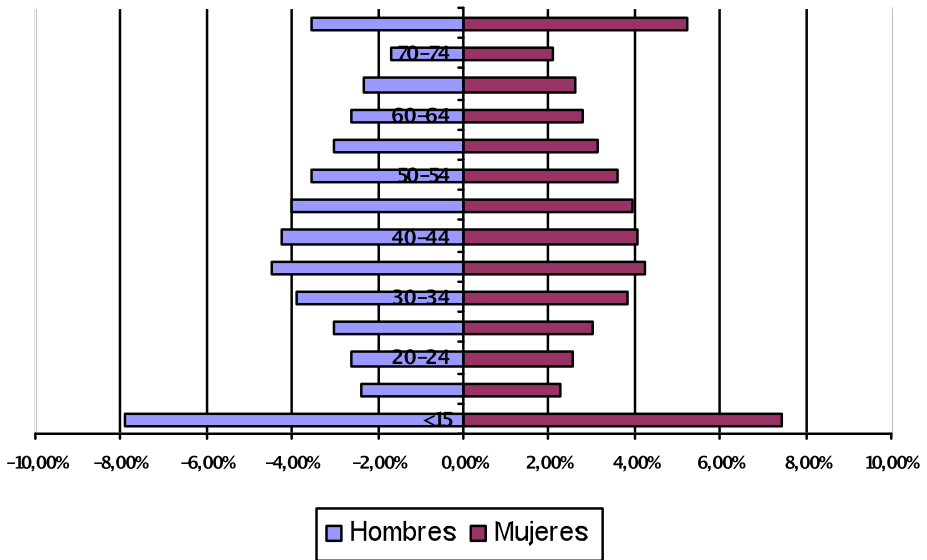
Tabla 1
Porcentaje de población por grupos de edad y sexo (2013)

% Total	UE 27,31 E 26,58														Total
	<15	15-19	20-24	25-29	30-34	35-39	40-44	45-49	50-54	55-59	60-64	65-69	70-74	>75	
% Mujeres															
UE	7,64	2,60	2,94	3,17	3,40	3,49	3,67	3,74	3,59	3,39	3,19	2,75	2,43	5,15	51,18
España	7,44	2,26	2,56	3,04	3,81	4,27	4,08	3,94	3,59	3,11	2,77	2,59	2,07	5,21	50,75
	UE 13,92 E 13,41														
% Hombres															
UE	8,04	2,72	3,03	3,21	3,42	3,52	3,70	3,73	3,51	3,21	2,94	2,44	2,01	3,32	48,82
España	7,91	2,39	2,62	3,04	3,88	4,46	4,23	3,99	3,55	3,01	2,61	2,33	1,71	3,52	49,25
	UE 13,39 E 13,16														

Fuente: Eurostat y elaboración propia

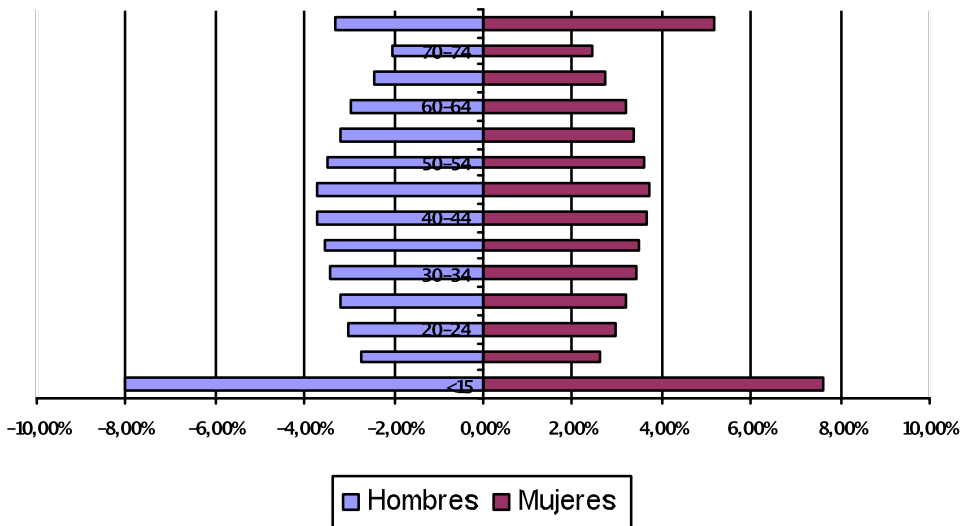
Tanto en el caso de España como en el de la UE, en 2013, entre los 45 y los 64 años es mayor la población de mujeres que la de los hombres, en España el 13,41% de mujeres frente al 13,16% de hombres y, en el caso de la UE 13,92% de mujeres y 13,39% de hombres.

Gráfica 1
Población 2013. España



Fuente: Eurostat y elaboración propia.

Gráfica 2
Población 2013. UE



Fuente: Eurostat y elaboración propia.

Pero puede observarse que, si consideramos la población hasta los 44 años, en ambos casos son más los hombres que las mujeres, 26,92% de mujeres frente a 27,66% de hombres en la UE y 27,46% de mujeres frente a 28,53% de hombres en el caso de España.

Analizando la población en estudio por grupos de edad (Tabla 2), en 2013, puede observarse que el grupo más numeroso se encuentra entre los 45-49 años, tanto en España como en la UE y tanto en la población de hombres como en la de mujeres. En todos los colectivos, a medida que aumenta la edad del grupo, el tamaño del mismo va disminuyendo. Hay que observar que en la UE en todos los grupos objeto de estudio son más las mujeres que los hombres, sin embargo en España, en el grupo más numeroso, de 45 a 49 años, son más los hombres que las mujeres aunque a partir de esa edad, tanto en España como en la UE se da la situación inversa. Hemos de comentar, también, que en ambos casos, en la población menor de 45 años la población de hombres es superior a la de mujeres lo que puede hacernos pensar que en unos años esta situación se traslade a la población objeto de estudio.

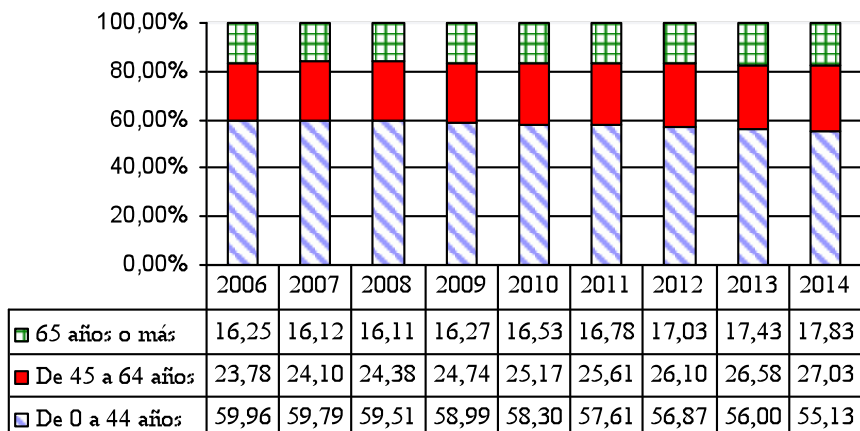
Tabla 2
Población de 45 a 64 años por grupos de edad (Miles). 2013

		<45	45-49	50-54	55-59	60-64	>64
UE	Ambos sexos	272.613,80	37.314,10	35.496,50	32.980,80	30.636,10	90.485,30
	Hombres	138.149,40	18.612,80	17.545,50	16.038,50	14.680,20	38.839,00
	Mujeres	134.464,30	18.701,30	17.951,00	16.942,40	15.955,90	51.646,30
España	Ambos sexos	25.841,00	3.662,80	3.294,20	2.823,90	2.482,80	8.041,10
	Hombres	13.167,60	1.842,80	1.638,30	1.387,70	1.205,00	3.487,30
	Mujeres	12.673,50	1.820,00	1.655,80	1.436,20	1.277,80	4.553,90

Fuente: Eurostat y elaboración propia

Si observamos la gráfica 3, el grupo de población entre 45 y 64 años va aumentando su peso en España desde 2006 manteniendo un crecimiento en torno a las 3 décimas porcentuales hasta 2010 y aumentando en los años posteriores alrededor de 5 décimas hasta 2014.

Gráfica 3
Evolución del peso de la población española

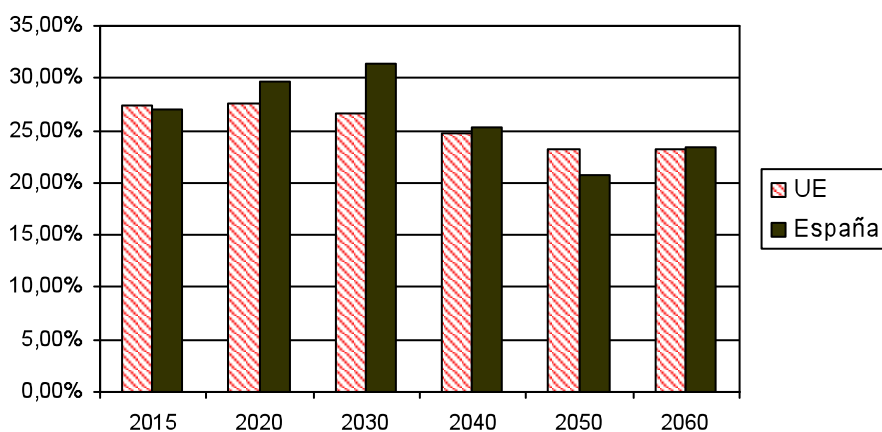


Fuente: EPA y elaboración propia.

Los más de 3 puntos porcentuales que ha aumentado el peso de este grupo entre 2006 y 2014 destacan frente al descenso de la población más joven, que ha sido de casi 5 puntos en el mismo periodo.

Esta tendencia parece que va a continuar en los próximos años (Gráfica 4), hasta 2030 en España, según datos de Eurostat, y, a partir de esa fecha, el grupo de población perderá peso. En el caso de la UE la tendencia también es creciente pero hasta 2020.

Gráfica 4
Proyecciones de población de 45 a 64 años



Fuente: Eurostat y elaboración propia.

Descomponiendo la población de mayor edad en grupos de 5 en 5 años (Tabla 3), vemos como el grupo de edad con mayor peso se va trasladando a lo largo de los años y aumentando su edad.

Si en 2020 en España el grupo con mayor peso estará entre 45 y 49 años, en la UE estará entre 50 y 54 años y a medida que avanzan los años el peso se irá trasladando hasta los de mayor edad. Así hacia 2030, 2040 los colectivos con edades de 50 a 54, 55 a 59 y 60 a 64 representarán, en España, más de un 8% de la población, mientras que en la UE no llegarán al 7% en ningún caso.

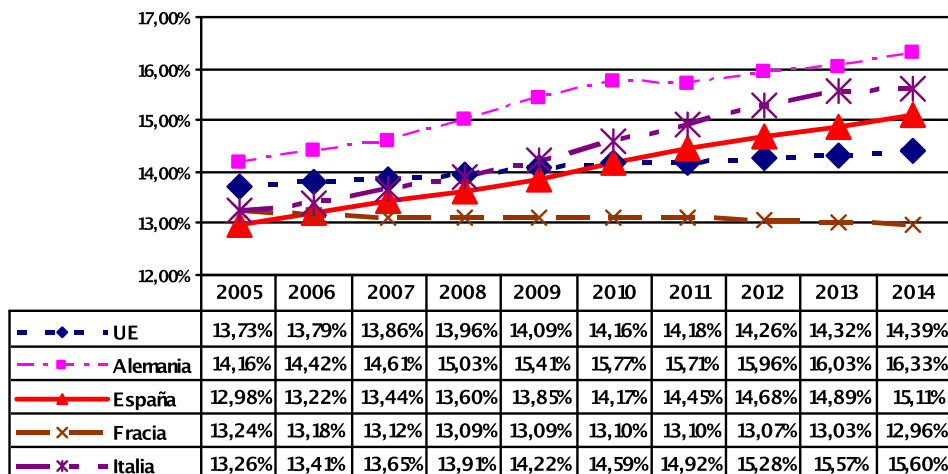
Tabla 3
Proyecciones del peso de la población de edad avanzada

	2015	2020	2030	2040	2050	2060
45-64						
UE	27,42%	27,67%	26,67%	24,77%	23,25%	23,14%
España	27,10%	29,74%	31,40%	25,38%	20,67%	23,35%
45-49						
UE	7,42%	7,04%	6,50%	6,02%	5,71%	5,98%
España	7,95%	8,34%	6,98%	4,94%	5,70%	6,46%
50-54						
UE	7,20%	7,26%	6,60%	6,19%	5,69%	5,97%
España	7,34%	7,89%	8,45%	5,49%	4,90%	6,49%
55-59						
UE	6,69%	6,98%	6,74%	6,28%	5,88%	5,64%
España	6,41%	7,24%	8,26%	6,81%	4,80%	5,62%
60-64						
UE	6,11%	6,40%	6,83%	6,28%	5,97%	5,56%
España	5,39%	6,27%	7,71%	8,14%	5,26%	4,78%

Fuente: Eurostat y elaboración propia

La gráfica 5 muestra la evolución que el peso del grupo de edad comprendida entre los 45 a 54 años tiene en España, en la UE y en Alemania, Italia y Francia. Podemos observar que hasta 2010 el peso de este grupo de edad en España está por debajo del mismo dato para UE y a partir de ahí la situación se invierte y, si al inicio del periodo, en 2005, la UE estaba 0,75 puntos porcentuales por encima de España, en 2014 es España la que está 0,72 puntos porcentuales por encima de la UE.

Gráfica 5
Evolución del peso de la población de 45 a 54 años



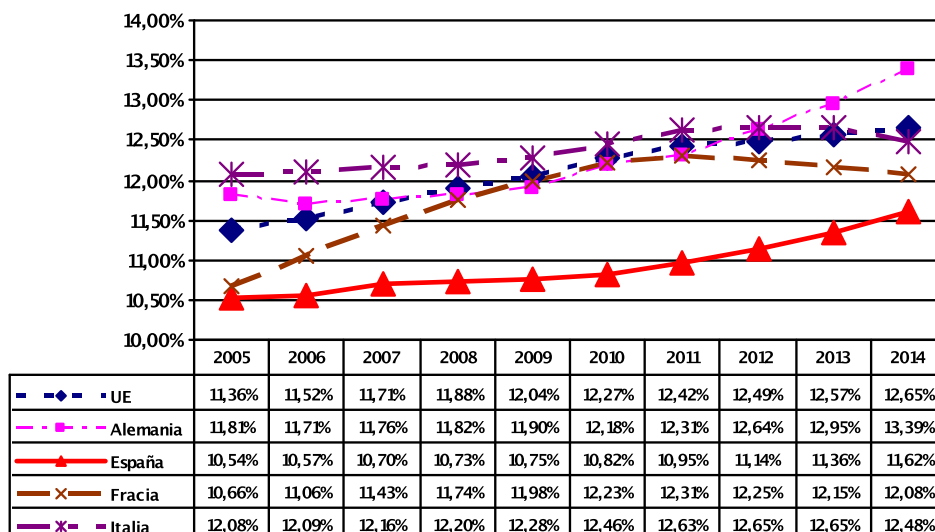
Fuente: Eurostat y elaboración propia.

El peso de este grupo de población en Alemania es superior a los demás y se mantiene en continuo crecimiento aunque a partir de 2010 el crecimiento es más lento. El caso de este grupo en Italia es muy parecido al de España si bien se mantiene entre 3 y 6 décimas porcentuales por encima durante todo el periodo. Hay que destacar la situación del grupo en Francia en donde, además de ser el caso en el que tiene menor peso, éste va disminuyendo lentamente en los últimos diez años.

Para el grupo de población de edades comprendidas entre 55 y 64 años (Gráfica 6), es significativo el hecho de que, en el caso de España, el peso de este grupo se mantenga por debajo de los demás durante los últimos diez años, observando, a partir de 2009 una tendencia al alza que hace que termine el periodo con 1,1 puntos porcentuales más que al principio del mismo, tendiendo a una convergencia con la media europea y con Italia y Francia; países en los que, a partir de 2011 se observa una ligera bajada del peso de este colectivo.

Es destacable el caso de Alemania en donde este grupo de población tiene una tendencia al alza a partir de 2011 que hace que, en sólo 3 años, su peso haya aumentado 1 punto porcentual.

Gráfica 6
Evolución del peso de la población de 55 a 64 años



Fuente: Eurostat y elaboración propia.

El análisis de estos dos grupos, en Comunidades Autónomas españolas, en 2006, se recoge en la Tabla 4. En ella se puede observar que el grupo de edad entre 45 y 54 años en el Principado de Asturias tenía un peso del 15,3%, el mayor entre todas las comunidades, y a lo largo de periodo mantiene un crecimiento muy leve alcanzando en 2014 el 15,8. Le siguen la Comunidad de Cantabria y el País Vasco. En estas dos comunidades, al comienzo del periodo el peso de este colectivo no llegaba al 15%, sin embargo al final del periodo lo superan ampliamente, ha crecido por encima de 1 punto porcentual.

Las Comunidades de Murcia y Castilla la Mancha son en las que el grupo comienza con menos peso, sin embargo la tendencia es al alza en ambos casos, y el pasado año, en el caso de la Castilla la Mancha la importancia de este grupo llega al 15,2% estando por encima de la media española.

Entre las Comunidades en las que se ha producido un mayor crecimiento del peso de este grupo de población están Canarias, Murcia, Andalucía, Extremadura y Castilla la Mancha.

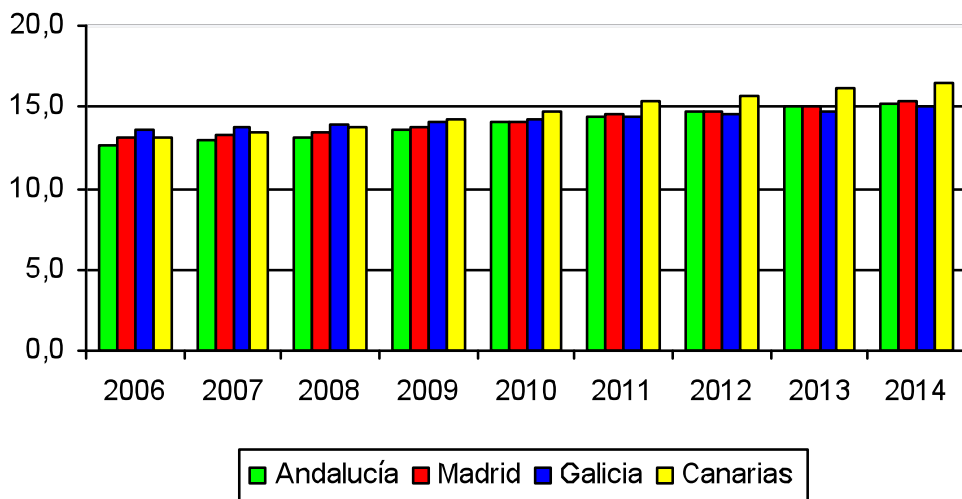
Tabla 4
Población de 45 a 54 años por CCAA. Porcentajes respecto del total de cada comunidad

	De 45 a 54 años								
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Ambos sexos									
Andalucía	12,7	13,0	13,2	13,6	14,1	14,4	14,7	15,0	15,2
Aragón	13,6	13,8	13,9	14,2	14,5	14,8	15,0	15,2	15,3
Asturias, Principado de	15,3	15,5	15,6	15,7	15,8	15,8	15,8	15,8	15,8
Baleares, Islas	13,2	13,3	13,5	13,7	14,1	14,4	14,7	14,9	15,1
Canarias	13,1	13,4	13,8	14,3	14,8	15,3	15,7	16,1	16,5
Cantabria	14,8	14,9	15,0	15,2	15,3	15,5	15,6	15,6	15,7
Castilla y León	14,0	14,3	14,6	14,9	15,2	15,5	15,7	15,8	15,9
Castilla La Mancha	12,4	12,7	13,0	13,5	13,9	14,3	14,7	15,0	15,2
Cataluña	13,2	13,3	13,4	13,6	13,9	14,1	14,4	14,6	14,8
Comunidad Valenciana	13,0	13,2	13,4	13,7	14,1	14,4	14,7	15,0	15,2
Extremadura	12,9	13,3	13,8	14,3	14,8	15,1	15,5	15,7	15,8
Galicia	13,6	13,7	13,9	14,1	14,3	14,4	14,6	14,8	15,0
Madrid, Comunidad de	13,2	13,3	13,5	13,8	14,1	14,5	14,7	15,0	15,3
Murcia, Región de	11,9	12,1	12,4	12,8	13,2	13,7	14,1	14,4	14,7
Navarra, Comunidad Foral de	13,6	13,7	13,9	14,1	14,4	14,6	14,8	15,0	15,3
País Vasco	14,6	14,8	14,9	15,2	15,4	15,5	15,7	15,8	15,8
Rioja, La	13,7	13,9	14,0	14,3	14,6	14,8	15,0	15,1	15,3
Ceuta	12,9	13,1	12,8	13,8	14,8	14,2	13,1	13,6	14,5
Melilla	12,9	13,5	14,3	13,8	13,0	13,9	15,2	14,7	13,7

Fuente: EPA y elaboración propia

A modo ilustrativo en la gráfica 7 hemos reflejado una comparación entre la Comunidad de Galicia (en el norte), la Comunidad de Madrid (en el centro), la Comunidad de Andalucía (en el sur) y la Comunidad Canaria (islas) y podemos observar como el crecimiento de este colectivo es más acusado en Canarias, seguido de Andalucía. También puede observarse que, en la Comunidad de Madrid, el peso de este grupo crece ligeramente.

Gráfica 7
Porcentaje de población de 45 a 54 años por CCAA



Fuente: EPA y elaboración propia.

En la tabla 5 puede verse como al comienzo del periodo eran las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla en donde el grupo de edades comprendidas entre 55 y 64 años tenía menor peso, la situación se mantiene, sobre todo en Ceuta en donde este grupo sólo aumenta su peso en 6 décimas porcentuales. En el lado opuesto es en el Principado de Asturias donde el colectivo tiene más peso tanto al principio como al final del periodo.

En la gráfica 8 puede apreciarse la diferencia entre el peso del colectivo en Galicia (como comunidad del norte, al igual que en el Principado de Asturias o en el País Vasco) y las comunidades de Madrid, Andalucía o Canarias.

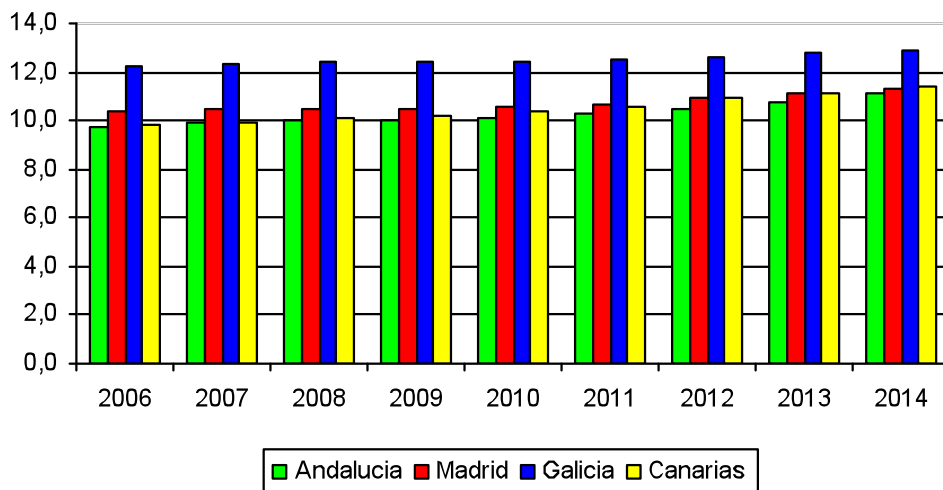
En la Comunidad de Andalucía, en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y en las Islas Baleares y Canarias es donde el colectivo tiene menos peso durante los últimos años, aunque la tendencia es a ir aumentando levemente. Esta tendencia al alza tanto es los grupos de 45 a 54 años como en 55 a 64 años hay que tenerla en cuenta pues en las dos próximas décadas será relevante, supondrán un mayor gasto en pensiones, si se mantiene el sistema actual, y un mayor gasto social, fundamentalmente sanitario y de dependencia. Por otro lado, salvo un cambio importante en los niveles de empleo se producirá una disminución de los ingresos por cotizaciones y otros ingresos fiscales.

Tabla 5
Población de 55 a 64 años CCAA. Porcentajes respecto del total de cada Comunidad

	De 55 a 64 años								
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Ambos sexos									
Andalucía	9,7	9,9	10,0	10,0	10,1	10,3	10,5	10,8	11,1
Aragón	11,0	11,1	11,1	11,1	11,2	11,4	11,7	11,9	12,2
Asturias, Principado de	12,6	13,0	13,2	13,5	13,6	13,9	14,1	14,4	14,7
Baleares, Islas	10,3	10,4	10,4	10,5	10,6	10,7	10,9	11,0	11,1
Canarias	9,8	9,9	10,1	10,2	10,4	10,6	10,9	11,1	11,4
Cantabria	11,3	11,6	11,8	12,0	12,3	12,6	12,9	13,2	13,5
Castilla y León	11,3	11,5	11,6	11,7	11,9	12,1	12,5	12,9	13,2
Castilla La Mancha	9,2	9,3	9,3	9,4	9,5	9,7	10,0	10,3	10,7
Cataluña	10,8	10,9	10,9	10,9	11,0	11,1	11,3	11,5	11,6
Comunidad Valenciana	10,7	10,8	10,9	10,9	11,0	11,2	11,3	11,6	11,8
Extremadura	9,9	10,1	10,3	10,3	10,4	10,6	10,9	11,2	11,6
Galicia	12,2	12,3	12,4	12,4	12,4	12,5	12,6	12,8	12,9
Madrid, Comunidad de	10,4	10,5	10,5	10,5	10,6	10,7	10,9	11,1	11,3
Murcia, Región de	8,8	9,0	9,1	9,2	9,3	9,4	9,6	9,9	10,2
Navarra, Comunidad Foral de	11,0	11,1	11,1	11,1	11,2	11,3	11,5	11,7	11,9
País Vasco	12,2	12,4	12,5	12,6	12,6	12,7	12,9	13,1	13,3
Rioja, La	10,6	10,6	10,7	10,8	10,9	11,2	11,5	11,8	12,2
Ceuta	8,6	9,4	9,0	9,1	9,0	8,8	9,7	8,3	9,2
Melilla	7,3	6,8	7,6	7,8	8,1	8,8	8,6	10,9	10,9

Fuente: EPA y elaboración propia.

Gráfica 8
Porcentaje de población de 55 a 64 años por CCAA



Fuente: EPA y Elaboración propia.

El análisis de la población de 45 a 64 años en función del nivel de estudios alcanzado según datos de Eurostat (AII ISCED 2011³) se recoge en la tabla 6. Puede verse que, en la UE, por encima del 43% de la población de 45 a 64 años posee estudios secundarios concluidos. Además, cuanto más joven es el grupo mayor es el porcentaje siendo del 48,51% (casi la mitad) en el caso del grupo de 45 a 49 años. La otra mitad de este grupo se reparte casi igualmente entre los que tienen estudios básicos y los que tienen estudios superiores. Hay que hacer notar que a medida que avanza la edad del grupo, aumenta el número de los que sólo tienen estudios de nivel 0-2 y disminuye el de los que tienen estudios secundarios superiores y estudios superiores.+

³ Tres grupos de niveles educativos, el nivel 0-2 son los que tienen estudios primarios (completos o no) y secundarios no completo. El nivel 3-4, educación secundaria y secundaria superior. El nivel 5-8 son estudios terciarios (universitarios).

Tabla 6
Población de 45 a 64 años por niveles de estudio. 2013

		45-49	50-54	55-59	60-64
0 2	UE28	25,35	27,84	31,45	36,67
	España	45,21	51,70	58,19	67,66
3 4	UE28	48,51	48,28	46,47	43,34
	España	23,65	21,16	19,66	14,33
5 8	UE28	25,83	23,59	21,84	19,77
	España	31,15	27,14	22,15	18,01
No responde	UE28	0,31	0,29	0,24	0,22
	España				

Fuente: Eurostat y Elaboración propia.

El caso de España es totalmente diferente. En el grupo más joven, de 45 a 49 años, casi la mitad, el 45,21%, sólo tienen estudios del nivel 0-2, el 23,65% del nivel 3-4 y el 31,15% estudios superiores. La situación empeora considerablemente a medida que avanza la edad llegando a ser, en el grupo de 60 a 64 años, el 67,66% los que sólo tienen los estudios básicos, el 14,33% los que tienen estudios secundarios superiores y el 18,01% los que tienen estudios superiores. Es destacable el hecho de que, en todos los grupos de edad, son más los que tienen estudios superiores que los que tienen estudios del nivel 3-4, cosa que no ocurre en la UE. Esto es reflejo, probablemente, de la problemática de los estudios secundarios en España, con una concepción, en general, distinta a la de los países de nuestro entorno. La educación secundaria en España, tradicionalmente, se ha considerado un tránsito hacia los Estudios Superiores y no se ha potenciado en estos niveles de estudios la Formación Profesional.

Con datos de la EPA, la tabla 7 nos muestra la situación en España en 2014, desglosando los niveles de estudios analizados anteriormente. Puede verse que la formación de los “mayores” mejora, aunque levemente. En el grupo de 45 a 49 años casi hay tanta población con estudios superiores como con primera etapa de educación secundaria, y entre estos dos niveles suman el 77% de la población del grupo. A medida que la edad va avanzando la formación alcanzada es de un nivel menor. Así ocurre entre los analfabetos, los estudios primarios incompletos, educación primaria y primera etapa de educación secundaria, en donde los porcentajes van aumentando con la edad.

Tabla 7
Porcentaje de población española entre 45 y 64 años por nivel de formación alcanzado, sexo y grupo de edad. 2014

	Ambos sexos			
	De 45 a 49 años	De 50 a 54 años	De 55 a 59 años	De 60 a 64 años
Analfabetos	0,90	0,88	1,22	1,60
Estudios primarios incompletos	1,94	2,77	5,07	7,98
Educación primaria	6,81	10,45	18,29	27,33
Primera etapa de educación secundaria y similar	34,66	35,92	32,91	29,05
Segunda etapa de educación secundaria, con orientación general	14,02	13,75	13,83	10,29
Segunda etapa de educación secundaria con orientación profesional (incluye educación postsecundaria no superior)	9,28	8,36	5,81	4,58
Educación superior	32,40	27,87	22,87	19,16

Fuente: EPA y Elaboración propia.

En el análisis por sexo (Tablas 8 y 9), es curioso comprobar como en el grupo de edades comprendidas entre 45 y 49 años, en 2014 las mujeres alcanzaron un nivel de formación superior al de los hombres, entre analfabetos, estudios primarios incompletos, educación primaria y primera etapa de educación secundaria los porcentajes son mayores para la población de hombres que para la de mujeres, y en segunda etapa de educación secundaria (general o profesional) y educación superior los porcentajes son mayores para las mujeres.

Tabla 8
Porcentaje de hombres entre 45 y 64 años por nivel de formación alcanzado y grupo de edad. 2014

	Hombres			
	De 45 a 49 años	De 50 a 54 años	De 55 a 59 años	De 60 a 64 años
Analfabetos	0,83	0,95	1,07	1,24
Estudios primarios incompletos	1,95	2,95	4,79	6,97
Educación primaria	7,24	10,21	16,54	25,15
Primera etapa de educación secundaria y similar	35,22	36,19	31,94	28,11
Segunda etapa de educación secundaria, con orientación general	13,80	13,87	15,21	11,88
Segunda etapa de educación secundaria con orientación profesional (incluye educación postsecundaria no superior)	8,96	7,22	4,54	4,02
Educación superior	32,00	28,61	25,90	22,64

Fuente: EPA y Elaboración propia.

La situación en cuanto a nivel de formación alcanzado de mujeres y hombres está más equilibrada en los grupos con edades comprendidas entre 50 a 54 años y 55 a 59 años. Sin embargo, en el grupo de edad de 60 a 64 años, la formación de las mujeres es claramente inferior a la de los hombres.

Tabla 9
Porcentaje de mujeres entre 45 y 64 años por nivel de formación alcanzado y grupo de edad. 2014

	Mujeres			
	De 45 a 49 años	De 50 a 54 años	De 55 a 59 años	De 60 a 64 años
Analfabetos	0,97	0,82	1,37	1,95
Estudios primarios incompletos	1,92	2,59	5,35	8,94
Educación primaria	6,36	10,69	19,98	29,38
Primera etapa de educación secundaria y similar	34,08	35,65	33,84	29,95
Segunda etapa de educación secundaria, con orientación general	14,25	13,62	12,49	8,81
Segunda etapa de educación secundaria con orientación profesional (incluye educación postsecundaria no superior)	9,60	9,49	7,03	5,10
Educación superior	32,81	27,14	19,93	15,87

Fuente: EPA y Elaboración propia.

En los próximos años esta situación irá cambiando y mujeres más formadas irán pasando a formar parte de este grupo de edad. Esto puede favorecer la situación laboral para ellas y actuar de contrapeso, dado que, si ya es un colectivo marginado laboralmente por su edad, esta marginación aumenta por su género.

3. LA PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO LABORAL DE LAS PERSONAS MAYORES DE 45 AÑOS

En este apartado se presenta el análisis de la participación en el mercado laboral del grupo poblacional con edades comprendidas entre los 45 y 64 años, los que venimos denominando como población en edad avanzada. El periodo en el que se centra el análisis de los datos es el comprendido entre 2005 y 2014.

Este grupo de la población, en el periodo de análisis, comprende individuos nacidos en las década de los 40, 50 y 60 del pasado siglo. Entre los más jóvenes y los mayores del grupo hay 20 años de diferencia y, por tanto, han vivido realidades sociales diferentes. Los más jóvenes han recibido su formación académica en democracia. Los mayores se incorporaron al mercado laboral en unas condiciones distintas y han sufrido todas las transformaciones en la forma de producción acaecidas en la década de los noventa del pasado siglo. De otro lado, los nacidos en la década de los 60, los de menor edad del grupo en edad avanzada, se están enfrentado también en la actualidad a los cambios introducidos por la reciente reforma laboral y les afectarán, con mayor intensidad, los cambios normativos con relación al retraso en la edad de jubilación.

La crisis económica ha impactado en sus carreras laborales por lo que se han visto afectados, como los demás grupos de edad de la población activa por la situación de desempleo y aunque si lo miramos en términos de tasas de desempleo, su situación parece menos alarmante que la del colectivo juvenil, no lo es si nos fijamos en la dificultad que tienen en encontrar un nuevo empleo (la edad es un motivo de discriminación), lo que hace que en este colectivo tenga un gran peso el desempleo de larga duración. Además se enfrentan a una vida laboral errática en sus últimos 20 años de cotización y ello condicionará sus rentas de jubilación.

Para el análisis de los datos y el establecimiento de comparaciones con los países de nuestro entorno, se utilizaran los datos de la Oficina Estadística Europea, concretamente los proporcionados por la LFS. Para el análisis de algunos aspectos concretos de la relación de este grupo de población en el mercado de trabajo español se utilizaran otras fuentes, entre ellas la EPA del Instituto Nacional de Estadística y la Encuesta de Estructura Salarial.

Para tener en cuenta la heterogeneidad del grupo, en la medida de lo posible, consideraremos cuatro subintervalos de edad.

3.1. La participación de la población en edad avanzada en el mercado laboral

Según datos de la Oficina Estadística Europea, concretamente de la Labour Force Survey (LFS), la población activa de 45 a 64 años en España ascendía 8.992,2 miles en el cuarto trimestre de 2014, suponiendo, por tanto, un 39,29% de la población activa española de 15 a 64 años. De esta cifra de población activa de 45 a 64 años, un 55,12% son hombres y un 44,87% mujeres. Los datos relativos al mismo trimestre de 2005 revelan una población activa de 45 a 64 años de 6.392,2 miles, un 62,28% de varones y un 37,72% de mujeres y un 30,12% de la población activa española de 15 a 64 años⁴. Para el conjunto de la UE, los datos del cuarto trimestre de 2014 indican que la población activa de 45 a 64 años representa el 41,32% de la población activa de 15 a 64 años, la proporción de varones en la población activa en edad avanzada es del 53,81%. Por tanto, en España, hasta el momento el peso de este grupo poblacional en la población activa es menor.

En los próximos años aumentara el peso de la población activa de los grupos de mayor edad tanto en la UE como en España. Como ambos grupos poblacionales están creciendo, mayor número de activos no tiene porque traducirse en mayor participación en el mercado laboral, ya que el denominador de la tasa de actividad, que nos medirá la participación, también crece. Aumentar la participación en el mercado laboral de los grupos de mayor edad, es una preocupación que reaviva la reciente crisis, pero no es una preocupación nueva⁵ dada la dinámica observada en las pirámides poblacionales desde hace unas décadas.

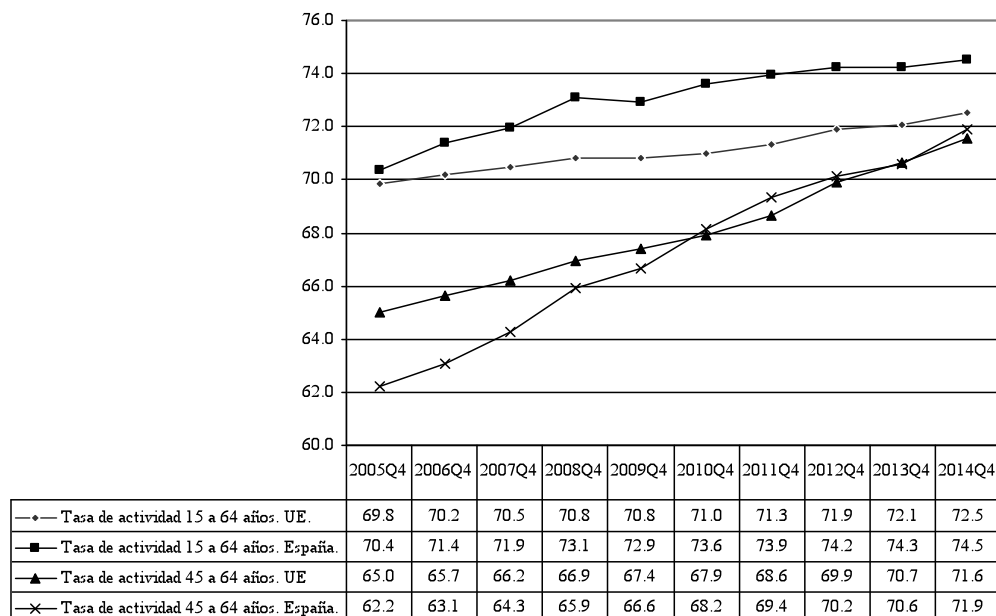
Si comparamos las tasas de actividad de España y de la Unión Europea (gráfica 9), observamos como la tasa de actividad de España para el grupo de 15 a 64 años está durante todo el periodo por encima de la media de la Unión Europea y además la diferencia ha aumentado. Así, en el cuarto trimestre de 2005 esta tasa de actividad era para España 6 décimas superior, en el último trimestre de 2014, la tasa española está dos puntos por encima. Para la población de 45 a 64 años, la tasa de actividad estaba en el cuarto trimestre de 2005 en 62,2%, por tanto 2,8 puntos por debajo de la media europea. Sin embargo, aunque el crecimiento en la tasa de actividad de este grupo poblacional es mayor que el de la población

⁴ En 1998, los datos del cuarto trimestre, revelan un peso de la población activa de 45 a 64 años sobre la población activa de 15 a 64 años del 27,81%. En ese año el 68,65% de la población activa de 45 a 64 años eran varones.

⁵ En el marco internacional, a principios de este siglo, las cumbres de Estocolmo en 2001 y de Barcelona en 2002 ya señalaban la necesidad de aumentar la actividad laboral en este grupo poblacional y evitar su expulsión del mercado laboral. Las sostenibilidad futura de los sistemas de pensiones y del estado del bienestar son los principales argumentos en pro de alargar la vida activa.

de 15 a 64 años, tanto en España como en la UE, en el caso de nuestro país ha sido más intenso de forma que el último dato, el del cuarto trimestre de 2014, la tasa de actividad española se sitúa en 71,9%, tres décimas por encima de la media europea. En 2005, la población activa española de 45 a 64 años representaba el 7,9% de la europea mientras que en 2014 representa el 9,1%.

Gráfica 9
Evolución de las tasas de actividad en la UE y en España



Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

Si comparamos la tasa de actividad española del grupo de edad avanzada con las correspondientes a los países de nuestro entorno, puede concluirse que la participación de este grupo de edad en el mercado laboral ha crecido como tónica general. De los cuatro países que aparecen en la tabla 10, donde más aumenta es en Italia que partía del nivel más bajo. El segundo país con mayor crecimiento de la tasa es España, que sobrepasa, en tasa de actividad del grupo objeto de análisis, a Francia pese a presentar éste una tasa más alta en 2005. Las mayores tasas de actividad corresponden a Alemania, durante todo el periodo más de 8 puntos por encima de las españolas.

Tabla 10
Tasas de actividad 45-64 años

	2005Q4	2006Q4	2007Q4	2008Q4	2009Q4	2010Q4	2011Q4	2012Q4	2013Q4	2014Q4
Alemania	71.6	73.4	74.6	75.3	76.7	76.9	78.0	78.7	79.6	80.0
España	62.2	63.1	64.3	65.9	66.6	68.2	69.4	70.2	70.6	71.9
Francia	65.6	65.5	64.8	65.3	65.6	66.2	67.5	69.3	69.2	70.4
Italia	54.8	55.7	56.3	57.5	57.8	58.6	60.1	62.2	63.8	65.2

Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

Ciñéndonos solamente a la media de la Unión Europea y España y considerando la población a partir de los 45 años por intervalos de edad, la evolución en los últimos 10 años para ambas áreas geográficas se recoge en las tablas 11 y 12. Si se comparan los datos recogidos en ambas tablas, puede destacarse, como para los tres primeros intervalos de edad considerados, las tasas de actividad de Unión Europea son más elevadas, aunque la diferencia ha ido atenuándose en el intervalo temporal considerado.

Para el intervalo con edades comprendidas entre los 60 y 64 años, a mitad de la pasada década, las tasas de actividad en España estaban seis puntos por encima de la media de la Unión Europea. El crecimiento de la tasa en este grupo de edad se ha producido en ambas áreas geográficas, aunque en mayor medida para el conjunto de la UE, existiendo una diferencia en el último trimestre de 2005 de tan sólo medio punto.

Tabla 11
Tasa de actividad de los mayores de 45 años por grupos de edad (UE)

	2005Q4	2006Q4	2007Q4	2008Q4	2009Q4	2010Q4	2011Q4	2012Q4	2013Q4	2014Q4
45-49	84,5	84,8	85,2	85,8	85,6	86,0	86,2	86,6	86,4	86,4
50-54	77,5	78,4	79,1	79,6	80,2	81,1	81,4	82,2	82,3	82,9
55-59	59,5	60,1	61,3	62,9	64,7	66,2	67,7	69,6	70,9	71,8
60-64	28,5	29,7	30,8	31,7	31,9	32,4	33,7	35,8	38,0	40,2

Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

Tabla 12
Tasa de actividad de los mayores de 45 años por grupos de edad (España)

	2005Q4	2006Q4	2007Q4	2008Q4	2009Q4	2010Q4	2011Q4	2012Q4	2013Q4	2014Q4
45-49	78,6	79,5	80,3	81,9	82,6	83,6	84,7	85,9	85,1	85,7
50-54	70,1	71,9	73,9	74,8	76,1	77,9	78,5	79,4	80,5	81,6
55-59	57,4	58,2	59,4	62,0	63,0	64,6	66,5	67,9	68,7	69,8
60-64	34,5	34,3	35,2	36,8	36,0	37,0	38,0	37,5	38,1	40,7

Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

Las tasas de actividad de la población mayor de 45 años según sexo se recogen en la tabla 13. Puede observarse que las tasas de actividad masculinas son mayores que las femeninas, tanto para la media de la Unión como para España. Entre ambas áreas geográficas, existen pocas diferencias con relación a la actividad para los hombres, aunque en el intervalo de mayor edad, el crecimiento de la tasa de actividad masculina en la UE ha sido importante, mientras que en España, con respecto a 2005, ha habido un retroceso. Esto puede ser explicado por la fuerte destrucción de empleo de los últimos años y porque la normativa posibilitaba la jubilación anticipada a esa edad⁶ y el abandono de esta forma del mercado laboral. Las tasas de actividad del intervalo de mayor edad indican una baja participación, inferior al 50%.

Tabla 13
Tasas de actividad por sexo y edad. UE y España

Edad	Sexo	UNIÓN EUROPEA				ESPAÑA			
		2005Q4	2008Q4	2011Q4	2014Q4	2005Q4	2008Q4	2011Q4	2014Q4
45-49	Hombres	91,7	92,3	92,1	91,7	92,5	91,8	92,4	92,3
	Mujeres	77,3	79,3	80,2	81,2	64,7	72,0	76,9	79,0
50-54	Hombres	86,5	87,6	88,0	88,8	87,5	87,7	88,5	89,1
	Mujeres	68,9	72,0	75,0	77,1	52,7	62,0	68,6	74,2
55-59	Hombres	70,0	73,2	76,5	79,6	76,2	78,6	79,3	80,3
	Mujeres	49,4	53,1	59,4	64,3	39,3	45,8	54,1	59,5
60-64	Hombres	37,5	40,8	41,9	48,1	49,1	50,0	46,5	47,8
	Mujeres	20,2	23,1	26,0	32,9	20,9	24,5	30,0	34,0

Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

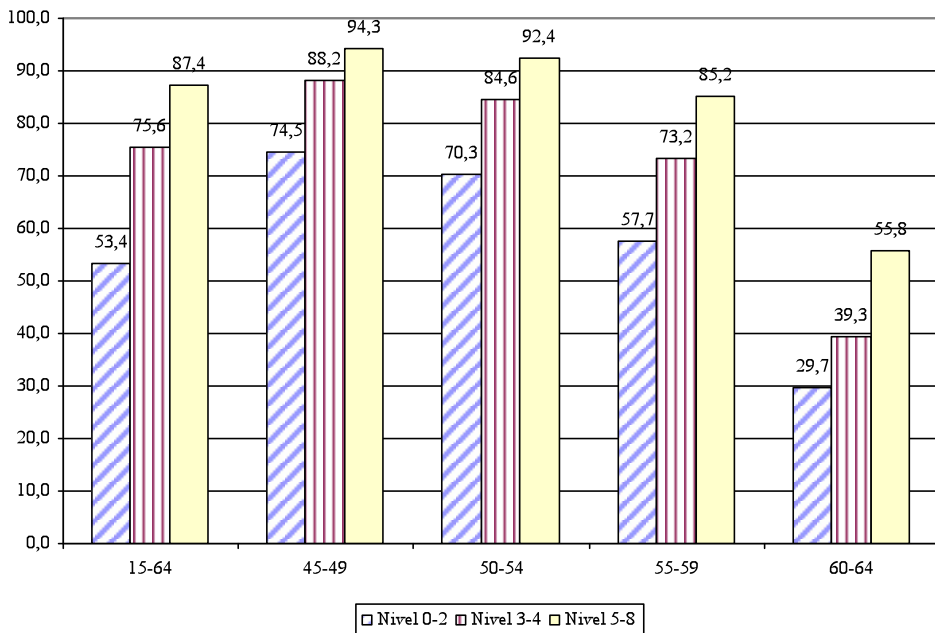
⁶ Muy común en empresas en disolución por quiebra o afectadas por expedientes de regulación de empleo.

Con relación a las tasas de actividad femenina, hemos de destacar la evolución creciente, en mayor medida en el caso de España, con una progresión importante en los grupos de mayor edad. Esta evolución está motivada, en parte, porque el creciente desempleo que afecta a los varones del hogar y la dificultad en el acceso al empleo de los más jóvenes, ha animado a este grupo de la población a participar para contribuir al sostenimiento de la familia.

Según datos del INE, en el primer trimestre de 2007, 12.600 mayores de 45 años abandonaban su situación de inactividad y buscaban su primer empleo, de esta cifra más del 79% eran mujeres. En el primer trimestre de 2014, 40.700 mayores se incorporaban al mercado en búsqueda de su primer empleo, 35.300 eran mujeres, lo que representa casi un 87%.

El nivel de estudios alcanzados es una variable que influye en la decisión de participar en el mercado laboral, siendo más costosa la decisión de permanecer inactivo cuando mayor es el nivel de formación alcanzado. Si realizamos el análisis de la actividad por niveles educativos (AII ISCED 2011), en las gráficas 10 (UE) y en la gráfica 11 (España) se recogen las tasas de actividad por nivel educativo y edad del año 2014.

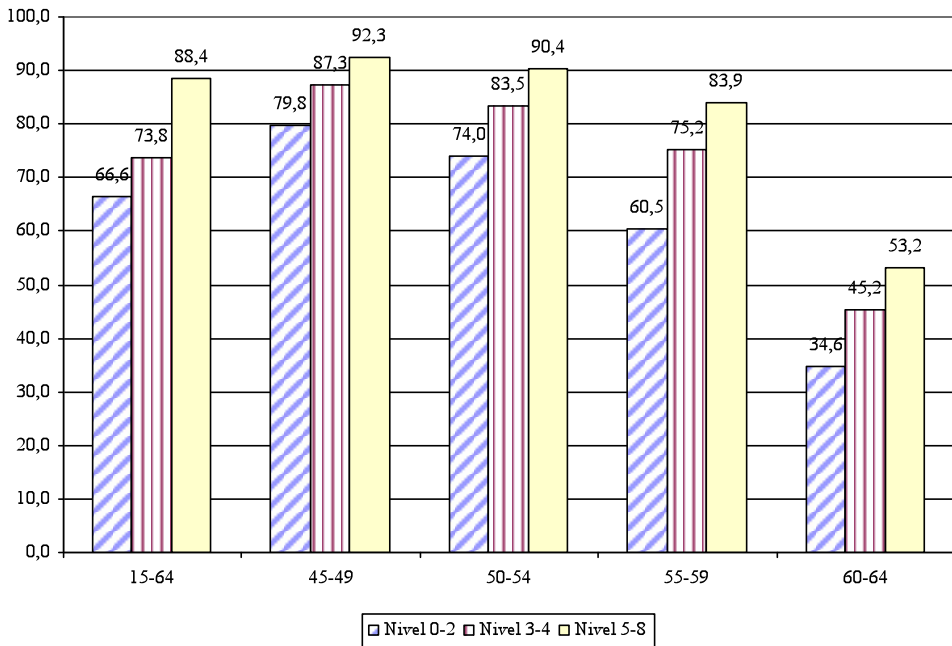
Gráfica 10
Tasas de actividad por grupos de edad y niveles educativos. UE



Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

Puede observarse que las tasas de los que sólo tienen estudios primarios son mayores en España que en la Unión Europea, en el caso de los estudios secundarios, las tasas españolas sólo son mayores para los dos grupos de mayor edad. Todos los intervalos de edad avanzada presentan en el caso de España tasas de actividad para los que tienen estudios terciarios ligeramente inferiores a las europeas. En ambas áreas geográficas una mayor formación académica se traduce en una mayor participación para los distintos grupos de edad.

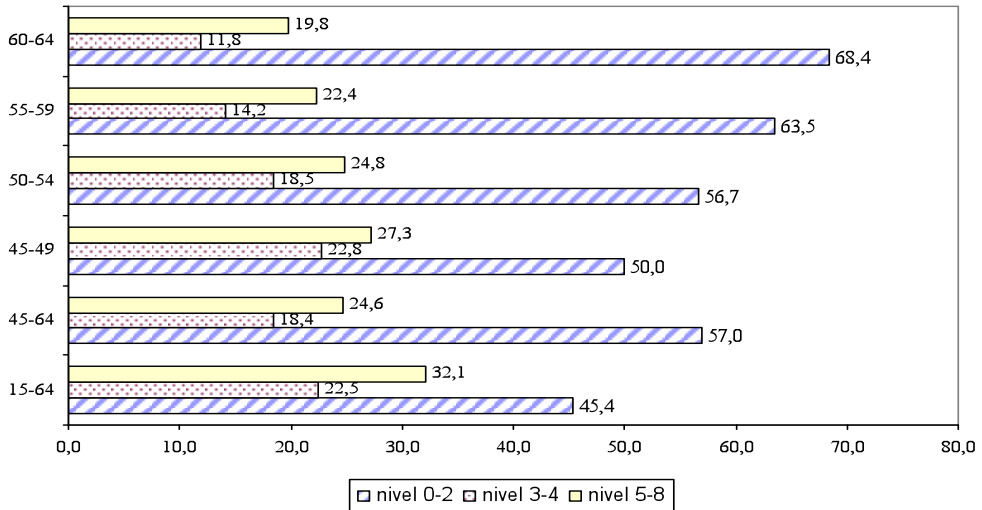
Gráfica 11
Tasas de actividad por grupos de edad y niveles educativos. España



Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

Las gráficas 12 y 13 presentan una foto fija de lo que representan los activos según nivel de estudio entre los activos de cada grupo de edad en el cuarto trimestre de 2005 y 2014 para España.

Gráfica 12
Proporción de activos por niveles educativos y grupos de edad. España
2005Q4

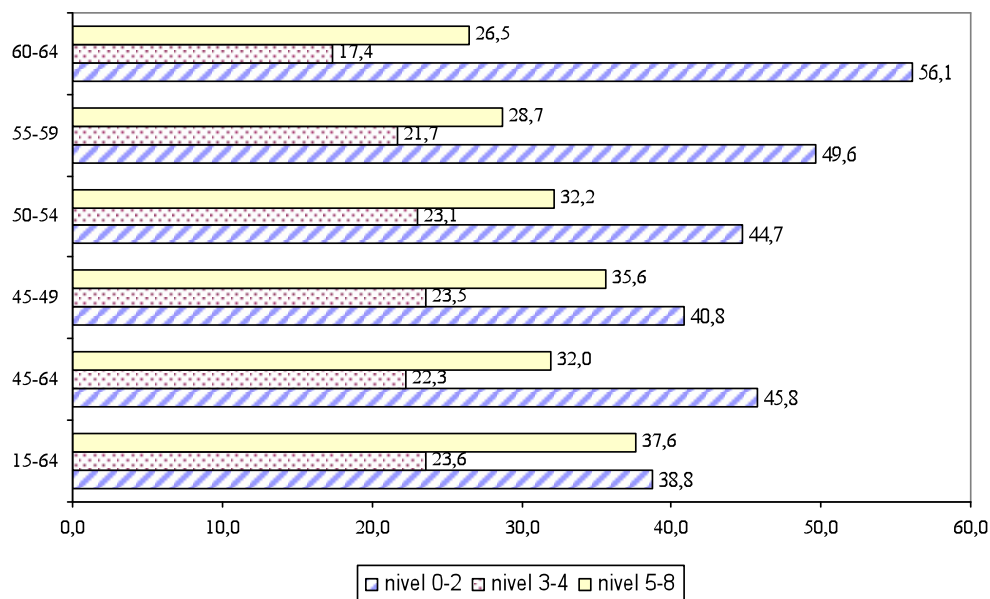


Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

La fotografía de 2005 revela que en la población activa del grupo en edad avanzada primaban los que sólo poseían estudios primarios, ya que al menos representaban el 50% en el grupo de 45-49 años y suponían un peso creciente en los intervalos de mayor edad, así en el intervalo de 60-64 años representaban el 68,4%. En ese año, y para todos los grupos de edad, el segundo mayor peso corresponde a los que poseen estudios terciarios y destaca el poco peso en la población activa de los estudios secundarios, en el grupo más joven de los de edad avanzada (45-49 años) representa 18,4% y en el de mayor edad (60-64 años) sólo un 11,8%. Esta característica de la formación reglada de la población en España, muy polarizada en los que tienen baja formación y los que poseen estudios terciarios, se traslada al mercado laboral.

La foto fija del último trimestre de 2014 refleja un menor peso para todos los grupos de edad de la población activa que a lo sumo sólo posee estudios primarios. En el grupo de edad avanzada (45-64 años) la pérdida de peso es de más de 11 puntos y para la población de 15 a 64 años de algo más de 6,5 puntos. Sólo en el intervalo de mayor edad (60-64 años) la población activa con a lo sumo estudios primarios sigue representando más del 50%. El menor peso de los estudios primarios se ha compensado con un mayor peso, fundamentalmente de los terciarios y para todos los grupos de edad, el menor peso lo representan los activos con estudios secundarios, aunque algo más representados que en 2005.

Gráfica 13
Proporción de activos por niveles educativos y grupos de edad. España
2014Q4



Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

3.2. El empleo de los mayores de 45 años

Los datos proporcionados por Eurostat indican que en el último trimestre de 2014 la población empleada en España de 45 a 64 años ascendía a 7182,1 miles de individuos, lo que representa el 41,2% de la población empleada de 15 a 64 años. El 55,35% de los empleados en edad avanzada son varones y por tanto, el peso de la población femenina en la población empleada de este grupo de edad es menor. El crecimiento de la población empleada del grupo con respecto al cuarto trimestre de 2005 es del 19,6%. Para el conjunto de la UE la población empleada de 45 a 64 años en el último trimestre de 2014 representa el 42,5% de la población empleada de 15 a 64 años, 1,3 puntos por encima de España y el peso de los varones en el grupo de edad avanzada es algo inferior, el 53,7% de la población empleada de 45 a 64 años son varones. Para la Unión Europea, el crecimiento de la población empleada en edad avanzada de 2005 a 2014 ha sido del 20,3%, ligeramente superior al español.

La tabla 14 recoge el peso de los empleados en edad avanzada con relación al grupo de 15 a 64 años. Podemos observar el creciente peso del empleo de los

mayores a lo largo de la última década y hay que destacar como el crecimiento se acelera en el caso español a raíz de la crisis económica.

Tabla 14
Empleados de 45 a 64 años con relación a empleados de 15 a 64 años (%)

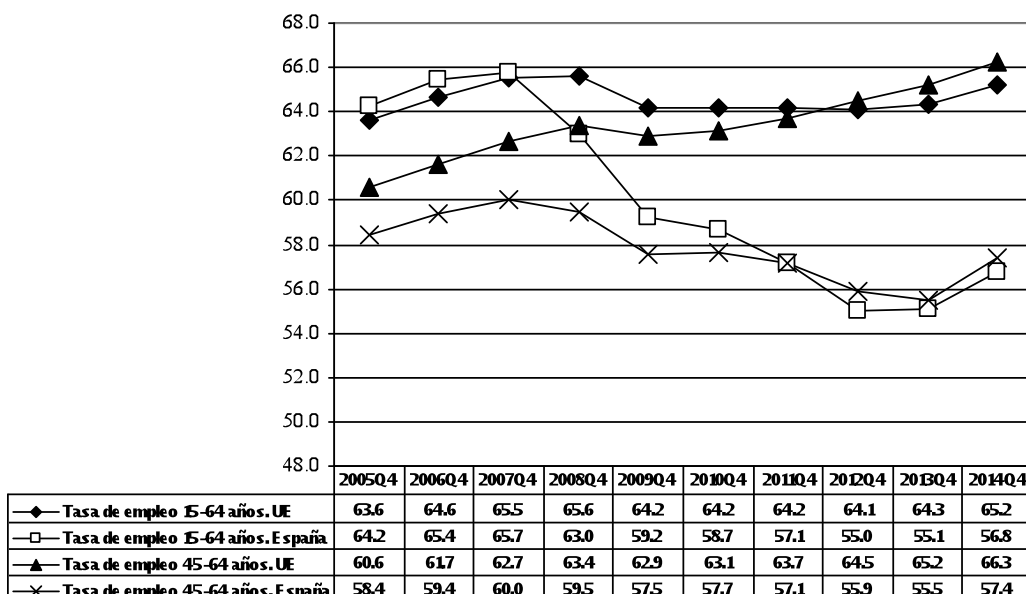
	2005Q4	2006Q4	2007Q4	2008Q4	2009Q4	2010Q4	2011Q4	2012Q4	2013Q4	2014Q4
UE	36.1	36.5	36.9	37.8	38.8	39.6	40.5	41.4	42.1	42.5
España	31.0	31.4	31.9	33.5	35.2	36.4	38.0	39.6	40.2	41.2

Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

Este mayor peso de los grupos de mayor edad puede reflejarse en la evolución de la tasa de empleo que depende también de la evolución de la población, que hemos tratado en el apartado 2. En la gráfica 14 se recoge la evolución, con datos relativos a los últimos trimestres, de la tasa de empleo para la UE y España. Se consideran dos grupos poblacionales, el de edades comprendidas entre 15 y 64 años y de 45 a 64 años. Puede observarse como la tasa de empleo para el intervalo de edades 15 a 64 años, está ligeramente por encima de la del conjunto de la UE hasta 2007. Sin embargo, en el caso de España, la tasa de empleo inicia una pronunciada caída a partir de ese momento y sólo muestra recuperación en 2014, aunque la tasa se situó en 2014 más de 7 puntos por debajo del valor exhibido en 2005. En la UE, la tasa de empleo sufre un descenso entre el dato del último trimestre de 2008 y el correspondiente de 2009 de 1,4 puntos, se estabiliza y muestra también crecimiento en el último periodo. La tasa de empleo de la UE, según el último dato recogido, está 1,6 puntos por encima del dato de partida.

La tasa de empleo española del grupo poblacional de 45 a 64 años está, en todo el periodo analizado, por debajo de la media de la UE. La crisis prácticamente no ha afectado a la tasa de empleo en este grupo poblacional si se considera a la UE en conjunto, sin embargo, en el caso de España si se nota en la tasa la incidencia de la crisis. Así podemos destacar, que en los tres primeros periodos la tasa de España sólo está ligeramente dos puntos por debajo que la media de la Unión, sin embargo el último dato sitúa la tasa de empleo española del grupo de 45 a 64 años, casi nueve puntos por debajo del dato de la UE y un punto por debajo del dato español de 2005.

Gráfica 14
Tasas de empleo por grupos de edad. UE y España



Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

En la tabla 15 se recogen las tasas de empleo en el grupo de edad avanzada para algunos países de la UE. De la lectura de la tabla podemos concluir que, para este grupo poblacional, las tasas de empleo en España son en este momento las más bajas, con gran diferencia respecto a las tasas de Alemania que es, de los cuatro países considerados, el que presenta tasas de empleo más altas durante todo el periodo. Si bien, a principios del periodo de análisis, la diferencia entre las tasas de empleo de ambos países, para este grupo, era algo superior a 5 puntos, el último dato recogido muestra una diferencia superior a los 19 puntos. Para las áreas geográficas consideradas se ha producido un incremento de las tasas de empleo que, pese a la recuperación entre el dato relativo a 2013 y 2014, no ha ocurrido para España. Así por ejemplo, la tasa de empleo (45 a 64 años) de Italia que en 2005 estaba por debajo de la española casi 6 puntos, se sitúa en 2014, 2,7 puntos por encima.

Tabla 15
Tasas de empleo de la población de 45 a 64 años

	2005Q4	2006Q4	2007Q4	2008Q4	2009Q4	2010Q4	2011Q4	2012Q4	2013Q4	2014Q4
Alemania	63,7	66,0	68,4	70,2	71,4	72,0	74,1	74,9	76,0	76,6
España	58,4	59,4	60,0	59,5	57,5	57,7	57,1	55,9	55,5	57,4
Francia	61,5	61,7	61,6	62,0	61,3	62,0	62,9	64,1	64,4	65,2
Italia	52,6	53,8	54,7	55,3	55,2	55,7	56,8	58,0	59,1	60,1

Fuente: LFS(Eurostat). Elaboración propia.

Si analizamos las tasas de empleo del grupo de edad avanzada por intervalos de edad para la Unión Europea y España (tabla 16), podemos concluir basándonos en el último dato, una diferencia de tasas superior a 11,5 puntos para los tres intervalos de menor edad. Las tasas de empleo en estos tres intervalos de edad siempre han estado por debajo de la de la Unión Europea, pero en los periodos anteriores al inicio de la crisis económica, en el intervalo 55-59 la diferencia estaba por debajo de los 2 puntos y para los otros dos entre los 5 y 6 puntos. El intervalo con edades comprendidas entre 60 y 64 años, presenta al inicio del periodo tasas de empleo por encima de la media de la UE y así ha sido hasta 2012, sin embargo, el aumento en la tasa de empleo de este grupo en la UE, que ha sido de 10,5 puntos con respecto al dato de 2005, sitúan la tasa 3,4 puntos por encima de la española en 2014. En resumen, las tasas de empleo reflejan el problema del mercado laboral español en la crisis, que se ha caracterizado por una fuerte destrucción de empleo que ha afectado a los grupos en edad avanzada en edades próximas a la salida del mercado laboral y en los últimos 20 años de cotización.

Tabla 16
Tasas de empleo por intervalos de edad (población edad avanzada). Unión Europea y España

		2005Q4	2006Q4	2007Q4	2008Q4	2009Q4	2010Q4	2011Q4	2012Q4	2013Q4	2014Q4
45-49	UE	78,7	79,7	80,7	81,2	79,8	80,0	79,8	79,5	79,5	79,8
	ESP	73,5	74,9	74,6	73,2	70,7	70,3	68,5	67,1	66,1	68,0
50-54	UE	72,1	73,6	74,8	75,4	74,7	75,4	75,5	75,8	75,9	76,8
	ESP	66,1	67,4	68,9	67,6	65,9	65,9	65,0	63,5	62,8	65,3
55-59	UE	55,4	56,1	57,7	59,4	60,3	61,4	62,7	64,2	65,4	66,4
	ESP	53,8	54,8	55,6	56,2	54,5	54,7	54,8	54,4	54,4	54,8
60-64	UE	27,0	28,3	29,5	30,2	30,1	30,5	31,7	33,4	35,3	37,5
	ESP	32,7	32,5	33,3	33,9	31,7	32,0	32,7	31,1	31,3	34,1

Fuente: LFS(Eurostat) y Elaboración propia.

Para los diferentes intervalos de edad, las tasas de empleo atendiendo al sexo se recogen en la tabla 17. Tanto para la UE como para España las tasas de empleo femeninas están por debajo de las de los varones aunque reduciendo diferencias. Esa reducción se aprecia especialmente para la población española ya que en la tasa de empleo femenina no se refleja la incidencia de la crisis como en la población de varones.

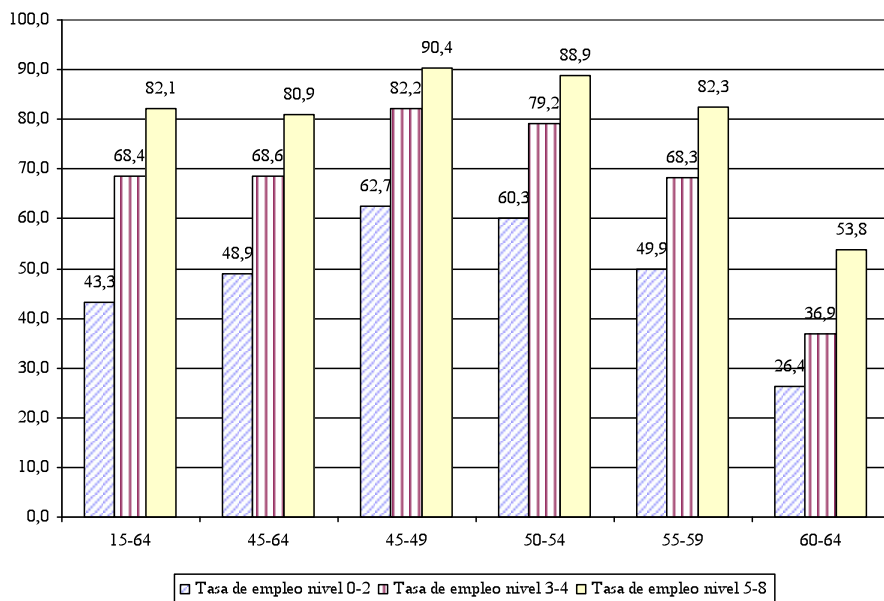
Tabla 17
Tasas de empleo por sexo y edad. UE y España

Edad	Sexo	UNIÓN EUROPEA				ESPAÑA			
		2005Q4	2008Q4	2011Q4	2014Q4	2005Q4	2008Q4	2011Q4	2014Q4
45-49	Hombres	86,2	87,7	85,6	84,9	88,4	82,8	76,0	74,5
	Mujeres	71,3	74,8	74,2	74,7	58,6	63,6	61,0	61,4
50-54	Hombres	80,8	83,1	81,7	82,2	83,8	80,4	73,3	71,8
	Mujeres	63,7	68,0	69,6	71,5	48,6	54,9	56,9	58,9
55-59	Hombres	65,1	69,2	70,5	73,1	72,0	72,4	65,2	62,2
	Mujeres	46,0	50,1	55,4	59,9	36,3	40,5	44,7	47,7
60-64	Hombres	35,4	38,9	39,2	44,6	46,4	46,5	39,4	39,9
	Mujeres	19,3	22,2	24,7	31,0	19,8	22,1	26,3	28,6

Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

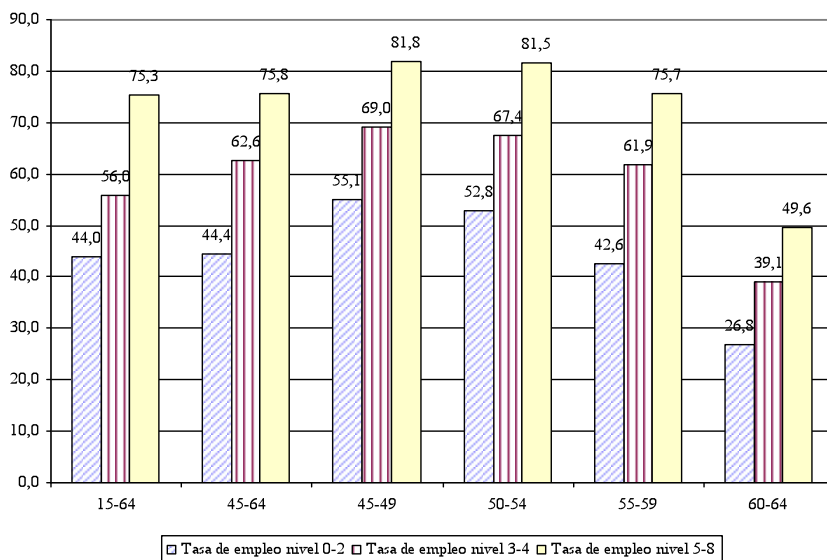
Las tasas de empleo son más elevadas a mayor nivel educativo, como se refleja en las gráficas 15 y 16 para la UE y España respectivamente, con datos de 2014. En el grupo de mayor edad, entre 60 y 64 años, las tasas de empleo de los que tienen estudios terciarios duplica en el caso de la UE y casi duplica en el caso de España a la tasas de empleo de los niveles educativos 0-2. Entre el conjunto de la población y el grupo de 45 a 64 años se observan tasas de empleo similares por niveles de estudios, excepto para la UE que registra una tasa de empleo 5 puntos superior en el colectivo de edad avanzada con sólo estudios primarios y, para España, en el que el colectivo de edad avanzada con estudios secundarios tiene una tasa de empleo más de 6 puntos por encima del valor de la tasa del mismo colectivo en el conjunto de la población.

Gráfica 15
Tasas de empleo por grupos de edad y niveles educativos (2014). Unión Europea



Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

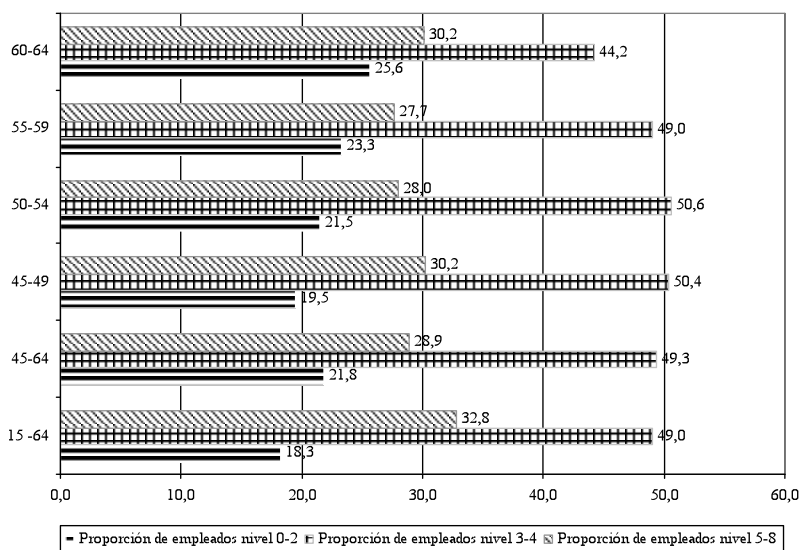
Gráfica 16
Tasas de empleo por grupos de edad y niveles educativos (2014). España



Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

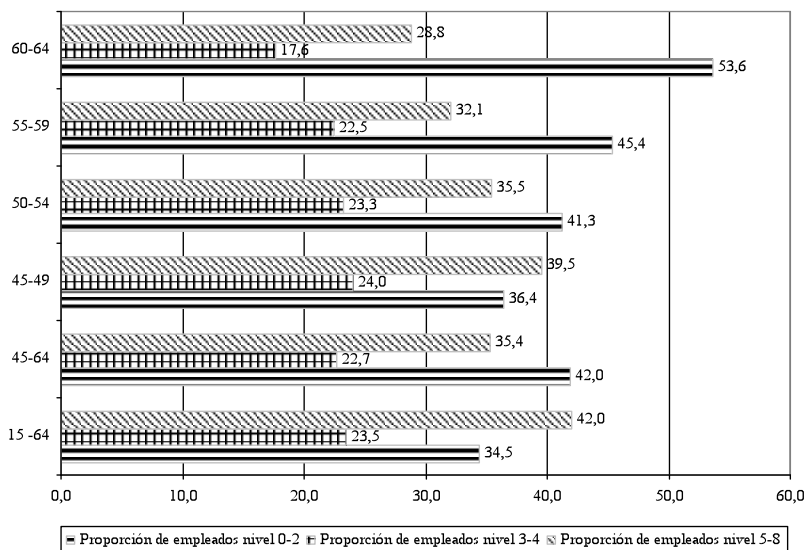
Más significativos resultan los porcentajes de empleados de cada nivel educativo en el empleo total de cada grupo de edad (gráficas 17 y 18).

Gráfica 17
Proporción de empleados por niveles educativos y grupos de edad. UE



Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

Gráfica 18
Proporción de empleados por niveles educativos y grupos de edad. España



Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

Entre ambas gráficas se observa una diferencia importante y es el peso que los empleados con estudios secundarios tienen en el empleo total de cada grupo de edad. El peso de empleo para este nivel de estudios en todos los grupos de edad en el conjunto de la UE está en torno al 50%, mientras que para España no llega al 25%. Para el conjunto de la población domina, en el caso de España, el empleo de los que poseen estudios terciarios, mientras que para los grupos de mayor edad dominan los empleados con sólo estudios primarios.

Una cuestión a tener en cuenta en el análisis del empleo de cualquier colectivo es la calidad del mismo. En ésta influyen factores como la temporalidad, la tasa de empleo a tiempo parcial involuntario, el salario, la siniestralidad laboral y otros factores de índole cualitativa como puede ser el estrés laboral.

A continuación se hace un breve análisis de los tres primeros factores mencionados.

En cuanto a la temporalidad, aunque no disponemos de los mismos intervalos de edad, los datos de los que disponemos (tabla 18) nos indica mayor porcentaje de temporalidad en España que en la UE para todos los intervalos considerados. Este porcentaje de temporalidad es menor para el grupo en edad avanzada, en este caso de 50-64 años. En la UE el porcentaje de temporalidad para el grupo de mayor edad se ha mantenido prácticamente durante el intervalo temporal considerado, sin embargo, en el caso de España, se ha reducido, pensamos que, en parte, por la destrucción de empleo temporal en algunos sectores más afectados por la crisis como es el de la construcción.

Tabla 18
Empleo temporal como porcentaje del empleo total por grupos de edad. UE y España

Área	Edad	2005Q4	2006Q4	2007Q4	2008Q4	2009Q4	2010Q4	2011Q4	2012Q4	2013Q4	2014Q4
UE	15-64	14,2	14,7	14,5	13,8	13,6	14,0	14,0	13,6	13,8	14,0
	40-64	7,4	7,8	7,8	7,5	7,4	7,5	7,6	7,4	7,5	7,6
	50-64	6,5	6,9	6,9	6,8	6,7	6,8	6,8	6,6	6,7	6,8
ESPAÑA	15-64	33,8	33,8	30,9	27,8	25,0	24,7	24,8	22,8	23,7	24,3
	40-64	21,2	20,7	19,6	17,6	16,0	15,9	16,1	14,7	15,3	15,7
	50-64	16,0	16,6	14,9	13,7	12,1	11,6	11,8	11,2	11,6	12,3

Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

Con relación al empleo a tiempo parcial, y con la misma limitación en cuanto a la disponibilidad de datos por intervalos de edad, los porcentajes de empleo a tiempo parcial sobre el empleo total se recogen en la tabla 19. El empleo a tiempo parcial tiene mayor peso en la Unión Europea que en mercado laboral español, en

ambas áreas ha experimentado un crecimiento en términos porcentuales, cercano, o por encima de los dos puntos según el intervalo de edad. Para el grupo de mayor edad de los considerados, los empleados de 50 a 64 años, el porcentaje de empleo a tiempo parcial sobre el total de la UE está más de 8 puntos por encima del dato de España.

Tabla 19
Empleo a tiempo parcial como porcentaje del empleo total por grupos de edad. UE y España

Área	Edad	2005Q4	2006Q4	2007Q4	2008Q4	2009Q4	2010Q4	2011Q4	2012Q4	2013Q4	2014Q4
UE	15-64	17,2	17,5	17,5	17,5	18,0	18,5	18,8	19,2	19,6	19,6
	40-64	17,5	17,8	18,0	18,0	18,4	18,8	18,9	19,2	19,5	19,4
	50-64	18,7	19,0	19,2	19,3	19,5	19,9	20,1	20,3	20,6	20,6
ESPAÑA	15-64	12,0	11,6	11,4	11,6	12,4	12,9	13,5	14,4	15,7	15,8
	40-64	10,3	10,3	10,1	10,3	10,7	11,1	11,3	12,1	13,1	13,0
	50-64	10,2	10,1	10,1	10,3	10,3	10,4	10,7	11,2	11,8	12,2

Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

Como ya comentábamos en otros trabajos previos, el peso creciente del empleo a tiempo parcial no debe entenderse como una característica no deseada del mercado o entendido como un indicador de baja calidad. El empleo a tiempo parcial puede utilizarse para prolongar la presencia en el mercado laboral con la edad y compatibilizarse, por ejemplo, con una jubilación parcial. Sin embargo, si el crecimiento en el empleo a tiempo parcial es no deseado, en el sentido de que se opta por esta forma de empleo por no poder acceder a un empleo a tiempo completo, tendría otras connotaciones. En la tabla 20 recogemos el porcentaje de empleo parcial involuntario como porcentaje del empleo parcial total.

Tabla 20
Empleo a tiempo parcial involuntario como porcentaje del empleo a tiempo parcial por grupos de edad. UE y España

Área	Edad	2005Q4	2006Q4	2007Q4	2008Q4	2009Q4	2010Q4	2011Q4	2012Q4	2013Q4	2014Q4
UE	15-64	n.d.	22,7	22,4	25,2	25,2	26,6	26,0	27,4	29,2	29,4
	40-64	n.d.	20,3	20,3	23,4	23,0	24,2	23,3	24,4	26,6	26,9
	50-64	n.d.	18,5	18,6	22,1	21,6	22,7	21,5	22,5	24,7	25,0
ESPAÑA	15-64	32,8	33,8	33,3	36,0	44,2	50,1	56,0	61,3	63,3	64,0
	40-64	30,0	29,8	31,9	36,2	44,0	48,1	54,1	59,3	60,8	62,8
	50-64	26,6	25,2	29,4	33,3	38,5	45,2	49,8	52,5	56,5	60,8

n.d. no disponible.

Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

Se observa como ha crecido el peso del empleo a tiempo parcial involuntario para ambas áreas geográficas pero, en el caso de España, los porcentajes se han duplicado, así, por ejemplo, para el grupo con edades comprendidas entre los 50 y 64 años el empleo a tiempo parcial involuntario representaba 26,6% del empleo a tiempo parcial en 2005, mientras que en 2014 representaba el 60,8%. Es decir, el empleo a tiempo parcial es una alternativa para seguir empleado ante la imposibilidad de estarlo a tiempo completo.

Otro aspecto al considerar la calidad del empleo, es la ganancia del trabajador que se recoge, según los últimos datos publicados de la Encuesta de Estructura Salarial en la tabla 21 para el periodo 2008-2014.

Tabla 21
Ganancia media anual por trabajador en España por grupos de edad

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Variación porcentual 2011-12	Variación porcentual 2011-13
Todas las edades	21883,42	22511,47	22790,2	22899,35	22726,44	22697,86	-0,76	-0,88%
De 45 a 49 años	24326,53	24846,62	25156,71	25265,23	24689,67	24781,25	-2,28	-1,92%
De 50 a 54 años	25881,40	26182,26	26604,42	26522,82	25930,82	25748,79	-2,23	-2,92%
De 55 a 59 años	26981,89	27208,98	28234,60	27846,00	27166,96	27406,12	-2,44	-1,58%
De 60 a 64 años	22230,81	22332,16	22624,93	22877,58	22290,64	22626,56	-2,57	-1,10%

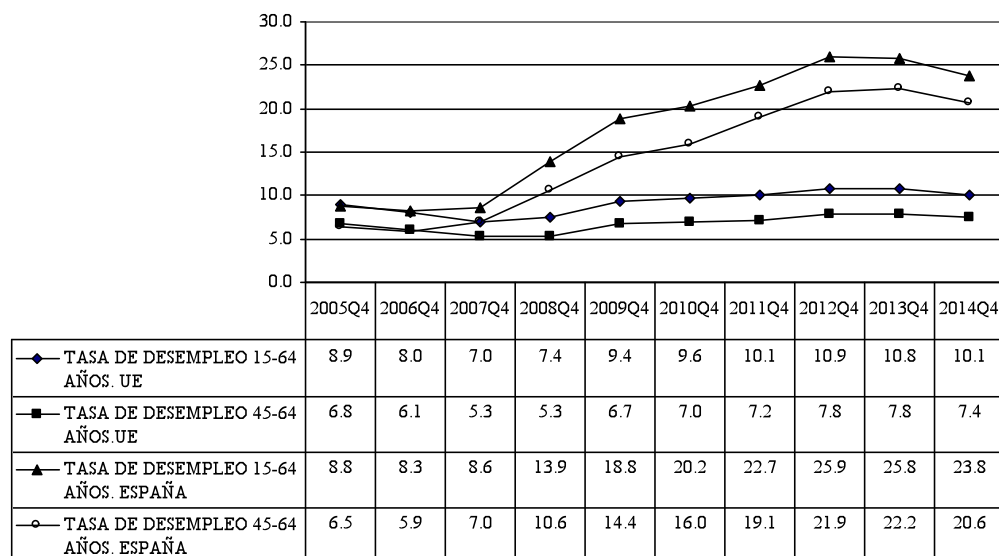
Fuente: Encuesta Anual de Estructura salarial. INE y Elaboración propia.

Entre los años 2011 y 2012 se ha producido una reducción de la ganancia media en términos nominales que es más acusada para los grupos de mayor edad. Así, para el conjunto de edades la reducción ha sido del 0,75%, pero el grupo con edades comprendidas entre los 60 y 64 años experimentaron una reducción de la ganancia media anual del 2,57%. Los datos de 2013 indican una ligera recuperación de la ganancia media para los grupos de edades comprendidas entre 45 y 49 años, 55 y 59 años y 60 y 64 años pero, aún así, la pérdida experimentada en su ganancia media es superior a la del conjunto de edades.

3.3. El desempleo de los mayores de 45 años

Si un aspecto es preocupante cuando se analiza el mercado laboral es la situación del desempleo de los mayores de 45 años. Los parados en edad avanzada constituyen un colectivo muy vulnerable, al igual que lo es el colectivo joven —entre 15 y 25 años—. En la gráfica 19 se recoge la evolución de la tasa de desempleo en España y en la Unión Europea para la población de 15 a 64 años y para la población de 45 a 64 años.

Gráfica 19
Tasas de desempleo por grupos de edad. UE y España



Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

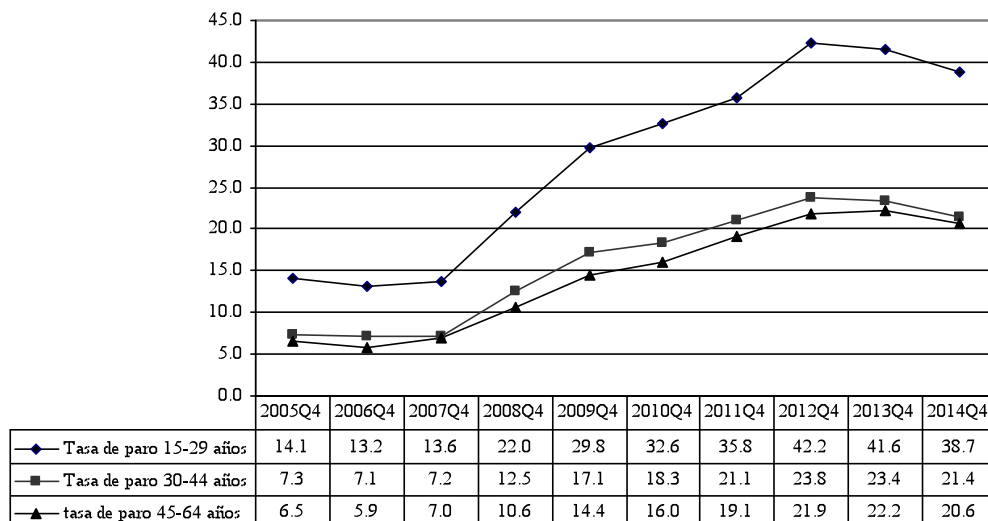
En 2005, los valores de las tasas de desempleo de España y la UE eran muy similares. Para la población de 15 a 64 años, la tasa de España estaba una décima por debajo y, para el grupo de 45 a 64 años era tres décimas inferior. En la actualidad, la realidad de los datos, tal y como muestra la gráfica, es bien distinta, Espa-

ña exhibe una tasa de desempleo para los de entre 15 y 64 años 13,1 puntos por encima de la UE y 13,2 puntos por encima para el grupo de edad de 45 a 64 años.

Entre los cuartos trimestres de 2007 y 2013 la tasa de desempleo española para la población de 15 a 64 años incrementa en 17,2 puntos, entre 2013 y 2014 la reducción de la tasa ha sido de 2 puntos. En el caso de la Unión Europea, la tasa de desempleo del colectivo de 15 a 64 años, ha experimentado en el periodo más recesivo de la economía un incremento de 3.8 puntos. Para el grupo de población activa de 45 a 64 años la tasa de desempleo en la UE entre 2007 y 2013 se ha incrementado en un punto, mientras que para España el incremento ha estado por encima de los 14 puntos.

En el mercado laboral español, la evolución de las tasas de desempleo de los tres grupos representativos de la población, los jóvenes (15 a 29 años), los de edad intermedia (30 a 44 años) y los de edad avanzada (45 a 64 años) aparecen recogidos en la gráfica 20. Como resulta evidente el grupo más joven ha sido el más afectado por el desempleo, pero en el grupo de mayor edad, en el que el crecimiento también ha sido importante, existe un mayor problema de reinserción en el empleo. Además aunque las tasas de desempleo son más bajas para ellos, la multiplicación en el número de parados ha sido más importante como recogemos a continuación.

Gráfica 20
Tasas de desempleo por grupos de edad. España



Fuente: LFS (Eurostat) y Elaboración propia.

A nivel nacional y según datos de Eurostat, el número de desempleados mayores de 45 años en el periodo 2005-14 y según sexo se recoge en la tabla 22

Tabla 22
Numero de parados de 45 a 64 años (unidad, miles)

	Hombres	Mujeres	Total
2005	191,7 (49,44)*	196	387,7
2006	173,3 (44,20)	218,7	392 (1,11)**
2007	234,0 (50,09)	233,1	467,1 (19,5)
2008	376,6 (52,36)	342,7	719,3 (54)
2009	586,3 (56,14)	458,0	1044,3 (45,2)
2010	684,8 (55,76)	543,2	1228 (17,59)
2011	813,4 (55,63)	648,7	1462,1 (19,06)
2012	943 (54,28)	794,2	1737,2 (18,81)
2013	1012,6 (54,50)	845,1	1857,7 (6,93)
2014	981,1 (54,20)	829,0	1810,1 (-2,54)
* Entre paréntesis el porcentaje sobre el total del grupo.			
** Entre paréntesis el incremento porcentual con respecto al periodo anterior			

Fuente: EUROSTAT. Datos 4T 2005-2014.

Como se observa en la tabla anterior, el número global de mayores desempleados no ha parado de crecer hasta 2013. La cifra de paro se multiplica entre el dato de 2005 y el de 2013 por 4,79, mientras que para la población de 15 a 64 años, entre el dato de 2005 (1858,4) y el de 2012⁷ (5922,6), la cifra de paro se multiplica por 3,18.

En el desempleo de los mayores de 45 constituye un elemento importante de análisis la duración en la situación, ya que según señalan diversos autores suele existir reticencias por parte de los empleadores a contratar a este grupo de la población activa. Las razones que se argumentan son: la inflexibilidad de este colectivo, la menor capacidad de adaptación, menores capacidades físicas y cognitivas asociadas a la edad. Frente a esta postura están los que argumentan que la experiencia y la madurez compensan los aspectos negativos antes argumentados.

⁷ Tomamos este dato, ya que en el correspondiente al cuarto trimestre de 2013 ya se observa una reducción.

Tabla 23
Desempleados por grupos de edad y duración
(% sobre el total de desempleados de cada grupo)

Grupos edad	Duración	2005Q4	2008Q4	2011Q4	2014Q4
15 a 24 años	hasta 11 meses	86,3	88,0	65,7	60,3
	de 12 a 23 meses	9,4	9,4	22,1	20,4
	24 meses en adelante	4,2	2,6	12,2	19,2
25 a 49 años	hasta 11 meses	75,7	83,4	57,8	48,6
	de 12 a 23 meses	13,4	10,6	21,8	18,3
	24 meses en adelante	11,0	6,0	20,3	33,0
50 a 64 años	hasta 11 meses	56,1	66,1	43,3	32,7
	de 12 a 23 meses	14,4	15,9	21,0	16,7
	24 meses en adelante	29,5	18,1	35,7	50,7

Fuente: (LFS) Eurostat y Elaboración propia.

Tal y como se observa en la tabla 23, para todos los grupos de edad se observa un incremento en el peso del desempleo de larga duración (de 12 a 23 meses) y muy larga duración (a partir de 24 meses), así por ejemplo, para el grupo más joven el porcentaje de desempleados de larga duración era del 9,4% en 2005 y el dato de 2014 lo sitúa en el 20,4%, igual ocurre con el desempleo de muy larga duración que pasa de representar un 4,2% al 19,2%. Pero esta situación, es especialmente dramática para la población de mayor edad, así en el grupo de 50 a 64 años, el dato del último trimestre de 2014 revela que más del 67% del desempleo en este grupo de edad es de larga duración y, más del 50% de muy larga duración.

Señala el informe del CES 2014 que mientras para el colectivo joven la principal causa para pasar a situación de desempleo es el final de un contrato temporal, en el caso de los de 45 a 64 años es el despido individual y también los expedientes de despido colectivo donde este colectivo aparece sobrerrepresentado en las medidas extintivas.

4. CONCLUSIONES

El análisis de la población que presentamos en el apartado dos de este trabajo revela un peso creciente en la población de las cohortes de mayor edad. Concretamente destaca el aumento entre 2006 y 2013 del peso del grupo poblacional de 45 a 64 años de casi 3 puntos porcentuales, frente al descenso de casi 5 puntos en el grupo de 0 a 44 años.

De la importancia de este cambio demográfico se toma conciencia en la década de los noventa del pasado siglo. En España la tendencia del envejecimiento de la población muestra aproximadamente una década de retraso con respecto a nuestro entorno europeo. Un breve análisis de las economías de mayor peso de la Eurozona revela diferencias en la composición. España e Italia tienen un peso similar en el momento actual y también lo ha sido la evolución del mismo en la última década, Alemania presenta mayor peso de este grupo poblacional. Francia es, de las cuatro economías, la que tiene menor peso del grupo de población de 45 a 64 años y el crecimiento de este peso se ha ralentizado a partir de 2010.

El análisis de la población española por Comunidades Autónomas revela ligeras diferencias en el momento actual, así por ejemplo, el Principado de Asturias, el País Vasco y la Comunidad Autónoma de Castilla León son las comunidades en las que la población de edad avanzada tiene un mayor peso. En las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y en la Región de Murcia es donde este grupo de población tiene menor peso.

Al igual que ha crecido el peso de la población, en el grupo de 45 a 64 años en la última década, ha crecido el peso de este grupo en la composición de la población activa, además en mayor medida, representando 9 puntos más en 2014 de lo que representaba en 2005. No obstante, en 2014, todavía el peso de este grupo poblacional en la composición por edades de la población activa sigue estando por debajo de la media de la UE.

El análisis de las tasas de actividad crecientes para la población de 15 a 64 años y para el grupo de edades comprendidas entre 45 y 64 años en España y en la UE revela mayor intensidad, en cuanto a crecimiento, en el grupo de edad avanzada. La tasa de actividad de este grupo de población, en España, se ha incrementado en casi 10 puntos mientras que para el grupo de 15 a 64 años el incremento es de 4 puntos. En la UE el crecimiento de la tasa de actividad del grupo de 45 a 64 años es de 6,5 puntos, por lo que la tasa española se sitúa algo por encima de la de la UE, aunque 8 puntos por debajo de la tasa de Alemania.

Aún mostrando una tendencia al crecimiento, dentro del grupo de edad avanzada, la participación en el mercado laboral se comporta en sentido inverso a la edad, siendo la tasa de actividad inferior al 50% para el grupo de 60 a 64 años. Además, en el periodo analizado, y para España, la tasa muestra una caída para los varones.

Con relación a las tasas de actividad femeninas del grupo en edad avanzada en España, se han incrementado considerablemente, por encima de 20 puntos en los intervalos de 50 a 54 años y de 55 a 59 años. Los datos del INE revelan que la crisis ha llevado de forma creciente al grupo femenino a incorporarse al mercado laboral, en muchos casos en búsqueda de su primer empleo.

La composición de la población activa en España por niveles de estudio revela un alto peso de los que sólo tienen estudios primarios y, aunque se ha producido una reducción significativa entre 2005 y 2014, todavía el peso está por encima del 40% para la población de edad avanzada. Éste no es un problema nimio si se considera un menor peso de los sectores productivos más intensivos en mano de obra y un mayor peso en sectores de mayor productividad que requieren una mayor cualificación de su fuerza laboral.

Con relación al empleo, el crecimiento del número de empleados de 45 a 64 años ha estado en torno al 20%, dato ligeramente inferior al de la UE. El peso de este grupo de población ha ido incrementando con el tiempo ya que, si bien en 2005 representaba el 31% de la población empleada, en 2014 representaba algo más del 41%. Las tasas de empleo de este grupo poblacional se han visto afectadas por la crisis significativamente en menor medida que para el conjunto de la población. Para el conjunto de la población la tasa ha caído en el decenio en más de 7 puntos y para la población que venimos denominando de edad avanzada 1 punto. Sin embargo, la tasa de empleo de este grupo de edad en la UE ha crecido en casi 6 puntos mientras que en España, como hemos señalado, ha sufrido un retroceso, lo que sitúa a ambas tasas con, aproximadamente, 9 puntos de diferencia.

El grupo de 60 a 64 años presentaba, al inicio del decenio, tasas de empleo por encima de la media de la UE y, sin embargo, el último dato sitúa la tasa de empleo 3,4 puntos por debajo.

Las tasas de empleo femeninas del grupo de edad avanzada han crecido, mientras que las del colectivo masculino han disminuido, lo que ha producido un acercamiento de las mismas, aunque persiste una diferencia que, en el mejor de los casos, el del grupo de 60 a 64 años, es superior a 11 puntos.

Al igual que ocurre para el conjunto de la población, el mercado laboral español en el grupo de edad avanzada se caracteriza por un mayor peso del empleo temporal, aunque éste ha retrocedido en la última década, y un menor peso del empleo a tiempo parcial, que sí ha crecido en el periodo analizado.

Hay que destacar el crecimiento del empleo a tiempo parcial involuntario. En el caso de España, el porcentaje de empleo a tiempo parcial involuntario sobre el empleo a tiempo parcial se ha duplicado para el conjunto de la población y aún en mayor medida para el grupo de edad avanzada, ya que para los que tienen edades de 50 a 64 años representaba, en 2005, el 26,6% y, en 2014, el 60,8%.

Con relación al desempleo, la tasa del colectivo de 45 a 64 años, al igual que para el conjunto de la población, ha experimentado, en el caso de España, un fuerte incremento en el decenio considerado. El crecimiento de la tasa ha sido de 15 puntos para el conjunto de la población y de más de 14 para la población de edad avanzada. La incidencia en este grupo ha hecho que la diferencia con respec-

to a la media de la UE sea superior que en el conjunto, estando esta diferencia por encima de los 13 puntos.

Las tasas de desempleo del grupo de edad avanzada son significativamente inferiores a las del colectivo joven, pero la elevación en el número de desempleados es importante. Para el conjunto de la población el número de desempleados se ha multiplicado por 3,18 y para el grupo de edad avanzada en 4,79.

Pero si un aspecto es destacable cuando se analiza el desempleo del grupo de edad avanzada es la dimensión que en éste alcanza el desempleo de muy larga duración, que para el intervalo de edad de 50 a 64 años está por encima del 50%. Si a este dato añadimos los de larga duración más del 67% del los desempleados “mayores” llevan más de un año parados y tienen dificultades para reincorporarse al empleo.

BIBLIOGRAFÍA

- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. ESPAÑA (2009): “Envejecimiento activo: el empleo de los trabajadores de edad avanzada”. *Cauces: Cuadernos del Consejo Económico y Social*, n.º. 9, pp. 28-39. CES Madrid
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. ESPAÑA (2014): “La Situación Sociolaboral de las personas de 45 a 64 años”. Colección Informes, núm. 02. CES Madrid.
- COMISIÓN EUROPEA (2012): *La Aportación de la UE al Envejecimiento Activo y la Solidaridad entre Generaciones*. Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión.
- FUNDACIÓN ADECCO (2014): *VI Informe Mayores de 45 años en el mundo laboral*. http://www.fundacionadecco.es/_data/salaprensa/pdf/621.pdf (consultado 19/5/2015).
- INSTITUTO ARAGONÉS DE EMPLEO (2010): *Estudio del Colectivo de Desempleados Mayores de 45 años, especialmente provenientes de sectores en crisis*.
- PRIETO RODRÍGUEZ, J; ROMERO JORDÁN, D.; ÁLVAREZ GARCÍA, S. (2002). “Estado de Salud y Participación Laboral de las Personas Mayores”. *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*. Serie economía, n.º 15, pp. 7-28.
- SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL (2014): *Informe del Mercado de Trabajo de los Mayores de 45 años*, Observatorio de Ocupación, Ministerio de Empleo y Seguridad Social
- A. SUSO ARAICO (2006): “La Relación con el Empleo de los Trabajadores Mayores”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 24 (2), pp. 129-147.

Caracterización tipológica de la población desempleada mayor de 45 años en el actual periodo de crisis económica

Blanca Miedes Ugarte
Celia Sánchez López
Universidad de Huelva

1. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la crisis en 2008 y la intensidad de la misma ha puesto de manifiesto deficiencias estructurales en el sistema productivo y laboral en España. La debilidad del sector industrial, el sobredimensionamiento del sector de la construcción y la burbuja financiera han provocado un efecto arrastre sobre el resto de sectores dando como resultado la pérdida de millones de puestos de trabajo. Entre 2007 y 2014 se han perdido un total de 3.235.700 empleos, generando un volumen de población desempleada de 3.764.200 personas, según los datos de la Encuesta de Población Activa (en adelante EPA). Este hecho ha modificado tanto los patrones de crecimiento de la población como la estructura y caracterización del desempleo en España.

Por un lado, el gran crecimiento de la población en el periodo de bonanza anterior, provocado por la entrada masiva de población extranjera al mercado de trabajo español, compensaba el intenso proceso de envejecimiento de población. Tras el fuerte impacto de la crisis sobre el empleo empiezan a hacerse visible los efectos que este proceso tenía sobre el sostenimiento del sistema actual de la seguridad social. Como referencia, en España la tasa de empleo de la población entre 40 y 64 años es del 58,7% frente al 65,9% que alcanza esta tasa en la Unión Europea de los 28 países en 2014.

Por otro lado, con el fuerte impacto de la crisis sobre el empleo han aparecido determinados colectivos en la estructura del desempleo en España que a nivel europeo han perdido relevancia, como es el caso de la población mayor de 45 años y del desempleo de larga duración¹. Dos aspectos que analizaremos a lo largo de este capítulo.

¹ Como referencia, y aunque el fomento del empleo entre el colectivo de población mayor de 45 años era un objetivo prioritario en la Unión Europea en la Estrategia de Lisboa, en la actual estrategia Europa 2020 apenas se hace referencia.

En este sentido, con el presente trabajo analizamos: en primer lugar, el impacto que la crisis económica tiene sobre la evolución de la población y las tasas de participación en el mercado de trabajo por grupos de edad, por cuanto que desacelera el crecimiento de la población y descienden las tasas de participación en el mercado de trabajo de la población trabajadora de edades centrales; y en segundo lugar, centramos el análisis en los trabajadores de mayor edad (mayores de 45 años) y ofrecemos una caracterización de los mismos utilizando los microdatos de la Encuesta de Población Activa.

El objeto final de este estudio es servir de base para el diseño de acciones más orientadas a las actuales tendencias y estructuras del mercado de trabajo en España.

2. TENDENCIAS DEMOGRÁFICAS Y DEL EMPLEO ENTRE LA POBLACIÓN DE 45 Y MÁS AÑOS

En las últimas décadas se vienen produciendo importantes cambios en la distribución de la población por grupos de edad en el conjunto de la Unión Europea, pero especialmente en España. El intenso proceso de envejecimiento de la población, provocado tanto por el aumento de la esperanza de vida² como por el descenso de natalidad, está propiciando formas diferentes de participación en el mercado laboral, y en parte, también incentivadas por las instituciones públicas. De hecho, una forma de combatir las consecuencias que sobre el sistema de seguridad social tiene el proceso de envejecimiento de la población son las medidas dirigidas a fomentar la participación en el mercado laboral tanto de las mujeres como de los trabajadores de mayor edad³.

² Según el Instituto de Estadística de España (en adelante INE), la esperanza de vida es el número de años que seguiría viviendo una persona manteniendo constante la tendencia de mortalidad actual. Según el Banco Mundial la esperanza de vida en España se sitúa en el año 2013 en los 82 años.

³ En el Consejo Europeo de Estocolmo en el año 2000 se proponen objetivos cuantitativos para alcanzar en el año 2010: una tasa de empleo del 70%, una tasa de empleo femenina del 50% y tasa de empleo de la población de 55 y 64 años del 50%. En el año 2020 los objetivos dirigidos a colectivos específicos (mujeres y mayores) desaparecen pero se mantiene el objetivo de alcanzar para 2020 una tasa global de empleo del 75%. Las medidas dirigidas al aumento del empleo siempre han venido acompañadas del fomento de la participación laboral, desde los inicios de la Estrategia Europea de Empleo en el año 1998. Pueden consultarse al respecto las directrices para el empleo que marcan las líneas de acción de los Estados miembros,

Tabla 1
Incremento anual medio de población

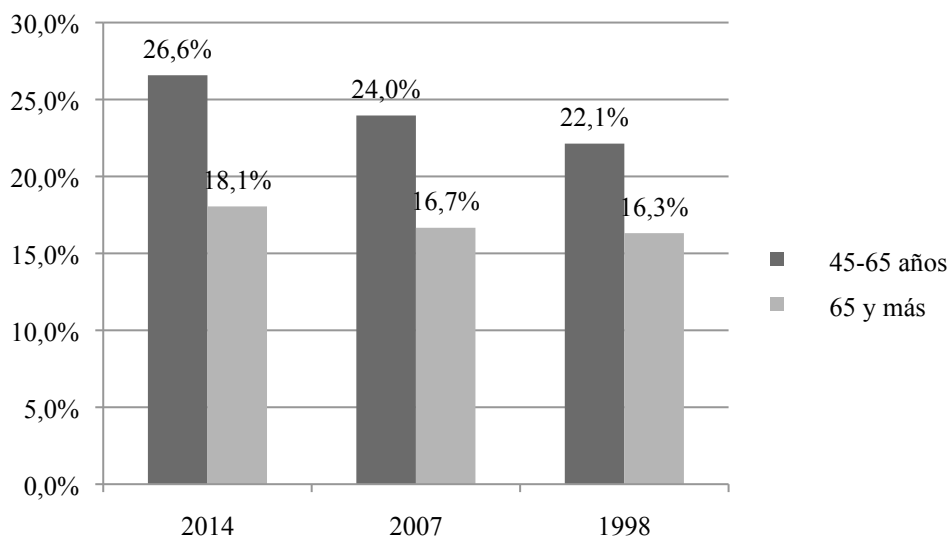
	Extranjeros		Nacionales	
	1998* - 2007	2008-2014	1998-2007	2008-2014
Ambos sexos				
Total	24,3%	-0,9%	0,4%	0,4%
0-15 años	25,6%	0,1%	-0,4%	1,1%
16-64 años	25,4%	-1,5%	0,3%	-0,2%
45-64 años	20,9%	3,0%	1,7%	2,1%
65 y más	12,6%	3,6%	1,4%	2,0%
Varones				
Total	25%	-1,7%	0,4%	0,4%
45-64 años	21,3%	3,1%	1,8%	2,1%
65 y más	12,9%	2,9%	1,5%	2,2%
Mujeres				
Total	23,6%	-0,1%	0,4%	0,5%
45-64 años	20,6%	2,8%	1,6%	2,1%
65 y más	12,3%	4,3%	1,4%	1,8%
* La fecha inicial de población, disponible en el INE a través del Padrón Municipal, es el año 1998, cuando se llevó a cabo la primera actualización de la implantación del Padrón Continuo. Para mayor nivel de detalle puede consultarse el informe metodológico del Padrón en la página web del Instituto Nacional de Estadística (http://www.ine.es).				

Fuente: INE. Elaboración propia a partir de los datos del Padrón Municipal. INE.

El gran impacto de la crisis actual sobre el empleo así como la intensidad de la misma tienen implicaciones directas sobre patrones de crecimiento de la población. Hasta 2008 el crecimiento de la población en España venía propiciado, casi exclusivamente, por el crecimiento de la población extranjera. Mientras la población nacional crecía a un ritmo del 0,4% anual, la población extranjera crecía a un ritmo del 24,3% anual. Además, este crecimiento se producía tanto en los tramos centrales de edad de la población como entre la población más joven, lo cual contribuía directamente tanto al aumento de la participación laboral como al aumento de las tasas de recambio de la población española (véase tabla 1). No obstante, la tendencia se invierte con la irrupción de la crisis, y el proceso de envejecimiento se acelera: por un lado, la población nacional, aunque mantiene su tendencia natural de crecimiento, se ve afectada por el flujo hacia el exterior de

población de entre 16-64 años; y por otro lado, se produce un intenso proceso de desaceleración del crecimiento de la población extranjera que incluso desciende en las edades centrales entre 16 y 44 años (véase tabla 1). En este contexto, el peso de la población mayor de 45 años aumenta, como se refleja en el gráfico 1.

Gráfico 1
Peso de la población de 45-64 y 65 y más años



Fuente: Encuesta sobre la Población Activa del INE y Elaboración propia.

El mayor peso de la población mayor de 45 años en el conjunto de la población total reabre el debate de los efectos sociales y económicos del envejecimiento de la población en un periodo de intensiva pérdida de empleo entre la población más joven, pero también entre la población mayor de 45 años. Durante el periodo de análisis (entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto trimestre de 2014) se perdieron 3.148.800 empleos⁴. La tasa de empleo que se situaba en el año 2007 en torno al 54% ha descendido en el año 2014 al 45%. La tasa de desempleo ha pasado del 8,6% al 23,7% y la tasa de actividad apenas ha variado unas décimas en este periodo pasando de 59,5% al 59,8%. Detrás de estas tendencias hay grandes diferencias tanto por sexo como por grupos de edad. En líneas generales, y aunque posteriormente estudiaremos con mayor nivel de detalle las tasas de actividad, paro y empleo de la población de 45 y más años, se están produciendo

⁴ En gran parte del estudio utilizamos, en lugar de datos anuales, datos cuatrimestrales con el objeto de unificar la información ofrecida, dado que para el análisis específico de la población mayor de 45 años hemos utilizado los microdatos de la EPA que solo se ofrecen con periodicidad cuatrimestral.

importantes flujos migratorios de la población desempleada más joven lo cual intensifica el peso de la población mayor de 45 años en el conjunto total de la población desempleada. Mientras las tasas de participación en el mercado de trabajo de la población joven presenta una tendencia decreciente, quizás por el efecto desánimo, entre la población de 45 y más años crece, y en mayor medida entre las mujeres que entre los varones. Tanto es así, que desde el cuarto trimestre de 2007 hasta el cuarto trimestre de 2014 la tasa de actividad de la población femenina de este grupo de edad ha crecido 8 puntos.

En los siguientes cuadros (cuadro 1 y 2) se presentan los flujos laborales de la población entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto trimestre de 2014, por un lado, de la población entre 16 y 44 años (cuadro 1), y por otro lado, de la población mayor de 45 años (cuadro 2).

Cuadro 1
Flujos de población de 16 a 44 años entre cuartos trimestre de 2007 y 2014

Población en edad de trabajar (mayor de 16 años) (-2.132.800)			
Población activa (-1.587.700)		Población inactiva -544.900	
Población ocupada (-3.754.300)	Población desempleada +2.166.400		

Fuente: Encuesta sobre la Población Activa del INE y Elaboración propia.

Cuadro 2
Flujo de población de 45 y más años entre cuartos trimestre de 2007 y 2014

Población en edad de trabajar (+2.555.100)			
Población activa (+1.955.200)		Población inactiva (+600.300)	
Población ocupada (+605.500)	Población desempleada (+1.349.400)		

Fuente: Encuesta sobre la Población Activa del INE y Elaboración propia.

Entre la población de 16 a 44 años se produce un descenso generalizado de la población potencialmente activa (-2.132.800 personas) aparejado a un descenso

tanto de la población activa (-1.587.700) como de la inactiva (-544.900). Por tanto, todo el flujo entre estados laborales se produce a partir de la población ocupada en el cuarto trimestre de 2007: una parte de las personas que pierden su empleo van directamente a la situación del desempleo (+2.166.400) mientras que la otra parte, sale de la población potencialmente activa, y por tanto, abandona el país⁵. Este último hecho refleja la huida de parte de la población hacia países donde las posibilidades de tener un empleo (y de mayor calidad) son mayores⁶. Por el contrario, y como se refleja en el cuadro 2, entre la población de 45 y más años, la tendencia es muy diferente a la anteriormente descrita. Frente al descenso de la población de 16 a 44 años del 10,72% (en 2.132.800 personas), la población de 45 y más años, entre 2007 y 2014, crece un 14% (2.555.100 de personas).

Este crecimiento de la población en edad de trabajar tiene un efecto directo tanto sobre la población activa, que crece en 1.955.200 personas, como sobre la población inactiva, que aumenta en 600.300 personas. En este caso existen grandes diferencias por sexo. Mientras entre los varones crece notablemente la inactividad y el desempleo, es decir, parte de la población ocupada se va al desempleo y otra parte a la inactividad (un hecho que puede venir provocado por el efecto desánimo⁷). Por otro lado, entre las mujeres, prácticamente todo el crecimiento de la población tiene su impacto en un crecimiento de la actividad; como hacíamos referencia anteriormente, la tasa de actividad de las mujeres de este grupo de edad ha crecido en este periodo de crisis casi 8 puntos. El crecimiento de la actividad es tanto en el empleo como en el desempleo. De hecho, el único grupo que durante el periodo de crisis ha crecido en empleo ha sido la población femenina de este grupo de edad.

Como acabamos de analizar, en este periodo de crisis la evolución de las tasas de empleo y participación en el mercado laboral de la población de 45 y más años difiere notablemente de la tendencia que presentan los otros grupos de edad. Este hecho justifica el estudio en profundidad de la población desempleada de este grupo de edad con el objeto de analizar sus características. Máxime cuando su tasa de desempleo ha crecido en los últimos años con la misma intensidad que en el resto de grupos, pero también lo ha hecho su tasa de actividad. En los dos siguientes apartados nos centramos en el análisis específico de las características socio-laborales de este grupo de población.

⁵ Por este motivo de la población desempleada más la población activa suma prácticamente el total de personas que dejaron de estar ocupadas entre 2007 y 2014.

⁶ Sólo entre la población masculina, de este grupo de edad, se observa un ligero aumento de la población inactiva.

⁷ Téngase en cuenta que, en el cuarto trimestre de 2014 el 65% del total de personas desempleadas lleva más de un año en el desempleo.

3. MERCADO LABORAL Y POBLACIÓN MAYOR DE 45 AÑOS

En España, la tasa de empleo de la población de 45 a 64 años es especialmente baja en comparación con la alcanzada en la Unión Europea (28 países) o las que presentan los países geográficamente más próximos. Concretamente, en el año 2014, la tasa de empleo de la población de este grupo de edad en España se sitúa en el 44,3% frente al 51,8% de la UE (28 países miembros), el 65,6% de Alemania, el 47,1% de Francia o el 47,8% de Portugal⁸. En el caso de España, y pese a la evolución más favorable en este periodo de crisis del empleo entre la población mayor de 45 años⁹, la tasa de empleo de la población mayor de 45 años está diez puntos por debajo de la tasa de empleo global. Esta tendencia diferenciada de este grupo poblacional esconde, por un lado, una tendencia creciente, en todo el periodo de crisis, de la participación laboral (para ambos sexos pero más intensamente en el caso de las mujeres), y por otro lado, un aumento del empleo entre las mujeres mayores de este grupo de edad. Otra cuestión que evaluaremos más adelante son las características del tipo de empleo que se está creando entre las mujeres de este grupo de edad.

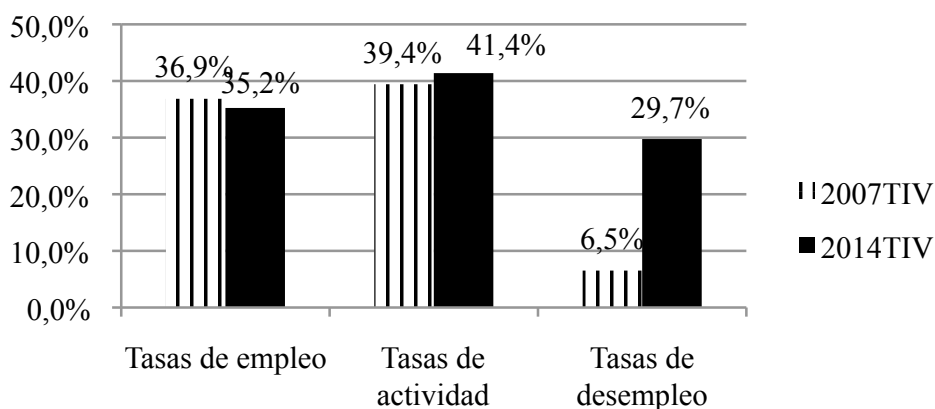
Pese a la evolución positiva del empleo femenino, éste no ha sido suficiente para disminuir la tasa de paro que, dado el enorme crecimiento de la actividad (importante flujo de inactividad a actividad), ha aumentado del 6,5% en 2007 a valores en torno al 20% en 2014. Este aumento se refleja tanto en varones como en mujeres. De hecho, la tasa de paro (como se refleja en el gráfico 2) se triplica¹⁰.

⁸ Datos extraídos de la serie armonizada de tasa de empleo de Eurostat. Fecha de la consulta junio 2015

⁹ Si comparamos la situación justo antes de que la crisis impactara sobre el empleo (IV trimestre de 2007) con la actualidad (IV trimestre de 2014) la tasa de desempleo de la población de 45 y más años ha descendido 1,6 puntos frente al descenso de la tasa de empleo global de más de 12 puntos.

¹⁰ En el caso de las mujeres la tasa de desempleo pasa del 8% al 20%, y en el caso de los varones, del 6% en 2007 al 19% en 2014, según los datos de la EPA del INE.

Gráfico 2
Principales indicadores laborales de la población. IV trimestre de 2014



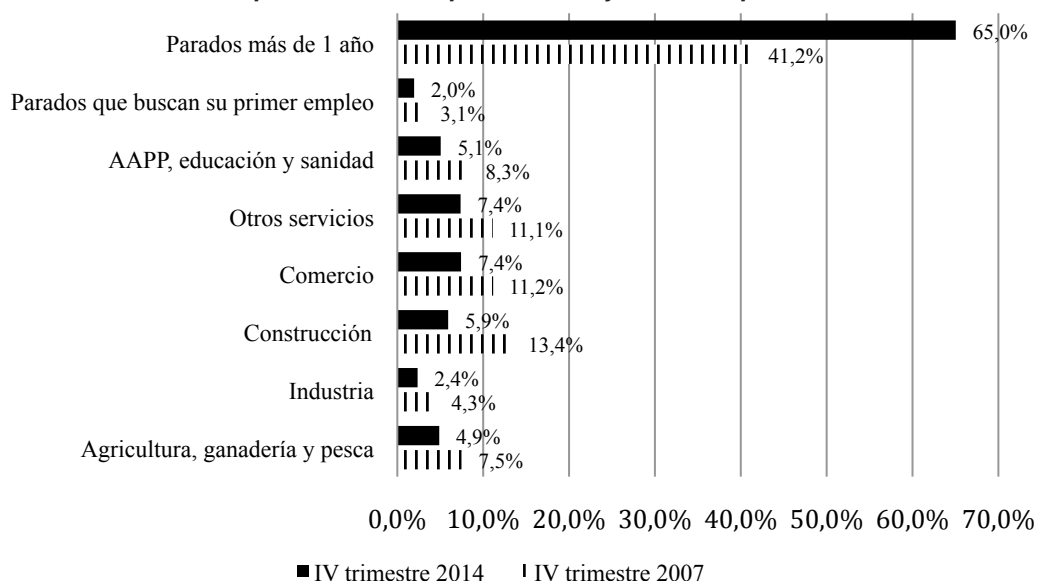
Fuente: Encuesta sobre la Población Activa del INE y Elaboración propia.

Si analizamos el empleo por ramas de actividad entre el primer trimestre de 2008 y el primer trimestre de 2014¹¹, observamos que entre los varones de 45 y más años se han perdido en torno a 500.000 puestos de trabajo. Los sectores económicos más afectados han sido: la construcción, las industrias extractivas y manufactureras y las actividades inmobiliarias. En el caso de las mujeres, y como hacíamos referencia con anterioridad, se han creado en torno a 480.000 puestos en prácticamente todas las ramas de actividad excepto las ramas más masculinizadas y afectadas directamente por la crisis: industrias manufactureras y construcción. También en la agricultura ha disminuido el empleo femenino.

La estructura del desempleo de los mayores de 45 años por sectores económicos ha cambiado considerablemente, como se refleja en el gráfico 3. Llama especialmente la atención el alto porcentaje que representa la población desempleada que ha dejado su empleo hace más de 1 año. Según la definición seguida por la Encuesta de Población Activa, cuando una persona desempleada lleva más de un año buscando un empleo es considerada como desempleada de larga duración, y por consiguiente, pierde el sector de actividad de su último empleo. De este modo, nos encontramos que al cierre del año 2014, más del 65% del total de la población desempleada de más de 45 años no tiene sector de actividad de procedencia. Por otro lado, y aunque en valores relativos el peso relativo de los diferentes sectores económicos pueda parecer poco significativo, el aumento del desempleo en prácticamente todos los sectores económicos ha sido del 100% (véase anexo I).

¹¹ En el primer trimestre de 2008 se implantó la nueva clasificación nacional de actividades económicas. Los datos por actividad económica no son comparables con periodos anteriores.

Gráfico 3
Distribución de la población desempleada de 45 y más años por sector económico¹²



Fuente: Microdatos de la Encuesta sobre la Población Activa del INE y Elaboración propia.

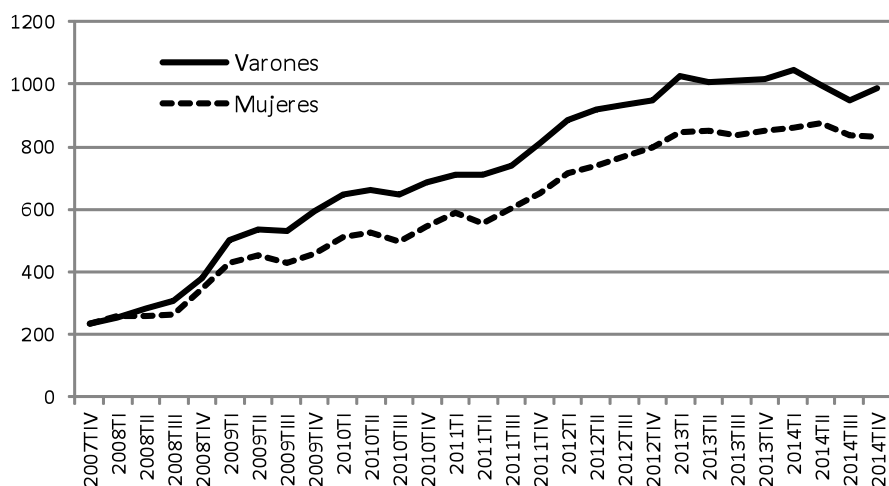
La variación del empleo por tipo de ocupación está implícitamente relacionada con la variación del empleo por los sectores económicos más afectados por la crisis. En el caso de los varones el empleo disminuye prácticamente en todas las ocupaciones: entre los artesanos y trabajadores cualificados de las industrias manufactureras y la construcción, los operadores de instalaciones y maquinaria y montadores, las ocupaciones elementales, los técnicos y profesionales de apoyo, y también, entre los directores y gerentes. Solo mantienen el empleo ligeramente los trabajadores de los servicios de restauración, personales, protección y vendedores, y los técnicos y profesionales científicos e intelectuales. En el caso de las mujeres, las variaciones en el empleo por tipo de ocupación difieren a la de los varones. Así, el aumento del empleo se produce en casi todas las ocupaciones excepto en los grupos 1 (directores y gerentes), grupo 6 (trabajadoras cualificadas en el sector agrícola, ganadero, forestal y pesquero) y grupo 8 (operaciones de instalaciones y montadores).

El hecho de que la crisis económica-financiera haya afectado con mayor virulencia a los sectores económicos más masculinizados justifica el mayor crecien-

¹² Sólo se clasifican por sector económico (agricultura, industria, construcción y servicios) aquellos desempleados que dejaron su empleo hace menos de 1 año.

to, también en este grupo de edad, del desempleo entre los varones que entre las mujeres.

Gráfico 4
Evolución de la población desempleada mayor de 45 años por sexo



Fuente: Encuesta sobre la Población Activa del INE y Elaboración propia.

Por otro lado, el mayor crecimiento del desempleo masculino entre la población mayor de 45 años ha invertido también los pesos relativos de varones y mujeres en el desempleo de larga duración. Mientras en 2008 una alta proporción de la población desempleada de este grupo de edad y que llevaban más de un año en el desempleo eran mujeres, que se incorporaban al mercado de trabajo tras un periodo de inactividad laboral por el cuidado de su familia, en estos momentos, más del 50% de la población desempleada de larga duración son varones, probablemente (aunque no se dispone de esta información¹³) procedentes de los sectores más afectados por la crisis (industria y construcción)

En cuanto a la formación, el nivel de instrucción de este colectivo sigue siendo bajo. De hecho, casi el 12% de la población desempleada de este grupo de edad apenas posee estudios primarios. No obstante, se observa un ligero aumento del nivel de instrucción respecto al 2007 y principalmente entre las mujeres.

La formación complementaria, tanto reglada como no reglada, no parece ser prioritaria en este grupo; bien porque no le llegue la información, bien porque los cursos desarrollados no se adaptan a las necesidades de este colectivo. La cuestión

¹³ Téngase en cuenta que cuando una persona lleva más de un año en el desempleo, pierde el sector de actividad de su último empleo y pasa a la modalidad de desempleo de larga duración.

es que apenas un 5% de los mismos dicen haber realizados en las cuatro últimos semanas algún tipo de formación no reglada. En el caso de la formación reglada el porcentaje no es significativo, apenas el 2%. Sin embargo, entre aquellos que sí realizan algún tipo de formación resultan mayoritarios los programas de formación profesional para el empleo no conducentes a certificados de profesionalidad y otros programas orientados a mejorar la formación personal y profesional.

Finalmente, y aunque en este grupo de edad sólo el 2% de la población desempleada busca su primer empleo, la mayoría son mujeres. De hecho, el 77% de los mismos son mujeres frente al 22,3% de varones. En cambio entre los desempleados de larga duración el 53% son varones frente al 47% de mujeres.

Para un estudio más en profundidad de la población desempleada mayor de 45 años y con el objeto de poder establecer clústeres que nos permitan contribuir a una mejor definición y caracterización de esta población, en el siguiente apartado llevamos a cabo un análisis de conglomerado aplicado a la población desempleada mayor de 45 años relativa al cuarto trimestre de 2014.

4. ESTRUCTURA DEL DESEMPLEO DE MAYORES DE 45 AÑOS EN ESPAÑA

Con el objeto de dar un paso más del análisis descriptivo sobre la situación de la población mayor de 45 años, hemos aplicado, sobre los microdatos de la Encuesta de Población Activa relativos al cuarto trimestre de 2014, un análisis de clasificación jerárquica ascendente combinada con un análisis de correspondencias múltiple. La base de datos de partida está formada por 6.588 personas desempleadas mayor de 45 años de las cuales 132 son población desempleada que busca su primer empleo, 4.260 son población desempleada de larga duración (más de un año en el desempleo) y 2.196 son personas desempleadas que llevan menos de 1 año en esta situación.

No obstante, y dado que entre la población desempleada que busca su primer empleo y la población desempleada de larga duración agrupan más del 66% del total de desempleados de este grupo de edad, y además, de ninguno de estos grupos disponemos ni del sector de actividad ni del tipo de ocupación de su último empleo, dos variables de gran importancia en la configuración de dimensiones factoriales¹⁴, el análisis multivariante se ha aplicado sobre la población desempleada con menos de un año en esta situación. La siguiente tabla recoge las variables (y sus modalidades o categorías) incluidas en el análisis y el peso relativo de las mismas:

¹⁴ En Sánchez y Miedes (2013) se demuestra el alto poder explicativo de ambas variables en la determinación de la estructura del desempleo.

Tabla 2
Proporción de desempleados en relación con las variables sometidas al análisis multivariante. Datos ponderados

Denominación categoría	Código	% de población desempleada
Población desempleada con menos de 1 año en desempleo		40,4%
Varones	SxVa	58,4%
Mujeres	SxMu	41,6%
Desempleados/as entre 45-49 años	Edad45	40,3%
Desempleados/as entre 50-54 años	Edad50	32,5%
Desempleados/as de 55 y más años	Edad55	27,3%
Realización de algún curso de formación no reglada en las 4 últimas semanas	CurSi	5,2%
Personas de referencia del hogar (p.r.)	RpPr	60,8%
Cónyuges de la persona de referencia del hogar	RpCo	32,2%
Hijos/as de la p.r.	RpHi	3,1%
Otros parentescos con respecto a la p.r.	RpOt	3,9%
Inscrito como demandante (SEPE) y cobrando prestación	InsCp	52,7%
Inscrito como demandante (SEPE) y sin cobrar prestación	InsSp	36,0%
No inscrito como demandante (SEPE)	InsNo	11,2%
Estado civil: casado/a	EcCa	69,0%
Estado civil: soltero/a	EcSo	14,7%
Estado civil: otras situaciones (separado/divorciado/a)	EcOt	16,3%
Desempleados con experiencia en agricultura	AcAg	14,8%
Desempleados con experiencia en industria	AcIn	7,2%
Desempleados con experiencia en construcción	AcCo	17,9%
Desempleados con experiencia en comercio	AcCm	22,5%
Desempleados con experiencia en otros servicios	AcSe	22,3%
Desempleados con experiencia en AAPP, educación y sanidad	AcPu	15,3%
Grupos 1 y 2. Ocupación*: Directores y gerentes de las empresas y AAPP y técnicos y profesionales científicos e intelectuales	OcDt	5,1%
Grupo 3. Ocupación: técnicos y profesionales de apoyo	OcTa	4,7%
Grupo 4. Ocupación: empleados contables, administrativos y otros empleados de oficina	OcEa	5,0%
Grupo 5. Ocupación: trabajadores de servicios de restauración, personales, protección y vendedores de comercio	OcTs	18,0%

Denominación categoría	Código	% de población desempleada
Grupo 7. Ocupación: artesanos y trabajadores de la industria y construcción	OcAr	19,9%
Grupo 8. Ocupación: operadores de instalaciones y maquinaria, y montadores	OcOp	6,5%
Grupo 9. Ocupación: trabajadores no cualificados	OcNc	39,3%
Estudios: primarios incompletos y analfabetos	EsPi	7,9%
Estudios: primarios completos	EsPr	16,7%
Estudios: primera etapa de educación secundaria	EsS1	39,7%
Estudios: segunda etapa de educación secundaria. Orientación general	EsS2	11,1%
Estudios: enseñanzas técnico-profesionales. Orientación profesional	EsTe	8,2%
Estudios: educación superior	EsEs	16,4%
Población desempleada que busca su primer empleo		2%
Población desempleada de larga duración		65,0%
* Con respecto a la ocupación, del análisis multivariante se ha excluido la categoría de trabajadores cualificados en el sector agrícola, pesquero, ganadero y forestal porque apenas representan el 1,6% del total de desempleados.		

Fuente: Microdatos de la Encuesta sobre la Población Activa del INE y Elaboración propia a partir de la explotación estadística de los mismos.

Las variables relativas al sexo, actividad económica y ocupación en su último empleo son los factores con mayor poder explicativo. La siguiente tabla recoge la importancia relativa de cada eje en la explicación de la variabilidad de las categorías tras la aplicación del análisis de correspondencia múltiple al total de la población desempleada de 2014. Se han seleccionado los tres primeros ejes que explican la mayor parte de la variabilidad total de la nube de puntos obtenida.

Tabla 7
Resultados del análisis de correspondencias múltiples

Dimensión*	Autovalores	Inercia	Varianza explicada
1	0,2511	0,0630	40%
2	0,2412	0,0581	37%
3	0,1920	0,0368	23%
* Seleccionamos tres dimensiones. El aumento de la explicación ganada con la adición de una dimensión más no compensa la complejidad que se añade al análisis. Además, el autovalor no supera el 0,2. En relación con los criterios para seleccionar las dimensiones adecuadas puede consultarse SÁNCHEZ (2008:105).			

Fuente: Elaboración propia a partir de los resultados factoriales.

El análisis muestra una tipología compuesta por 5 grupos de desempleados y desempleadas con menos de 1 año en el desempleo. La caracterización de cada grupo se ha complementado con el análisis de los diagramas de barras de los grupos en las distintas variables contenidas en la base de datos (relativas a la encuesta de la EPA).

A las 5 clases obtenidas le unimos el grupo de población desempleada que busca su primer empleo y el grupo que lleva más de 1 año en el desempleo. La caracterización de las mismas la hacemos a partir de los diagramas de barras de la variable clúster con el resto de variable disponibles en la base de datos de la EPA. Las clases resultantes son las siguientes:

Clase 1. Varones de mediana edad con experiencia laboral como artesanos y operadores en ocupaciones masculinizadas y baja formación (9,3%; 168.367 personas desempleadas).

Esta clase está formada principalmente por desempleados varones, solo el 6,4% son mujeres. Son personas de referencia de su hogar (68,6%) o cónyuges (24,3%). Poseen experiencia laboral, bien como artesanos o trabajadores cualificados de las industrias manufactureras y la construcción (68,5%), bien como operadores de instalaciones y montadores (16,7%). Los sectores de actividad en los que desarrollaron la actividad principal en su último empleo fueron: industria (17,7%), construcción (60,3%), el resto de sectores como comercio, otros servicios, administración pública, sanidad y educación tienen una importancia relativa global en torno al 6,5%. El sector primario no tiene representación entre la población desempleada de este grupo. Son desempleados con un nivel de instrucción medio-bajo, de hecho, más del 70% de los mismos apenas alcanzan la secundaria de primera etapa. No obstante, el 12,3% de los mismos tienen estudios superiores. Más del 90% de los mismos están inscritos como demandantes de empleo en una oficina de empleo pública y buscan empleo de cualquier jornada laboral, incluso a tiempo parcial en el caso de no encontrar un empleo a tiempo completo.

Las clases 2 y 3, que describimos a continuación, están conformadas por trabajadores y trabajadoras de baja cualificación. La principal característica de diferenciación entre ellas es que, mientras entre la población de la clase 2 predomina el sector servicios, en la clase 3 es el sector agrícola. Una de las características comunes a la población desempleada de este grupo es su bajo nivel de formación. Además, como hecho particular, aquellas personas que ejercieron su actividad profesional, antes de su situación actual de desempleo, como empresarios agrarios sin asalariados se sitúan en estas clases.

Clase 2. Trabajadores y trabajadoras no cualificados del sector servicios con muy bajo nivel de instrucción (5,4% del total de la población desempleada de este grupo de edad; 97.870 desempleados).

Esta clase está formada por trabajadores y trabajadoras (53,3% varones y 46,7% mujeres) no cualificados¹⁵ del sector servicios (no comercio) incluida la administración pública, sanidad y educación. Poseen un nivel de estudios bajo, similar al alcanzado por los trabajadores de la clase anterior. Casi el 70% de los mismos apenas posee la enseñanza secundaria de primera etapa. No realizan cursos de formación en el ámbito de la formación reglada y sólo un 3,5% de los mismos realiza programas de formación profesional para el empleo no conducente a la obtención de certificados de profesionalidad o bien otros programas orientados a mejorar su formación.

Clase 3. Trabajadoras y trabajadores no cualificados del sector servicios y con muy bajo nivel de instrucción (6,1%; 111.267 personas desempleadas)

Esta clase está constituida por trabajadores y trabajadoras (59% mujeres y 41% varones) no cualificados (95,7%) del sector agrícola. Más de 67% de los mismos desarrollaron su última actividad profesional en el sector agrícola, el resto posee experiencia laboral en “otros servicios”¹⁶. Poseen un nivel de estudios muy bajo, más bajo incluso que las clases precedentes. Casi el 60% de los mismos apenas poseen estudios primarios y no han realizado ningún curso de formación en las cuatro últimas semanas anteriores a la fecha de realización de la encuesta.

Clase 4. Trabajadores desempleados del sector servicios con un elevado nivel de estudios (4,5%, 82.052 personas desempleadas).

La clase 4 está constituida, en su mayoría, por población desempleada (varones y mujeres) con estudios superiores (más del 60% de los mismos) y con experiencia laboral en profesiones que requieren algún tipo de cualificación media-alta como: directores y gerentes, técnicos científicos y de apoyo y, empleados administrativos. Esta clase concentra la mayor parte de la población desempleada con estudios superiores. Casi el 20% de los mismos han cursado algún tipo de estudios en las cuatro últimas semanas anteriores a la fecha de realización de la encuesta, bien en el ámbito de la formación reglada bien en el ámbito de la formación profesional para el empleo. La experiencia profesional en su último empleo tuvo lugar en el sector servicios fundamentalmente: comercio, otros servicios y administración pública, sanidad y educación.

¹⁵ Entre la población desempleada de este grupo, el 87% son trabajadores no cualificados.

¹⁶ Las categorías de la variables actividad económica son: (1) agricultura, economía y pesca, (2) industria, (3) construcción, (4) comercio, (5) otros servicios y (6) administración pública, educación y sanidad.

Clase 5. Trabajadores y trabajadoras del sector del comercio y otros servicios y de cualificación media (7,7%; 140.363).

En esta clase se sitúa la población desempleada con experiencia laboral como trabajadores/as del sector de la restauración, personales, protección y comercio (grupo 5 de la clasificación nacional de ocupaciones) y como trabajadores no cualificados principal y fundamentalmente del sector del comercio y otros servicios, incluida la administración pública, sanidad y la educación. Poseen un nivel de estudios medio, más del 70% tienen como máximo estudios de secundaria de segunda etapa. Aunque hay tanto varones como mujeres, la proporción es 35% y 65% respectivamente.

Clase 6. Desempleados que buscan su primer empleo (2%; 35.563).

Esta clase concentra, al igual que la clase anterior, un mayor número de mujeres que de varones (78% de mujeres frente al 23% de varones). Se caracterizan porque no poseen experiencia laboral previa, buscan su primer empleo. El 51,4% son cónyuges o parejas de la persona de referencia de su hogar. El 50% lleva más de cuatro años buscando empleo. Están inscritas en el Servicio Público de Empleo Estatal pero sin recibir prestación de ningún tipo y casi el 27% de las mismas no utiliza este servicio como método de búsqueda de empleo. Poseen un nivel de estudios medio-bajo. De hecho casi el 22% de las mismas apenas poseen los estudios primarios completos.

Clase 7. Población desempleada de larga duración (65%; 1.182.218).

Este grupo está constituido tanto por varones como por mujeres (53,1% frente a 46,9% respectivamente). Son desempleados y desempleadas que llevan más de 1 año en esta situación, y por tanto, han perdido el sector de actividad y el tipo de ocupación que desarrollaron en su último empleo. Buscan cualquier tipo de empleo, incluso a tiempo parcial. Un poco más del 46% de los mismos está inscrito en una oficina de empleo pública pero sin percibir prestación. No obstante, también hay un 43% que recibe prestación. Son personas de referencia y cónyuges de su unidad familiar. Poseen un nivel de estudios medio-alto. En esta clase hay una alta proporción de los mismos con estudios universitarios.

5. CONCLUSIONES

Con el análisis realizado en este trabajo se puede obtener una imagen suficientemente fidedigna de las características de la población desempleada mayor de 45 años de cara a planificar y diseñar acciones que tengan un impacto real sobre la población a la cual se dirigen.

Si comparamos los grupos obtenidos tomando como base la población mayor de 45 años y los obtenidos, utilizando la misma metodología desarrollada que en

este trabajo, para el total de la población desempleada¹⁷ (recogido en Sánchez y Miedes, 2014) podemos ver que las variaciones a grandes rasgos son mínimas. Una característica común a todos los grupos o clústeres obtenidos en este trabajo es el escaso nivel de formación de la población de este grupo de edad y el bajo número de personas que, aun estando desempleadas, desarrollan algún tipo de formación complementaria a su actual nivel de estudios. De hecho, las clases que concentran la población con mayores niveles de estudios (clases 7, 4 y 5) son las que, a su vez, concentran a la mayor proporción de personas que desarrollan algún tipo de formación complementaria, bien en el ámbito reglado como no reglado. El tipo de formación complementaria dominante, entre aquellos que la realizan, son los programas orientados a mejorar la formación personal y profesional y en menor medida los programas de formación profesional para el empleo no conducentes a certificados de profesionalidad y los programas de carácter no formal del sistema educativo y la preparación de pruebas de acceso. También es cierto que se ha producido un recorte significativo en la formación en los últimos años, y de aquí, el bajo porcentaje de población desempleada que realiza este tipo de formación.

Por otro lado, y desde el punto de vista de la demanda de trabajo, parece que determinados sectores que configuran el mapa actual del sistema productivo en España, como son el comercio, la restauración, los servicios personales y la agricultura, entre otros, dedican poco esfuerzo a fomentar la formación entre sus trabajadores y demandan, en gran medida, trabajadores de bajo nivel de cualificación. Los sectores que concentran, y será así porque lo exigen, niveles de cualificación más altos son la industria, la administración pública y determinados subsectores especializados del sector servicios. El aumento de la importancia de la formación debe ser un objetivo prioritario, no solo entre los trabajadores, sino en el marco de la demanda de trabajo (las empresas).

Los programas de recualificación profesional de los trabajadores de sectores masculinizados deben ser otra prioridad. No obstante, en el diseño de los programas se debería tener en cuenta el perfil de los destinatarios. No es lo mismo programas de recualificación dirigidos a jóvenes que a trabajadores mayores de 45 años, por cuanto que, por un lado estos programas deben poner en valor sus cualificaciones específicas adquiridas para la cobertura de eventuales ofertas, pero por otros, deberían ir acompañados de programas especializados de reinserción laboral.

¹⁷ En SÁNCHEZ Y MIEDES (2014) se hizo un estudio de similares características pero para el total de la población desempleada en la provincia de Huelva. Se llegó a la conclusión que, aún siendo los mismos factores los que intervienen en la configuración de las tipologías (sector de actividad, tipo de ocupación, nivel de estudios y sexo), en cada zona se combinan de forma diferente dando lugar a estructuras del desempleo diferentes.

Finalmente, no queremos terminar estas conclusiones sin hacer una alusión expresa al desempleo de larga duración. Éste supone más del 50% del total en el conjunto de la población desempleada, y más del 65% en el caso de la población desempleada mayor de 45 años. Por las propias características metodológicas de la Encuesta de Población Activa que a su vez sigue directrices y metodología internacionales, aquella población que lleva más de un año buscando empleo pierde el sector de actividad, el tipo de ocupación y la situación profesional de su último empleo entrando a formar parte de la categoría de “desempleados de larga duración. Este hecho implica que no se dispone para este colectivo de las variables que más influyen en la caracterización de los perfiles entre la población desempleada. Este aspecto apenas es puesto de manifiesto en la mayor parte de los trabajos analizados y requiere de cambios metodológicos importantes en una de las encuestas más relevantes para el estudio del empleo y el desempleo como son las encuestas de fuerza del trabajo, encuesta de población activa en España.

BIBLIOGRAFÍA

- M. GREENACRE, (edit.) y J. BLASIUS (1994): *Correspondence analysis in the social sciences*, Recent Developments and Applications, Academic Press, USA.
- J. F. HAIR, ANDERSON, R. E. y R. L. TATHAM (2000): *Análisis Multivariante*, Prentice Hall International, Madrid.
- Instituto Nacional de Estadística (2009): *Encuesta de Población Activa. Diseño de la encuesta y Evaluación de la Calidad de los Datos*. Informe técnico, INE Artes Gráficas, Madrid.
- M. MASCHERINI e I. RIOBÓO (2013): “Situación socioeconómica de los trabajadores de mayor edad en la Unión Europea”, en Cosculluela, C.; De Paz, S. y Riobóo, I. (Coords.), *Situación actual del mercado de trabajo*, Editorial del Economista, Madrid.
- B. MIEDES, Y C. SÁNCHEZ (2013): “Los efectos de la crisis sobre la estructura del desempleo en España”, Comunicación presentada en el Congreso de Economía Laboral. Madrid, España.
- B. MIEDES, Y C. SÁNCHEZ B. (2014): “Transiciones y nuevos problemas económicos-laborales en el mercado de trabajo”, en M. Rodríguez-Piñero (Ed.), *Transiciones y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores(35-58)*, Editorial Bomarzo S.L., Albacete.
- Observatorio de las Ocupaciones (2014): *Informe del mercado de trabajo de los mayores de 45 años Estatal*. Datos 2013. Recuperado de <https://www.sepe.es/indiceObservatorio/indiceObservatorio.do?idioma=es&indice=1>.
- C. SÁNCHEZ, (2008): *Propuesta metodológica para el estudio de la segmentación de los mercados de trabajo locales: un estudio empírico, inductivo y multidimensional*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva.

ANEXO

Anexo I					
<i>Distribución porcentual de la población desempleada por sector económico</i>					
	IV trimestre 2007		IV trimestre 2014		Variación
Agricultura, ganadería y pesca	34515	7,5%	88759	4,9%	157%
Industria	19877	4,3%	42899	2,4%	116%
Construcción	61541	13,4%	107635	5,9%	75%
Comercio	51445	11,2%	134896	7,4%	162%
Otros servicios	51198	11,1%	133903	7,4%	162%
AAPP, educación y sanidad	38108	8,3%	91825	5,1%	141%
Parados que buscan su primer empleo	14114	3,1%	35563	2,0%	152%
Parados más de 1 año	190039	41,2%	1182217	65,0%	522%
Total	460838	100,0%	1817698	100,0%	

El tratamiento internacional y comunitario del empleo de las personas de edad avanzada: entre la prohibición de discriminación y el envejecimiento activo

María Fernanda Fernández López
Fco. Javier Calvo Gallego
Universidad de Sevilla

1. LOS TRABAJADORES DE EDAD Y LA OIT

El tratamiento del empleo de los trabajadores mayores por la OIT tiene lugar desde un principio a través de vías indirectas: sea la necesidad impuesta de erradicar su discriminación en abstracto, sea su consideración como colectivo especialmente vulnerable, sea, finalmente, la necesidad de prolongar su presencia en el mercado de trabajo con vistas a la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social.

Por lo que se refiere a la primera, paradójicamente el Convenio 111 (1958) de la referida organización no incorpora, entre las causas posibles de discriminación que ha de ser objeto de recepción en documentos posteriores, a la edad. Y en dichos documentos, lo cierto es que los trabajadores jóvenes presentan un nivel superior de protagonismo, contemplados como grupo con necesidades laborales que deben ser definidas y cubiertas (orientación, formación, etc).

En este sentido, la problemática de los trabajadores de edad, como grupo laboralmente problemático en el acceso y la permanencia en el trabajo solo aparece, y tangencialmente, en 1964, en la Recomendación sobre Política de Empleo. Así en el párrafo 16 de dicha Recomendación se afirmaba que *“se deberían hacer esfuerzos para responder a las necesidades particulares de ciertas categorías de personas, tales como las personas de edad, los inválidos y otros trabajadores, quienes pueden encontrar dificultades especiales originadas en cambios estructurales o en cualquier otra causa, o para quienes puede ser especialmente difícil cambiar de lugar de residencia u ocupación”*. La falta de adaptabilidad frente a los cambios es el problema nuclear detectado en relación con estos grupos de trabajadores, pero de una forma excesivamente amplia y escasamente vinculada a las necesidades específicas de este colectivo. Por eso, el Anexo de aquella Recomendación remitía a los Estados miembros concretar la abstracta referencia a estos trabajadores y definir las medidas adecuadas a efectos de compensar el impacto de los cambios

estructurales sobre la población de edad, si bien “*en los casos en que las personas de edad o los trabajadores inválidos encuentren grandes dificultades para ajustarse*” a dichos cambios, la respuesta que se propone es de Seguridad Social incluidas, si fuera necesario “*prestaciones de retiro a una edad inferior a la exigida normalmente*” (párrafo 6.3 del Anexo).

La Recomendación sobre desarrollo de los recursos humanos es ya de 1975, y el tiempo transcurrido se constata en el nivel de detalle que presenta en el tema que nos ocupa respecto de su predecesora. De este modo en el apartado VII B), dentro del epígrafe “Grupos especiales de población”, reciben tratamiento los trabajadores de edad avanzada desde una perspectiva más integral, que comprende la seguridad y salud laborales (señalando como medida la especificación de los trabajos y las condiciones de trabajo “susceptibles de acelerar el proceso de envejecimiento físico y mental” y dedicando una consideración específica a la necesidad de adoptar en lo posible “medidas para desarrollar métodos de trabajo, herramientas y equipos adaptados a las necesidades especiales de los trabajadores de edad avanzada y para darles la formación necesaria para utilizar tales métodos y equipos”); haciendo un especial y extenso hincapié en las necesidades formativas de este colectivo para la permanencia en el mercado de trabajo y la resistencia frente al ingreso de generaciones más jóvenes y mejor preparadas (elevando su nivel de instrucción; informando de las posibilidades formativas a su disposición; adaptando la formación a las características del grupo de trabajadores de edad) e incitando a éstos a aprovechar los servicios de formación y orientación profesionales disponibles difundiendo entre los propios trabajadores, los formadores y el público en general las dificultades de adaptación al empleo de estos trabajadores y sensibilizando a la sociedad sobre “la conveniencia de ayudarlos en tales esfuerzos”.

Estos dos son los documentos sobre los que descansa, finalmente, y según su Preámbulo, la Recomendación sobre trabajadores de edad de 1980 (n. 162), añadiendo, eso sí, los instrumentos existentes en materia de Seguridad Social. Empleo y “acceso al retiro” de los trabajadores de edad es por tanto el camino de acceso de la OIT en esta Recomendación al objetivo propuesto.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que Recomendación 162 enfoca su filosofía desde su preámbulo e indirectamente juzga de forma negativa la acción anterior de la organización. Así, considera que “*sería deseable completar los instrumentos existentes en lo que respecta a la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores de edad, a su protección en materia de empleo y a la preparación y acceso al retiro*”. Esto es: centrando el problema directamente en los mayores como grupo de trabajadores con necesidades específicas, no sólo, aunque muy importante, un grupo abocado al retiro y a bloquear eventualmente los sistemas de pensiones.

Dividida en varios bloques, su contenido responde a las expectativas del preámbulo en los términos siguientes.

En relación con el objetivo de “igualdad de oportunidades y de trato”, se señala como medios a utilizar los siguientes:

“4. Todo Miembro debería, mediante métodos adecuados a las condiciones y prácticas nacionales:

(a) adoptar medidas para que las organizaciones de empleadores y de trabajadores participen efectivamente en la elaboración de la política a que se refiere el párrafo 3 de la presente Recomendación;

(b) adoptar medidas para que las organizaciones de empleadores y de trabajadores participen efectivamente en la promoción de la aceptación y del cumplimiento de esa política;

(c) promulgar leyes o promover programas, o ambos métodos a la vez, que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política.

5. Los trabajadores de edad deberían disfrutar, sin discriminación por razón de edad, de igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, en particular en relación con las cuestiones siguientes:

(a) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación;

(b) habida cuenta de sus aptitudes profesionales, experiencia y calificaciones, acceso:

(i) a un empleo de su elección, tanto en el sector público como en el privado, a reserva de los casos en que excepcionalmente se fijen límites de edad a causa de las exigencias, condiciones o reglamentaciones particulares de ciertos tipos de empleo;

(ii) a los medios de formación profesional, en particular los de perfeccionamiento y actualización de la formación;

(iii) a la licencia pagada de estudios, en particular con fines de formación y de educación sindicales;

(iv) a la promoción y a una justa distribución de tareas;

(c) a la seguridad en el empleo, a reserva de la legislación y práctica nacionales relativas a la terminación de la relación de trabajo y de los resultados del examen a que se hace referencia en el párrafo 22 de la presente Recomendación¹;

(d) a la remuneración por un trabajo de igual valor;

(e) a las medidas de seguridad social y a las prestaciones sociales;

(f) a condiciones de trabajo, incluidas las medidas de seguridad e higiene;

(g) a la vivienda, a los servicios sociales y a las instituciones sanitarias, en particular cuando este acceso esté vinculado a la actividad profesional o al empleo.

6. Todo Estado Miembro debería examinar las disposiciones legislativas y las disposiciones y prácticas administrativas pertinentes con miras a adaptarlas a la política a que se refiere el párrafo 3 de la presente Recomendación.

7. Todo Estado Miembro debería, mediante métodos adecuados a las condiciones y prácticas nacionales:

(a) asegurar en la medida de lo posible la aplicación de la política a que se refiere el párrafo 3 de la presente Recomendación en todas las actividades que estén bajo la dirección y el control de una autoridad pública;

¹ Recuérdese que, en un sentido similar, la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166) establece que la edad no debería constituir una causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, “sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales, con respecto a la jubilación”.

(b) promover la aplicación de dicha política en todas las demás actividades en cooperación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores y otros organismos interesados.

8. Los trabajadores de edad y las organizaciones de trabajadores, así como los empleadores y sus organizaciones, deberían tener acceso a los órganos encargados de examinar e investigar quejas relativas a la igualdad de oportunidades y de trato, con miras a corregir las prácticas que se consideren contrarias a dicha política.

9. Deberían adoptarse todas las medidas apropiadas para lograr que los servicios de orientación, formación y colocación faciliten a los trabajadores de edad el asesoramiento y la ayuda que puedan necesitar para disfrutar plenamente de la igualdad de oportunidades y de trato.

10. La aplicación de la política mencionada en el párrafo 3 de la presente Recomendación no debería menoscabar las medidas especiales de protección y asistencia a los trabajadores de edad que se consideren necesarias”.

En segundo lugar, y en lo relativo a la protección del grupo así delimitado, el epígrafe III, dedicado a la “Protección” continúa diciendo:

11. En el marco de una política nacional de mejoramiento de las condiciones y medio ambiente de trabajo en todas las fases de la vida activa, y con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, se deberían elaborar medidas apropiadas a las condiciones y práctica nacionales para hacer posible que los trabajadores de edad continúen ejerciendo un empleo en condiciones satisfactorias.

12.

(1) Deberían realizarse estudios, con la participación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, para identificar los tipos de actividad en los que el proceso de envejecimiento pueda ser más rápido o en las que los trabajadores de edad encuentren dificultades de adaptación a las exigencias del trabajo, determinar las causas y proponer las soluciones apropiadas.

(2) Estos estudios podrían llevarse a cabo en el marco de un sistema general de evaluación de las tareas y de las calificaciones correspondientes.

(3) Los resultados de los estudios deberían difundirse ampliamente, en especial entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores y, si ha lugar, por su intermedio, entre los trabajadores de edad interesados.

13. Cuando las razones de las dificultades de adaptación de los trabajadores de edad estén ligadas ante todo a su envejecimiento, deberían tomarse medidas en los tipos de actividad de que se trate, en la medida en que esto sea posible, con miras a:

(a) corregir aquellas condiciones de trabajo y de medio ambiente de trabajo que puedan acelerar el proceso de envejecimiento;

(b) modificar las formas de organización del trabajo y la ordenación de los horarios de trabajo que entrañen exigencias y ritmos excesivos en relación con las posibilidades de los trabajadores interesados, en particular limitando las horas extraordinarias;

(c) adaptar el puesto de trabajo, y las tareas que éste exige, al trabajador que ocupa dicho puesto, utilizando todos los medios técnicos disponibles y, en particular, aplicando los principios de la ergonomía, a fin de preservar la salud, prevenir los accidentes y mantener la capacidad de trabajo;

(d) prever una vigilancia más sistemática del estado de salud de los trabajadores;

(e) prever, en los lugares de trabajo, una supervisión adecuada para garantizar la higiene y la seguridad de los trabajadores.

14. Entre las medidas destinadas a dar efecto al apartado b) del párrafo 13 de la presente Recomendación, podrían adoptarse las medidas siguientes en el ámbito de la empresa, previa

consulta con los representantes de los trabajadores o con la participación de sus organizaciones representativas, o por vía de negociación colectiva, según corresponda a la práctica prevaleciente en cada país:

(a) reducir la duración normal del trabajo, diaria y semanal, de los trabajadores de edad dedicados a ocupaciones penosas, peligrosas o insalubres;

b) fomentar la reducción progresiva de la duración del trabajo de todos los trabajadores de edad que así lo solicitaran, durante un período prescrito anterior a la fecha en que los interesados alcancen la edad normal de admisión a las prestaciones de vejez;

(c) incrementar las vacaciones anuales pagadas en función de la antigüedad o de la edad;

(d) permitir que los trabajadores de edad organicen a su propia conveniencia el tiempo de trabajo y el tiempo libre, en particular facilitándoles empleo a tiempo parcial y previendo horarios flexibles;

(e) facilitar la asignación de los trabajadores de edad a empleos de horario normal diurno, tras cierto número de años de actividad en un sistema de trabajo por turnos en régimen continuo o semicontinuo.

15. *Debería hacerse todo lo posible para lograr que los trabajadores de edad puedan hacer frente a las dificultades que se les planteen, mediante medidas de orientación y de formación como las que figuran en el párrafo 50 de la Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975.*

16.

(1) Deberían adoptarse medidas, con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, a fin de aplicar a los trabajadores de edad, en la medida de lo posible, sistemas de remuneración adaptados a sus necesidades.

(2) Estas medidas podrían incluir:

(a) sistemas de remuneración que tengan en cuenta no sólo la rapidez de ejecución, sino también los conocimientos prácticos y la experiencia;

(b) el traslado de los trabajadores de edad de un trabajo remunerado en función del rendimiento a un trabajo remunerado en función del tiempo.

17. *Deberían adoptarse asimismo medidas para ofrecer a los trabajadores de edad que así lo deseen nuevas oportunidades de empleo en la misma profesión o en otra distinta donde puedan hacer uso de sus capacidades y experiencia, de ser posible, sin pérdida de ingresos.*

18. *En caso de reducción del número de trabajadores, especialmente en las industrias en situación declinante, deberían hacerse esfuerzos especiales para tener en cuenta las necesidades específicas de los trabajadores de edad, por ejemplo facilitando su readaptación profesional en otras industrias, mediante una ayuda para asegurarles un nuevo empleo o garantizándoles una protección adecuada de sus ingresos o una compensación financiera apropiada.*

19. *Deberían hacerse esfuerzos especiales para facilitar el empleo o la reincorporación al empleo de las personas de edad que busquen trabajo después de una inactividad profesional debida a sus responsabilidades familiares”.*

Finalmente, cierra la serie el apartado dedicado al acceso al retiro, extenso —ajeno en su expresión a las preocupaciones por la viabilidad de los sistemas de pensiones— y basado en la idea de la protección de una jubilación flexible y voluntaria, dotada de prestaciones adecuadas, a la que se llega, bien sea por acceso anticipado al retiro bien por el trabajo compartido, o por la jubilación parcial, con abono por la Seguridad Social de la pérdida salarial que estas prácticas le suponen al afectado. Se complementa con la previsión de la prolongación de las prestaciones de desempleo hasta el retiro cuando los trabajadores lo hayan percibido “un período prescrito anterior a la prestación de vejez”. Tratamiento

especial merece la jubilación anticipada en supuestos de trabajos penosos o insalubres o a los que se hayan encontrado en supuestos de incapacidad en “un grado prescrito”, quedando excluidos del beneficio los restantes sujetos titulares de prestaciones de incapacidad. Y el periodo prescrito para el acceso a la jubilación en los casos en que éste sea el sistema o en los que la edad de jubilación esté fijada en 65 años o menos.

Con todo, se destaca igualmente cómo “*los trabajadores de edad aptos para el trabajo deberían poder aplazar su solicitud de prestación de vejez más allá de la edad normal de admisión a tal prestación, a fin de que puedan, por ejemplo, ya sea reunir todas las condiciones de calificación necesarias para acogerse a tal prestación, o bien mejorar esa prestación habida cuenta de la edad más avanzada en que se percibe la prestación y también, en casos apropiados, de la actividad laboral adicional o de las cotizaciones suplementarias de los interesados*”. E igualmente se resalta cómo:

30.

(1) *En el curso de los años que preceden el fin de la actividad profesional, deberían ponerse en práctica programas de preparación para el retiro con la participación de las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores y de otros organismos interesados. A este respecto convendría tener en cuenta las disposiciones del Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974.*

(2) *Tales programas deberían, en particular, permitir a los interesados hacer planes para su jubilación y adaptarse a esa nueva situación, proporcionándoles informaciones acerca de:*

(a) *los ingresos, y en particular las prestaciones de vejez a que normalmente puedan tener derecho, sus obligaciones fiscales como pensionistas y las ventajas anexas que se les concedan, tales como asistencia médica, servicios sociales y reducciones en las tarifas de ciertos servicios públicos;*

(b) *las posibilidades y condiciones de continuación de una actividad profesional, especialmente a tiempo parcial, como también la posibilidad de constituirse en trabajadores por cuenta propia;*

(c) *el envejecimiento individual y los medios para prevenirlo, tales como exámenes médicos, ejercicio físico y régimen alimenticio;*

(d) *la utilización del tiempo libre;*

(e) *las facilidades disponibles para la educación de adultos, ya sea para responder a los problemas específicos de la jubilación o bien para mantener o desarrollar sus campos de interés o sus calificaciones.”*

Ya por último cierra esta Recomendación el contenido ordinario, pero se advierte una especial preocupación por la difusión de los problemas de los trabajadores mayores como tal colectivo con problemas específicos suficientemente abordados desde una perspectiva interdisciplinar:

“32. *Deberían adoptarse medidas apropiadas para informar al público —y en particular al personal responsable de la orientación, formación, colocación y de los servicios sociales interesados, así como a los empleadores, a los trabajadores y a sus organizaciones respectivas— de los problemas que puedan plantearse a los trabajadores de edad, en particular respecto de las materias a que se refiere el párrafo 5 de la presente Recomendación y de la conveniencia de ayudarles a superar tales problemas.*

33. *Deberían adoptarse medidas para asegurar que se informe plenamente a los trabajadores de edad de los derechos y posibilidades a su alcance y se los incite a utilizarlos*".

El extenso texto de la Recomendación, su contenido interdisciplinar y la amplitud con que aborda los problemas de los trabajadores de edad como colectivo necesitado de especial protección y potencialmente objeto de discriminación explícita, en nuestra opinión y en buena parte, el que su texto no alcanzase el rango de convenio y por tanto carácter vinculante. Y ello sin olvidar como las líneas de tratamiento de la vejez, por aquella época, ya empezaban a discurrir por terrenos muy distintos, de preocupación por la viabilidad de los sistemas de Seguridad Social.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que esta Recomendación se convirtió en un referente² que, sin embargo, es mencionado con escasa frecuencia en textos posteriores relativos al empleo, ni siquiera como fórmula-tipo de tratamiento del empleo de los trabajadores de edad, aunque sea separándose de sus conclusiones. Así en el Informe del Director General de la OIT en la 7ª Reunión Regional Europea, 2005 "Gestionar las Transiciones. Gobernanza y Trabajo Decente" (Volumen II), se hace expresa referencia a que, frente a las afirmaciones centradas en la jubilación como medio de acceso al empleo de los jóvenes, "*como subraya la Recomendación (núm.. 162) sobre los trabajadores de edad madura, 1980, los problemas de empleo de las personas mayores deben ser tratados en un contexto de una estrategia de pleno empleo, y conviene tener en cuenta que los problemas de empleo no se transfieran de unos grupos a otros*". Pero las conclusiones se concentran en el tratamiento de la no discriminación con exclusividad, abandonando los aspectos más "prestacionales"³. Por su parte, el Pacto mundial para el empleo, 2009, ni los nombra, centrando la atención en el trabajo de jóvenes y mujeres y demostrando el acierto de la observación de que el problema del empleo está pasando de un grupo a otro.

La misma orientación tiene la Agenda del Trabajo Decente, que se concentra en enunciar como principio la prohibición de discriminación, en especial por género. Y la referencia a los trabajadores mayores está ausente salvo que se quiera considerar también referida a ellos, a la hora de garantizar el derecho al trabajo "*to obtain recognition and respect for the rights of workers. All workers, and in*

² Véase, por ejemplo, N. S. GHOSHEH JR., S. LEE; D. MCCANN *Conditions of work and employment for older workers in industrialized countries: Understanding the issues*, Conditions of Work and Employment Series No. 15, OIT, 2006.

³ Sobre este enfoque en derecho comparado en internacional, vid. Ghoseh, Naj, "Age discrimination and older workers: Theory and legislation in comparative context" OIT, Ginebra 2008, así como la relativa novedad del tema en los países examinados p. 45. También un enfoque comparado, si bien centrado en los países en desarrollo, en "Securite sociale et vieillissement de la population dans les pays en developpement" en http://www.ilo.org/global/publications/magazines-and-journals/world-of-work-magazine/articles/WCMS_155399/lang-fr/index.htm.

particular disadvantaged or poor workers”, lo que evidentemente cambia totalmente el enfoque del tratamiento de los trabajadores de edad disolviendo sus necesidades en el ámbito amplio de los trabajadores “*disadvantaged*”.

De hecho, esta conexión ya estaba presente en la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), que incluía a estos “trabajadores de edad” —junto a las mujeres trabajadoras, los trabajadores jóvenes y los trabajadores de la economía informal— entre los grupos vulnerables que están afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo y para los que se contempla expresamente su protección. Y del mismo modo tampoco debe olvidarse como la Recomendación n. 202 de 2012 se refería igualmente a la necesidad de garantizar una “*seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional*”.

En cualquier caso, y como ya hemos avanzado, este mismo colectivo va a ser objeto de atención por parte de la OIT desde una “nueva” perspectiva que, si bien en gran parte asume los planteamientos anteriores, se conecta ahora, básicamente, con el creciente problema del envejecimiento poblacional. Buen ejemplo de lo que decimos es el Documento Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico, Informe IV, de la Conferencia Internacional del Trabajo 102ª reunión, 2013. En este documento, y partiendo siempre de la tantas veces mencionada Recomendación 162, y de la necesidad, por tanto, de una actuación multidimensional frente a este colectivo, se insta a potenciar un ciclo vital integrado y una perspectiva intergeneracional, promoviendo el pleno empleo productivo durante toda la vida laboral. Y para ello, se reclama, cómo no, la promoción de prácticas no discriminatorias para la gestión de la diversidad y la edad; el desarrollo de políticas activas específicas para este colectivo, resaltando las posibilidades de la formación permanente; la fijación de condiciones de trabajo adecuadas para los trabajadores de edad, prestando una especial atención a la adaptación del tiempo de trabajo, al desarrollo de una vida activa y a una adecuada organización del trabajo durante todo el ciclo de vida, y, finalmente, fomentar su seguridad y salud en el trabajo para garantizarles un entorno de trabajo seguro y saludable. Y ello ya que “*para poder trabajar más tiempo, una persona debe gozar de buena salud, ser receptiva a la idea de seguir trabajando y tener la oportunidad de hacerlo*”.

De hecho, este mismo enfoque es el que se mantiene en la Resolución relativa al empleo y la protección social en el nuevo contexto demográfico adoptada el 19 de junio de 2013 por esta misma Conferencia Internacional de Trabajo, 102 reunión, 2013. Es cierto que en esta Recomendación se recoge —cómo no podía ser menos— la perspectiva del colectivo de trabajadores de mayor edad (núm.. 22) como un grupo vulnerable y subrepresentado para el que se requerirían “*políticas específicas para aumentar la participación en la fuerza de trabajo*” y para el que sería deseable “*convenir medidas e incentivos que permitan que los empleadores ofrezcan más empleos y que los trabajadores permanezcan en el empleo*”.

hasta alcanzar la edad de jubilación". Pero ello se hace, claramente, desde su consideración como una parte, y solo una parte, de una combinación más amplia "multidimensional e integrada de políticas" que para abordar este problema del envejecimiento reconozcan "la interdependencia entre los cambios demográficos, el empleo, la migración laboral, la protección social y el desarrollo económico". De ahí que en este punto se insista en cuestiones ya señaladas como:

- Las políticas de lucha contra la discriminación por motivos de edad y las prácticas que tienen en cuenta la diversidad y la edad que se consideran (n. 26) "primordiales para la dignidad humana y el aumento de la productividad" y que "podrían incluir":
 - *la promoción, el cumplimiento y/o la promulgación de leyes sobre el empleo que combatan la discriminación por motivos de edad;*
 - *campañas de sensibilización por parte de los gobiernos, los interlocutores sociales y los medios de comunicación para luchar contra las actitudes negativas hacia las personas de edad y mejorar el reconocimiento de su valor para la sociedad;*
 - *iniciativas a nivel de la empresa, como programas sobre la diversidad dirigidos por empresas*".
- Igualmente se destaca (n. 27) cómo "deberían promoverse medidas que fomenten la prevención en materia de seguridad y salud en el lugar de trabajo y estilos de vida saludables a lo largo del ciclo vital que incluyan, entre otras cosas, la elaboración de leyes sobre la seguridad y salud en el trabajo que cuenten con mecanismos de cumplimiento apropiados y tengan en cuenta las necesidades en materia de salud y en el lugar de trabajo en función de la edad, el género y la discapacidad"
- En tercer lugar se insta igualmente (n. 28) a "considerar la adopción de políticas que garanticen la flexibilidad en términos de horarios y de organización del trabajo, en función de las necesidades de los diferentes grupos de edad, del género y de la discapacidad y que mantengan a la vez una adecuada cobertura de seguridad social. La negociación colectiva de conformidad con la legislación y la práctica nacionales puede facilitar la introducción de esas políticas"
- Y todo ello (n. 21) en un contexto en el que se aumentarían "las oportunidades de aprendizaje permanente a fin de impulsar la empleabilidad y la productividad, y evitar que las competencias queden obsoletas". Y entre estas medidas podrían incluir las siguientes:
 - *mejorar las competencias para el uso de nuevas tecnologías;*
 - *suprimir los límites de edad para acceder a la enseñanza y la formación;*
 - *impartir formación y considerarla como parte integrante de la planificación de la carrera profesional;*

- *y apoyar un entorno que fomente el aprendizaje y el desarrollo, por ejemplo mediante equipos intergeneracionales y sistemas de tutoría.*”

Ya por último, esta misma Resolución, en su n. 24, recuerda los problemas del envejecimiento desde la perspectiva de la Seguridad Social y, aunque compatible con la continuidad en el empleo de los trabajadores de edad, sólo sucintamente refiere las sugerencias de la Recomendación: “*las políticas deberían tender a la adecuación y a la previsibilidad de las pensiones y a una transición gradual y flexible de la vida profesional activa a la jubilación, a través de medidas como la jubilación progresiva, el trabajo a tiempo parcial y el trabajo compartido*”.

2. LA ARTICULACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS DE EDAD: EL MARCO EUROPEO

Bastante más intenso ha sido, en cambio el tratamiento de esta cuestión en el ámbito europeo; un tratamiento este que, además, se ha encauzado desde una doble vía formal, íntimamente conectada, por lo demás, con el contenido incorporado en cada una de ellas. Y así, mientras para abordar la novedosa prohibición de discriminación por razón de edad se han utilizado mecanismos tradicionales o normativos, centrados en la Directiva 2000/78/CE, en relación con las orientaciones en materia de política de empleo se han utilizado, como era lógico, otros instrumentos más modernos, indicativos, flexibles o de *soft-law* que, construidos en torno al método abierto de coordinación, han ido asumiendo una importancia cada vez mayor en este ámbito.

Analicemos por tanto cada uno de estos campos con una mayor profundidad.

2.1. El presupuesto normativo: la prohibición de discriminación por razón de edad

En primer lugar, y comenzando por la primera de estas dos dimensiones, la normativa, ya hemos avanzado como el núcleo de la misma se articula —como, por lo demás, suele ser frecuente en relación con los colectivos más desfavorecidos y sometidos, por tanto, a un prejuicio social general e injustificado— en torno a la prohibición de discriminación por razón de edad que, no obstante, debe conectarse igualmente con el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural reconocido actualmente en el art. 25 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

No podemos detenernos aquí, evidentemente, a realizar un estudio en profundidad de esta causa o factor de discriminación. Por ello nos limitaremos a señalar, en primer lugar, que desde un punto de vista conceptual resulta evidente que nos

encontramos ante un motivo singular o incluso diferente⁴. Y ello no ya solo por su carácter poroso y no permanente para el individuo —uno de los tradicionales desactivadores del posible conflicto intergeneracional—⁵, sino también por el hecho de que los patrones de exclusión, opresión o incluso de exclusión del proceso político y normativo no son tan claros ni tan fácilmente segmentables como ocurre con otros motivos⁶. Y en segundo lugar, y desde un punto de vista ya estrictamente normativo, a destacar como seguramente lo más llamativo de esta prohibición de discriminación en el plano comunitario es que mientras en relación con otras causas o factores, el Derecho de la Unión básicamente ha profundizado y desarrollados motivos ya vedados tradicionalmente en el ámbito internacional —raza, sexo, religión...—, en este campo esta misma normativa europea ha desempeñado un rol mucho más innovador ante el silencio que en relación con este concreto factor mantuvieron no solo los principales instrumentos internacionales⁷, sino incluso textos expresamente laborales como el Convenio 111 (1958) de la OIT. El carácter moderno o relativamente reciente de la edad como causa de discriminación —se ha hablado de factor “emergente”⁸— ha provocado así que tanto el art. 21 de la Carta Comunitaria de Derechos, como la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 —eso sí, en el reducido ámbito del empleo y la ocupación— hayan adquirido un papel ciertamente novedoso —a menos en el ámbito internacional⁹—, recogiendo, no obstante, las orientaciones

⁴ Por señalar un ejemplo, véanse las interesantes observaciones —se compartan o no— de F. J. GÓMEZ ABELLEIRA, “Edad y empleo: reflexiones a partir de la legislación del Reino Unido”, en AAVV., *Trabajadores maduros...*, cit., pp. 421 y ss. Sobre esta misma cuestión, si bien incidiendo en el grado de su protección jurídica M. A. BALLESTER PASTOR, “Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario”, en AAVV., *La relevancia de la edad...*, cit., pp. 31 y ss.

⁵ P. MARI-KLOSE, “Nuevas trayectorias laborales: ¿un nuevo paseo intergeneracional?”, en AAVV. *Trabajadores maduros...*, cit., pp. 134 y ss.

⁶ Véase K. A. DUBLIN, T. JEFFREY MILLEY, “Reflexiones teóricas acerca de la discriminación por razón de edad y sus implicaciones en el mercado de trabajo”, en AAVV. *Trabajadores maduros...*, cit., pp. 142 y ss..

⁷ En este sentido baste recordar cómo ni el art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ni el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos incorporaban mención alguna a este factor, como tampoco lo hacía el Convenio n. 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), en su art. 1. 1.

⁸ M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, en *Temas Laborales*, 2009, n. 98, pp. 11 y ss.

⁹ Ya que a nivel nacional, sí existían precedentes de prohibición de la discriminación por razón de edad. Así por ejemplo en EEUU la *Age Discrimination in Employment Act* prohibía desde 1967 este tipo de discriminación para las personas de entre 40 a 65 años, edad esta que fue ampliada hasta los 70 por la *Age Discrimination Act* de 1975. Sobre el tema, ampliamente, K. A. DUBIN, “Una lucha no terminada: La regulación de la discriminación por razón de edad en Estados Unidos”, en AAVV., *Trabajadores maduros...*, cit., pp. 372 y ss.

ya contempladas en la Recomendación sobre los trabajadores de edad, núm. 162 (1980) de la OIT o en la propia jurisprudencia del TEDH¹⁰.

No es este, evidentemente, el lugar indicado para tratar de abordar en profundidad un tema que desborda nuevamente las posibilidades de estas breves páginas¹¹. De ahí que nos limitemos a señalar de forma extraordinariamente sumaria como, en primer lugar, esta Directiva —que recoge lo que expresamente se declara un principio general de la Unión¹²— prohíbe, tanto en el sector público como en el privado¹³ cualquier forma discriminación¹⁴ directa o indirecta, acoso u orden discriminación, o incluso la discriminación por asociación¹⁵ y la represalia.

No obstante, y a diferencia de lo que ocurre con otras causas, dicha prohibición tan solo se extiende —al menos por el momento— a las condiciones de empleo y trabajo, expresión esta que si bien incluye, en particular, las condiciones de despido¹⁶ y de remuneración¹⁷ —abarcando obviamente también las pactadas

¹⁰ Sobre la edad como posible factor de discriminación en la jurisprudencia del TEDH véase, por todas, la reciente Sentencia de 10 de junio de 2010, caso Schwizgebel v. Switzerland, Application no. 25762/07.

¹¹ Para un primer estudio de esta directiva y este motivo de discriminación véanse, por mencionar algunos, Y. MANEIRO VÁZQUEZ, “La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad”, en AAVV., *La relevancia de la edad...*, cit., pp. 69 y ss.; S. GONZÁLEZ ORTEGA, “La Discriminación por razón de la edad”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2001, n. 59, pp. 93 y ss.

¹² Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2011, Hennigs, asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10 y de 26 de septiembre de 2013, HK Danmark, asunto C 476/11; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2011, Prigge, asunto C 447/09.

¹³ Por todas Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2011, Hennigs, asuntos acumulados C 297/10 y C 298/10.

¹⁴ Sobre la inexistencia de un derecho a acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato, pero su posible valoración en el proceso probatorio Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de abril de 2012, Meister, asunto C-415/10.

¹⁵ Aunque el Tribunal de Justicia —Sentencia (Gran Sala) de 17 de julio de 2008, Coleman, asunto C-303/06— ha reconocido la extensión de la prohibición de discriminación a aquellas situaciones en las que la decisión discriminatoria se basaba en la presencia de dicho rasgo (discapacidad en aquel caso concreto), no en la persona que sufría el perjuicio, sino en otra con la que guardaba una relación familiar o similar, creemos que no habría problema alguna en extender esta misma doctrina al supuesto de la edad.

¹⁶ Que igualmente cubre —por todas Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 18 de noviembre de 2010, Kleist, asunto C 356/09— “un límite de edad para el cese obligatorio de los trabajadores fijado en el marco de una política general de jubilación seguida por un empresario, aunque tal cese implique la concesión de una pensión de jubilación”.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de junio de 2014, Specht, asuntos acumulados C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12.

en acuerdos colectivos¹⁸— no alcanza los regímenes de Seguridad Social y de protección social cuyas ventajas no estén equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 157 TFUE¹⁹.

En tercer lugar, esta misma Directiva permite, no obstante, notables excepciones, ya sean estas sectoriales —la posibilidad de que esta causa, junto con la discapacidad, no se aplique a las fuerzas armadas— o las ya tradicionales ligadas tanto a los requisitos profesionales esenciales y determinantes cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado²⁰ como a las medidas legislativas “que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”²¹.

Sin embargo, y en cuarto lugar, resulta evidente que las principales —aunque no ciertamente las únicas— controversias en este ámbito se han centrado en la posibilidad, abierta expresamente en el art. 6 Directiva 2000/78, de que se establezcan diferencias de trato por motivos de edad que no se considerarían discriminatorias siempre que estuvieran justificadas objetiva y razonablemente²² por

¹⁸ Ampliamente Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2011, Prigge, asunto C-447/09. En un sentido similar, por todas, Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2011, Hennigs, asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10 y de 7 de junio de 2012, Tyrolean Airways asunto C-132/11.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 6 de diciembre de 2012, Dittrich, asuntos acumulados C-124/11, C-125/11 y C-143/11 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 26 de septiembre de 2013, HK Danmark, asunto C-476/11.

²⁰ Recuérdese, no obstante, que vigesimotercer considerando de la Directiva 2000/78 precisa que “en muy contadas circunstancias” una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada, entre otros factores, a la edad constituya un requisito profesional esencial y determinante, del mismo modo que la jurisprudencia —por todas Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2011, Prigge, asunto C 447/09— ha recordado que esta excepción debe ser interpretada de forma restrictiva. En esta misma línea, expresamente, S. OLARTE ENCABO, “Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos”, en AAVV., *La relevancia de la edad...*, cit., p. 84. En cambio esta no parece haber sido la orientación asumida en algún caso por los Tribunales españoles. Bien conocido es, por ejemplo, el caso de la exigencia para ser contratado como auxiliar de vuelo de tener entre dieciocho y veinticinco años. En este caso, tanto la Audiencia Nacional como luego en casación el Tribunal Supremo —SAN de 24 de marzo de 1999 (AS 1999, 1179) y STS de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 10091)— rechazaron la inconstitucionalidad de esta exigencia. En general sobre los límites de edad en el acceso a la función pública P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La edad máxima como límite para el acceso a la función pública”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2005, n. 13.

²¹ Sobre estas dos excepciones aplicadas a la extinción por edad de un piloto, y sobre el papel en la fijación de estas reglas por parte de un convenio colectivo, véase Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2011, Prigge, asunto C 447/09.

²² Sobre la inclusión del término razonable, debe recordarse que, como pronto destacó el Tribunal de Justicia —Sentencia de 5 de marzo de 2009, Age Concern England, asunto C 388/07— “no es posible concebir que una diferencia de trato pueda estar justificada por una finalidad

una finalidad legítima y siempre y cuando, además, los medios para lograr este objetivo fueran adecuados y necesarios²³.

Pues bien, por lo que se refiere al primer elemento de esta excepción, ya hemos visto que el art. 6 Directiva 2000/78 identifica expresamente como legítimas las finalidades de política social, las ligadas a las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional²⁴. Ello ha permitido una interpretación ciertamente amplia de las mismas por parte del Tribunal de Justicia que, exigiendo, eso sí, que dichos objetivos presenten un carácter general que los distinga de los motivos puramente individuales²⁵ ha acabado admitiendo una amplia pluralidad de finalidades que incluirían, por ejemplo —y por mencionar solo algunas— las de favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes²⁶ así como el reparto de

legítima, perseguida por medios adecuados y necesarios, sin que dicha justificación sea razonable. Por lo tanto, no debe reconocerse especial significación a la circunstancia de que el término referido sólo figure en el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva. No obstante, procede subrayar que esta última disposición se dirige a los Estados miembros y les impone, pese al amplio margen de apreciación de que disponen en materia de política social, la carga de demostrar la legitimidad del objetivo perseguido a un nivel elevado de exigencia probatoria”.

²³ Es más la misma norma aclara, con una lista ejemplificativa, que no exhaustiva, P. LOI, “El principio de razonabilidad en la discriminación por edad”, en AAVV., *Trabajadores maduros...*, *cit.*, p. 60, que estas diferencias de trato podrían incluir, en particular, el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; o el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

²⁴ Véanse las sentencias de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England*, C 388/07, apartado 46; de 18 de junio de 2009, *Hütter*, C 88/08, apartado 41, así como *Prigge* y otros, apartado 81

²⁵ Como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, *Fuchs*, asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10 estos objetivos deben presentar un carácter de interés general que se distinguen de los motivos puramente individuales, propios de la situación del empleador, como la reducción de costes o la mejora de la competitividad, sin que, pese a ello, pueda excluirse que una norma nacional reconozca a los empleadores, para la consecución de dichos objetivos legítimos, un cierto grado de flexibilidad (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England*, C-388/07, Rec. p. I-1569, apartado 46)

²⁶ Así, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de noviembre de 2012, Comisión Europea contra Hungría, asunto C 286/12; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de noviembre de 2010, *Georgiev*, asuntos acumulados C 250/09 y C 268/09; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, *Fuchs*, asuntos acumulados C 159/10 y C 160/10; en relación con el fomento del empleo o el favorecer el acceso al empleo mediante su mejor distribución intergeneracional Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa*, asunto C 411/05.

trabajo²⁷, el establecimiento de una estructura de edad favorable para mejorar la comunicación de conocimientos²⁸, la optimización de la gestión del personal²⁹, el evitar pérdidas en la retribución, permitiendo a los interlocutores sociales llevar a cabo la transición de un sistema retributivo discriminador a otro que no lo sea³⁰, facilitar la inserción profesional de los trabajadores de edad avanzada desempleados, que tienen mayores dificultades para encontrar otro puesto de trabajo³¹, o incluso evitar los litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, al tiempo que se pretende ofrecer un servicio de calidad³². Es más, el Tribunal, aun reclamando inicialmente un nivel elevado de exigencia probatoria³³, no ha dudado en sostener permanentemente que la falta de indicación expresa en la normativa nacional del objetivo que pretende alcanzarse no tendría el efecto automático de excluir la posible justificación de la medida siempre, claro está, que dicha finalidad legítima pudiera deducirse de otros elementos³⁴. De ahí que no deba extrañarnos que se reconociera igualmente que

²⁷ En este sentido Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, Fuchs, asuntos acumulados C 159/10 y C 160/10, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de noviembre de 2010, Georgiev, asuntos acumulados C 250/09 y C 268/09

²⁸ Por ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, Fuchs, asuntos acumulados C 159/10 y C 160/10; sentencia de 18 de noviembre de 2010, Georgiev, C 250/09 y C 268/09,

²⁹ En general, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de noviembre de 2012, Comisión Europea contra Hungría, asunto C 286/12, apartado 62 con cita de la Sentencia Fuchs y Köhler, apartado 50. Más específicamente se ha señalado —Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de julio de 2012, Hörnfeldt, asunto C 141/11— que, por ejemplo, la promoción de la contratación constituye un objetivo legítimo de la política social o de empleo de los Estados miembros, en particular, cuando se trata de favorecer el acceso de los jóvenes al ejercicio de una profesión (sentencias de 18 de noviembre de 2010, Georgiev, C-250/09 y C-268/09, Rec. p. I-11869, apartado 45, y Fuchs y Köhler, antes citada, apartado 49).

³⁰ Véase Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2011, Hennigs, asuntos acumulados C 297/10 y C 298/10

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2005, Mangold, asunto C144/04, apartado 59.

³² En general, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de noviembre de 2012, Comisión Europea contra Hungría, asunto C 286/12, apartado 62; Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de julio de 2012, Hörnfeldt, asunto C141/11 y de 21 de julio de 2011, Fuchs y Köhler, C-159/10 y C-160/10.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de marzo de 2009, Age Concern England, asunto C 388/07, para el que este precepto “Impone a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado como justificación a un nivel elevado de exigencia probatoria”.

³⁴ En palabras de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de julio de 2012, Hörnfeldt, asunto C 141/11, “Cuando no existe indicación en este sentido, es necesario que otros elementos propios del contexto general de la medida en cuestión permitan la identificación del objetivo que subyace a esta medida, a fin de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre la legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo. En un sentido similar, más recientemente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de

la coexistencia de varios objetivos no constituye un obstáculo para la existencia de un objetivo legítimo; que estos pueden estar relacionados entre sí o incluso, clasificados por orden de importancia³⁵ y que la medida puede ser regional y no necesariamente nacional³⁶. Y de hecho, tan solo en el caso de las estrictas motivaciones presupuestarias, el Tribunal ha señalado que si bien estas “pueden estar en el origen de las opciones de política social de un Estado miembro e influir en la naturaleza o el alcance de las medidas que pretende adoptar, tales consideraciones no pueden constituir por sí solas un objetivo legítimo en el sentido de este art. 6.1 Directiva 2000/78³⁷; del mismo modo que, dada su absoluta falta de relación con las política social, también ha excluido de esta misma finalidad legítima la seguridad aérea, al menos a los efectos de este artículo 6.1 Directiva 2000/78³⁸. En cualquier caso, lo que también destaca el Tribunal es que esta finalidad debe ser real y “corresponder a la realidad de los hechos”, cuestión esta cuyo examen fáctico corresponde obviamente al juez nacional³⁹.

En cambio, donde sí surgen con mayor frecuencia estos problemas es cuando se trata de analizar la adecuación y necesidad de los medios —la concreta decisión diferenciadora— en el marco del necesario respeto del principio de proporcionalidad; esto es, cuando lo que se realiza es, en definitiva, un control muy similar al que realizan otros Tribunales constitucionales y europeos⁴⁰, y que abarca no ya solo la adecuación de la medida objeto de examen para alcanzar el fin perseguido —idoneidad—⁴¹, sino también, y sobre todo —al ser sin duda el ámbito más con-

6 de noviembre de 2012, Comisión Europea contra Hungría, asunto C 286/12. Para una más amplia referencia jurisprudencial véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, Fuchs, asuntos acumulados C 159/10 y C 160/10, que cita en este mismo sentido las Sentencias de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C 411/05, apartados 56 y 57; de 12 de enero de 2010, Petersen, C-341/08, apartado 40, y de 12 de octubre de 2010, Rosenbladt, C 45/09, apartado 58. Igualmente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de noviembre de 2010, Georgiev, asuntos acumulados C 250/09 y C 268/09,

³⁵ Véase, por todas Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, Fuchs, asuntos acumulados C 159/10 y C 160/10 con cita de otras muchas

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, Fuchs, asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, Fuchs, asuntos acumulados C 159/10 y C 160/10, apartado 74.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2011, Prigge, asunto C 447/09

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de noviembre de 2010, Georgiev, asuntos acumulados C 250/09 y C 268/09

⁴⁰ Sobre este juicio en relación específicamente con la discriminación por razón de edad véase J. MERCADER UGUINA, “Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad”, en AAVV., *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social* (dir. MERCADER UGUINA), Lex Nova, 2009, pp. 34 y ss.

⁴¹ Si bien el Tribunal ha declarado que la normativa sólo es adecuada para garantizar la consecución de los objetivos alegados si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de for-

flictivo—, la inexistencia o no de una alternativa menos gravosa —necesidad—⁴², calibrando igualmente sus consecuencias y el alcance o equilibrio del sacrificio que impone sobre el colectivo afectado —lo que en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional llamaríamos proporcionalidad en sentido estricto—, para lo que habrá de tenerse en cuenta —señala el Tribunal de Justicia— el contexto en que se inscribe el precepto y el perjuicio que puede ocasionar a las personas a las que se refiere⁴³.

A pesar de que el propio Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente cómo en principio los Estados disponen “de un amplio margen de apreciación no sólo para primar un objetivo sobre otros en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que les permitan lograrlo”⁴⁴, parece evidente que es en este punto donde se han concentrado buena parte de los problemas de una jurisprudencia por lo demás, bastante compleja y casuística. De ahí que nos limitemos a señalar, por mencionar nuevamente algunos ejemplos, como por un lado el Tribunal ha sostenido tradicionalmente la compatibilidad con la Directiva de extinciones de contratos por razón de edad, siempre que estuviesen ligadas a un objetivo legítimo —en los términos amplios antes señalados— y, sobre todo, si los intereses de los trabajadores no se viesen menoscabados excesivamente al recibir una prestación de jubilación⁴⁵ cuyo nivel no pudiera considerarse inadecuado

ma congruente y sistemática (Sentencia de 21 de julio de 2011, Fuchs y Köhler, C-159/10 y C-160/10, apartado 85. Véase igualmente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 26 de septiembre de 2013, HK Danmark, asunto C 476/11. Un caso de falta de idoneidad en Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de noviembre de 2012, Comisión Europea contra Hungría, asunto C 286/12, apartado 79.

⁴² Véase, por ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 26 de septiembre de 2013. Dansk Jurist, asunto C 546/11.

⁴³ Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de julio de 2012, Hörnfeldt, asunto C 141/11 y de 6 de diciembre de 2012, Odar, asunto C 152/11, apartado 65: “A la hora de examinar si la medida controvertida en el litigio principal excede de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos y menoscaba de un modo excesivo los intereses de los trabajadores que alcanzan la edad de 67 años, procede situar tal medida en el contexto normativo en el que se inscribe y tomar en consideración tanto el perjuicio que puede ocasionar a las personas afectadas como los beneficios que de ella obtienen la sociedad en general y los individuos que la componen (sentencia Rosenblatt, antes citada, apartado 73)

⁴⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de julio de 2012, Hörnfeldt, asunto C 141/11; de 26 de septiembre de 2013, HK Danmark, asunto C 476/11; de 26 de septiembre de 2013, Dansk Jurist, asunto C 546/11 y de 19 de junio de 2014, Specht, asuntos acumulados C 501/12 a C 506/12, C-540/12 y C 541/12, que cita en este mismo sentido otras más antiguas como las Sentencias Palacios de la Villa, C 411/05, apartado 68, y Rosenblatt, C 45/09, apartado 41. Véase igualmente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de noviembre de 2010, Georgiev, asuntos acumulados C 250/09 y C 268/09

⁴⁵ Por todas Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de noviembre de 2010, Georgiev, asuntos acumulados C 250/09 y C 268/09

—aunque eso sí, pudiera ser de una cuantía limitada⁴⁶— especialmente cuando el número de plazas disponible es limitado⁴⁷ y pueden continuar trabajando en otras actividades⁴⁸. En cambio, en otros casos aspectos como la falta de una adecuada delimitación del colectivo afectado —que conllevaba en el caso concreto el que las mismas finalidades pudieran haberse alcanzado por medios menos coercitivos, pero igualmente adecuados⁴⁹— o la inexistencia en la norma de medidas transitorias que protegieran la confianza legítima de las personas afectadas han sido utilizadas, junto con el hecho de que el Estado no aportase elemento alguno que demostrase que una normativa menos coercitiva no permitiría alcanzar el objetivo perseguido, como factores que impedirían superar este test de proporcionalidad⁵⁰. Y del mismo modo, el Tribunal ha señalado igualmente que el empleo de la edad del trabajador como único criterio de aplicación de un contrato de trabajo de duración determinada, sin que se haya demostrado que la fijación de un límite de edad como tal, independientemente de cualquier otra consideración relacionada con la estructura del mercado laboral de que se trate y de la situación personal del interesado, resulte objetivamente necesaria para la consecución del objetivo de inserción profesional de los trabajadores desempleados de edad avanzada, conduce a considerar que dicha medida excedería de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido⁵¹.

⁴⁶ Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de julio de 2012, Hörnfeldt, asunto C 141/11, que, no obstante recuerda como ciertamente ha señalado que esta prohibición de discriminación por motivos de edad debe entenderse a la luz del derecho a trabajar reconocido en el artículo 15, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De ello resultaría que debería prestarse una atención especial a la participación de los trabajadores de más edad en la vida profesional y, por ende, en la vida económica, cultural y social. De este modo el mantenimiento en activo de estas personas favorecería la diversidad en el empleo, contribuyendo asimismo al desarrollo personal y a la calidad de vida de los trabajadores afectados, conforme a las pretensiones del legislador de la Unión

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, Fuchs, asuntos acumulados C 159/10 y C 160/10 que sintetiza e intenta unificar la doctrina de las sentencias palacios de la Villa y Rosenbladt. Véase igualmente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de noviembre de 2010, Georgiev, asuntos acumulados C 250/09 y C 268/09

⁴⁸ Nuevamente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de julio de 2011, Fuchs, asuntos acumulados C 159/10 y C 160/10

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 26 de septiembre de 2013. Dansk Jurist, asunto C 546/11.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de noviembre de 2012, Comisión Europea contra Hungría, asunto C 286/12, apartados 68 a 71.

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C 144/04

2.2. *Las referencias a las personas de edad en las políticas de empleo y ante el envejecimiento activo*

Por otra parte, un segundo vector al que antes hemos hecho referencia y que presenta una importancia cada vez mayor en este campo, se centra en las orientaciones que, en relación con este tema, se realizan por parte de las instituciones europeas en el marco, ya sea de la Estrategia Europea de Empleo, en el de la Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles o en el amplio ámbito de actuaciones dirigidas a lograr un envejecimiento activo de la población europea⁵².

2.2.1. *Las referencias a las personas de edad en las Directrices y Orientaciones de Empleo*

En este sentido, un breve repaso por el primero de dichos ámbitos demuestra sin duda el progresivo e imparable interés por este colectivo y, como veremos, por su progresiva activación⁵³.

Este interés tiene seguramente su punto de partida en las propias fases previas a la aparición de la mencionada Estrategia. Baste recordar cómo, tras proclamarse 1993 “Año europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre las generaciones”, la Declaración del Consejo de Essen en diciembre de 1994 ya identificó la necesidad de conceder una peculiar atención a la difícil situación de, entre otros, los desempleados de cierta edad⁵⁴. Y como, poco después, el 29 de junio de 1995, se va a realizar la que seguramente es la primera declaración política en la UE sobre la necesidad de adoptar medidas especiales en ese ámbito: la Resolución sobre el empleo de los trabajadores de edad avanzada⁵⁵ en la que se establecían dos principios fundamentales. El primero la necesidad de intensificar los esfuerzos para adaptar la formación profesional y las condiciones laborales a las necesidades de los trabajadores de edad avanzada. Y el segundo la exigencia de adoptar medidas para prevenir la exclusión de los trabajadores de edad avanzada del mercado laboral y para que dichos trabajadores contasen con recursos financieros su-

⁵² Más ampliamente se remite al reciente estudio de N. ORDÓÑEZ PASCUA, *Políticas de empleo en la Unión Europea*, Ed. Juruá, Lisboa, 2013, pp. 180 y ss.

⁵³ Un primer estudio sobre estos documentos y desde esta perspectiva en Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Trabajadores de edad avanzada...”, *cit.*, pp. 229-230; A. SAGARDOY BENGOCHEA, J. L. GIL Y GIL, “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, en AAVV., *Tratado de jubilación...*, *cit.*, pp. 1119 y ss.

⁵⁴ Sobre estas fases previas, véase COMITÉ DE LAS REGIONES, *Las personas de edad avanzada en la vida laboral*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, diciembre 2003, pp. 10 y ss. Situando igualmente en este punto el inicio del interés comunitario por este grupo G. LOY, “El empleo de los trabajadores maduros. Marco general”, en AAVV., *Trabajadores maduros...*, *cit.*, p. 81.

⁵⁵ Diario Oficial n° C 228 de 02/09/1995 pp. 0001-0003.

ficientes. Además se proponían medidas a adoptar por los poderes públicos y por los propios interlocutores sociales dirigidas a sensibilizar a los empleadores sobre las consecuencias de los despidos de trabajadores de edad avanzada, a fomentar la reintegración de los trabajadores de edad avanzada desempleados y a eliminar las posibles barreras legales al empleo de los trabajadores de edad avanzada⁵⁶.

Es cierto que este tema y este grupo de trabajadores recibió una muy escasa o casi nula atención en las Directrices para el empleo en 1998 —contempladas en la Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1997⁵⁷—. Pero no cabe olvidar como las Directrices para el empleo en 1999, aprobadas por Resolución del Consejo de 22 de febrero de 1999⁵⁸, y que ya tenían en cuenta las conclusiones del Consejo de Cardiff⁵⁹ sí hacían una expresa mención al colectivo de personas de más edad, fundamentalmente en “el contexto de una política activa” relativa “al envejecimiento”, proponiendo medidas tales como “el mantenimiento de la capacidad de trabajo, el aprendizaje permanente y otras disposiciones laborales flexibles, para que los trabajadores de más edad puedan también participar activamente en la vida laboral”. De ahí que estas mismas directrices apostaran y otorgaran una “particular importancia” a facilitar el acceso a los trabajadores de mayor edad a las posibilidades de formación permanente, en particular en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación. Por lo demás, y en una línea similar, las Directrices para el empleo del año 2000 aprobadas por Decisión del Consejo, de 13 de marzo de 2000⁶⁰, volvieron a insistir en la necesidad de revisar y reestructurar sus sistemas de prestaciones y fiscalidad a fin de desarrollar “una política tendente a la prolongación de la vida activa que incluya medidas apropiadas tales como el mantenimiento de la capacidad de trabajo, el aprendizaje a lo largo de la vida y otras fórmulas de trabajo flexible, de forma que los trabajadores de edad también puedan seguir participando activamente en la vida profesional” y potenciar, como en el caso anterior, la participación en la formación de las personas de edad.

No obstante, seguramente el salto cualitativo en este proceso de progresiva atención se produce con las Directrices de 2001, aprobadas por la Decisión del

⁵⁶ Más información en FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y DE TRABAJO, *La lucha contra las barreras de la edad en el empleo resumen de la investigación*; (elaborado por A. WALKER), Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1998, p. 8.

⁵⁷ Diario Oficial n° C 030 de 28/01/1998

⁵⁸ Diario Oficial n° C 069 de 12/03/1999

⁵⁹ De 15 y 16 de junio de 1998 y en las que ya se señalaba que: “Las orientaciones que guiarán nuestros futuros trabajos sobre el empleo incluirán: el refuerzo del desarrollo de una mano de obra cualificada y adaptable, sobre todo a través de la formación permanente; se deberá dedicar especial atención a los trabajadores de edad”. Véase G. LOY, “El empleo de los trabajadores maduros. Marco general”, en AAVV., *Trabajadores maduros...*, cit., p. 82.

⁶⁰ Diario Oficial n° L 072 de 21/03/2000

Consejo, de 19 de enero de 2001⁶¹ que en buena parte se conectan con algunos de los contenidos propuestos en la Agenda Social Europea aprobada por el Consejo Europeo de Niza en diciembre de 2000⁶². En ellas se destacaba ya expresamente la necesidad de desarrollar una política para prolongar la vida activa. Y así, y de acuerdo con la misma “para alcanzar el pleno empleo, garantizar la equidad y viabilidad a largo plazo de los regímenes de seguridad social y aprovechar la experiencia de los trabajadores de más edad, se precisan profundos cambios en las actitudes sociales predominantes frente a dichos trabajadores, así como una revisión de los sistemas fiscales y de protección social”. De ahí que se orientase a los Estados miembros a que desarrollasen, “en su caso con los interlocutores sociales, políticas destinadas a prolongar la vida activa, a fin de mejorar la capacidad de los trabajadores de más edad y aumentar los incentivos para que sigan perteneciendo a la población activa durante el mayor tiempo posible, en particular: adoptando medidas positivas para mantener la capacidad laboral y las competencias de los trabajadores de más edad, sobre todo en un mercado laboral basado en el conocimiento, y en particular mediante un acceso suficiente a la educación y la formación, para introducir fórmulas flexibles de trabajo, incluido, por ejemplo, el trabajo a tiempo parcial en caso de que así lo elijan los trabajadores y para sensibilizar a los empresarios sobre el potencial de dichos trabajadores; y, en segundo lugar, revisando los sistemas de ventajas fiscales a fin de reducir la desincentivación y hacer que a estos trabajadores les resulte más atractivo el hecho de seguir participando en el mercado de trabajo⁶³. En esta misma línea, por lo demás, se movían ya las Directrices para el año 2002, aprobadas por Decisión del Consejo de 18 de febrero de 2002⁶⁴, que eso sí, incorporaban ya el objeto fijado en el Consejo de Estocolmo de alcanzar una tasa de empleo específica del 50% en el año 2010 para las personas de entre 55 y 64 años⁶⁵. De ahí que no deba extrañarnos que poco

⁶¹ Diario Oficial n° L 022 de 24/01/2001

⁶² Diario Oficial n° C 157 de 30/05/2000. En esta agenda se remarcaba, por ejemplo, la necesidad de responder al envejecimiento de la población facilitando y apoyando “la continuación de la actividad de los trabajadores de edad, la viabilidad de los sistemas de jubilación y las medidas para asumir las situaciones de dependencia” ya que “al reducir la carga de las jubilaciones por persona activa ocupada, aumentará la capacidad de hacer frente al envejecimiento”. Del mismo modo que, al apostar por un mayor número y una mejor calidad de los puestos de trabajo se reiteraba la necesidad “de facilitar el mantenimiento del empleo de los trabajadores de edad” y el acceso al mismo. Finalmente se recordaba a necesidad de “velar por la aplicación efectiva de la legislación comunitaria en lo que se refiere a la lucha contra toda forma de discriminación por motivos” entre otros de “edad”.

⁶³ Esta necesidad de reducir los incentivos fiscales y de otro tipo —discapacidad, enfermedad y desempleo— al abandono temprano del empleo fue ampliamente estudiada por la OCDE., *Live longer, work longer, cit.*, pp. 96 y ss.

⁶⁴ Diario Oficial n° L 060 de 1/03/2002

⁶⁵ Como se recordará el Consejo Europeo de Estocolmo de los días 23 y 24 de marzo de 2001 completo con objetivos intermedios para enero de 2005 y con un nuevo objetivo para 2010,

más tarde el Informe conjunto de la Comisión y del Consejo titulado “*Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa*” adoptado por el Consejo el 7 de marzo de 2002, concluyera que la consecución de este objetivo requería la puesta en marcha de estrategias globales a escala nacional que siguiesen un enfoque basado en el ciclo vital; o que el Consejo Europeo de Barcelona acordase que para 2010, la Unión Europea debería intentar elevar progresivamente en torno a cinco años la edad media efectiva a la que las personas dejan de trabajar en la Unión Europea y que en 2001 se situaba en 59,9 años.

La aprobación de las Directrices de 2003-2004⁶⁶, y con ellas, de los denominados “diez mandamientos”, no va a suponer notables variaciones sobre la óptica ya señalada, aunque sí se aprecia, claramente, el influjo que sobre estas Directrices tuvo el conocido informe *Jobs, jobs, jobs: creating more employment in Europe* del Employment Taskforce dirigido por Wim Kok⁶⁷ y publicado en noviembre de 2003. Como se recordará, este informe, tras señalar cómo “el incremento de la tasas de empleo de los trabajadores de mayor edad y el retraso en la edad media de salida del mercado laborales es uno de los mayores desafíos para Europa” apostaba por implementar medidas “urgentes y drásticas” en el marco de estrategias amplias y exhaustivas para responder al envejecimiento, asegurando no solo un mayor porcentaje de permanencia en el empleo para las cohorte de 55 a 64, sino también —y esto es sin duda llamativo, por la ampliación del marco de referencia— mejorando la empleabilidad de los que en aquel momento se encontraban entre los 40 y 50 años. Para ello se proponían tres vectores fundamentales. El primero establecer incentivos para retrasar el retiro de los trabajadores mediante medidas fiscales, de empleo y de protección social, unidos a actuaciones para que los empresarios contrataran y mantuvieran el empleo de estas personas mayores. La segunda promover el acceso a la formación a lo largo de toda la vida y, en especial, la formación en el lugar de trabajo en la que los trabajadores mayores se encontraban infrarrepresentados, en especial en relación con aquellos de escasa cualificación. Y ya por último, y en tercer lugar, incrementar la calidad en el trabajo para promover ambientes laborales atractivos, sanos y adaptables, incluyendo las fórmulas de trabajo a tiempo parcial o las interrupciones en la carrera profesional.

destinado a reflejar el desafío demográfico, en relación con la tasa media de empleo de los hombres y las mujeres de más edad.

⁶⁶ Decisión 2003/578/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, Diario Oficial n° L 197 de 05/08/2003. Estas directrices fueron, como se recordará, prorrogadas para 2004 por la Decisión 2004/740/CE del Consejo de 4 de octubre de 2004, Diario Oficial n° L 326 de 29-10-2004.

⁶⁷ Disponible el 1 de octubre en <http://bookshop.europa.eu/en/jobs-jobs-jobs-creating-more-employment-in-europe-pbKE5703265/>.

Pues bien, con estos presupuestos, las Directrices para 2003 y 2004 no solo van a incorporar dentro de los objetivos generales —en relación, específicamente, con el de pleno empleo—, el ya comentado objetivo de la tasa de empleo de las personas de más edad para el año 2010, sino que van a abordar específicamente el tratamiento de este grupo al hilo de la necesidad de aumentar la oferta de mano de obra, promoviendo “la prolongación de la vida activa, en particular estimulando condiciones laborales que favorezcan el mantenimiento del empleo —como el acceso a la formación continua, el reconocimiento de la importancia de la salud y seguridad en el trabajo y las formas flexibles e innovadoras de organización del trabajo— y eliminando los incentivos que favorecen el abandono prematuro del mercado laboral, sobre todo mediante la reforma de los regímenes de jubilación anticipada y la adopción de medidas destinadas a garantizar que seguir activo en el mercado de trabajo resulte rentable; y animando a los empresarios a contratar trabajadores de más edad”. En particular, continuaba esta quinta directriz específica, “las políticas tendrán como objetivo conseguir, de aquí a 2010, un incremento de cinco años, a escala de la Unión Europea, de la media de edad a la que las personas dejan de trabajar” destacando, en este sentido, el importante papel de los interlocutores sociales⁶⁸. Por otra parte, y en relación con la necesidad de hacer atractivo el empleo, se destacaba la importancia de que los Estados reformasen los “incentivos financieros a fin de hacer el trabajo más atractivo y de animar a los hombres y mujeres a buscar, ocupar y conservar un puesto de trabajo...”. De ahí que “estos mismos Estados deberían revisar y, llegado el caso, reformar los sistemas fiscales y de prestaciones sociales, así como su interacción, con objeto de eliminar las trampas del desempleo, la pobreza y la inactividad, y de estimular la participación en el empleo entre otros, de los trabajadores de más edad”. Y todo ello tras señalar como los Estados Miembros “preservando en todo momento un nivel apropiado de protección social, revisarán en particular las tasas de sustitución y la duración de las prestaciones; garantizarán una gestión eficaz de las prestaciones, especialmente en conexión con una búsqueda de trabajo efectiva, incluido el acceso a medidas de activación en apoyo de la empleabilidad, teniendo en cuenta las situaciones individuales; considerarán, en su caso, la concesión de prestaciones vinculadas al desempeño de un empleo y actuarán con vistas a eliminar las trampas de la inactividad”.

⁶⁸ De hecho la propia Decisión recalca el hecho de que “con arreglo a sus tradiciones y prácticas nacionales, debería invitarse a los interlocutores sociales a escala nacional a que garanticen la efectiva puesta en práctica de las Directrices de empleo y a informar sobre sus contribuciones más significativas en todos los ámbitos de su responsabilidad, en particular por lo que respecta a la gestión del cambio y la adaptabilidad, las sinergias entre flexibilidad y seguridad, el desarrollo de los recursos humanos, la igualdad entre hombres y mujeres, el hacer rentable el trabajo y el mantenimiento de la vida activa pese a avanzar en la edad así como la salud y la seguridad en el trabajo”.

Pues bien, en este contexto, la aparición en 2005-2008 de unas directrices integradas para el crecimiento y el empleo que reunían en un texto único, coherente y simplificado las Orientaciones generales de política económica (OGPE) y las directrices de empleo⁶⁹ tampoco va a suponer un cambio drástico en esta cada vez más clara orientación e instrumentos. Las Directrices integradas 17 y 18, partiendo de la ya comentada previsión de disminución de la población en edad de trabajar y de la necesidad de un enfoque intergeneracional, apuestan nuevamente por “el apoyo al envejecimiento activo, por ejemplo mediante condiciones de trabajo adecuadas, la mejora del estado de salud (en el trabajo) y unas medidas apropiadas que incentiven el trabajo y disuadan de la jubilación anticipada”, Y de la misma manera, la Directriz integrada 23 volvía a insistir en la necesidad de “estrategias eficaces de aprendizaje permanente accesibles a todos en las escuelas, empresas, autoridades públicas y hogares conforme a los acuerdos europeos, incluidos incentivos adecuados y mecanismos de reparto de costes, con vistas a mejorar la participación en la formación continua y en el lugar de trabajo a lo largo de toda la vida, especialmente para los trabajadores poco cualificados y de mayor edad”. De ahí que, finalmente, tampoco debe extrañarnos que entre los objetivos se volviese a insistir en el tantas veces mencionado aumento de cinco años en la edad media efectiva de salida del mercado laboral en la UE, con respecto a los 59,9 años en 2001, para 2010, y que pocos o casi ningún cambio cupiera apreciar en las ahora orientaciones para los años 2008 a 2010⁷⁰.

Por su parte la aparición de la Estrategia Europa 2020 va a suponer, en gran medida, la integración de estas políticas en el ámbito del crecimiento integrador que, de acuerdo con la propia Comisión abarcaría la idea de “garantizar el acceso y las oportunidades para todos, independientemente de su edad”. Así y desde esta misma perspectiva, las Orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros aprobadas por la Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010⁷¹ —y que, como se recordará, se mantienen hasta el año 2013⁷²— se

⁶⁹ Decisión 2005/600/CE: del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros Diario Oficial n. L 205, de 06.08.2005

⁷⁰ Decisión 2008/618/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. Diario Oficial n. L 198, de 26.07.2008

⁷¹ Diario Oficial n. L 308, de 24.11.2010. De hecho, en la misma expresamente se señalaba como “el crecimiento integrador consiste en construir una sociedad cohesionada en la que se capacite a las personas para prever y gestionar el cambio, participando así activamente en la sociedad y la economía. Por consiguiente, las reformas aplicadas por los Estados miembros deben garantizar a todos los ciudadanos acceso y oportunidades a lo largo de toda su vida, reduciendo así la pobreza y la exclusión social mediante la eliminación de los obstáculos a la participación en el mercado laboral, especialmente para las mujeres, los trabajadores de mayor edad, los jóvenes, las personas con discapacidad y los emigrantes en situación regular”.

⁷² Decisión 2013/208/UE del Consejo de 22 de abril de 2013 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, Diario oficial n. L. 188 de 30.4.2013.

guirán haciendo referencia a promover el envejecimiento activo y a incrementar la participación de los trabajadores de mayor edad —Orientación 7— al mismo tiempo que se sigue insistiendo en aumentar “la aptitud para el empleo de los trabajadores de más edad” —Orientación 8—.

No obstante, seguramente lo más llamativo es cómo, junto a esta perspectiva clásica de colectivo más desfavorecido, que hace que su problemática se aborde en muchas ocasiones de forma conjunta con otros segmentos como jóvenes, mujeres y personas con discapacidad, el tratamiento de esta relación entre las personas de edad y el sistema productivo se va a ir centrando, de forma progresiva pero cada vez más clara, en torno a un nuevo problema como es el envejecimiento, que se percibe —también progresivamente— como uno de los grandes retos europeos a largo plazo⁷³, junto con la mundialización y la presión sobre los recursos. De ahí, por ejemplo, que en el marco de la Iniciativa emblemática: “Una agenda para nuevas cualificaciones y empleos” se inste a los Estados a desarrollar “políticas de envejecimiento activo” y que al mismo tiempo, estas menciones en instrumentos de la Estrategia Europea de Empleo, deban ponerse en conexión con la necesidad de paliar los efectos tanto económicos como sobre las finanzas públicas de este problema del envejecimiento.

2.2.2. El empleo de las personas de edad en el marco de un envejecimiento activo

En este sentido caso, ya en el año 2004 la Comisión Europea había señalado en su Comunicación *Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo*⁷⁴ la necesidad de apoyar un envejecimiento activo mediante una pléyade de medidas que, en relación con los Estados, cubrían los incentivos financieros para no fomentar la jubilación anticipada y garantizar la rentabilidad del trabajo, el acceso a estrategias de formación y de aprendizaje permanente, las políticas eficaces de mercado de trabajo y buenas condiciones de trabajo que promuevan la conservación del empleo, atendiendo a aspectos como

⁷³ Del que se destaca su aceleración ya que “al irse jubilando la generación de la explosión demográfica de los años 60, la población activa de la UE empezará a disminuir a partir de 2013/2014. El número de mayores de 60 años aumenta dos veces más rápido de lo que lo hacía antes de 2007, es decir, en unos dos millones al año en vez de en un millón anteriormente. La combinación de una menor población activa y una mayor proporción de jubilados se traducirá en más tensiones en nuestros sistemas de bienestar”.

⁷⁴ COM (2004) 146 final, 3 de marzo de 2004. Sobre la misma véase las interesantes reflexiones de L LÓPEZ CUMBRE “Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo. Comentario a la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2004, n. 52.

la higiene y seguridad⁷⁵, las condiciones de trabajo flexibles (incluidos el tiempo parcial y las interrupciones de la vida profesional) o los servicios asistenciales. Y todo ello sin olvidar el relevante papel que debían asumir los interlocutores sociales, especialmente a través de la negociación colectiva, y a los que se reclamaba atención en aspectos como la reconsideración del peso de los elementos de veteranía en los salarios, con vistas a adaptar mejor las retribuciones a la productividad y la eficacia; la organización del trabajo y mejoras de la seguridad y las condiciones de trabajo; el aprendizaje permanente (con especial relevancia para la formación en el lugar de trabajo); la eliminación de incentivos a la jubilación anticipada; la regulación de mayores derechos a pensión para las personas que continuasen trabajando más tiempo, así como de regímenes flexibles de jubilación que combinasen la jubilación gradual con el trabajo a tiempo parcial.

Con todo, seguramente la aportación más importante en este ámbito son las denominadas “Orientaciones que han de guiar el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones” elaboradas por el Comité de Protección Social y el Comité de Empleo e incorporadas como Anexas a la Declaración adoptada por el Consejo (EPSCO) el 6 de diciembre de 2012⁷⁶ en el marco del Año Europeo del Envejecimiento Activo y de Solidaridad Intergeneracional.

Esta Declaración parte un “acuerdo sobre mensajes políticos clave” en el que, tras destacar la importancia de este envejecimiento activo, se señala como el mismo comprende la participación de las personas de más edad en los asuntos económicos, políticos, culturales y cívicos, así como en el mercado de trabajo. De ahí que se resalte, nuevamente, cómo:

- a) El potencial de trabajo de las personas de más edad debe ser aprovechado plenamente por medio de sistemas de aprendizaje permanente, políticas de envejecimiento activo que capaciten a hombres y mujeres para mantenerse en el empleo durante más tiempo, políticas de salud y seguridad en el trabajo y la promoción del envejecimiento sano como un proceso continuo a lo largo del ciclo vital.
- b) Y como, desde esta perspectiva general, deberían igualmente fomentarse las medidas para alentar la cooperación entre las generaciones y eliminarse las percepciones negativas y los estereotipos, incluidos los estereotipos de género a escala central, regional y local, incorporando la perspectiva del envejecimiento activo en todos los ámbitos de políticas pertinentes,

⁷⁵ En esta línea la Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 2002 relativa a la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2002-2006) (COM (2002) 18 ya había recomendado que las medidas de prevención tuvieran en cuenta la edad, con una orientación específica al envejecimiento de los trabajadores.

⁷⁶ Disponible el 1 de octubre de 2014 en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2017468%202012%20INIT>.

Pues bien, desde esta perspectiva política y multidimensional progresivamente asumida a nivel europeo⁷⁷ y centrándonos ya en el apartado de Empleo de las Orientaciones antes señaladas —y que abarcan obviamente otros ámbitos como la participación en la sociedad y la vida independiente que no podemos abordar aquí— las mismas se centraron especialmente en:

- a) Respecto del área de educación y formación profesional permanentes, en la que se insta a ofrecer a mujeres y hombres de todas las edades acceso a, y participación en, educación formación y desarrollo de capacidades para (re)introducirlas y hacerlos participar plenamente en el mercado laboral en puestos de trabajo de calidad⁷⁸.
- b) Además, y en relación con las condiciones de trabajo se insta a fomentar unas condiciones y entornos laborales que mantengan la salud y el bienestar de los trabajadores para garantizar así una capacidad de inserción profesional a lo largo de toda la vida.
- c) Igualmente se insta a desarrollar estrategias de gestión de la edad, adaptando las carreras y condiciones de trabajo a las necesidades cambiantes de los trabajadores según envejecen para evitar así una jubilación anticipada.
- d) En relación con los Servicios de empleo para trabajadores mayores, se destaca la necesidad de proporcionar asesoramiento, colocación y apoyo a la

⁷⁷ Por mencionar tan solo un ejemplo más, baste recordar como ya en 2009 la propia Comisión —Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones— Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico) COM/2009/0180 final señala que Además de los incentivos incluidos en los sistemas de pensiones, tributarios y de prestaciones sociales[10], la estrategia de reforma deberá proponerse cambiar la actitud respecto de los trabajadores de más edad, desarrollando sus cualificaciones y sus posibilidades de empleo mediante un aprendizaje permanente eficaz. Se requieren unas condiciones de trabajo adecuadas, que incluyan una mayor flexibilidad de los horarios de trabajo y de la organización del trabajo en general, junto con oportunidades de empleo para una mano de obra que envejece. Tales medidas deberían contribuir a aumentar la tasa de empleo y la calidad de vida de las personas de más edad. Una población de edad avanzada con mejor estado de salud. Una población con mejor salud podrá trabajar permanecer más tiempo en su puesto de trabajo, permitiendo un aumento de la productividad y de la tasa de actividad, y necesitará menos asistencia sanitaria, lo que, en definitiva, implicará una menor presión sobre las finanzas públicas. Aumentar la esperanza de vida en buen estado de salud será un factor esencial a fin de alcanzar el objetivo de la Estrategia de Lisboa de aumentar la capacidad del mercado laboral para atraer y retener a los trabajadores. Al mismo tiempo, unas sociedades en proceso de envejecimiento representan una oportunidad para una rápida creación de empleo en los sectores de servicios sanitarios y sociales y requerirán medidas de activación y formación.

⁷⁸ En esta misma línea se había situado ya el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen *El impacto económico y presupuestario del envejecimiento de la población*, DOUE C 161/01, de 13.7.2007.

reintegración de trabajadores mayores que deseen permanecer en el mercado laboral.

- e) Y todo ello evitando la discriminación por edad y garantizando los derechos iguales para los trabajadores mayores en el mercado laboral, absteniéndose así de recurrir a la edad como criterio decisivo a la hora de evaluar si un trabajador es apto o no para un puesto de trabajo; evitando estereotipos negativos relacionados con la edad y actitudes discriminatorias para con trabajadores mayores en el puesto de trabajo y poniendo de relieve la contribución que hacen los trabajadores mayores.
- f) Tras instar a rentabilizar el conocimiento y las capacidades de los trabajadores mayores mediante tutorías y equipos compuestos por personas de edades diversas —transferencia de experiencias—.
- g) Se insta igualmente a establecer una fiscalidad favorable al empleo revisando en su caso los regímenes fiscales y de beneficios para garantizar que a los trabajadores mayores les compense trabajar, a la vez que se garantiza un adecuado nivel de beneficios.

Finalmente, quizás no esté de más recordar cómo conectada seguramente con todas estas ideas, la reciente Comunicación de la Comisión relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020⁷⁹ no solo señala como uno de sus tres retos el combatir el cambio demográfico identificando factores que permitan prolongar la carrera profesional⁸⁰, sino que además, identifica como uno de los siete objetivos estratégicos clave de este nuevo marco la gestión del envejecimiento de la mano de obra.

2.2.3. El empleo de las personas de edad y la sostenibilidad de los sistemas de protección social en un contexto de envejecimiento y estabilidad presupuestaria: su conexión con el tratamiento de la jubilación

En cualquier caso, esta perspectiva más general, que intersecciona, pero obviamente condiciona, a la más específica limitada al empleo, debe conectarse igual-

⁷⁹ Bruselas, 6.6.2014, COM(2014) 332 final.

⁸⁰ Así expresamente se señala como “Para prolongar adecuadamente una carrera profesional es muy importante adaptar como es debido el lugar de trabajo y la organización de este, incluida la jornada laboral, la accesibilidad del puesto y las intervenciones dirigidas a los trabajadores de más edad. Para hacer frente a las cambiantes capacidades de los trabajadores a causa del envejecimiento, también es importante desarrollar la empleabilidad a lo largo de toda la vida. Diversos productos y servicios innovadores en el ámbito de las TIC (por ejemplo, el “trabajo” asistido por el entorno) ofrecen una amplia gama de posibilidades de mejora de la empleabilidad. Además, son necesarias medidas de reintegración y rehabilitación que permitan que los trabajadores vuelvan al trabajo rápidamente tras un accidente o una enfermedad, a fin de evitar su exclusión permanente del mercado de trabajo”.

mente con un nuevo ámbito de actuación y preocupación comunitaria que, centrado en este caso en el impacto económico del envejecimiento, analiza y aborda —eso sí, entre otras—, esta misma cuestión —la del empleo de las personas de edad— conectándola inevitablemente con la sostenibilidad de instituciones básicas de nuestro sistema de protección social como el retiro y los costes de sanidad y, correlativamente, con las exigencias impuestas en el Pacto de Estabilidad.

Aunque obviamente la actual crisis de la deuda ha destacado la importancia de esta perspectiva, lo cierto es que esta misma conexión ha estado presente desde hace años en el ámbito de la UE. Ya en el año 2001 el Consejo Europeo de Estocolmo definió una triple estrategia en relación con el problema del envejecimiento de la población que, considerada en general aún válida, partía ciertamente del tantas veces comentado incremento de las tasas de empleo —y, en particular, de los trabajadores de más edad—, pero también exigía reducir la deuda pública y, estrechamente conectado con todo lo anterior, reformar los sistemas de Seguridad Social y, en especial, los de jubilación⁸¹. Y ello ya que, en definitiva, no cabe obviar cómo la propia configuración normativa de la jubilación, de sus exigencias en especial con respecto a la edad, de la relación del pensionista con la actividad laboral o incluso de la tasa de sustitución o reemplazo que represente la prestación con respecto al último salario⁸² son elementos que, por un lado influyen ciertamente en la cuantificación del coste para los presupuestos públicos y, por tanto en su sostenibilidad, pero también en la toma de decisiones por parte de las personas de edad sobre la continuación o no, y con qué rasgos y características, de su relación con la actividad⁸³.

De hecho, esta misma conexión entre ambas perspectiva podía apreciarse igualmente en la Comunicación de la Comisión de 2006 sobre el futuro demográfico de Europa; una Comunicación en la que eso sí, tras reiterar muchos de los vectores antes señalados al hilo de su búsqueda de más empleo y una vida activa más larga y de calidad⁸⁴, señalaba ya, al hilo de la sostenibilidad del sistema, co-

⁸¹ COM(2006) 571 final.

⁸² <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/143940.pdf>.

⁸³ Por todos, OCDE, *Live longer, work longer*, 2006, *passim*, en especial, pp. 52 y ss. y 85 y ss.

⁸⁴ En este sentido, señalaba la Comisión como “el envejecimiento demográfico invita, sin embargo, a conceder una importancia estratégica al incremento de la tasa de participación de las mujeres y de los hombres mayores de 55 años. Para ello serán necesarias reformas de envergadura para suprimir los estímulos a la salida precoz del mercado laboral y fomentar el empleo de los mayores. También hay que velar por que sea realmente posible trabajar más tiempo y porque todas las políticas públicas amplíen las posibilidades de empleo de los trabajadores de edad avanzada. El “envejecimiento activo” es por sí solo una orientación global y duradera, en la que deben intervenir muchos otros elementos además de la reforma de las pensiones. Para plantearse positivamente trabajar más tiempo, es preciso no tener que seguir haciendo frente a prejuicios discriminatorios, haber recibido una preparación para actualizar y valorar las competencias adquiridas con el tiempo, poder acceder a unos sistemas de jubilación flexible, tener

mo, si bien “las recientes reformas de las pensiones en varios países permitirán reducir sensiblemente el desequilibrio financiero de los regímenes de pensiones”, pueden ser no obstante “necesarias reformas adicionales en algunos países, en particular para evitar salidas precoces del mercado laboral, incrementar la edad de cese definitivo de actividad, ofrecer a los mayores estímulos financieros para que permanezcan en el mercado laboral y hacer posible que las personas completen sus pensiones de jubilación con pensiones complementarias, garantizando al mismo tiempo un mejor equilibrio entre las prestaciones y las cotizaciones de una persona”.

Es más, desde esta misma perspectiva, la Comisión ya en 2009 seguía sosteniendo⁸⁵ como la reforma de los sistemas de pensiones de invalidez y de jubilación anticipada y el aumento de la edad efectiva de jubilación constituían una prioridad con objeto de aumentar la oferta de trabajo de las personas de más edad y contribuir a un crecimiento económico sostenible frente a la adversa evolución demográfica. De ahí que para animar a las amplias cohortes nacidas en los años 60 “a mantenerse en actividad debieran de suprimirse obstáculos al empleo, tales como la edad de jubilación obligatoria, e introducirse mecanismos de jubilación flexible que les permitan elegir el momento de su jubilación y obtener derechos de pensión adicionales”. Y todo ello tras recordar que los sistemas de trabajo a tiempo parcial podían ser una buena solución para permitir a los trabajadores de más edad obtuviesen ingresos suficientes y aumentar la oferta de trabajo.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es que para las propias instancias europeas esta estrecha imbricación entre la regulación de la jubilación, el empleo de las personas de edad y la sostenibilidad, en general, de las cuentas públicas es una cuestión de la mayor prioridad. Y ello ya que como recordaba el reciente Libro Blanco *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*⁸⁶ “reformular los sistemas de pensiones para aumentar la tasa de participación en el mercado laboral será fundamental para mejorar el crecimiento económico y establecer unas bases sólidas con vistas a unas pensiones sostenibles y adecuadas”. Pero este “éxito de las reformas destinadas a aumentar la edad de jubilación (incluida la desaparición progresiva de los planes de jubilación anticipada) depende,

una buena salud física y mental, pero además esperar seguir viviendo aún mucho tiempo teniéndola... En particular, todos deben poder acceder más fácilmente a la formación permanente, especialmente los trabajadores menos cualificados o que tienen unas condiciones de empleo menos favorables. Estos ámbitos no son nuevos, pero ahora el envejecimiento demográfico les otorga el carácter de una inversión prioritaria para el futuro que la Unión Europea apoya, en particular a través del programa “educación y formación 2010”.

⁸⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico) COM/2009/0180 final.

⁸⁶ Bruselas, 16.2.2012, COM(2012) 55 final.

no obstante, de que se ofrezca a las mujeres y los hombres de más edad mejores oportunidades para permanecer en el mercado de trabajo. Esto incluye adaptar los lugares de trabajo y la organización del trabajo, fomentar el aprendizaje a lo largo de la vida, adoptar políticas rentables destinadas a conciliar la vida laboral, privada y familiar, tomar medidas para contribuir al envejecimiento saludable y luchar contra las desigualdades de género y la discriminación por edad. Además, la aceptación política de estas reformas dependerá de si se consideran justas. Para ello, es necesario tener en cuenta que la capacidad para trabajar, y para encontrar trabajo, difiere mucho de una persona a otra”.

De ahí que no deba extrañarnos que la Recomendación del Consejo de 10 de julio de 2012 sobre el Programa Nacional de Reforma de 2012 de España⁸⁷ ya señalase en su segundo punto la necesidad de “asegurar que la edad de jubilación vaya aumentando en función de la esperanza de vida a la hora de regular el factor de sostenibilidad previsto en la reciente reforma del sistema de pensiones y respaldar la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad con medidas concretas encaminadas a desarrollar más el aprendizaje permanente, mejorar las condiciones laborales y fomentar la reincorporación de este grupo de trabajadores al mercado de trabajo”. O que de una forma similar, aunque eso sí, ya más escueta y segmentada la Recomendación de 9 de julio de 2013⁸⁸ volviera a insistir en “culminar al final de 2013 a más tardar la regulación del factor de sostenibilidad, a fin de garantizar la estabilidad financiera a largo plazo del sistema de pensiones, incluso aumentando la edad efectiva de jubilación mediante el ajuste de la edad de jubilación o las pensiones de jubilación a los cambios en la esperanza de vida”, del mismo modo que señalaba —eso sí, en otro punto— la necesidad de “reforzar la eficacia de los programas de recualificación para los trabajadores de más edad y de escasa cualificación”. En cambio, y llamativamente, este tema desaparece en la Recomendación para 2014⁸⁹, quizás como consecuencia de la aprobación ya de la Ley 23/2013 de factor de sostenibilidad sobre la que más tarde volveremos.

⁸⁷ Y por la que se emitía un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2015, DO C 219 de 24.7.2012.

⁸⁸ Relativas al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2016, DO C 217 de 30.7.2013.

⁸⁹ De 8 de julio de 2014 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2014 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2014 DO C 247 de 29.7.2014

2.3. *A modo de síntesis*

Tras todo este abigarrado recordatorio de Recomendaciones, Orientaciones y Comunicaciones quizás resulte conveniente realizar una cierta recapitulación que, al menos a nuestro juicio, podría centrarse en tres ideas clave.

La primera, obvia, se centra en la progresiva importancia que, de forma o indirecta, específica o como parte de problemas o cuestiones más globales, ha ido asumiendo la cuestión de la relación con la actividad productiva de las personas de más edad en el ámbito de la Unión Europea y de sus instituciones. Y ello tanto desde el plano normativo —ya hemos destacado la novedad internacional que supuso en su momento la expresa consideración de la edad como motivo de la vedada discriminación— como en el derecho indicativo o en el *soft-law* cuya capacidad, no obstante, de influir en la actuaciones de los Estados Miembros es, sin duda, ciertamente destacable.

La segunda idea que querríamos destacar, estrechamente ligada con la anterior, pero bastante más valorativa, es que, al menos a nuestro juicio, buena parte de esta progresiva importancia, de este paulatino pero imparable incremento en la atención prestada a esta cuestión por parte las instituciones comunitarias, sería simple consecuencia de la confluencia sobre la misma de distintas perspectivas, algunas de las cuales están ligadas a lo que seguramente serán los retos fundamentales de las sociedades europeas durante el presente siglo. En este sentido, creemos que el rápido repaso por toda esta evolución e instrumentos comunitarios permite comprobar como la actual trascendencia política de la cuestión no se derivaría tanto de una reacción ante los graves problemas con los que se enfrentan estos individuos, sino más bien, del impacto que dicha situación tiene para otras cuestiones como el envejecimiento activo, y, especialmente, o incluso sobre todo, sobre el mantenimiento de los sistemas de protección social y sobre la estabilidad de las cuentas públicas. Son estas últimas cuestiones, y si se nos apura, en estos momentos especialmente la última de ella —el control presupuestario— las que justifican realmente la progresiva importancia o incluso la centralidad de la cuestión⁹⁰. Y ello es trascendente en la medida en la que en bastantes ocasiones la tutela de este colectivo sólo va a ser refleja, esto es, en la medida en la que coincidan los interés

⁹⁰ De ahí quizás la necesidad de que, como recuerda el Informe CES *La situación sociolaboral...*, cit., p. 175, fuese deseable que “la Estrategia de envejecimiento activo, junto a las medidas de mantenimiento en el empleo, desarrollara un eje más amplio de acciones de inclusión dirigido a la reinserción laboral de los colectivos que han salido prematuramente del mercado de trabajo. En este sentido, sería conveniente que se desarrollasen en el ámbito comunitario iniciativas de amplio alcance dirigidas a fomentar la empleabilidad para la población más vulnerable dentro del colectivo de 45 a 64 años, de la que ya hay antecedentes en algunos Estados miembros, teniendo en cuenta sus dificultades de reincorporación al empleo, en especial en el contexto de crisis actual, estando abocados en la mayoría de los casos al desempleo de larga duración y, en última instancia, a la exclusión laboral y social”.

de este grupo con las necesidades ligadas a la consecución de estos objetivos económicos y sociales más globales que serían los realmente protegidos. Pero sobre este curioso rasgo, que demuestra nuevamente el carácter paradigmático de este tema en la evolución general de un Derecho del Empleo, o incluso de un Derecho del Social cada vez más percibido como un instrumento de política económica global, volveremos muy pronto.

Por ahora nos interesa destacar cómo, en tercer lugar, lo que también resulta evidente es que —quizás por conexión con las múltiples perspectivas desde la que es observada esta cuestión— las medidas o instrumentos de actuación que se proponen desde instancias europeas se mueven también en múltiples dimensiones u ámbitos que desbordan —aunque obviamente no excluyen— el simple plano normativo. También en este punto, por tanto, el tratamiento de las personas de edad resulta paradigmático de uno de los rasgos propios del naciente Derecho del Empleo: su carácter multidimensional y multidisciplinar que exige abordar estas cuestiones no únicamente desde el plano normativo, tradicionalmente centrado en el fomento de su contratación mediante medidas de flexibilidad normativa o incentivos económicos, sino mediante múltiples actuaciones desarrolladas tanto por agentes públicos como por actores privados y que abarcan desde actuaciones de concienciación social que tiendan a eliminar prejuicios injustificados o que mediante fórmulas de RSE potencien dicha participación, a aspectos de adaptación de condiciones, mejora en la calidad del medio ambiente laboral, implementación de medidas sanitarias y de prevención de riesgos laborales, de formación y protección, de flexibilidad y adaptación o de especial atención en los servicios de empleo que den lugar a una perspectiva más amplia, transversal y compleja, pero sin duda, necesaria ante una realidad multidimensional como la que es objeto de estas páginas.

El tratamiento laboral de las personas de edad avanzada en Francia: medidas laborales y reformas de activación frente a la jubilación

María Gema Quintero Lima
Profesora Titular de Universidad
Universidad Carlos III de Madrid

1. EL MARCO FRANCÉS DE LAS POLÍTICAS PARA LOS TRABAJADORES DE MÁS EDAD

La aproximación al tratamiento laboral de los trabajadores de edad avanzada, en el caso Francés, requiere ciertas consideraciones iniciales. La primera, la de contextualizar que un determinado colectivo —como el que es objeto de análisis— se convierta en el eje de actuación de distintas medidas político-normativas.

Así, en Francia, la necesidad desde los años 90 de reorganizar los sistemas de pensiones ha trasmutado el panorama general de los trabajadores senior (como concepto genérico, que engloba a distintas cohorte de edad de trabajadores), y ha sido el detonante, junto a la crisis económico-financiera generalizada, de un conjunto de políticas de empleo específicas. Que ha ido en paralelo a otras medidas inespecíficas, pero extrapolables a los trabajadores de más edad. Porque la crisis económica en Francia presenta sus eventos con retardo, y con particularidades nacionales respecto al caso español o respecto de otros Estados comunitarios, de suerte que ha habido margen para ciertas maniobras conceptuales complementarias a las meramente referidas al empleo de los senior, como aquellas referidas a la protección (*sécurisation*) del empleo y la tutela del desempleo en general.

En segundo lugar, en la actualidad, es posible visualizar una trayectoria jurídico-política relativamente coherente, tanto en materia de empleo en general, como en lo que respecta a los trabajadores “senior”. Y esto entraña que la situación actual sea el resultado, más o menos modificado de los planteamientos de más de una década en los que se ha diseñado un régimen difuso de atención a los trabajadores de más edad¹. Y esa misma conformación jurídica tiene unos condicionantes nacionales, referidos a su particular sistema político y de relaciones laborales.

¹ De hecho, este trabajo complementaría otro previo. Véase, M. G. QUINTERO LIMA “Discriminación por edad y protección de los senior (trabajadores maduros) en el Derecho Social Francés” en J. MERCADER UGUINA, (Dir.) *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. Valladolid: Lex Nova, 2009, pp. 383-416.

Sin que se deba atribuir a la crisis que haya sido causa directa del protagonismo de los senior en Francia, si es cierto que ha sido un acelerante. Porque, en ese contexto general de crisis internacional en ese contexto internacional, Francia ha recibido serias críticas y diversas recomendaciones por parte de algún organismo de referencia², por cuanto se observa una transición muy precoz a la jubilación, de suerte que hay trabajadores “jóvenes-seniors” que salen del mercado anticipadamente, cuando deberían mantenerse en situación activa más tiempo. De forma que cuestiones históricamente internas (Empleo-seniors) se transmutan ahora en asuntos percibidos externamente como problemáticos.

No obstante, con independencia de esto, también es cierto que el tratamiento de los trabajadores maduros en Francia (en todas sus dimensiones, y atendiendo a la multiplicidad de instituciones y mecanismos jurídicos implicados) pone de manifiesto que la crisis no tenido la suficiente capacidad (como si la ha tenido en España y en otros Estados Miembros de la Unión) de servir de argumento (aún menos desde 2012, con el cambio de gobierno) ni para un aligeramiento del esfuerzo normativo gubernamental ni de los interlocutores sociales, ni para frenar la inercia de los trabajos reformistas en materias problemáticas transversales e intemporales³.

En todo sirva realizar algunos apuntes significativos que enmarcan la cuestión de los seniors en Francia.

1.1. La reforma de la jubilación como detonante de las nuevas políticas para los trabajadores de edad avanzada

La preocupación por la empleabilidad de los seniors, como hipótesis de partida, de la observación del devenir legislativo francés, surge a partir de las reformas de la pensión de jubilación⁴.

² *Mieux Travailler avec l'âge*, es el Informe de la Dirección de Empleo, Trabajo y Asuntos Sociales de la OCDE, publicado en enero de 2014. En él se ha llevado a cabo una evaluación y se han propuesto ciertas recomendaciones acerca del envejecimiento y las políticas de empleo en Francia (http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/vieillessement-et-politiques-de-l-emploi-france-2014_9789264206847-fr#page1). Pero ya a mediados de 2012 se había hecho un Examen de seguimiento de las políticas para mejorar las perspectivas de los trabajadores de más edad en el mercado de trabajo en Francia. Véase, http://www.oecd.org/fr/els/emp/Travailleurs%20%C3%A2g%C3%A9s_France.pdf).

³ Si bien hay voces muy críticas sobre los efectos de la crisis en el Derecho francés. Véase, P. AUVERGNON y J. L. GIL Y GIL, “Respuestas del Derecho francés frente a la crisis económica” *RGDTSS*, n° 35, 2013, pp. 278-310.

⁴ Tras las importantes reformas de la jubilación del Régimen General del sistema francés de Seguridad Social de principios de los 90's (Reforma Balladur, introducida por la Ley n° 93-936, de 22 de julio de 1993) desde finales de esa década la cuestión del envejecimiento de la población se preveía como una de las grandes mutaciones socio-económicas del cambio de siglo y se

Y en esto, al margen de requerimientos económico-financieros internos, y de características demográficas estrictamente nacionales⁵, ha resultado primordial la inusual influencia comunitario del Método Abierto de Coordinación (especialmente relevante a partir de la Estrategia de Lisboa 2000 y de Barcelona 2002) en dos ámbitos, el de la prolongación de la vida laboral y la sostenibilidad de los sistemas de pensiones⁶, y el de la *flexiseguridad* y la modernización del Derecho social⁷.

Percibido el sistema de pensiones en peligro, se precisa alargar la carrera laboral de los trabajadores de mayor edad, en orden a no incidir en el déficit del propio sistema. Pero impedir/frenar las jubilación anticipadas para aligerar el coste en pensiones no debiera reconducir a provocar el desempleo de larga duración en unas cohorte de edad de difícil reinserción ni incrementar el gasto en prestaciones por desempleo.

De ahí que las leyes de 21 de agosto de 2003 y de 9 de noviembre de 2010 de reforma de las pensiones de jubilación hayan sido condicionantes de las reacciones políticas y sindicales que bajo la forma de medidas sociales se dirigen a regular el empleo de los trabajadores senior, de edad avanzada o de mayor edad⁸.

Esto es así en la medida en que las reformas tratan de incrementar la edad real de jubilación de los trabajadores, al tiempo que incrementa los niveles de contributividad del sistema⁹. De modo que se hace preciso, complementariamente, favorecer la prolongación de las carreras profesionales de los trabajadores de más

reaccionaba, desde instituciones gubernamentales, elaborando diversos estudios, memorias y documentos de prospección análogos. Sirvan de mero ejemplo el informe para un diagnóstico general de la situación de las jubilaciones en Francia, encargado por el entonces primer ministro francés L. Jospin a J. M Charpin, y a cargo de C. Zaidman, J. M. Aubert, L. Olier y L. P. Pelé (LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, *l'avenir de nos retraites*, Paris: La Documentation Française, 1999, p. 264), así como el dictamen a propósito de dicho informe elaborado, en el marco del Consejo Económico y Social Francés por R. Teulade (JJOO, *L'avenir des systèmes de retraite*, Paris: JJOO, 2000, p. 67).

⁵ A partir de 2001 las generaciones del baby-boom de la postguerra después 1945 comienzan a alcanzar la edad de 55 años, lo que incrementa la tasa de actividad de esas cohortes, y también el número de potenciales pensionistas. Document d'études, *Emploi des seniors. Synthèse des principales données sur l'emploi des seniors*. DARES, 2011, p. 10.

⁶ “Libro Blanco 2012: Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”.

⁷ Por contraposición, en España, la aparición de las políticas a favor de los trabajadores maduros, o senior, visualizadas con una perspectiva integral y unitaria es de aparición formalizada más tardía: sirva como muestra de ello el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

⁸ Estas reformas han sido matizadas por la Ley n° 2014-40 de 20 de enero de 2014, que garantiza el futuro y la justicia de las pensiones de jubilación.

⁹ Incremento del periodo de cotización que permite la obtención de una pensión equivalente al 100% de la base reguladora, incremento de la edad de jubilación y restricciones a las jubilaciones anticipadas sin acreditar largos periodos de cotización, por poner algunos ejemplos.

edad, en orden a acreditar carreras de cotización lo más completas posibles, evitar el desempleo de trabajadores en edades próximas a la de jubilación y promocionar transiciones profesionales cuando sea posible. De modo que se favorezca el tránsito entre empleo y jubilación, en una situación en la que, *de facto*, hay un número remarcable de trabajadores seniors que se encuentran en situación de inactividad cuando liquidan sus derechos a pensión de jubilación.

Pero, en el caso francés, y especialmente a partir de 2012, esas líneas de reforma se han de cohonestar con otras aparentemente contradictorias, de contenido más protector en términos de derechos sociales, que suavicen los efectos de la contributividad, mediante reglas de relativización cualitativa de requisitos estrictamente cuantitativos. Lo que provoca un cierto ruido en la coherencia final de las medidas en torno a los trabajadores senior.

1.2. *¿Qué seniors? ¿Qué políticas?*

A pesar de que las políticas de empleo de los seniors surgen a partir de las grandes reformas de la jubilación, el concepto de trabajador de edad avanzada ni es unívoco, ni se circunscribe exclusivamente a trabajadores en edades próximas a la jubilación. Por eso, en este punto inicial es preciso aclarar el concepto mismo.

Es importante distinguir lo siguiente: en Francia se diferencian distintos tipos de trabajadores de mayor edad. Y las reacciones públicas y sindicales difieren entre grupos. De esta manera se podrían distinguir cuatro grandes grupos de edades, que no se han formalizado como tal en el diseño de políticas de acción en torno a los seniors, pero que si dejan entrever distintas preocupaciones e intereses diferenciados para cada uno de ellos.

De un modo más concreto cabría sistematizar¹⁰ las siguientes categorías: a) Trabajadores entre 45-50¹¹; b) trabajadores entre 50 y 55 años; c) trabajadores entre 55 y 60 años; y d) trabajadores de más de 60 años.

La preocupación por esos cuatro cohortes es desigual, y se observa una —aparente— doble directriz común: de un lado mantener en el empleo para facilitar una transición natural no traumática hacia la pensión de jubilación, lo que exige la prevención de una eventual situación patológica de desempleo; de otro lado,

¹⁰ Además de la sistematización de las distintas medidas ya el Acuerdo sobre no discriminación por edad y empleo de los seniors en el sector de la Banca, firmado el 9 de julio de 2008, ofrece inspiración para categorizar en torno a esas cohortes.

¹¹ Este primer tramo resulta hoy menos llamativo que hace una década. Sin embargo ya hubo voces precursoras que presagiaban una problemática común a los trabajadores de mas edad en la que los trabajadores de cuarentena avanzada se insertaría. Se trataba del entonces denominado - "agisme" u ostracismo por razón de la edad, ya se ha venido predicando desde los 45 años. Véase, J. KOSSOWSKI, *Y a-t-il un avenir professionnel après 45 ans? Rapport sur les causes et remèdes au chômage des seniors*. [www. quinquasplus.com](http://www.quinquasplus.com).

resolver las patologías del desempleo de los senior, de corta o larga duración, para reconducirles, a través de su (re)inserción laboral, a una situación desde la que transitar naturalmente a la pensión de jubilación. Como objetivo marco, en realidad, se pretende mantener el mayor tiempo posible en el empleo a los trabajadores de edad avanzada.

1.3. *Los contextos de la realidad socioeconómica en Francia*

Históricamente en Francia ha habido altos niveles de empleo; sin llegar al pleno empleo, sí es cierto que la económica francesa, relativamente equilibrada entre sectores, y el sistema de protección social francés, absorbieron con suficiente eficiencia a la población activa/inactiva.

Esto provoca que, comparativamente, en la actualidad los niveles de desempleo general no se parezcan a los de España, por poner un ejemplo extremo. Pero desde la perspectiva de los trabajadores de mayor edad, la situación es diversa. En la medida en que en Francia se habían venido aplicando regular y sistemáticamente dispositivos de cese anticipado de la actividad laboral, y de exoneración de búsqueda de empleo, las tasas de empleo y actividad entre los trabajadores de mayor edad es sensiblemente inferior a la de otros países, atendiendo a los indicadores europeos. Situación esta que, en momentos de estabilidad económico-presupuestaria en los que el Derecho Social Francés contenía diversos mecanismos de protección socioeconómica incuestionados, no suscitaba demasiadas cuestiones problemáticas.

Tasa de empleo	En Francia	En UE (15)	En UE (27)
Más de 60 años	18%	32,5%	31%
Entre 55-59 años	61%	63,5%	61%
Entre 50-54 años	81%	75%	-

Fuente: Datos en 2010 (Document d'études, *Emploi des seniors. Synthèse des principales données sur l'emploi des seniors*. DARES, 2011, pp. 17 y ss.)

Los seniors franceses han mantenido su presencia en el sector primario (38%), pero se agrupaban eminentemente en los sectores secundario —como trabajadores cualificados o mandos intermedios/cuadros (31%)— y terciario (empleados de banca, profesiones sanitarias (40%). Lo que, dicho de otro modo, ha permitido que sus situación no fuera excesivamente sensible a las consecuencias de la crisis económica, por ser sectores que requieren experiencia, no se encuentran en fase de expansión ni precisan necesariamente titulaciones académicas de nivel superior. A lo se añade que en todo esos sectores, sociológicamente, está presente de una forma permanente la consideración de la experiencia profesional como un valor añadido. Formalizada o formalizable en términos de cualificación profesional.

En paralelo, desde la perspectiva del desempleo, son llamativos algunos datos: 1º en diciembre de 2012¹², más de un millón de demandantes de empleo tenían más de 50 años, la mitad eran desempleados de larga duración. 2º en el caso de los mayores de 60 años el desempleo de larga duración alcanzaba al 75%. 3º La duración media de la inscripción como demandantes de empleo para los mayores de 50 años (442 días) casi duplica la duración media para el resto de edades (257 días).

Datos que abren una línea de actuación intensificada en la prevención del desempleo de los seniors, como contrapunto a la reinserción de los desempleados de más edad.

1.4. Las Políticas de Empleo en el marco del Diálogo social

Pero, sin embargo, la característica más remarcable que enmarca y predetermina incluso el diseño de políticas de empleo (de los trabajadores maduros en concreto, pero las de empleo en general también) es la fuerte presencia de un modo de participación social articulado en torno al diálogo social. Lo que exige un mínimo tratamiento separado.

No solo la negociación colectiva ha sido el instrumento vehicular del Derecho Laboral en las empresas francesas¹³, sino que en lo que aquí atañe ha sido el marco de medidas de empleo de los trabajadores senior.

Pero desde una perspectiva supra-empresarial, llama especialmente la atención la presencia de un fuerte Diálogo social, del que derivan potentes Acuerdos Interprofesionales sobre aspectos de crucial importancia. En efecto, ha sido una constante en el Derecho Social francés el de la presencia de los interlocutores sociales como gestores primarios de cuestiones de relevancia social. Y, al contrario de lo que ha sucedido en España, por poner algún ejemplo, en el marco de las últimas reformas socio-laborales, en Francia, el contexto de la crisis (en apariencia para el observador comparatista) ha profundizado el rol de la concertación social¹⁴.

¹² Se emplean los datos irrefutados que contiene el Informe de Evaluación acerca del Retorno al empleo de los seniors desempleados (C. DANIEL, L. ESLOUS, y A. KARVAR, *Retour a l'emploi des seniors au chômage. Rapport d'évaluation*. <http://www.igas.gouv.fr/spip.php?article324>). Existen otros más actuales, pero contaminados por algunos cambios estadísticos y contextos de evaluación inespecíficos.

¹³ De ahí las constantes reformas, en el ámbito de la empresa, de la normativa sobre concertación social. Y el último ejemplo lo ofrece el proyecto de Ley relativo al diálogo social y al empleo presentado por el procedimiento acelerado en la Asamblea Nacional el 22 de abril de 2015. Aunque ya desde 2007 ha habido intentos de modernización del diálogo social en la empresa (Ley n° 2007-130, de 31 enero de 2007).

¹⁴ De ahí que se haya llegado incluso a hablar de la constitucionalización del Diálogo social como mecanismo jurídico de regulación del mercado de trabajo. Véase I. CAMOS VICTORIA, "La constitucionalización del diálogo social en Francia como alternativa al avance de las políticas

Y así, en materia de empleo *amplio sensu*, los acuerdos interprofesionales son los precursores o los marcos de las reformas legislativas, y los temas recurrentes son los vinculados a la *protección* del empleo y de las trayectorias profesionales, que de un modo inespecífico son de aplicación a los trabajadores senior.

Los más recientes serían: el Acuerdo Interprofesional sobre la Modernización del Mercado de Trabajo (ANI 2008)¹⁵, el Acuerdo Nacional Interprofesional de 7 de enero de 2009 relativo al desarrollo de la formación a lo largo de la vida, la profesionalización y la protección de las trayectorias profesionales, así como el Acuerdo Nacional Interprofesional de 11 de enero de 2013 para un nuevo modelo económico y social al servicio de la competitividad de las empresas y la protección del empleo y de las trayectorias profesionales de los trabajadores, que dan pie a Ley de 14 de julio de 2013 sobre la Protección del Empleo.

Algo semejante sucede con las medidas relativas al desempleo; y sirva el ejemplo de la Acuerdo Nacional Interprofesional de 22 de marzo de 2014, relativo a la prestación por desempleo, que da lugar al Convenio UNEDIC de 14 de mayo de 2014.

Pero en el tema que resulta aquí objeto de estudio —el del empleo de los seniors— es donde ya desde hace una década la concertación social ha resultado especialmente trascendente. En efecto, en lo que respecta a los trabajadores de mayor edad, la concertación social ha abordado, inicialmente, desde 2005 de modo integral, las cuestiones jurídicas en el ámbito ius-social de protección y promoción de los trabajadores seniors.

Porque no cabe olvidar que el Acuerdo Nacional Interprofesional de 13 de octubre de 2005 relativo al empleo de los seniors (ANI 2005, o ANI en lo sucesivo), firmado el 9 de marzo de 2006, por algunas (no todas) de las organizaciones empresariales y sindicales francesas (CFDT, CFTC, CFE-CGC, MEDEF, CGPME, UPA) es el primer ejemplo de esa opción por la concertación social en torno a la promoción del empleo de los trabajadores maduros¹⁶. Y, de un modo más próxi-

de desregulación del mercado de trabajo en la Unión Europea” *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Empleo*. Vol. 1, n° 2, 2013, pp. 1-27.

¹⁵ Tras la adopción en diciembre de 2007 por el Consejo Europeo de los principios comunes de la Flexiseguridad, en Francia el 11 de enero de 2008 se firmó este acuerdo que, si bien es cierto que no contempla explícitamente a los trabajadores seniors, sí resulta de interés mencionarlo al menos, porque retoma, para generalizarlos, los grandes instrumentos del ANI 2005. En concreto, se diseñan estrategias globales de prevención del desempleo, o de formación a lo largo de la vida, como medidas de —lo que en términos de flexiseguridad se denomina— seguridad/aseguramiento profesional o de la carrera profesional. Pero, sin duda, lo más llamativo es la insistencia en el desarrollo de la Gestión Preventiva de Edades.

¹⁶ En el acuerdo se diseñaban algunas líneas de actuación globales, con dos características principales. La primera es que el acuerdo sirve como contexto general para la negociación sectorial y empresarial ulterior; y, se diseña un esquema de coordinación y relación entre los resultados de la concertación social y sus agentes, y el legislador. Por lo que respecta a esa primera caracterís-

mo, recientemente también el Acuerdo Nacional Interprofesional de 19 de octubre de 2012 relativo al contrato de generación enmarca una de las fórmulas de favorecimiento del empleo de los seniors, sobre la se volverá más adelante.

En 2005, los puntos de partida del Acuerdo Interprofesional acuerdo fueron la muy baja tasa de empleo de los señor en Francia, en comparación con el resto de la OCDE [36,8% en Francia *vs.* 68% en Suecia, en datos del INSEE (2003)]; el incremento de la esperanza de vida; el descenso de los cohortes de población en edad activa y el incremento de las tasas de desempleo de larga duración. A lo anterior se sumó que, de un modo muy concreto, en la Estrategia de Lisboa como marco, se acordó aumentar hasta el 50% la tasa de empleo de los trabajadores entre 55 y 64 años.

tica, desde el Acuerdo se reclama la interpretación de todas las ramas profesionales, así como de las empresas, que se comprometen a negociar la adaptación para sus ámbitos concretos de los mecanismos propuestos (art. 26 ANI). La segunda característica relevante del ANI es que se establecen algunas materias sobre las que se hace necesaria la intervención de los poderes públicos, para que procedan a las oportunas reformas legislativas o reglamentarias. De un modo más preciso, esas materias son: la acumulación/ compatibilidad empleo y jubilación (art. 22 ANI), la revisión de la contribución “Delalande” (art. 23 ANI); el establecimiento de las reglas de aplicación de las previsiones en materia de jubilación progresiva (art. 25 ANI), entre otras. El ANI se estructuró en objetivos, o líneas de actuación. La primera gran línea de actuación hace referencia a la evolución de las representaciones socioculturales (Título I del ANI, art. 1-3), que exige romper con algunas ideas preconcebidas y eliminar los prejuicios en torno a que con la edad descienden los niveles de productividad; que exige incorporar conceptos nuevos, con el de gestión de edades y adaptación de los trabajadores a los puestos y a la inversa. Así, durante los años 2005-2007, en ciertas grandes empresas, como Air France, Grupo Carrefour, Areva, Alsthom, Axa o EADS se suscribieron Acuerdos de empresa sobre la Gestión Preventiva de puestos de trabajo y competencias vinculados a la edad (GPEC) y que incorporar instituciones sugeridas por el ANI. En segundo lugar, como segundo gran objetivo, se incluyó el establecimiento de itinerarios profesionales más seguros (Título II ANI, art. 4-12). En tercer lugar, se adopta una perspectiva que pretende el mantenimiento de los trabajadores maduros en el mercado de trabajo, que se ha de complementar con una perspectiva de vuelta o reingreso de los seniors a dicho mercado, una vez que han sido expulsados o han salido voluntariamente de un modo precoz (Título III ANI, art. 13-17). Este conjunto de medidas diseñadas en el Acuerdo, responden a un concepto relativamente nuevo, como es el de la “movilidad profesional de los trabajadores maduros. Por último, para cerrar el diseño de promoción del empleo de los senior, el Acuerdo incorpora una última perspectiva: la de los instrumentos del fin de la carrera profesional (Título IV ANI, art. 18-20). En este ámbito, y como instrumento inserto en la entrevista de segunda parte de carrera, se propone el diseño de un plan de fin de carrera para cada trabajador, a la vista de su situación de cotización concreta (art. 18 ANI). Por otra parte, al margen de las posibilidades que el contrato a tiempo parcial podría ofrecer, se incorpora la posibilidad de que los trabajadores maduros pudieran organizar su tiempo de trabajo de un modo flexible (art. 19 ANI); especialmente en los casos de penosidad, peligrosidad o insalubridad del/ en el trabajo (art. 20 V)

El Acuerdo Nacional Interprofesional relativo al empleo de los Seniors, sirvió de base al Plan Nacional de Acción para el Empleo de los Seniors (2006-2010)¹⁷, así como marco para los acuerdos sectoriales y los acuerdos de ciertas empresas¹⁸.

Los Acuerdos sectoriales han optado, en general, por una visión integral de la protección de los seniors¹⁹, pero también han desarrollado concretos instrumentos de gestión de la edad en el marco de las relaciones laborales²⁰.

¹⁷ En el marco de la Conferencia Nacional Sobre el empleo de los Seniors, el 6 de junio de 2006 se presentó se presentó en el Consejo Económico y Social, el Plan Nacional Concertado para el empleo de los seniors, con una vigencia comprendida entre los años 2006-2010. Se ha entendido que es el resultado de un periodo prolongado de concertación social, auspiciado moral y metodológicamente por el Plan de Cohesión Social, que comparte espacios no solo con el ANI 2005, sino también con el trabajo interadministrativo desarrollado durante los años 2005 y 2006 de la Agencia Nacional para el Empleo (ANPE), la Asociación Nacional para la Formación Profesional de los adultos (AFPA), y la Agencia Nacional para la Mejora de las Condiciones de Trabajo (ANACT). Así, el trabajo de concertación entre interlocutores sociales, el Estado, el Parlamento y el Consejo Económico y Social se ha concretado en el Plan Nacional de Acción Concertada para el empleo de los seniors (PNACES), cuya pretensión es la de incrementar la proporción de trabajadores maduros activos, mediante la lucha contra los factores de discriminación, y el aumento de su empleabilidad, asegurando siempre sus itinerarios profesionales. Finalidad ésta que se pretende materializar en el aumento anual del porcentaje de seniors activos en dos puntos, de forma que en 2010 se alcanzase esa —utópica— tasa de empleo del 50% de los trabajadores entre 55 y 65 años. Algo que se ha conseguido parcialmente.

El Plan Nacional de Acción Concertada para el Empleo de los Seniors se concretó en 31 acciones, aglutinadas en torno a cinco objetivos. Se trata de objetivos que coinciden con las perspectivas negociales adoptadas en el ANI, lo que pone de relieve que, en el ámbito negocial francés, se arraiga una percepción relativamente unívoca de las vías jurídico-políticas óptimas para abordar la cuestión del empleo de los seniors. En concreto, se trata de los siguientes objetivos: A) *Objetivo 1: Hacer evolucionar las representaciones socioculturales.* B) *Objetivo 2: Favorecer el mantenimiento en el empleo de los seniors.* C) *Objetivo 3: Favorecer el regreso al empleo de los seniors.* D) *Objetivo 4: Organizar el fin de carrera profesional.*

¹⁸ Se trata de acuerdos de empresa sobre materias concretas, en los que se contienen instrumentos jurídicos que se puede entender que, en algunos sentidos, se insertan en las políticas de empleo a favor de los seniors. Quizás los más llamativos son los acuerdos en materia de tiempo de trabajo, y que diseñan la puesta en marcha de cuentas de ahorro de tiempo. En todo caso se trata de una materia compleja, como consecuencia de los distintos sustratos sociológicos de las empresas. Véase, A. JOLIVET, B. LAMOTTE, y C. MASSIT, *La place des seniors dans les accord d'entreprise. Rapport final*. IRES, 2008, (<http://edden.upmf-grenoble.fr/spip.php?article615&lang=fr>).

¹⁹ Resulta paradigmático el Acuerdo sobre no discriminación por edad y empleo de los seniors en la Banca de 9 de julio de 2008, que pone de manifiesto que en el escenario francés, la prohibición de la discriminación por edad y las medidas de empleo a favor de los senior son el haz y el envés de una política social que incorpora una visión global de la problemática de este colectivo. De este modo, el primer capítulo de este acuerdo sectorial está dedicado al principio de igualdad y a la prohibición de no discriminación. Y los siguientes cuatro capítulos proceden a diseñar medidas finales específicas para mantenimiento de los seniors en el empleo y el desarrollo de la parte final de sus carreras. En este sector, sin embargo, se han ido sucediendo distintos acuerdos sobre materias concretas para regular aspectos como la formación continua

1.5. *La protección contra las discriminaciones por edad como hilo conductor*

En las distintas medidas relativas al empleo de los seniors es posible observar la presencia de un elemento transversal; en realidad más formal que material, como es el de la prohibición de las discriminaciones por edad.

En efecto, en el ámbito laboral, el —ahora— art L. 1132-1²¹, ha sido objeto de sucesivas modificaciones en orden a completar su redacción original. Así, en la actual, se establece que ninguna persona puede ser rechazada en un proceso de contratación o de acceso a un periodo de prácticas o de formación en una empresa, ni puede ser sancionado, despedido o sufrir una medida discriminatoria, directa o indirecta (especialmente en materia de remuneración, formación, clasificación, de promoción profesional, de mutación o renovación de contrato etc.) en atención a su edad, entre otras causas. Parece, pues, que se trata de una cláusula de prohibición de discriminación laboral de carácter absoluto, que protegería a los trabajadores, en atención a su edad. Sin embargo, ese carácter absoluto se relativiza con la permisividad de ciertas diferencias de trato. Así, las diferencias de trato fundadas en la edad no constituyen una discriminación cuando sean objetiva y razonablemente justificadas por una finalidad legítima, especialmente por la preocupación de preservar la seguridad y salud de los trabajadores, de favorecer su inserción profesional, de asegurar su empleo, su reclasificación o su indemnización en caso de pérdida de empleo; siempre que los medios para alcanzar ese objetivo sean necesarios y apropiados.

En el caso francés, la protección contra las discriminaciones se realiza desde la óptica punitiva del Código penal. Quizás por eso la efectividad material última queda restringida a los casos más flagrantes²²; dado que, *de facto*, se ha observado

(acuerdo de 10 de junio de 2011), o la gestión preventiva de edades y competencias (acuerdo de 3 de noviembre de 2011). Pero también hay ejemplos en otros sectores; y se ha de destacar también el Acuerdo nacional de 4 de diciembre de 2009, relativo al empleo de los trabajadores de más edad en la Siderometalurgia.

²⁰ Sirvan de ejemplo dos cuerdos del sector de la Siderometalurgia: Acuerdo Nacional de 17 de mayo de 2010 relativo a la gestión preventiva de empleos y competencia, y el Acuerdo Nacional de 12 de julio de 2013, relativo al contrato de generación. Uno y otro son representativos del abordaje inespecífico y específico de las cuestiones relativas a los seniors. O dicho de otro modo, a los trabajadores de más edad se les inserta en los instrumentos generales de gestión del empleo, pero en paralelo se les diseña instrumentos *ad hoc*. Y en sector de la Siderometalurgia es trascendente, por cuanto aúna distintas cohortes de edad con distintas especificidades.

²¹ Especialmente importante fue la reforma de 2008. Ordonnance n° 2007-329, de 12 de marzo de 2007, relativa al Código de Trabajo. El nuevo Código de Trabajo reformado entró en vigor el 1 de mayo de 2008.

²² Son mínimos los casos que la HALDE (Alta Autoridad para la Lucha contra las Discriminaciones y la Igualdad) haya intervenido respecto de trabajadores de mayor edad. Su intervención, sin embargo, ha sido mas activa respecto de los jóvenes.

un comportamiento discriminatorio irracional de los empleadores respecto de los trabajadores de mayor edad²³ que es castigado jurídicamente en la mayor parte de los casos. En consecuencia, si bien se deja aquí apuntado, el enfoque desde la prohibición de discriminación por edad tiene escaso recorrido, y se hace conveniente abordar la cuestión desde otras perspectivas.

2. MEDIDAS DE MANTENIMIENTO DEL EMPLEO DE LOS SENIOR EN FRANCIA

En el ANI 2005 como Objetivo 2 se contemplaban un elenco de acciones destinadas —literalmente— a *Favorecer el mantenimiento en el empleo de los seniors*²⁴, que mantenía un vínculo estrecho con el Objetivo 4, de dedicado a *organizar el fin de carrera profesional*²⁵.

²³ A partir de datos estrictamente económicos no hay datos relevantes que permitan admitir un descenso en su productividad o potencialidad productiva. Y se trata más, en el caso francés de factores ligados a creencias y prejuicios los que justifican los comportamientos discriminatorios de facto. Eso ligado al hecho de que las estructuras jurídicas existentes en el Derecho Social francés (sistemas de prejubilación, jubilaciones anticipadas, prestaciones por desempleo relativamente generosas) habían venido auspiciando que los despidos-no contrataciones de trabajadores de mayor edad no tuvieran repercusiones dramáticas, y por lo tanto no fueran merecedoras de repulsa social.

Véase BERTON, F. “Les salariés de plus de 50 ans: comportement rationnel ou discriminatoire des employeurs?”. *Retraite et Société*, 2007/2, N° 51, pp. 127-146.

²⁴ En el marco de este segundo objetivo se diseñaban diez medidas concretas (acciones 5^a-14^a), exhaustivamente las siguientes: la generalización de la practica de entrevistas de segunda parte de carrera y la elaboración de síntesis personales de competencias profesionales (acción n° 5); el diseño de nuevo instrumentos de formación profesional para los seniors (acción n° 6); despliegue de una política de contrataciones laborales favorables a los seniors; acompañamiento y desarrollo de los acuerdos empresariales sobre gestión previsor de puestos de trabajo y competencias, en particular en las pequeñas y medianas empresas (acción n° 8); mejora de los útiles de implementación de las políticas de formación profesional (acción n° 9); reducción del recurso a las ceses de actividad totales y anticipados (acción n° 10); establecimiento de una fecha término a los acuerdos sectoriales que establecen reducciones en la edad oficial de jubilación (acción n° 11); desarrollo de acciones de prevención para facilitar el mantenimiento de los trabajadores maduros en activo (acción n° 12); reorientación de Fondo para la Mejora de las Condiciones de Trabajo (FACT) hacia las acciones relativas a la gestión de edades (acción n° 13); movilización de la red de la Agencia Nacional para la Mejora de las Condiciones de Vida (ANACT) (acción n° 14).

²⁵ En ese objetivo, como elementos de cierre del Plan Nacional, se incluían siete medidas de actuación, de desigual impacto y proyección. De un modo más concreto, se trataba de: desarrollar de la práctica de la tutela (por los seniors, hacia los trabajadores mas jóvenes y/o inexpertos), en el marco de la empresa (acción n° 25); anticipar la planificación del fin de la carrera profesional del trabajador maduro (acción n° 26); transición hacia el trabajo parcial, si bien cotizando a tiempo completo para la contingencia de jubilación (acción n° 27); utilizar del instrumento “bolsa de ahorro de horas” para emplearlo como forma de organización flexible

Se trataría, en suma, de medidas destinadas a prevenir una salida prematura o abrupta del mercado laboral; lo que exige un diseño poliédrico de acciones en dos sentidos principalmente. De una parte, se habrían de perfilarse acciones para incrementar la empleabilidad de los trabajadores senior, lo que facilitaría su permanencia en la empresa independientemente de las vicisitudes económico-productivas de la misma. Y, de otra parte, sería preciso promocionar la prolongación de su actividad profesional y desincentivar el acceso a situaciones de pasivo pensionable/pensionado.

2.1. La empleabilidad de los trabajadores de más edad: la formación profesional preventiva, sus instrumentos de apoyo y otras cuestiones

Independientemente de su presencia conceptual en el ANI 2005, la cuestión relativa a la protección de las trayectorias profesionales y la promoción de la empleabilidad deviene objeto específico del Acuerdo Nacional Interprofesional de 2009 de formación a lo largo de la vida, profesionalización y protección de las trayectorias profesionales.

Los interlocutores sociales perciben entonces, como ya lo hicieran con anterioridad, que la formación continua, y el derecho individual a la formación son piedras angulares del desarrollo de la gestión preventiva de las competencias y empleos²⁶. En general respecto de todos los trabajadores, pero en particular ligado a los trabajadores de más edad.

del fin de la carrera profesional (acción n° 28); promocionar la jubilación gradual y progresiva (acción n° 29); reforzar del carácter incitante del incremento de la pensión de jubilación (“Surcote”) como consecuencia de la cotización a partir de los 60 años, por encima del número de trimestres de aseguramiento necesarios para alcanzar una prestación a tarifa plena (acción n° 30); ampliar las posibilidades de la acumulación empleo-jubilación para los salarios mas bajos (acción n° 31).

²⁶ Ya la Ley n° 2005-32, de 18 de enero, de Programación para la Cohesión Social instauró una obligación de negociación trienal acerca de la cuestión de la Gestión Preventiva del Empleo y de las Competencias (en adelante GPEC), que se insertaba en la línea directriz de la formación a lo largo de la vida, y tenía un objetivo preventivo, a saber, el de evitar los despidos por causas objetivas y económicas (de ahí que se vincule inexorablemente a los planes sociales de los procedimientos de despido en la regulación del procedimiento. De un modo más preciso, se trataba de fomentar que las empresas se anticipasen a las consecuencias y problemáticas sobrevenidas ligadas a las elecciones empresariales de carácter estratégico, en su contexto interno y externo, previendo las necesidades de formación futuras, que permitieran eventualmente materializar las exigencias de movilización de efectivos suficientemente cualificados. Para ello se hace necesario un Plan de GPEC en el que se diseñen y se pongan en marcha políticas y planes de acción coherentes para reducir el número de trabajadores que se han de ver expulsados del mercado como consecuencia de su falta de aptitud, a través de la previsión de instrumentos que impliquen al trabajador mediante un diseño de evolución profesional, independientemente de su edad.

2.1.1. El bilan de competencias y las entrevistas de segunda parte de carrera

Dentro de la actividad de Gestión Previsora de Edades y Competencias (GPEC) se inscriben dos instrumentos, relativamente autónomos, pero conexos, como son las Entrevistas de segunda parte de carrera, y los *Bilan* o síntesis de competencias (*bilan* en adelante).

El *bilan* de competencias es un mecanismo de evaluación por profesionales en Recursos Humanos normalmente externos, de periodos de experiencia profesional dilatadas en el tiempo (veinte años, por ejemplo). Puede realizarse tanto a iniciativa del trabajador como a propuesta de la empresa en el marco de su plan de formación, por ejemplo).

El objetivo último de esta medida es el de que el trabajador exteriorice sus competencias, aptitudes y motivaciones, en orden a definir un proyecto profesional y en su caso formativo. Este procedimiento²⁷ tiene la finalidad de concluir formalmente con un documento de síntesis en el que se confirme un proyecto profesional y/o de formación.

Cuando el *bilan* se realiza a iniciativa del trabajador, el requisito formal es que el trabajador justifique cinco años de actividad por cuenta ajena, de los cuales doce meses hayan sido en la empresa. Y en estos casos, el proceso se acompaña de un permiso específico de “revisión de competencias”, que se concreta en la solicitud/obtención una autorización de ausencia remunerada al trabajo de, como máximo 24 horas, distribuidas en varias semanas para que el trabajador desarrolle las actividades preestablecidas con el prestador del servicio²⁸.

Pero el *bilan* puede desarrollarse también en el marco de un plan de formación de empresa. En efecto si bien es cierto que se trata de una fórmula para encontrar un

²⁷ Se desarrolla normalmente en tres fases: una preliminar en la que el trabajador se compromete a su evaluación, se definen las necesidades concretas u se informan de métodos y técnicas; una segunda fase de investigación, en la que se analizan las motivaciones e intereses profesionales y se identifican competencias y aptitudes así como se anticipan posibilidades de evolución profesional; y una última fase de conclusión en la que se publican los resultados, se diseñan etapas de puestas en marcha del proyecto formativo y se identifican eventuales factores inhabilitantes o potenciadores de la consecución final del objetivo.

²⁸ Se ha de tratar de organismos externos a las empresas prestatarios del servicio, bien organismos privados o centros interinstitucionales. En todo caso, han de estar siempre conectados (supervisados e incluidos en listas de autorización) con los organismos paritarios con competencias formativas: el Fondo General Interprofesional para la Formación (FONGECIF) o los OPCA (*Organismes Paritaires Collecteurs Agréés*), que obtienen autorización de los poderes públicos para gestionar en régimen mutualista las contribuciones financieras, por rama de actividad, que han de ser destinadas a la formación y al desarrollo del derecho individual a la formación en las empresas. Estos organismos son los que, bien anticipan o reembolsan al trabajador los gastos de realización de su *bilan*, así como reembolsan al empresario las remuneraciones abonadas durante los periodos de permiso retribuido.

empleo, en el marco del empleo de los seniors surge con una finalidad preventiva, especialmente a cargo, financiera y materialmente, del empresario. En este supuesto, se requiere, obviamente, el consentimiento expreso del trabajador, que se ha de materializar en un acuerdo tripartito entre el trabajador, el empresario y el organismo prestatario de la actividad de elaboración de la síntesis de competencias.

Las entrevistas de segunda parte de carrera tienen como objetivo que los trabajadores, a partir de los 45 años mantengan una entrevista con su responsable jerárquico, para tratar los asuntos relativos a la evolución de las perspectivas de empleo en la empresa, así como para comentar cuales son las fortalezas y déficits de su patrimonio de competencias profesionales, sus necesidades de formación, su situación profesional actual y las posibilidades de su evolución y promoción profesional.

2.1.2. El instrumento de la Validación de Adquisición de Experiencia (VAE)

Como instrumento inespecífico de promoción de la empleabilidad, aplicable a todos los trabajadores, pero con especial valor en el caso de los seniors, es destacable el dispositivo de Validación de Experiencias Adquirida (VAE), creado por la Ley n°2002-73 de 17 de enero de 2002 de Modernización social, cuyo potencial fue puesto de relieve especialmente por el ANI 2005.

A través del reconocimiento de este derecho individual de acceso a una certificación, se posibilita que a un trabajador, a iniciativa propia o a iniciativa del empresario pero con consentimiento expreso del trabajador, se le pueda reconocer su experiencia profesional mediante la obtención de un diploma, título o certificado de cualificación profesional, en algunas de las certificaciones profesionales incluidas en el Repertorio Nacional de Certificaciones.

Así, cuando un trabajador acredita más de tres años de experiencia profesional, asalariada o no, relacionada con el contenido de la certificación de que se trate, puede realizar las pruebas establecidas para cada una de ellas. Normalmente necesitará un previo periodo de preparación, durante el cual el trabajador senior podrá disfrutar de los derechos vinculados a la formación (eminentemente licencias remuneradas).

Lo habitual, en el caso de los trabajadores de más edad, es que la Validación de experiencias (en adelante VAE) se organice inserto en un plan de formación de empresa. En este supuesto, como sucedía con el *bilan* de competencias es preciso un acuerdo²⁹ tripartito entre trabajador, empresa y organismo(s) que hayan de intervenir en el proceso de acreditación de la experiencia profesional.

²⁹ En el que se haga constar que diploma, título o certificado de cualificación se toma en consideración, periodo de realización y condiciones de asunción de los gastos ligados al proceso de

Para el supuesto de que sea el propio trabajador el que decida someterse a un procedimiento de acreditación de experiencia profesional, se prevé un permiso retribuido, debidamente autorizado por el empresario, de 24 horas (consecutivas o no) para la preparación, y realización de las eventuales pruebas de acreditación. Permiso que el trabajador debe justificar a posteriori con la presentación de la certificación obtenida y/o certificados de asistencia a los cursos de preparación en caso de no superar las pruebas.

2.1.3. La mejora de las condiciones de trabajo

Las medidas tendentes a mejorar las condiciones laborales/ de vida si se apura, si bien no guardan una relación directa con la formación, sí se trata de un aspecto más relativo a las condiciones personales-profesionales de los trabajadores de más edad y deviene un importante instrumento para su empleabilidad.

Tal es así que la prevención de la penosidad laboral, y la mejora en general de las condiciones laborales se contenía en el ANI 2005 y ha sido objeto de un tratamiento relativamente significativo. De esta forma se ha creado un Fondo para la mejora de las condiciones de trabajo (FACT), gestionado por la Agencia Nacional para la Mejora de las Condiciones de Trabajo (ANACT), que tiene la finalidad de proporcionar ayudas económicas a las empresas, bajo la forma de subvenciones, que decidan poner en marcha medidas de mejora de condiciones laborales que contribuyan a la prevención de riesgos laborales³⁰. Aunque se trata de un mecanismo genérico, que parte de una aproximación global al trabajo, lo que sí es cierto es que, al tomar en consideraciones los factores técnicos, cohonestados con los factores organizativos y personales de los trabajadores acaban teniendo un resultado óptimo para los trabajadores de más edad. Y esto es así en la medida en que no se trata simplemente de la mejora de la prevención de riesgos laborales sino que, en el marco de una gestión de las edades mejorada, se ha de gestionar congruentemente la prevención ajustándola al ejercicio de las distintas profesiones (con sus riesgos inherentes) a lo largo de la vida, y se han de adaptar, si es el caso, las propias trayectorias profesionales de los trabajadores.

acreditación (gastos administrativos, remuneraciones del trabajador, por poner algunos ejemplos).

³⁰ La subvención pretende cubrir, parcialmente, los gastos de puesta en marcha de un proyecto de estudio y puesta en marcha de eventuales modificaciones, con un total de 1000 euros por día de intervención (con un número tasado de 15 días) y con un tope del 80% de los costes finales del proyecto. (Circular DGT n° 2008-09, de 19 de junio de 2008, que fija las formas de atribución del FACT)

2.2. El fomento de la prolongación de la vida activa y la activación de los pensionistas/pensionables

Como segundo mecanismo genérico de mantenimiento de los senior en el empleo, se inscribirían aquellos instrumentos, eminentemente públicos, referidos al retraso de la edad de jubilación, pero no sólo; con diferentes materializaciones, algunas de las cuales se plasman en instrumentos concertados de índole colectiva. *Mantener en el empleo* ha requerido reformar algunas instituciones de los regímenes públicos de jubilación, al tiempo que se ha debido desincentivar la expulsión prematura de los trabajadores de más edad en el marco de acuerdos colectivos. En efecto, mantener en el empleo durante más tiempo a los trabajadores senior requería dos tipos de medidas: en su vertiente constrictora, sería preciso desincentivar la salida del mercado, y en una vertiente constructiva, fomentar la permanencia en activo e incluso la reactivación de pensionistas.

Son tres de las principales medidas preventivas del cese anticipado de la actividad laboral de los trabajadores de más edad, a saber: incrementar la edad legal de jubilación, para retrasarla³¹; incrementar la edad a la que sea posible alcanzar una pensión plena/ a tarifa plena/ del 100% de la base reguladora, e incrementar la edad de jubilación forzosa, a lo que se unirían algunas otras medidas de intensificación de la contributividad en las reglas de cálculo de la pensión, y reglas de restricción de los ceses anticipados.

La vertiente promocional del mantenimiento en el empleo desde la regulación de los regímenes públicos de pensión se ha concretado en reformas que posibilitan la compatibilidad de la generación de derechos a pensión de jubilación, con la realización de una actividad productiva, al mismo tiempo que se permite causar pensiones más altas cuando se accede a la situación de pasivo con una edad superior a la ordinaria de jubilación.

2.2.1. Incremento de la edad legal de jubilación y las reglas anejas de intensificación relativa de la contributividad en la pensión

La ley de 9 de noviembre de 2010, de reforma de la pensión de jubilación, modificada por la ley nº 2011-1906 de 21 de diciembre de 2011, ha fijado la edad

³¹ No obstante, se ha mantenido una fuerte idea de equidad, quizás por influjo del dialogo social y el peso ideológico del Estado Social, que ha provocado que se incorporen serias excepciones a las nuevas reglas y, al margen de reglas transitorias generosas, se han mantenido edades inferiores a la legal para supuestos de largas carreras de cotización, carreras laborales con penosidad acreditada y supuestos de discapacidad.

legal de acceso a la pensión de jubilación en los 62 años³², y la edad forzosa de jubilación a los 70 años.

No obstante, se mantienen algunos casos de edad anticipada. Es el caso de los trabajadores con largas carreras de cotización (que pueden acceder a la jubilación a partir de los 60 años); de los trabajadores discapacitados (que pueden acceder a partir de los 55 años), o de los trabajadores que han desarrollado carreras profesionales en situaciones de penosidad o insalubridad remarcables (para los que los 60 años pueden ser edad legal de acceso a pensión³³).

No obstante, además de la edad, para recibir una prestación completa, equivalente al 100% de la base de cálculo, es preciso acreditar ciertos periodos de cotización mínima, que varían atendiendo a la fecha de nacimiento del sujeto asegurado; y que oscila entre los 160 trimestres exigidos a los nacidos antes de 1949 y los 172 trimestres exigidos a los que nacieron en 1973 y después de ese año³⁴.

Ligadas a estas medidas, como satélites, se ha de llamar la atención sobre las nuevas reglas de compatibilidad entre trabajo y pensión y la posibilidad de obtener pensiones por encima de la cuantía de pensión completa.

2.2.2. La Jubilación progresiva

La jubilación *progressive* sería la figura jurídica más próxima a la jubilación parcial o activa —según los supuestos concretos— del Derecho español, que posibilita la combinación del trabajo a tiempo parcial con una fracción de pensión.

Permite a los trabajadores que acrediten al menos 150 trimestres cotizados (totalizados los realizados en cualquier régimen) y tengan una edad de 60 años como mínimo, o que se encuentren a dos años de su edad ordinaria de jubilación,

³² Esa misma legislación que modifica la edad pensionable ha fijado reglas transitorias, de manera la edad legal/ordinaria de jubilación queda fijada en: 60 años para los asegurados nacidos antes del 1 de julio de 1951; 60 años y 4 meses para los que nacieron durante el segundo semestre de 1951; 60 años y 9 meses para los nacidos en 1952; 61 años y 2 meses para los nacidos en 1953; 61 años y 7 meses para los nacidos en 1954; 62 años para los nacidos a partir de 1955.

³³ Esta excepción queda vinculada a la seguridad y salud del trabajador maduro. Así se prevé la posibilidad de una jubilación anticipada para aquellos trabajadores cuyos puestos de trabajo hayan entrañado condiciones laborales especialmente penosas o insalubres (artículo L. 351-1-3 del Código de Seguridad Social). En definitiva, un determinado estado de salud puede justificar la salida del mercado laboral, bien bajo la forma de una pensión de invalidez, pero también bajo la forma de una pensión de jubilación. En todo caso sin olvidar una vertiente complementaria de carácter preventivo.

³⁴ Respecto de esta regla, se ha diseñado también una regla transitoria que atiende a la fecha de nacimiento, y que se ha de combinar con las reglas referidas a la edad legal, así como con las reglas transitorias relativas a los coeficientes reductores de la pensión por anticipación de la edad..

compatibilizar la percepción de una fracción de su pensión (comprendida la de base y la de los regímenes complementarios) con la realización de un trabajo a tiempo parcial. El porcentaje de pensión equivale a la diferencia entre el 100% y el coeficiente de tiempo parcial que realiza respecto del trabajo a tiempo completo en la empresa, sin que ese coeficiente pueda ser inferior a 40% ni superior al 80%. Al montante de pensión así calculado se aplican los coeficientes reductores de la cuantía de la pensión (*décôte*), sin que en ningún modo puedan exceder del 25%³⁵.

Durante toda la duración del trabajo a tiempo parcial el beneficiario continua cotizando y acumula periodos para su jubilación definitiva, tanto en lo relativo a la pensión legal o de base cuanto respecto de los regímenes complementarios (AGIRC y ARRCO) Sin perjuicio de que quepa que realice cotizaciones complementarias y así pueda seguir cotizando al régimen de jubilación como si estuviera trabajando a tiempo completo (L. 241.3.1. del Código de la Seguridad Social francés)

La jubilación progresiva se mantiene en tanto dure la actividad a tiempo parcial; se reemplaza por una pensión completa previa solicitud del interesado cuando cesa totalmente su actividad; y se suspende cuando el trabajador retoma una actividad a tiempo completo u otra actividad a tiempo parcial distinta de la que abrió el derecho a la jubilación progresiva.

Desde el punto de vista de su capacidad como elemento de política de empleo para los seniors resulta llamativo que, salvo que lo prevea un acuerdo colectivo de organización de los periodos de fin de carrera, el empresario no está obligado a concluir un contrato a tiempo parcial con el trabajador que lo solicite, ni a la inversa cabe imponer al senior un contrato a tiempo parcial.

Como igualmente llamativo es la previsión de que estos nuevos instrumentos ligados a la flexibilización a de la compatibilidad trabajo empleo no sea aplicable a las pensiones causadas antes del 1 de enero de 2015; fecha en la que la ley n° 2014-40 de 20 de enero de 2014, que garantiza el futuro y la justicia de las pensiones de jubilación, resulta tener vigencia plena. Algo que no es exclusivo de esta institución³⁶.

³⁵ De esta forma, la figura de la *décôte* frena su potencial desincentivador en tanto que concreta una minoración prevista para aquellos supuestos en que falte el número legal de trimestres de cotización previstos para causar una pensión completa (del 100%).

³⁶ Hasta el año 2003, el trabajador que accedía a la pensión de jubilación se encontraba en una situación de incompatibilidad absoluta entre pensión-empleo ulterior. Sin embargo, en el marco de un rediseño de jubilación gradual, se introdujo la compatibilidad entre empleo/pensión de jubilación en el ordenamiento francés por la ley 2003-775, de 21 de agosto, de reforma de las pensiones. En su art. 15 preveía la posibilidad de que, desde el 1 de enero de 2004 se pudiera acumular una pensión de base, a los ingresos obtenidos de una actividad profesional. Respecto de esa nueva actividad, resultaba obligado ingresar las oportunas cotizaciones (con ciertos

2.2.3. La compatibilidad pensión/trabajo en supuestos de jubilación flexible o retorno al empleo tras la jubilación

En Francia, como en el resto de sistemas contributivos de corte continental, conceptualmente resultaba incongruente la compatibilidad pensión de jubilación-trabajo. Por cuanto la jubilación suponía la salida definitiva del mercado de trabajo.

El hecho de permitir la salida parcial del mercado (de la jubilación progresiva), es la primera parte del binomio de ruptura de aquella idea-fuerza. Y la segunda parte es la de la posibilidad de retornar al empleo después de haber devenido pensionista de jubilación y haber pasado a la situación de pasivo.

Pues bien, en el marco de las reformas legislativas de la pensión se jubilación también se inscribe la posibilidad de que, después de haber causado un derecho a pensión de jubilación, un pensionista retome una actividad asalariada; incluso en la empresa de su último periodo de actividad previo al hecho causante de la prestación.

En su diseño original (el que resultaba aplicable desde enero de 2009, por aplicación de las reformas operadas por la ley n° 2008-1330 de 17 de diciembre de 2008, puesto que antes no era legalmente posible) las condiciones para acumular empleo-jubilación (*cumul emploi-retraite*, como se denomina a esta institución en el Derecho francés de Seguridad Social), era relativamente estrictas. Pero se han aligerado después de la ley de 20 de enero de 2014.

Después de esas modificaciones, cabe compatibilizar plenamente la percepción de una pensión con una actividad profesional. Si bien se han de reunir ciertos requisitos: a) el pensionista que pretenda compatibilizar pensión y trabajo ha de haber cumplido la edad legal de jubilación, y se han de haber acreditado todos los periodos de cotización necesarios para causar una pensión completa al 100% de la base reguladora (atendiendo a las reglas de edad por año de nacimiento). Si la pensión a la que accedió no alcanza esa cuantía, por no reunirse el número de trimestres necesarios de cotización previa, el pensionista ha de tener cumplido 65 años (si nació antes de 1951, o 67 si nació después de 1955, conforme a una tabla de aplicación transitoria por fecha de nacimiento).

topes) por jubilación, que, sin embargo, no mejorarían la pensión de base ya causada ni generarían nuevos derechos a pensión complementaria. Existía una condición relevante, cual era la de que la suma de esas dos cantidades no superasen un determinado umbral, a saber, desde 1 de enero de 2007, las suma de esas dos cantidades (pensión de base y pensión complementario y remuneración) no debía ser superior, bien a la media de los tres últimos salarios antes de acceder a la jubilación, bien a 1,6 veces el SMIC. Si ese umbral se superaba, se suspendería la percepción de la pensión de jubilación, que sólo se volvería a percibir si las cuantías sumadas dejasen de rebasar ese umbral o si se produjese un cese en la actividad profesional posterior a la jubilación.

Estas medias tienen un complemento, como sería la “surcote” o la posibilidad de causar pensiones con un porcentaje superior al 100%. En efecto, a partir de la Ley *Fillon* (Ley n° 2003-775, de 21 de agosto) es posible, para un trabajador que desee diferir el momento del acceso a la jubilación más allá de la edad legal de jubilación y que haya acumulado los periodos de cotización necesarios (entre 160 trimestres para los nacidos antes de 1949 y los 166 para los nacidos a partir de 1956) para alcanzar una pensión de jubilación a tarifa plena (es decir, 100% de la base de cálculo), obtener una incremento de la futura pensión por encima de esa cuantía.

El porcentaje suplementario depende de la fecha de efectos de la pensión así como de la fecha en la que se cumplan los trimestres de cotización suplementarios.

2.2.4. La supresión intensiva de las prejubilaciones e instrumentos de anticipación de la salida del mercado de trabajo

Desde la reforma de la pensión de jubilación de 2003, se han venido restringiendo los ceses anticipados en la empresa. En todas sus modalidades. Tanto aquellos supuestos de prejubilaciones de empresa, cuanto de los ceses anticipados con financiación pública.

En este sentido eran históricamente relevantes dos tipos de extinción contractual; que se han visto revisados a partir del protagonismo de la activación de los trabajadores senior.

De una parte, en el Derecho del Trabajo francés, se había venido contemplando una institución que, por aproximación, podríamos equiparar a la jubilación forzosa del Derecho español. En efecto, en la normativa laboral (art. L. 1237-5 CT) se establecía que el cese por jubilación a iniciativa del empresario (*mise à la retraite*) era la posibilidad otorgada al empresario de finalizar el contrato de trabajo de un trabajador que hubiera alcanzado la edad de jubilación ordinaria (la del art. 351-8-1° del Código de la Seguridad Social (CSS); siempre, previo abono de la indemnización que hubiera correspondido al trabajador en el caso de que se hubiera tratado de un despido objetivo de los previstos en el art. 1234-9 CT (L. 1237-7CT).

Además se permitía esta misma posibilidad extintiva a instancia del empresario a una edad inferior (60 años, por regla general) a la de los 65 años cuando el trabajador, en todo caso, tuviera derecho a una pensión a tarifa plena (100% de la base reguladora)³⁷, y siempre: o 1°) en el marco de un convenio o acuerdo colec-

³⁷ En efecto, la ley Fillon de 21 de agosto de 2003 permitía a los interlocutores sociales, bajo ciertas condiciones, por convenio o acuerdo colectivo, derogar la prohibición de fijar una edad de jubilación inferior a 65 años. Esta posibilidad fue muy ampliamente utilizada (M. C.

tivo³⁸ concluido antes del 1 de enero de 2008³⁹; o 2º) en caso de cese de actividad en el marco de acuerdos profesionales o interprofesionales, nacionales o locales, en el marco de una situación de desempleo parcial por reducción del tiempo de trabajo o por cierre temporal de la empresa (L. 5122-4); o 3º) en el marco de un acuerdo de prejubilación progresiva concluido con anterioridad al 1 de enero de 2005; o 4º) en el marco de cualesquiera beneficios de prejubilación predefinidos antes de la publicación de la Ley 2003-775, de 21 de agosto, de reforma de las pensiones.

Pues bien, ese marco legal se ha visto modificado, con una línea directriz clara: la de disuadir al empresario de que cese a un trabajador maduro que pueda suponer un riesgo (una carga económica) para la colectividad. Es más, el art. 90 de la Ley nº 2008-1330 de 17 de diciembre de 2008, de Financiación de la Seguridad Social para 2009 suprimía, con efecto desde del 1 de enero de 2010, la posibilidad de jubilación forzosa a iniciativa del empresario⁴⁰.

AMAUGER-LATTES, “Du nouveau sur la rupture du contrat de travail en vue du départ a la retraite du salarié”, *Revue du Droit du Travail*, 2007, nº fevrier).

³⁸ Véase J. SAVATIER, “Les clauses conventionnelles sur l’âge de la retraite” *Droit Social*, 1987, nº 1, pp. 1-10.

³⁹ Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la Ley nº 2006-1640, de 21 de diciembre (que se produjo el 23 de diciembre de 2006), de Financiación de la Seguridad Social para 2007, ya no ha sido posible concluir acuerdos o convenios que prevean una extinción del contrato a una edad inferior a 65 años. Como regla transitoria que, a su vez, excepciona esa prohibición, se prevé la posibilidad de que las normas convencionales firmadas con anterioridad al 22 de diciembre de 2006 que contienen cláusulas de cese a partir de los 60 años, puedan conservar su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2009.

⁴⁰ Pero, si se observan los distintos límites temporales que habilitan los supuestos de jubilación forzosa a instancia empresarial permitidos, en las reformas últimas (2003, 2006, pero sobre todo de 2008), se ha de concluir con que el legislador francés es muy sensible al respeto de la vigencia de las normas convencionales. E interioriza plenamente la regla de Derecho Transitorio convencional, conforme a la cual, las normas pactadas —en este caso los convenios colectivos firmados antes de la entrada en vigor de la norma— sobreviven y quedan indemnes respecto del efecto inmediato de las normas legales, que sería la regla general. O dicho de otro modo, las nuevas normas de rango legal no pueden afectar a los convenios colectivos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de aquellas, por cuanto sigue vigente (sobrevive) la norma bajo la cual se concluyeron dichos acuerdos (principio de supervivencia). De este modo, cuando el cese del trabajador en la empresa a instancia del empleador se produzca a una edad inferior a 65 años, edad a la que tendrá derecho automáticamente a una pensión, y sin que haya ninguna de las habilitaciones legales (que se han presentado más arriba) por caducidad del plazo de transitoriedad, dicho cese constituirá, en realidad, un despido clásico (L. 1237-8 CT), al margen de las previsiones convencionales. Es decir, el empresario deberá probar que existe una causa real de despido, ajena a la edad, so pena de que la extinción reciba la calificación de despido nulo. De este modo, el empresario deberá cumplir los requisitos procedimentales y deberá abonar las correspondientes indemnizaciones; independientemente de que quede abierta la vía contenciosa (jurisdicción social).

Únicamente queda establecida como posibilidad general a partir de los 70 años. De modo que, en la actualidad, la extinción contractual por razón de edad ha devenido imposible si el trabajador tiene una edad entre 60 y 69 años; salvo que dicho trabajador hubiera nacido antes del 1 de julio de 1951, y siempre que pueda acceder a una pensión de cuantía plena del 100%. Si el trabajador nació después de esa fecha se extrapolan aquí las reglas transitorias referidas a la edad legal de jubilación y, en función de la fecha de nacimiento del sujeto, queda prohibida la extinción unilateral empresarial por razón de edad en un concreto tramo de edad⁴¹.

Suplementariamente, se contempla la posibilidad de que si media acuerdo con el trabajador senior, el empresario pueda extinguir el contrato por razón de edad entre los 65 y 69 años; atendiendo a la fecha de nacimiento de nuevo)⁴².

Estas limitaciones de edad tienen una garantía clara: la de que si no se reúnen esos requisitos ligados a la fecha de nacimiento del trabajador cuyo contrato se pretende extinguir, la ruptura contractual se considerara un despido abusivo.

Sin embargo, cuando el trabajador ha alcanzado la edad de 70 años no es preciso ni procedimiento ni consentimiento alguno del trabajador, y unilateralmente cabe acordar la extinción contractual.

De otra parte, en el Derecho Laboral francés, vino siendo una institución jurídica incuestionada la del cese por jubilación a iniciativa del trabajador (*Départ a la retraite*). Se trataba de otra modalidad de extinción precoz de la relación laboral. Se trataba una extinción de la actividad laboral a instancia del trabajador por cumplimiento de una determinada edad que le permitía el acceso a la jubilación; pero que, sin embargo no constituía una dimisión en sentido estricto. En efecto, cualquier trabajador que hubiera alcanzado la edad de 60 años y que pudiera conforme a la normativa de Seguridad Social, acceder al disfrute de una pensión de jubilación, tenía derecho a dar por extinguida la relación laboral.

En la actualidad, con la modificación del requisito de edad de acceso a la pensión de jubilación, esta institución jurídico-laboral se ha subordinado a las reglas de jubilación; de forma que solo cabe ese cese voluntario en los supuestos

⁴¹ Para un trabajador que nace a partir de julio de 1951, no cabe la extinción unilateral empresarial por razón de edad entre los 60 años y 4 meses y los 65 años y cuatro meses. Para los nacidos en 1952: está prohibida entre los 60 años y 9 meses y los 65 y 9 meses; para los nacidos en 1953: entre 61 años y 2 meses y los 66 años y 2 meses; para los nacidos en 1954: entre 61 años y 7 meses y los 66 años y 7 meses; para los nacidos a partir de 1955: queda prohibida este tipo de extinción entre los 62 y los 67 años.

⁴² Si el trabajador nació antes del 1 de julio de 1951, puede acordar la extinción contractual entre los 65 y 69 años. Si nació a partir del 1 de julio de 1951 entre los 65 años y 4 meses; para los nacidos en 1952: la edad mínima se fija en 65 años y 9 meses; para los nacidos en 1953: 66 años y 2 meses; para los nacidos en 1954: 66 años y 7 meses; para los nacidos a partir de 1955, 67 años

legalmente previsto de jubilación a edad anticipada (discapacidad, largas carreras de cotización, carreras laborales con circunstancias de penosidad e insalubridad o cuando se puedan aplicar edades reducidas según edad de nacimiento y siempre que se acrediten los periodos de cotización exigidos para alcanzar pensión a tarifa plena).

Sin que sea posible entrar en mayores detalles, que desbordarían este trabajo, sí es preciso insistir en que la supervivencia de mecanismos de cese anticipado es cada vez menor, y se circunscribe a supuestos muy concretos y de trascendencia social (CAATA (cese anticipado de actividades de los trabajadores del amianto), o CATS (cese anticipado de actividad de ciertos trabajadores asalariados sometidos a trabajos penosos o insalubres). En esa línea de la activación y de la eliminación de excepciones generalizadas se encuentra la institución de la Dispensa de Búsqueda de Empleo (DRE), de la que se tratará más adelante

2.3. *Un mecanismo sui generis: la Cuenta de Ahorro-Tiempo*

Junto a las medidas referidas a la empleabilidad de los trabajadores de edad madura, y las medidas de activación y de fomento de la prolongación de la vida laboral, en el Derecho Francés se ha generalizado un instrumento de gestión de personal que permite mantener, con ciertos límites y una relativa eficacia, a los trabajadores de mas edad en el empleo, y facilita una transición suave hacia la jubilación, con efectos bifrontes.

Se trata de la Cuenta Ahorro-Tiempo (*compte epargne-temps*, CET). Si bien es un instrumento de uso general en las empresas, y por lo tanto se trata de una herramienta inespecífica desde una perspectiva de gestión de edades, sí es verdad que permite graduar la salida del mercado de trabajo de los senior.

Este fórmula jurídica permite una alternativa: la acumular los días de permiso remunerado no disfrutados o beneficiarse de una remuneración inmediata o diferida, como contrapartida a los periodos de descanso no disfrutados y las cuantías relativas a los mismos.

La Cuenta (CET) se alimenta de esos periodos de descanso no disfrutados; de forma que el trabajador, cuando lo considere oportuno puede percibir, en periodos de inactividad, las cuantías adeudadas acumuladas.

Se trata de una institución puramente convencional; es decir, preferiblemente se pone en marcha por acuerdo colectivo de empresa o de centro de trabajo; y se regula por las estipulaciones⁴³ concretas de ese acuerdo constitutivo.

⁴³ En ese acuerdo (que también puede ser de sector, pero ha de dejar margen de concreción para el ámbito empresarial) se determinan las condiciones de acumulación de derechos, las reglas de cuantificación, las modalidades de gestión de la cuenta, las condiciones de utilización, liquidación y transferencia de derechos entre empleadores; las reglas de acumulación a los periodos

En lo que respecta al empleo de los trabajadores de más edad, la existencia de una Cuenta de Ahorro-Tiempo se concreta en la posibilidad de que el trabajador pueda acordar con su empleador el cese progresivo de su actividad laboral previa a la jubilación, utilizando los días acumulados en su cuenta personal.

3. MEDIDAS DE RETORNO AL EMPLEO DE LOS DESEMPLEADOS SENIOR

Junto a las medidas de mantenimiento en el empleo, el ANI 2005 y el Plan Nacional⁴⁴ contenían también previsiones referidas a la reinserción de trabajadores maduros expulsados del mercado de trabajo antes de alcanzar las edades pensionables. En este ámbito, sin perjuicio de lo que se haya de decir enseguida, resulta llamativo que, a pesar del empaque de la concertación social, el discurso técnico-institucional es pesimista⁴⁵.

Aquí, y sin posibilidad de profundizar todo lo deseable, habría que diferenciar dos grandes colectivos de trabajadores maduros: de una parte, aquellos que han sido muy recientemente expulsados del mercado de trabajo, quizás por efecto inmediato de la crisis económico financiera el último lustro y, de otra parte, a aquellos desempleados maduros, que salieron del mercado de trabajo en fechas

vacacionales; las garantías financieras de los derechos acumulados, las reglas de conversión en caso de extinción contractual; la afectación de parte del fondo a la financiación de los regímenes complementarios de jubilación.

⁴⁴ El Objetivo 3 se dedicaba a Favorecer el regreso al empleo de los seniors. Para acometer este objetivo se contemplaban diez medidas de actuación (acciones 16^a-24^a). Medidas como: el incremento de la oferta de servicios de la Agencia Nacional para el Empleo (ANPE) dirigidos a los seniors (acción n° 15); el desarrollo de una oferta de servicios públicos en materia de cualificación profesional (acción n° 16); movilización de los contratos bonificados en particular el de la modalidad “iniciativa de empleo”, para los trabajadores maduros (acción n° 17); rechazo de la discriminación por edad en el momento de la contratación de un trabajador (acción n° 18); supresión de los frenos al empleo, vinculados a la contribución “Delalande” (acción n° 19); adaptación del recurso a la contratación temporal o de duración determinada, dirigida a seniors (acción n° 20); incitación a la creación de empresas y a la reanudación de actividades empresariales suspendidas o concluidas (acción n° 21); desarrollo de nuevas formas de empleo (acción n° 22); refuerzo de las ayudas bajo la forma de desgravaciones al empleadores que contraten demandantes de empleo mayores de 50 años (acción n° 23); puesta en marcha de mecanismos de motivación a los desempleados mayores de 50 años para que retomen un empleo (acción n° 24).

⁴⁵ En efecto, en junio 2013, en el marco de la Inspección General de Asuntos Sociales se realizó el Informe de Evaluación sobre “Vuelta al empleo de los trabajadores maduros en situación de desempleo”. Y la síntesis de ese informe es la de que las medidas de activación de este colectivo han de ser ineficaces con carácter general, dejando a salvo algunas de ellas. (C. DANIEL, L. ESLOUS y A. KARVAR, *Retour a l'emploi des seniors au chômage. Rapport d'évaluation..* <http://www.igas.gouv.fr/spip.php?article324>).

relativamente lejanas en el tiempo y son en realidad desempleados de larga duración, en situación de paro forzoso subsidiado asistencialmente, y que van alcanzado edades próximas a la edad pensionable; edad que a su vez se aleja (desde los 60 años históricos a los 62 años, al margen de regímenes transitorios diversos).

Los sujetos de uno y otro colectivo, *a priori*, parecieran ser una misma categoría de trabajadores maduros. Sin embargo, en puridad, serían dos colectivos muy dispares que sólo comparten cohortes de edad.

La disparidad radica en los contornos concretos de su empleabilidad, así como en las circunstancias precisas de sus carreras profesionales y de cotización respecto de la pensión de jubilación. De un modo más concreto, el *décalage* profesional es mayor en aquellos desempleados de larga duración, salvo que hayan participado en programas de reclasificación profesional de algún tipo. Suplementariamente, el acceso a la pensión de jubilación se hace más traumático (por improbable o por las circunstancias prestacionales adversas en lo relativo a la cuantía de la pensión, tanto más en momento de reformas normativas contributivizadoras) cuanto mayor duración haya tenido la inactividad y/o a más temprana edad se haya producido el cese en la actividad profesional. Respecto de estos colectivos, entonces, las políticas de empleo en Francia pretender ser activadoras, pero no pueden abandonar un predominio de protección pasiva⁴⁶.

Por eso parece que hay un mayor esfuerzo en la promoción de la empleabilidad de los trabajadores maduros en riesgo de desempleo (*ex ante* a esa situación), y en la inserción lo más inmediata posible al aconteciendo de la pérdida de empleo de los desempleados maduros mediante contratos no subvencionados.

En lo demás, resultan de aplicación los mecanismos inespecíficos de protección de la situación de desempleo, con alguna mínima variación.

3.1. Prestaciones por desempleo de los senior

Con independencia de lo anterior, sí es cierto que entre las medidas políticas referidas al empleo de los senior, hay algunas referidas a la protección por desempleo. En dos direcciones complementarias: la de proteger con ciertas especificidades a este tipo de desempleados en orden a su transición lo menos traumática posible a una pensión de jubilación, y la de promocionar la reinserción laboral de los desempleados seniors.

Por lo que respecta a la primera, e independientemente de un contexto francés conmocionado por el desempleo, es cierto que desde las instancias gubernamentales es una cuestión de rabiosa actualidad la de la protección por desempleo de los

⁴⁶ En el primer trimestre de 2015 se estudió por el Gobierno francés la posibilidad de crear un contrato subvencionado para desempleados de más de 60 años, y que no puedan acceder a una pensión de jubilación; y se descartó por su complejidad técnica.

trabajadores senior; especialmente de aquellos que se encuentran en la antesala de la protección por jubilación; de suerte que los mayores de 50 años resultan ser un colectivo problemático.

Aquí se han de destacar algunos dispositivos terminales, que integran el grupo de prestaciones asistenciales mínimas sociales (*les minima sociaux*), como son la ASS, la RSA y la ARE⁴⁷. Se denominan terminales en el sentido de que, a pesar de ser inespecíficos de los trabajadores senior, *de facto*, en los casos de desempleo de larga duración, son las únicas prestaciones públicas que pueden recibir antes de ser eventuales beneficiarios de prestaciones de jubilación, en la fase previa al término (salida del mercado) de su condición de activo.

La ASS (Prestación de Solidaridad Específica) se atribuye a las personas en desempleo, con ciertas condiciones de actividad profesional previa y carencia de recursos. La RSA por su parte se concede a aquellas personas que pertenecen a un hogar en el que no se ingresa ningún tipo de renta. La ARE (Ayuda de Vuelta al Empleo) es un tipo de prestación en caso de desempleo involuntario, cuando, si bien se reúnen ciertos periodos de cotización⁴⁸, no se alcanzan los exigidos para ser beneficiario de prestación por desempleo estándar⁴⁹.

En todas ellas hay un elemento común: o no se exige edad o se exige no ser beneficiario de pensión de jubilación; de ahí su carácter de mecanismo inespecífico de protección.

Junto a esas prestaciones no específicas de los senior, se han de señalar otras modalidades asistenciales marginales que sí les son propias. Que lo son por su carácter coyuntural y porque se centran en colectivos identificados de sujetos a los que las reformas normativas afectaban de modo singular. De una parte, hasta 1 de enero de 2011⁵⁰ para los demandantes de empleo que no hubieran alcanzado la edad de jubilación pero atesorasen los periodos de carencia previos para acceder a

⁴⁷ Esa actualidad convulsa es a que conlleva que haya iniciativas políticas que acaben teniendo eventuales efectos jurídicos a través de la acción gubernamental. Así, como ultimo ejemplo, al hilo de una pregunta parlamentaria al ministro de Trabajo, Empleo, de la Formación Profesional y el Dialogo Social, se ha anunciado la puesta en marcha de una ayuda económica de 300 euros para aquellos demandantes de empleo de 60 años que sean beneficiarios de prestaciones asistencias en espera de poder liquidar derechos a pensión de jubilación. Véase la nota de prensa sobre este hito en: <http://travail-emploi.gouv.fr/actualite-presse,42/brevets,2137/questions-au-gouvernement,18679.html>.

⁴⁸ Si el desempleado tiene menos de 50 años debe acreditar 122 días (4 meses) o 610 horas de trabajo en los últimos 28 meses; y si el desempleado tiene mas de 50 años, ha de acreditar esos periodos de actividad en los últimos 36 meses.

⁴⁹ Hay una variante interesante: la AREF, en la que la percepción de la prestación se acompaña del seguimiento de algún tipo de actividad formativa.

⁵⁰ Desde esa fecha no se causa ninguna nueva prestación, pero se prevé el mantenimiento de la prestación en tanto el sujeto reúna los requisitos si la hubiera causado con anterioridad a su supresión normativa.

una pensión de jubilación a tarifa plena (100% de la base), se preveía una modalidad asistencial⁵¹ prestacional denominada Prestación Equivalente a Jubilación (*Allocation Equivalent Retraite*, AER), que podría complementar o ser alternativa a alguna de las otras rentas mínimas sociales genéricas, según los casos.

Por otro lado, hasta el 1 de marzo de 2015 estuvo vigente una medida especial (la Prestación Transitoria de Solidaridad (*Allocation Transitoire de Solidarité*, ATS) para algunos senior (los nacidos entre el 1 de enero de 1952 y el 31 de diciembre de 1953), que habían agotado sus prestaciones por desempleo, les faltaba, por razón de edad y periodo de cotización previa exigido, algún periodo para poder acceder a una prestación de jubilación completa (100% de la base)⁵² y además acreditaban no superar un cierto umbral de recursos⁵³.

3.2. *La activación subsidiada: fomento de la contratación*

Como punto de partida de la reactivación del desempleo senior, se ha de llamar la atención sobre el fenómeno de la supresión progresiva de las dispensas de búsqueda de empleo (DRE) de la que se beneficiaron históricamente los trabajadores de más edad.

Se trataba de un mecanismo, ligado a la prestación por desempleo desde 1984, que se concretaba en la exigencia de que, para ser beneficiario de una prestación por desempleo, el sujeto desempleado ha de buscar activamente empleo. Pues bien, hasta la Ley de 1 de agosto de 2008, los beneficiarios de más de 57 años y medio de edad o de 55 años (si atesoraban 160 trimestres cotizados a los largo de su vida laboral o eran beneficiarios de Prestaciones específica de solidaridad (ASS) y no de desempleo ordinario) estaban exonerados de esa obligación. Pero, a partir de 2012 se ha suprimido esta dispensa para los desempleados senior, si bien se ha diseñado, como es habitual en Derecho social francés, un periodo transitorio⁵⁴.

Independientemente de esa dispensa, ya excepcional, de búsqueda de empleo, resulta relevante el hecho de que se haya tratado de reinsertar a los trabajado-

⁵¹ Se toma en cuenta un umbral de recursos para causar el derecho y para modular su cuantía; pues cabe las prestaciones diferenciales, en una visión de lógica borrosa aplicada normativamente.

⁵² El Decreto n°2013-187 de 4 de marzo de 2013 creaban, a título excepcional, una prestación transitoria de solidaridad (ATS) para aquellos demandantes de empleo a los que les faltaban algún periodo de cotización para alcanzar la tarifa plena. De facto, dado ese carácter excepcional real, todos los demandantes de empleo afectado por la medida han alcanzado ya sus prestaciones al 100%, y por lo tanto el dispositivo se ha quedado sin sustrato subjetivo.

⁵³ 1647,84 euros para una persona, y 2368,77 euros para una pareja.

⁵⁴ De forma que la dispensa se producía en 2009 para los desempleados de más de 58 años, en 2010 para los de más de 59 años, y en 2011 para los mayores de 60. A partir de 2012 ningún nuevo desempleado senior accedería a la Dispensa de Búsqueda de Empleo, salvo que ya viniera disfrutando con ella con anterioridad.

res de más edad con un modelo de activación específico (Contrato de Duración Determinada Senior o CDD Senior), que tiene un recorrido paralelo a otro instrumento de activación inespecífico de los seniors, pero de cierta implantación en el mercado laboral francés; como es el contrato único de inserción: en su doble modalidad: contrato de acompañamiento en el empleo (CUI-CAE) y contrato iniciativa de empleo (CUI-CIE).

3.2.1. CDD Senior

Una medida estrella entre las medidas incentivadoras del empleo de los trabajadores maduros es el Contrato de Duración Determinada Senior. Nacido del ANI 2005, el contrato de duración determinada adaptado a los seniors fue introducido en el Código del Trabajo por Decreto 2006-1070, de 28 de agosto (art. D. 322-24 a D. 322-26), con una finalidad clara, la de facilitar su retorno al empleo para poder adquirir derecho a una pensión de jubilación de tarifa plena (100%). En este caso, la incentivación a la contratación no pivota sobre un mecanismo económico-financiero (subvención), sino en un diseño flexibilizado de una modalidad contractual ya existente, pero que se modula cuando se refiere a un trabajador senior.

Las particularidades de esta modalidad contractual se refieren al tipo de sujetos que pueden ser suscribirlos. En efecto, este CDD senior tiene como únicos sujetos susceptibles de ser contratados a los desempleados mayores de 57 años; y de la parte empresarial, únicamente las empresas que desarrollen una actividad no agrícola. A la condición de edad se suma un requisito más: el de que se encuentren inscritos como demandantes de empleo durante un periodo relevante (tres meses), o hayan suscrito una convenio de reclasificación profesional tras un despido por causa económicas.

Esta modalidad contractual se reconoce por el propio legislador como un instrumento permitido para promocionar la contratación de ciertas categorías de personas (art. 1242-3 CT), sin que pueda ser tildado de discriminatorio.

De este modo, amparándose en esa finalidad inherente al CDD Senior, el legislador francés ha introducido una novedad. La regla general en materia de duración de los contratos de duración determinada (la de que su duración máxima no puede exceder los 18 meses y si, excepcionalmente son renovables, lo son por una vez, y con el tope que ya se ha mencionado de 36 meses) se ve excepcionado. Así, se establece la regla general de una duración ordinaria (18 meses); y cabe una prórroga ordinaria (de otros 18 meses) sin alegar causa excepcional alguna.

3.2.2. Contrato Único de Inserción

Junto al anterior, pero ya con elemento financiero, se ha de destacar un tipo de modalidad contractual, como es el Contrato Único de Inserción (CUI). Tiene

por objeto facilitar la inserción profesional de personas desempleadas y que encuentran dificultades sociales y profesionales particulares para acceder al empleo.

Esta definición genérica es la que posibilita, con un carácter inespecífico —pero quizás igualmente efectivo— que los trabajadores desempleados senior puedan insertarse en el mercado laboral mediante esta modalidad subvencionada de contratación.

Por seguir una inercia histórica en el ámbito de las políticas de Empleo francesas, se distinguen dos ámbitos diferenciados dentro del mercado de trabajo: el del sector empresarial o de entidades con ánimo de lucro, y el sector no lucrativo o de instituciones sin ánimo de lucro⁵⁵. Esa segmentación radica en que ambos ámbitos presentan potencialidades especiales diferenciadas como nichos de mercado, pero de relativa igual intensidad.

El contrato único de inserción, se denomina Contrato de Acompañamiento en el Empleo (CUI-CAE) en el sector no lucrativo, y Contrato de Iniciativa de Empleo (CUI-CIE) en el sector mercantil o lucrativo-empresarial.

A pesar de ser submodalidades contractuales de cierta relevancia en el Derecho del Empleo francés, no es menos cierto que se trata de tipos contractuales subvencionados —hay que seguir insistiendo en ello— de carácter inespecífico; es decir, están abiertos a los colectivos de desempleados como colectivo genéricamente considerado, sin atender a, por ejemplo, razones de edad. De ahí que sólo someramente se pase por ello, y no se dedique un tratamiento más monográfico.

Así las cosas, sería preciso señalar algunas características generales del contrato único de inserción y algunas de las particularidades de sendas submodalidades arriba señaladas.

Se trata de una modalidad contractual centrada en la inserción de un desempleado, bien bajo la forma de contrato de duración determinada⁵⁶, bien de duración indeterminada, a la que se atribuye una determinada subvención⁵⁷, y que esta exonerada de contribuciones a la Seguridad Social. Por eso es comprensible que se trate de una fórmula contractual procedimentalizada en lo que a la gestión se re-

⁵⁵ Aquí se incluyen las colectividades territoriales, entidades y organismos públicos, organizaciones no gubernamentales y todo tipo de asociaciones sin ánimo de lucro, personas jurídicas que gestionen servicios públicos, o sociedades cooperativas de interés general, por poner algunos ejemplos.

⁵⁶ Art. L. 1242-3 del Código de Trabajo, y sin que sea aplicable la exigencia de indemnización por finalización de contrato, salvo que así lo establezca una disposición convencional o contractual más favorable.

⁵⁷ En el montante de la subvención, mas que en el resto del régimen jurídico, es donde radica la diferencia entre las dos submodalidades de contratos de inserción, para el sector no lucrativo se subvenciona, atendiendo a distintas características del sector de actividad, del puesto de trabajo y características de inserción del sujeto concreto, hasta un 95% de la hora de salario mínimo de trabajo; y, atendiendo a condiciones similares, hasta un 47% en el sector mercantil.

fiere. O dicho de otro modo, aunque ya no es preciso un convenio tripartito (que ha sido suprimido por la Ley n° 2012-1189 de 26 de octubre), los organismos públicos de gestión de la prestación por desempleo y ordenación de la inserción/formación profesional son lo que gestionan las ayudas, y por ende supervisan el cumplimiento de los requisitos de contratación, y complementan los elementos formativos que son inherentes a la finalidad insertiva.

La duración del contrato no puede ser inferior a 6 meses; sin que en ningún caso sean aplicables las reglas generales de prórroga de los contratos temporales (L. 1243-13 Código del Trabajo); si bien su duración se vincula a la duración máxima de la ayuda, como se verá enseguida.

Por lo que respecta a la jornada, no cabe pactar una jornada inferior a 20 horas semanales, salvo por requerimientos personales del trabajador; y su salario ha de ser como mínimo el salario mínimo, proporcionado a su jornada efectiva de trabajo. En las demás condiciones laborales, el desempleado contratado mediante esta modalidad, adquiere el estatuto pleno de trabajador.

La subvención se puede prolongar durante 24 meses como máximo, si bien hay una derogación a este límite: cuando la ayuda concierna a un trabajador de más de 50 años y que además haya sido beneficiario de una renta de solidaridad (RSA), o una prestación de solidaridad específica (ASS), una renta de espera o renta para desempleado discapacitado, la duración máxima puede prolongarse, por años sucesivos, hasta un máximo de 60 meses. Aún más, excepcionalmente, cuando el trabajador mayor de 50 años o discapacitado encuentre dificultades particulares que sean un obstáculo a su inserción duradera en el empleo, la atribución de la subvención puede prolongarse más allá de la duración máxima prevista, si lo acuerda así la entidad gestora

Uno de los elementos centrales del contrato subvencionado es su obligado contenido: el de las acciones formativas, que ha de ser supervisado por una persona referente (*réfèrent*) externa a la empresa/entidad, que revisa las labores de acompañamiento en toda su extensión. Paralelamente, al trabajador desempleado se le ha de asignar un tutor, de entre los trabajadores de plantilla del empleador, y que ha de servir para integrar al nuevo trabajador en la dinámica empresarial.

Las acciones formativas han de objetivar un resultado, que se ha de plasmar en un certificado de experiencia profesional, que permita valorar las competencias y cualificaciones adquiridas durante el desarrollo del contrato.

En la medida en que las ayudas a la contratación están dirigidas al cumplimiento de su objetivo, toda vicisitud que enerve injustificadamente⁵⁸ ese objetivo

⁵⁸ Y como causas justificadas que no provocan el reembolso de la ayuda recibida se encuentra toda la tipología de despidos, siempre que se realicen conforme a derecho y se refieran a con-

por voluntad unilateral del empresario provoca la extinción de la subvención; al margen de otras eventuales consecuencias jurídicas.

Sin embargo se consideran justas causas de extinción a iniciativa del trabajador aquellas relacionadas con una mejora en su situación laboral; a saber: la suscripción de contratos de Derecho Común, sean de duración determinada o indeterminada, o el seguimiento de un tipo de formación profesional que le permita obtener una cualificación oficial.

En esa misma coherencia en términos de empleo, no cabe otorgar ayudas en el marco de este contrato cuando la contratación tenga por objeto reemplazar a trabajadores despedidos improcedentemente o por causas económicas, y el empleador no se encuentra al día de sus contribuciones sociales.

3.2.3. Contrato de profesionalización

El decreto n° 2011-524 de 16 de mayo de 2011, con efectos desde el 1 de marzo de 2011 estableció en un momento una ayuda estatal a los empresarios que contratasen, bajo la forma de contrato de profesionalización (art. L. 6325-1 et L. 6325-5 del Código de Trabajo), a desempleados de más de 45 años. En la medida en que el contrato de profesionalización incorpora como contenido el desarrollo de ciertas acciones formativas, el desempleado no sólo se inserta en el mercado laboral, sino que se recualificaría.

Para ser beneficiario de esta subvención, al empresario, bien es cierto, se le exigen ciertos requisitos de —llámese— pulcritud en la gestión de su personal. De suerte que, en los seis meses anteriores a la contratación, no ha debido extinguir bajo la forma de despidos por causas económicas contratos ligados al puesto de trabajo sobre el que pivota la contratación; debe encontrarse a día en el cumplimiento de su obligaciones fiscales y de seguridad social, y el trabajador desempleado contratado no ha debido formar parte de la plantilla de la empresa en los últimos seis meses previo a su contratación bajo esta modalidad.

Se trata de una ayuda de 2000 euros, o la parte proporcional a la jornada contratada si se tratase de un contrato a tiempo parcial. Como condición de garantía del cumplimiento del fin del contrato en sí mismo considerado, la ayuda se abona en dos tramos: los primeros 1000 euros se abonan tras los tres primeros meses de ejecución del contrato, y los restantes una vez concluido el décimo mes. En la medida en que la subvención está gestionada por la Entidad gestora de las prestaciones por desempleo (*Pole Emploi*), que supervisa con cierto rigor el cumplimiento de los requisitos exigidos, hay una garantía relativa de que se cumple la finalidad con la que fue diseñada la ayuda/ la modalidad contractual.

tratos indefinidos; y los despidos disciplinarios por falta grave o despidos por fuerza mayor en el caso de contrato temporales.

3.3. *La formación profesional reparadora*

En lo relativo a las medidas de fomento del empleo, se aplica en Francia esa filosofía basada en la existencia de medidas inespecíficas, aplicables a aquellos colectivos que reúnen condiciones generales ligadas a sus problemas e empleabilidad/ prevención de la exclusión. Igual que con los jóvenes los trabajadores senior pueden servirse de cualquier instrumento de política de empleo genérica, tales como los contratos de profesionalización, los periodos de profesionalización, la validación de los periodos de experiencia, por poner algunos ejemplos, de los que ya se ha hablado más arriba en el marco de la empleabilidad y la formación *preventiva*.

De un modo más concreto, en el Derecho social francés habría ciertas medidas destinadas a todas de valor a la cualificación profesional: a una previa que existiera, o a la que se pueda adquirir sobrevenidamente a la situación de desempleo.

Así, la Validación de la Adquisición de Experiencia (VAE) tiene un carácter ambivalente, y también sería dispositivo de reinserción profesional y recualificación profesional.

3.3.1. Los periodos de profesionalización

Por otra parte, se han de mencionar los periodos de profesionalización. Tienen como finalidad genérica la de favorecer, mediante acciones formativas en alternancia, tanto el mantenimiento en el empleo de trabajadores contratados indefinidamente (para que se mantengan intacta su empleabilidad o se mejore), y a lo que aquí interesa, la recualificación de trabajadores contratados en el marco de contratos únicos de inserción en cualquiera de sus submodalidades.

En un sistema jurídico-laboral en el que la formación ha venido teniendo un papel muy relevante, se entiende que las acciones formativas vinculadas a la inserción están muy tasadas/controladas por la propia normativa aplicable (en los términos de los art. L. 6314-1 D. 6113-2 del Código de Trabajo). De tal forma que, por resumir, han de ser acciones con competencias y conocimientos objetivables en su consecución, y a ser posible, convertibles en certificaciones profesionales emitidas por organismos públicos competentes. Han de tener una duración mínima de 70 horas, modulables por decreto, y que son acumulables a otras medidas formativas complementarias (ligadas a un procedimiento VAE, al uso de la cuenta formación etc.).

Ese periodo de profesionalización puede realizarse bien a iniciativa del trabajador o del empresario, si bien de la entidad gestora de las ayudas ligadas al Contrato Único de Inserción pueden promover las acciones con carácter previo y general a la suscripción de este tipo de contratos, o con carácter particular respecto de trabajadores concretos y *a posteriori*.

Lo más remarcable es que el empresario deba designar un trabajador que actúe como tutor para la orientación profesional del sujeto en periodo de profesionalización (art. D. 6324-2 - D. 6324-6 del Código de Trabajo), y éste sujeto mantenga su remuneración mientras realiza las actividades formativas, independientemente de si se desarrollan durante o fuera del tiempo de trabajo.

4. EL CONTRATO-GENERACIÓN COMO MEDIDA AMBIVALENTE

El Acuerdo Nacional Interprofesional de 19 de octubre de 2012 relativo al contrato de generación encuadra una medida ambivalente de fomento del empleo de los senior y de los jóvenes, que no deja de ser una materialización de un pacto generacional entre un joven en búsqueda de empleo y un senior, en el seno de una empresa⁵⁹.

En realidad, se trataría de una medida incardinada en la gestión previsional de los puestos de trabajo y competencias (GPEC), y que en consecuencia se ha impregnado del potencial creador del diálogo social, que ha impulsado el desarrollo normativo mismo de la institución⁶⁰; bien es verdad, que bajo el auspicio gubernamental.

Por efecto de lo anterior, su finalidad inmediata es triple y coherente; en el sentido de que el mantenimiento en el empleo de un senior y la inserción de un trabajador joven desempleado se cohesionan perfectamente con la transmisión de conocimientos y competencias. Todo apoyado en un concepto histórico del Derecho social mismo, cual es el del pacto intergeneracional.

No obstante, tras las reformas de 2014⁶¹, cabe que cumpla una finalidad aneja, como es la de permitir el acceso simultáneo al empleo de un senior y de un joven, desempleados ambos.

En puridad, no solo es relevante el contrato de generación en sí mismo, como concepto novedoso y desconocido en el Derecho español, sino que lo es más el hecho de que se trate del marco jurídico de un tipo de ayuda financiera a las empresas. En efecto, lo trascendente de esta fórmula es la imbricación de finalidades de

⁵⁹ A partir de la previsión de que hasta 2010, unos 600.000 trabajadores habría de acceder a la jubilación, y de media eso permitiría la entrada de unos 700.000 jóvenes al mercado laboral.

⁶⁰ La regulación actual es la que ofrece la Ley n° 2013-185 de 1 de marzo, de creación del contrato de generación, el Decreto n° 2013-222 de 15 de marzo, relativo al contrato de generación; el Decreto n° 2104-1046 de 12 de septiembre sobre el incremento de la ayuda acordada al contrato de generación; y el Decreto n° 2015-249, de 3 de marzo, de modificaciones de disposiciones relativas al contrato de generación.

⁶¹ Ley n° 2014-288, de 5 de marzo, relativa a la formación profesional, al empleo y la democracia social.

fomento del empleo en torno a la ayuda financiera que puede recibir una empresa. Ayuda que se puede traducir en hasta 8000 euros al año durante tres años por cada binomio contractual realizado; entendiéndose como tal binomio el resultante de la contratación en régimen de contrato indefinido de un joven menor de 26 años y el mantenimiento en el empleo de un trabajador de al menos 57 años, o la nueva contratación de un trabajador de más de 55 años.

De un modo más preciso, se exige a las empresas que incorporen a su plantilla, mediante un contrato de duración indeterminada/indefinida, a un joven de menos de 26 años. Y paralelamente, o se mantiene en el empleo a un trabajador de 57 años o más o se incorpora a un desempleado senior de más de 55 años.

No obstante la apariencia óptima, se han de destacar dos fallas: la primera se refiere al hecho de que la contratación indefinida del joven se habilita que sea tiempo completo o a tiempo parcial⁶²; la segunda objeción se refiere al hecho de que cabe que el senior que se incorpora a la empresa sea contratado mediante contrato temporal o indefinido.

Si además de la formalización de este binomio la empresa: a) esta al corriente de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social y, b) no ha procedido en los seis meses anteriores a las contrataciones, a despidos económicos que afecten a los puestos de trabajo implicados, entonces adquiere el derecho a recibir una ayuda⁶³ de 4000 euros al año durante tres años, o de 8000 euros al año si hay una contratación simultánea de un joven y un senior (mediante cualquier tipo de modalidad contractual)⁶⁴.

Los requisitos de edad, sin embargo, se han ido flexibilizando en el marco de las nuevas políticas de empleo de los jóvenes y los senior. Así, cabe extender el contrato generación (y la ayuda financiera que es más importante), en tres supuestos muy relevantes, en los que el umbral de edad es superior a los 26 años establecidos con carácter general. 1) El primer supuesto hace referencia al supuesto en que un empresario pretende transmitir su empresa con carácter previo a su jubilación; en estos casos si contrata a un joven menor de 30 años podría beneficiarse de la ayuda por contrato de generación. 2) La segunda excepción se refiere al supuesto en que, independientemente de la edad del joven, una empresa que había suscrito un contrato de aprendizaje con un joven, decide transformar ese contrato en indefinido. En este caso, lo relevante no es que el joven tenga menos de 26 años, sino que haya una conversión contractual desde un contrato formativo previo,

⁶² Bien es cierto que un límite; de forma que la duración semanal no ha de ser inferior a 4/5 de la duración del contrato a tiempo completo de referencia.

⁶³ Incompatible con otras ayudas ligadas a contratos de inserción, pero si acumulable a las subvenciones ligadas a contratos de profesionalización.

⁶⁴ La Ayuda es gestionada por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo (*Pôle Emploi*), lo que parece garantizar la eficacia insertiva de la medida.

al margen de la edad efectiva del joven en el momento de suscribir el contrato indefinido. 3) Por último, la tercera excepción resulta ser una clásica y congruente medida de promoción de la discapacidad, de forma que el contrato de generación también cabe para la contratación de jóvenes discapacitados menores de 30 años.

Del mismo modo, para potenciar —con dudosa efectividad— la medida, se han flexibilizado otros requisitos iniciales, de forma que el joven y el senior se pueden encontrar en dos lugares geográficos diferentes, y el trabajador de mayor edad puede tutorizar a otro joven diferente de aquel con el que conforma el binomio contractual inicial que abre el derecho a la subvención.

En paralelo, se han fijado ciertas cláusulas de salvaguardia, que suspenden o extinguen el derecho a percibir la ayuda, con efectos diversos⁶⁵, en los supuestos de extinciones contractuales o por modificación de la jornada.

Desde el punto de vista procedimental, dadas las implicaciones jurídico-financieras de este pacto, en el desarrollo normativo se han venido distinguiendo dos tipos de marco del contrato de generación: el de las empresas de 300 trabajadores o más, y el de las empresas entre 50 y 300 trabajadores⁶⁶.

La diferencia radica en el marco jurídico de las obligaciones de hacer efectivo el contrato de generación, y que habilitan el acceso a las subvenciones públicas. En el caso de las empresas de menos de 300 trabajadores, no se hace precisa la conclusión de un acuerdo de empresa o la elaboración de un plan de acción para el contrato generación si ya están cubiertas por un acuerdo sectorial que contemple la medida. Sin embargo, las empresas de más de 300 trabajadores o que pertenecen a un grupo de más de 300 trabajadores sí están obligadas a negociar y concluir un acuerdo o en su defecto establecer un plan de acción sobre el contrato generación; en el que se concreten los compromisos en materia de empleo para los jóvenes y los trabajadores senior, especialmente en lo relativo a la transmisión

⁶⁵ Desde el inicio, desde el primer día del trimestre civil, a partir del momento en que acontece la vicisitud extintiva, etc. La intensidad de la retroacción de efectos es causa directa de la gravedad de la causa extintiva en términos de fidelidad al objetivo mismo del contrato de generación. De forma que las extinciones por causas ligadas a la edad generan retroacción total, así como las que se producen en los seis primeros meses de duración; por estableces unas líneas generales y sin que se pueda entrar en el detalle.

⁶⁶ A este respecto, resulta paradigmático, como es habitual en muchas cuestiones laborales, el sector de la siderometalurgia, en el que se suscribió muy prontamente un Acuerdo Nacional relativo al contrato de generación. En efecto, de fecha 12 de julio de 2013, este acuerdo realiza en el sector una labor prospectiva muy seria, en el marco de la gestión previsor de edades, y entre las medidas previstas el contrato de generación se perfila como el instrumento último de ejecución de los compromisos de inserción de jóvenes y mantenimiento en el empleo de trabajadores senior. Medida esta que se complementa y es trascendido por un catálogo irisado de muchas medidas de promoción de empleo en el sector.

de conocimientos y competencias⁶⁷. Y, si falta dicho acuerdo, la empresa queda sujeta a una penalización.

El plan de acción o el acuerdo sobre el contrato de generación deviene un instrumento no sólo que actúa como condición misma de la obtención de la subvención, sino que, más allá de los efectos prácticos-pragmáticos, es ejemplo de un *modus operandi* particularmente virtuoso del Derecho Social francés, y que pivota sobre la idea de la racionalización/estudio de las situaciones (los diagnósticos) para poder ulteriormente valora las bondades/defectos de las medidas sociales (la evaluación).

Así, como contenidos obligatorios de los Planes de Acción /Acuerdos sobre el Contrato Generación se establece el diagnóstico acerca de: la pirámide de edades, las características⁶⁸ de los trabajadores jóvenes y maduros en el sector/empresa/grupo durante los tres últimos años; previsiones de acceso a la jubilación, perspectivas de contratación, competencias y conocimientos que se consideran estratégicos para la empresa/sector; condiciones de trabajo y grado de insalubridad y penosidad en el trabajo, distribución de puestos de trabajo entre hombres y mujeres.

Sobre ese diagnóstico completo, se establece el acuerdo, que debe ir más allá del contrato de generación para incluir medidas de Gestión Previsora de Puesto de trabajo y competencias. Hecho con una duración máxima de tres años, debe contener compromisos acerca de la integración duradera de los trabajadores jóvenes en las plantillas, la contratación y el mantenimiento de trabajadores maduros, y la transmisión de conocimientos y competencias. Y no han de ser compromisos genéricos o difusos, sino que se deben especificar las franjas de edad afectadas, modalidades contractuales, medidas concretas de coordinación, medidas de formación, medidas de igualdad profesional entre hombres y mujeres, por sintetizar.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

De este recorrido raudo y relativamente superficial cabe sin embargo derivar algunas reflexiones finales.

Las primeras tiene que ver con la racionalidad técnica que siempre subyace a las actuaciones normativas en Derecho social francés, y que pivotan sobre dos puntos relevantes: los diagnósticos/ investigaciones previos a las reformas y las evaluaciones subsiguientes. En el caso de los senior, este *modus operandi* aparentemente ha permitido actuar allí donde resultaba eficiente la acción (trabajadores activos en una franja de mas de 45 años), ha permitido resolver problemas coyunturales

⁶⁷ El contenido de los planes de acuerdos y planes de acción se describen en los art. L. 5121-11 y R. 5121-28 del Código del Trabajo.

⁶⁸ Tipo de contrato, niveles formativos, tasas de trabajo a tiempo parcial, por señalar algunas.

a través de normas de Derecho Transitorio (cuando un número estadísticamente relevante de sujetos sufrían efectos negativos de una aplicación inmediata de reformas de jubilación, por ejemplo) o ha evitado la puesta en marcha de mecanismos jurídicos ineficaces (como la contratación incentivada de seniors). A esto se habría de unir el carácter consensuado con los distintos interlocutores sociales de las acciones senior, lo que posibilita un mayor ajuste a los distintos sectores productivos y entidades territoriales. Es más, el binomio diagnóstico-evaluación se ha extrapolado en algunos ámbitos, al propio diálogo social.

El resultado parece claro: la identificación cuantitativa y cualitativa de sujetos y necesidades que hayan de ser objeto de las distintas acciones político-jurídicas, y lo que es más importante, la mayor facilidad para presupuestar el coste económico de esas acciones a efecto de su asignación a los distintos sujetos implicados. A lo que se ha unido que a los organismos gestores de prestaciones se les ha dado una mayor implicación (en la gestión de incentivos al empleo/ subvenciones, en la supervisión de la calidad de la formación, por poner algunos ejemplos).

Ligado a lo anterior, la protección del empleo de los senior se ha producido en un marco de socialización de medidas y efectos. En el que se han implicado una multiplicidad de agentes públicos y privados, en orden a dulcificar la aplicación práctica de las medidas, y en la que al propio trabajador senior se le dota de facultades y obligaciones.

Como aglutinante de lo procedimental y lo sustantivo, parece que el objetivo que era prioritario en el ANI 2005 (*hacer evolucionar las representaciones socio-culturales*) se ha ido consiguiendo; de forma que se ha potenciado el valor de la experiencia profesional, las empresas se han sensibilizado sobre la necesidad de gestionar anticipadamente las competencias y los puestos de trabajo, e incluso los propios trabajadores pareciera que asumen que si condición de activo deber ir más allá de los hitos temporales que históricamente marcaban el fin de la vida laboral.

De esta manera, y al margen de que la realidad pueda evidenciar que queda un recorrido aún importante, sustantivamente se ha diseñado un sistema de medidas eminentemente de activación —pero no sólo— de los trabajadores de mayor edad. Donde resulta primordial, ya no tanto reinsertar a los trabajadores senior desempleados, sino prevenir todo tipo de salida del mercado. Tanto la que se refiera a alcanzar cierta edad, cuanto la que tiene relación con la pérdida de empleabilidad en concreto (por ineptitud u obsolescencia profesional sobrevenida) como en general (falta de formación que favorezca la recualificación). Así las medidas destinadas al mantenimiento en el empleo resultan ser las más dinámicas y las que se multiplican.

Esto es así, en la medida en que la regulación histórica del desempleo indemnizado (muy generosa y que propicia la inactividad de los desempleados, y el desinterés de los empleadores) ha puesto de relieve la dificultad de reinsertar sin

más a desempleados de larga duración senior, puesto que la edad lleva aneja una características de incapacitación general (contextual, reducido a ciertas cohortes de edad en Francia, pero potente en la actualidad) para que la formación reparadora pueda insertar en el mercado, subvencionadamente o no, a cierto colectivo de trabajadores de más edad.

Además, la conservación de la situación de activo de los trabajadores de más edad, en el contexto de déficit acusado del sistema de pensiones, al que se pretende reformar, (pero con el que el legislador presenta muchas cautelas por la imbricación de intereses que conforman un poliedro extremadamente sensible desde el punto de vista político), favorece que desde un punto de vista macroeconómico, los hogares franceses no se vean afectados por reducciones drásticas del nivel de ingresos. En efecto, si la tendencia a la contributivización de la pensión de jubilación exige mayor periodo de carencia y son mayores los periodos exigidos para alcanzar la pensión completa o a tarifa plena (100%), entonces se hace preciso prevenir la salida prematura del mercado. Porque eso significaría el engrosamiento del desempleo de larga duración, y el adelgazamiento de los niveles medios de renta (porque la pensión de jubilación sea menor, o porque se agoten las prestaciones ordinarias de desempleo y se perciban rentas asistenciales de los hogares en los que se inserte un trabajador maduro); algo que preocupa desde una visión más amplia, en términos de niveles de consumo y de activación económica general⁶⁹.

En síntesis, si hubiera de concluirse de algún modo, habría que decir que el tratamiento que desde el Derecho Social francés se ha dado es paradigmático por su carácter transversal, y sobre todo por sus enfoque interdisciplinarios y multivectoriales, desde la órbita privada, pero también desde la pública. Y su dinamismo, desborda trabajos de las características que se le presuponen a uno como el que aquí se concluye.

⁶⁹ Sin que se pueda entrar aquí en este tema, la labor prospectiva ha alcanzado también estas dimensiones, por cuanto los pensionistas en Francia son considerados el motor económico con carácter general y con carácter particular en ciertos sectores, en los que sus rentas disponibles condicionan la elasticidad misma del mercado. Véase, A. BACLET, “Les seniors: des revenus plus faibles pour les plus âgées, compensés par un patrimoine plus élevé”, en INSEE *Les revenus et le patrimoine des ménages*, ed. 2006, pp. 25-37

El tratamiento laboral de las personas de edad avanzada en Portugal: medidas laborales y reformas de activación frente a la jubilación

Teresa Coelho Moreira

Profesora Auxiliar

Universidad de Minho/Escuela de Derecho

1. INTRODUCCIÓN

Es una verdad indiscutible el afirmar que el mundo está envejeciendo. En la mayoría de los países la población está envejecida y esta situación lleva innumerables cambios a varios niveles, pudiendo afirmarse que el envejecimiento de la población es uno de los mayores desafíos que los países desarrollados usualmente afrontan¹. De hecho, si desde la década de los 50 del siglo pasado, la vida para muchos europeos se volvió agradable, saludable y más larga, en 2014 la vida continúa siendo saludable y larga pero tenemos algunas dudas en relación a la situación de “agradable”, principalmente debido a la crisis financiera y a el carácter inestable de la protección durante los años de vejez de los más mayores. Y este envejecimiento de la población constituye un desafío no solamente para la Unión Europea sino para el mundo en general, pues afecta la sostenibilidad económica en términos de empleo, pensiones y sistemas de salud, así como la propia cohesión social en general en términos de solidaridad entre generaciones.

En las próximas décadas la población europea sufrirá enormes cambios a nivel demográfico pues si desde 1950 se ha incrementado en 20 años la esperanza media de vida, se prevé que, hasta 2060, esta esperanza media aumente aún más. Así, según las proyecciones, en 2060, la esperanza media de vida de los hombres que nazcan será de 7,9 años superior a la de 2010, y en el caso de las mujeres será

¹ En el mismo sentido ZDENKA SIMOVÁ, “To work or not to work: motivation for work after reaching retirement age”, en *Working and Ageing - Emerging theories and empirical perspectives*, CEDEFOP, Luxemburgo, 2010, p. 169.

de 6,5 años²³. En 2060 se prevé que el grupo de población comprendido entre los 15 y los 64 años se reduzca considerablemente pasando de 67% a un 56%; en cuanto la población con más de 65 años representará un conjunto mucho mayor de la población, pasando del 17% al 30%. Por otro lado, el número de personas con más de 80 años se acercará al grupo de los 0-14 años de edad, aumentando del 5% al 12%⁴.

Pero simultáneamente, las tasas de fertilidad están bajando y si en 2005 la media europea (teniendo en cuenta los 25 Estado Miembros) era de 1,5 niños por mujer, en 2050 se prevé una tasa de 1,5 a 1,6, siendo necesaria una tasa de 2,1 niños por mujer para existir la plena sustitución de las personas que dejan de trabajar. De hecho, no nos podemos olvidar que actualmente está produciéndose la jubilación de la denominada generación del “Baby Boom”, nacida después de la II Guerra Mundial y esta situación traerá grandes desafíos económicos, presupuestarios y sociales⁵.

Y si añadimos a esto que a partir de 2012 la población laboral europea comenzará a disminuir mientras que el grupo de más de 60 años de edad aumentará

² Datos ofrecidos en el *Libro Blanco - Una agenda para pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012. En realidad, la reforma de las pensiones en la UE está en estudio desde 2010, año en el que el Libro Verde de la Comisión Europea denominado *Sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*, lanzó “un debate a escala europea por medio de una consulta previa fundada sobre los principales desafíos que han de afrontar los sistemas de pensiones y sobre el modo en como la UE puede apoyar los esfuerzos de los Estados Miembros en el sentido de ofrecer pensiones adecuadas y sostenibles”. También es ese año el Consejo Europeo adoptó la Estrategia Europa 2020 que estableció como objetivo el aumento global del empleo de los europeos con edades comprendidas entre 20 y 64 años desde el 69% al 75% en 2020. En 2012, se adoptó el *Libro Blanco* que refleja los resultados de la amplia consulta lanzada por el referido *Libro Verde* y “define una agenda para convertir las pensiones adecuadas y sostenibles a largo plazo, estableciendo condiciones para tanto las mujeres como los hombres participaran de forma importante en la fuerza de trabajo a lo largo de toda su vida y reforzando las oportunidades de constituir prestaciones complementarias basadas en el ahorro que sean seguras”.

³ Ver los datos proporcionados en el Estudio presentado por la Comisión Europea en el año 2013 en la brecha de la reforma entre mujeres y hombres, in *The Gender Gap in Pensions in EU*, Comisión Europea, 2013.

⁴ Véase para profundizar, ANN NUMHAUSER-HENNING, “The EU Ban on Age Discrimination and Older Workers: Potentials and Pitfalls, in *IJLLIR*, 2013, p. 392.

⁵ Se pueden ver estos datos en *Europe's Demographic Future*, Comisión Europea, 2007 y en “Affording old age”, en *Social agenda*, n° 25, noviembre 2010, pp. 15-17. Véase también ANDREA WINKELMANN-GLEED, “Retirement or committed to work? Conceptualising prolonged labour market participation through organizational commitment”, en *Employee Relations*, vol. 34, n° 1, 2012, HELEN MEENAN, “The challenge of a European ageing population: problems, recent case-law and mainstreaming”, 2011, ERA, disponible en www.era.int (consultado en junio de 2014), y SIAN MOORE, STEPHEN WOOD y PAUL DAVIES “Research and Reports”, en *Industrial Law Journal*, vol. 29, n° 4, 2000, pp. 403 y ss.

cerca de 2 millones por año⁶, vemos como la cuestión de la edad y de los cambios demográficos tienen impacto directo en el Derecho del trabajo⁷.

Se asiste, actualmente, a grandes cambios a nivel demográfico pues las personas cada vez son más longevas y simultáneamente las familias están teniendo menos hijos⁸, lo que significa que hay un nuevo problema en la medida en que hay menos personas en edad laboral por cada persona de edad que se encuentra jubilada, planteando cuestiones importantes respecto de quién pagará las jubilaciones no sólo de los actuales trabajadores, sino también la de nuestros hijos. Y, sin duda, la peor crisis económica de las últimas décadas agravó, y mucho, estos problemas convirtiéndose en un problema a nivel de la UE y originando la inevitable discusión en torno de una necesaria alteración del sistema y de la edad de acceso a las pensiones de jubilación, así como la posibilidad de jubilarse más temprano⁹.

En 2012 existían 190 millones de personas con más de 50 años en la Unión Europea, frente a los 178 millones de 2007, suponiendo que la proporción de personas con más de 50 años se elevó del 35% al 37%¹⁰.

Por otro lado, actualmente, varios Estados Miembros de la UE fomentan en sus políticas el que los trabajadores trabajen más y por más tiempo, procurando aumentar la edad de la jubilación y sancionando a quien intente retirarse más temprano del trabajo. Y los propios sistemas de jubilación están modificándose, estableciendo sistemas automáticos de ajuste en los sistemas de jubilación¹¹ y adoptando varias medidas nacionales de austeridad.

⁶ Datos ofrecidos por la AGE Plataform Europe.

⁷ Vid. ANN MARIE TRACEY, “Still crazy after all these years? The ADEA, the Roberts Court, and Reclaiming Age discrimination as Differential Treatment”, en *American Business Law Journal*, vol. 46, n° 4, 2009, pp. 607-608.

⁸ De acuerdo a la información proporcionada en el sitio www.pordata.pt (consultado en junio de 2014), en 1960 la tasa bruta de natalidad en Portugal fue del 24,1%, en 2013 era sólo el 7,9% y, por otro lado, el índice de envejecimiento, es decir, el número de personas mayores — personas que no suelen ya estar trabajando y tienen más de 65 años— por 100 jóvenes —de 0 a 14 años—, en 1960 fue del 27%, en 2012 fue del 129,4%, con una tendencia a aumentar, siendo el promedio de 115,4% en la UE.

⁹ Y el porcentaje de trabajadores de más edad en la UE aumentará en las próximas décadas. Las tendencias de la población activa (datos de 2012) de la UE-27 apuntaban a un aumento de alrededor del 16,2% (9,9 millones) del grupo de edad de 55-64 años, entre 2010 y 2030. Todos los demás grupos de edad evidenciaron una tendencia a la baja de 5,4% (grupo de 40-54 años de edad) a 14,9% (grupo de 25-39 años de edad). Este pronunciado cambio demográfico se debe al aumento de la esperanza de vida y las tasas de fecundidad más bajas. Una de sus consecuencias es que la fuerza de trabajo en Europa alcanzará niveles de edad nunca antes registrado. En muchos países, los trabajadores de más edad representan el 30% o más de la población activa. Ver JUHANI ILMARINEN, *Promover o envelhecimento ativo no local de trabalho*, en <https://osha.europa.eu/pt/> (consultado en junio de 2014).

¹⁰ Véase Eurofound, *Work preferences after 50*, Luxemburgo, 2014, pp. 3-4.

¹¹ Vid en este sentido “Main trends in European pension reforms”, en *Social Agenda*, n° 25, noviembre 2010, pp. 19-20.

Con el aumento de la edad media de la población, las personas con edades comprendidas entre los 55 y los 64 años constituyen un porcentaje cada vez mayor de los trabajadores europeos y, a pesar de que la tasa de empleabilidad ha aumentado, simultáneamente la tasa de desempleo de los mismos también creció del 5,5% en 2007 al 7,4% en 2012¹². Esta aparente paradoja puede ser explicada por el hecho de existir una proporción de personas más mayores en el mercado de trabajo, especialmente mujeres y, a pesar de esta tasa de desempleo ser menor que la de los jóvenes, también es cierto que las personas desempleadas con más de 50 años tienen una mayor dificultad en obtener empleo¹³. Y, aunque la tasa de empleo de los trabajadores en esta franja de edad haya aumentado en la última década¹⁴, el número creciente de trabajadores más mayores y la consecuente presión sobre la sostenibilidad de los sistemas nacionales de Seguridad Social y de los regímenes de pensiones han intensificado la necesidad de proceder a jubilaciones que exijan de carreras más largas de seguro. Los gobiernos de muchos Estados Miembros, y Portugal entre ellos, han intentado elevar la edad efectiva de salida del mercado de trabajo, bien aumentando la edad legal de jubilación, bien limitando el acceso a la jubilación anticipada o, finalmente, bien reduciendo la cuantía de las prestaciones. Sin embargo, se entiende que tales medidas por si solas pueden no ser suficientes para incentivar a los trabajadores más mayores a permanecer en el mercado de trabajo. Así, para intentar promover la prolongación de la vida profesional, podrá ser necesario un tratamiento más “holístico” en el sentido de la mejoría de las condiciones de trabajo a lo largo del ciclo de la vida, principalmente para los trabajadores con actividades más duras desde el punto de vista físico, especialmente a través de la adaptación de las condiciones de trabajo a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores más mayores; con una formación continua y orientada específicamente para ellos; con la modificación de los tiempos de trabajo permitiendo a muchos trabajar en régimen de tiempo parcial, así como una mayor adaptabilidad de los horarios de trabajo posibilitando, incluso una adaptabilidad individual, con diferentes horas de entrada y de salida, en la medida en que muchos también cuidan de familiares, entre otras varias posibilidades¹⁵.

¹² En Portugal, de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística relativos a los indicadores clave de la población activa y empleada en el primer trimestre de 2014, en miles de personas, el mayor porcentaje fue ocupado por personas de entre 45 y 64 años, aunque también es el que tiene un alto porcentaje de los desempleados. Véanse todos estos datos en www.ine.pt (consultada en junio de 2014).

¹³ En este sentido *cf.* Eurofound, *Work Preferences...*, *cit.*, p. 5.

¹⁴ Sin embargo, es importante señalar que este aumento de la tasa de empleo se mide en promedios porque, en realidad, hay algunos subgrupos de trabajadores mayores de 50 años que disminuyeron la tasa de empleo. Ver los ejemplos en Eurofound, *Work Preferences*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵ En el mismo sentido véase, Eurofound, *Role of Governments and Social Partners in Keeping Older Workers in the Labour Market*, 2013, así como *Work Preferences*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

Por lo tanto, si la obligación de trabajar más para algunos siempre fue necesaria, actualmente se reviste de crucial importancia para todos o casi todos y según la “Age Platform Europe” un número cada vez mayor de mayores vivirán prácticamente en el umbral de la pobreza, indicando que los trabajadores más viejos serán de los más afectados por la crisis financiera¹⁶, convirtiéndose en fundamental la adopción de políticas neutras en relación a la edad de los trabajadores.

Atendiendo a todas estas consideraciones es interesante indicar que el año de 2012 fue el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad entre las Generaciones, teniendo como referencia el Año Europeo para Combatir a la Pobreza y la Exclusión Social de 2010 y también el Año Europeo de las Actividades de Voluntariado que Promuevan una Ciudadanía Activa en el presente año.

A este respecto la Decisión n° 940/2011/UE, de 14 de septiembre de 2011, estableció varias metas a lograr con este Año Europeo del Envejecimiento Activo, apoyándose en diversos artículos, como los arts. 147.1 y 153.1 del TFUE, el art. 3.3 del TUE y el art. 25 de la CDFUE, teniendo siempre en cuenta que la población de la UE está sufriendo grandes cambios demográficos e intentando garantizar que “las personas que actualmente tienen cerca de 60 años o más, cuyo número aumenta rápidamente y que, globalmente, están más sanas y mejor formadas que ningún otro grupo anterior de esa edad, gocen de buenas oportunidades de empleo y participación activa en la vida familiar y social, especialmente a través de actividades de voluntariado, el aprendizaje permanente, la expresión cultural y el deporte”¹⁷.

La Organización Mundial de la Salud define el envejecimiento activo como “el proceso en el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen”¹⁸. De esta forma, este tipo de envejecimiento permite que las personas puedan desarrollar su potencial de bienestar físico, social y mental a lo largo de la vida y que participen en la sociedad en todas las vertientes posibles.

La cuestión fundamental que se plantea ante esta idea del envejecimiento activo es la de cómo alcanzarlo principalmente ante un escenario de crisis financiera como la actual.

Nos parece que estamos ante un reto pues, como la propia Decisión de la Comisión establece en el Considerado n° 11, “la creciente proporción de personas mayores en Europa y el incremento de las enfermedades crónicas se convierten en

¹⁶ De acuerdo con datos proporcionados por la OIT, *World Social Protection Report - Building economic recovery, inclusive development and social justice*, 2014, p. 73, casi la mitad de la población en edad de jubilación no reciben pensión y muchos de los que la reciben su importe no es suficiente, lo que les obliga a continuar trabajando, a veces en condiciones precarias.

¹⁷ Considerando 8 de la Decisión.

¹⁸ Considerando 9 de la Decisión.

cuestiones importantes para procurar la promoción un envejecimiento saludable para todos, y en particular para las personas de más edad, apoyando su vitalidad y dignidad gracias, especialmente garantizando el acceso a una atención sanitaria adecuada y de alta calidad, a los cuidados de larga duración y a los servicios sociales, y desarrollando iniciativas que fomenten la prevención de los riesgos para la salud asociados con el envejecimiento”. Destacó también que la posibilidad de envejecer de forma saludable “puede contribuir a que las personas de más edad *incrementen su participación en el mercado de trabajo, permanezcan activas más tiempo en la sociedad* y mejoren su calidad de vida individual, y a que se reduzca la carga para los sistemas de atención sanitaria y social y para los regímenes de pensiones”¹⁹.

Puede señalarse, por tanto que la defensa de Derechos fundamentales de las personas mayores es una consecuencia de las necesidades económicas y financieras de los Estados Miembros, además lo que no debe olvidarse es, de hecho, la raíz de toda política adoptada al nivel de la UE en relación a la propia discriminación en razón de la edad²⁰.

En realidad, este cambio de perspectiva acerca de la edad no es tanto directamente relacionada con una mayor preocupación por los derechos personales o incluso la dignidad de los trabajadores más mayores (de más edad), sino que está más bien relacionada con los famosos objetivos de la Agenda de Lisboa en relación con las tasas de empleo de la población en general —del 70%— y de los trabajadores de más edad en particular —más del 50%— entre 55-64 años. Por lo tanto, hay que tratar de mantener y conservar el máximo número de personas que trabajan en un intento de lograr la eficacia económica y la lucha contra el déficit público²¹.

Se está de acuerdo, por tanto, con JÚLIO GOMES²² cuando defiende que la “repentina y creciente preocupación” por el futuro de estos trabajadores de más edad está relacionada, principalmente, con razones económicas y con las dificultades de financiación de los sistemas de Seguridad Social. Así, si hasta hace poco tiempo fue alentada la jubilación anticipada voluntaria, actualmente ocurre todo lo contrario ya que, con la crisis de la Seguridad Social, el trabajador es penaliza-

¹⁹ El subrayado es nuestro

²⁰ Cf. OLIVIA BONARDI, “Le discriminazioni basate sull’età”, in *Il Nuovo Diritto Antidiscriminatorio - Il quadro comunitario e nazionale*, (coord. M. BARBERA), Giuffrè Editore, Milán, 2007, pp. 126-127.

²¹ En este sentido puede verse C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “La jubilación en el Derecho de la Unión Europea”, en *La edad de jubilación*, (coord. J. L. Monereo Pérez y J. A. Maldonado Molina), Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 168-169.

²² *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 404.

do si intenta retirarse antes y, además, se intenta posponer cada vez más la edad de la jubilación.

Y la pregunta que se puede plantear, en el sentido que lo hizo JULIO GOMES²³, refiriéndose a HELEN DESMOND, es si esta nueva preocupación por este tipo de trabajadores más mayores se basa en un verdadero respeto por el derecho a no ser discriminado o en cambio lo es para “constituir un ejército de reservistas de trabajo para ser movilizado o eliminado dependiendo de las conveniencias políticas y económicas”²⁴.

Nos parece también, siguiendo lo defendido en el Libro Blanco —Una Agenda para pensiones adecuadas, seguras y sostenibles²⁵—, que estas perspectivas fueron también agravadas por la actual crisis financiera y económica que se concreta en el débil crecimiento económico, en altos niveles de deuda, en el déficit presupuestario y en la inestabilidad financiera, así como un bajo nivel de empleo²⁶.

2. LOS TRABAJADORES DE MÁS EDAD EN PORTUGAL: MEDIDAS LABORALES ADOPTADAS PARA SU CONTINUIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO

2.1. Introducción

2.1.1. Durante los últimos años el mundo ha visto la peor crisis económica desde la Gran Depresión de 1929, crisis que dio lugar a pérdidas generalizadas de empleo y graves dificultades sociales²⁷, estimándose que en 2013 cerca de 202

²³ *Direito do Trabalho...*, op. cit., pp. 404-405.

²⁴ No podemos dejar aquí de referir una sentencia del Tribunal de Casación francés de 29 de junio 2011 en el que el Tribunal sostuvo que cuando un empleado en el momento de la contratación ha superado la edad de jubilación, el empleador no puede hacer rescindir el contrato sobre la base de que ya tiene la edad suficiente para jubilarse. Por lo tanto, según el art. L. 1.237-5 del *Code du Travail*, su edad no puede ser una razón para que el empleador pueda rescindir el contrato de trabajo. Como se indica en esta resolución “admitir tal posibilidad de rescindir el contrato sobre la base de la jubilación daría como resultado proporcionar al empleador el derecho de separarse de su trabajadores en todo momento y de acuerdo a su voluntad, lo que es contrario a la aplicación de buena fe en el contrato de trabajo”. Creemos que fue una decisión acertada por parte del Tribunal.

²⁵ *Cit.*, p. 3.

²⁶ Véase, para mayor profundidad, T. COELHO MOREIRA, “A discriminação em razão da idade no contexto de uma população envelhecida na UE”, in *Igualdade e não Discriminação - Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2013.

²⁷ La OIT, en 2011, estimaba que en todo el mundo se necesitarían otros 22 millones de puestos de trabajo para recuperar los niveles de empleo anteriores a la crisis. Véase *Igualdade no trabalho: Um desafio contínuo - Relatório global no quadro do seguimento da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*, 2011, p. 2.

millones de personas en todo el mundo estaban desempleadas, lo que supone un aumento de alrededor de 5 millones en comparación con el año anterior y esperándose que este número aumentará para 215 millones en 2018. Por otro lado, la duración de los periodos de desempleo se ha duplicado en comparación con la situación anterior a la crisis, convirtiéndose en un factor que dificulta la recuperación del mercado de trabajo²⁸. Y, en Portugal tal como señala la OIT²⁹, desde el inicio de la crisis mundial en 2008 se perdió uno de cada siete puestos de trabajo, siendo este porcentaje el más importante deterioro del mercado de trabajo entre los países europeos, después de Grecia y España. Los trabajadores jóvenes y las familias con hijos más pequeños han sido afectados desproporcionadamente por la contracción económica. Por otro lado, el mercado de trabajo no registró ninguna mejora durante el programa de “rescate” o asistencia financiera firmada en 2011 entre el Gobierno Portugués, de una parte, y la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional, por otra. En la realidad, la tendencia creciente de desempleo se ha intensificado en los últimos dos años, aunque con algunos signos de reducción en los últimos meses.

Y, en momentos de grave situación económica, el Derecho del trabajo tiene un papel muy importante, no solamente desde un punto de vista legal, sino, sobre todo, en el marco socioeconómico, tanto para los trabajadores como para los empleadores³⁰.

2.1.2. El trabajo ha de ser visto como una actividad orientada a la producción material de bienes y servicios útiles a la sociedad y no como una actividad exclusivamente dedicada para la acumulación de riqueza. El trabajo no puede ser visto tan solo como una forma de obtener una remuneración sino también como un medio de pertenecer a la sociedad. Y la falta de empleo o su existencia precaria limita las posibilidades de integración, pudiendo romperse la cohesión social y creándose situaciones de exclusión, haciendo peligrar la estabilidad de la sociedad³¹, pudiendo recordarse la afirmación de V. FORRESTER³² cuando dijo que

²⁸ OIT, *Global Employment Trends 2014*, 2014, pp. 11-12. Cf., también los datos presentes en OCDE, *Society at a Glance 2014 - OECD Social Indicators*, 2014, pp. 16-17, así como los Informes de la OIT relativos a los años de 2012 y 2013, *World of Work Report 2012 - Better jobs for a better economy*, e *World of Work Report 2013 - Repairing the economic and social fabric*.

²⁹ *Enfrentar a crise do emprego em Portugal*, 2013, p. 2.

³⁰ P. MORGADO PANADERO, “Retos y propuestas para el Derecho del Trabajo en tiempos de crisis”, en *REDT*, n° 149, 2011, p. 168.

³¹ En este sentido véase A. VILALLONGA, “Los Nuevos Yacimientos de Empleo: una oportunidad para crear empleo y satisfacer nuevas necesidades sociales”, en *Scripta Nova Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. VI, n° 119, 2002, p. 2.

³² *O Horror Económico*, trad., p. 18.

“más allá de la explotación del hombre hay algo peor: la ausencia de cualquier tipo de explotación”.

Esta crisis económica y financiera ha afectado, sobre todo, al empleo y a las relaciones laborales, causando algunos “convulsiones” en las bases tradicionales del Derecho del trabajo³³.

La crisis actual coloca una vez más en el orden del día la estrecha relación entre la salud del sistema económico productivo y la situación del Derecho del Trabajo, un sector del ordenamiento jurídico fuertemente influenciado por la economía. Como advierte PALOMEQUE LÓPEZ³⁴, la crisis económica se ha convertido en “una realidad que ha acompañado al Derecho del Trabajo, por lo menos de forma intermitente a lo largo de su recorrido histórico”, convirtiéndose, como se indica, en un “‘compañero de viaje histórico’ de la misma, incómodo si se quiere”³⁵. En una situación algo similar, H. SINZHEIMER³⁶ escribió en 1933 que “estas formas tradicionales de Derecho del Trabajo están hoy puestas en discusión. La crisis general y sus efectos particulares sobre Derecho del Trabajo [...] revivieron en el mismo una situación de tensión latente durante algún tiempo [...] Aquí radica la crisis más grave del Derecho del Trabajo, que invierte por completo sus principios constitutivos. Se ponen simultáneamente en crisis también teorías fundamentales que hasta el momento fundaban el Derecho del Trabajo. Surge un nuevo interés por la constitución del Derecho de la economía. El Derecho del Trabajo no tiene sentido aisladamente considerado. Es complementario a la economía. Sólo puede subsistir si existe una economía capaz de garantizar las condiciones de vida de los trabajadores, para protegerlos de la destrucción, de sustraer al Derecho del Trabajo de los avatares de una economía desordenada [...] ¿Qué sentido tiene el Derecho del Trabajo, si se presenta principalmente como el derecho de una élite de trabajadores que tienen la suerte de trabajar cuando hay al mismo tiempo un cementerio económico de desempleo estructural?”.

2.1.3. Por otro lado, e independientemente de las crisis económicas, diferenciar a las personas por motivos de la edad constituye una práctica relativamente

³³ Pueden verse las cifras presentadas por la OCDE, *Society at a Glance 2014 - Highlights Portugal The crisis and its aftermath*, OCDE, 2014, con las mismas para defender la necesidad de las reformas necesarias para mejorar la protección social.

³⁴ *Direito do Trabalho e Ideologia*, (trad. A. Moreira), Almedina, Coimbra, 2001, p. 39.

³⁵ B. G. LOBO XAVIER, “O Direito do Trabalho na Crise (Portugal)”, en *Temas de Direito do Trabalho - Direito do Trabalho na Crise, Poder Empresarial, Greves atípicas - IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, p. 102, utiliza la expresión “crisis instalada”.

³⁶ *Apud* PALOMEQUE LÓPEZ, “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, en *Derecho del Trabajo y Razón Crítica - Libro dedicado al Profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Salamanca, 2004, p. 32.

común en diversos ordenamientos jurídicos. Estas distinciones pueden ocurrir por cumplimiento de objetivos socioeconómicos basándose en consideraciones racionales o incluso por imperativo legal, tales como, entre otras cosas, el establecimiento de la edad mínima para trabajar o para obtener el permiso de conducir³⁷. Pero a menudo, las diferencias de tratamiento de ciertas personas o de ciertos grupos de personas por motivos de edad se debe a los prejuicios generalizados o estereotipos superficiales que pueden afectar tanto a los jóvenes como a las personas mayores.

Y estos prejuicios o estereotipos tienen un impacto muy negativo en el contexto laboral, ya sea en la fase de acceso y formación del contrato de trabajo, ya sea en la fase de ejecución o terminación del mismo. El acceso al empleo es necesario tanto para los jóvenes como para las personas mayores, si se pretende que cada uno puede realizarse a través del trabajo y participar activamente en la sociedad. Y este principio es reconocido en muchos instrumentos del Derecho Internacional donde se reconoce la importancia central del derecho al trabajo, como es el caso del art. 26 del PIDCP, los arts. 6, 7, 11, 12 y 13 del PIDESC, así como la propia Convención n° 111 de la OIT sobre discriminación en el empleo y el lugar de trabajo. También a nivel de la UE varios instrumentos defienden lo mismo³⁸.

Desde la Agenda de Lisboa, en la que se mantiene que asegurar la diversidad de edades en términos de mano de obra se traduce en ventajas importantes desde el punto de vista socioeconómico permitiendo, también, una mayor participación en el mercado de trabajo y combatir la exclusión social.

También en el mismo TFUE se establece la prohibición de discriminación por razón de edad en el art. 19, así como en art. 21 de la CDFUE y pudiendo observarse también en el art. 25, sobre los derechos de personas mayores donde indica que “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a su participación en la vida social y cultural.”

De fundamental importancia, también, en la lucha contra la discriminación por motivos de edad es la Directiva 2000/78 /CE, de 27 de noviembre de 2000, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación profesional y prohíbe la discriminación por motivos de edad como un principio general aunque después admita una serie de excepciones que pueden, si se interpretan de forma extensa, vaciar de contenido la protección establecida,

³⁷ En este sentido, *inter alia*, F. CARINCI y A. PIZZOFERRATO, *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, UTET Giuridica, Torino, 2010, p. 425, que defienden que es “facilmente comprensible” este tipo de diferenciación en determinadas situaciones, poniendo como ejemplo el caso de la prohibición del trabajo infantil.

³⁸ *Vid. La discrimination fondée sur l'âge*, UE, 2005, p. 11. *Cf.* también, *European handbook on equality data*, European Commission, 2006, p. 18.

especialmente si se acepta la posibilidad de discriminación directa contraria a lo que sucede con respecto a otros tipos de discriminación prohibida³⁹.

En el sistema legal de Portugal son de particular relevancia los artículos 23 al 29 del Código de Trabajo que transponen esta Directiva. De crucial importancia es el artículo 24, relativo al derecho a la igualdad en el acceso al empleo y al trabajo y que establece en el apartado 1 que: “Un empleado o solicitante de empleo tiene derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en el acceso al empleo, la formación y la promoción o la carrera profesional y las condiciones de trabajo, no pudiendo ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de cualquier derecho o exentos de cualquier obligación debido, particularmente, a [...] la edad”, así como el artículo 25, relativo a la prohibición de la discriminación y que en los apartados 2 y 3 establece algunas excepciones a esta prohibición que son importantes para el análisis de la discriminación por motivos de edad.

2.1.4. El establecimiento de límites de edad y las reducciones basadas en la edad han sido aceptados en los últimos años como una herramienta racional en el empleo⁴⁰, pero, como se señaló anteriormente, la edad, tanto los más mayores como los más jóvenes, es a menudo objeto de la creación estereotipos relativos, *inter alia*, a la productividad, la habilidad y la lealtad. Por lo tanto, referidos a los jóvenes se supone que a menudo carecen de la madurez necesaria⁴¹ y referidos a las personas mayores carecen a menudo la motivación y la capacidad de asimilar nuevas ideas y son menos flexibles, menos dinámicas, sin condiciones físicas para trabajar o que no pueden producir nuevas ideas⁴². Se considera que, ya que pue-

³⁹ Como se puede leer en el documento de la Comisión Europea, *Age and Employment*, 2011, p. 5, el marco legislativo de la discriminación por motivos de edad es único en la legislación antidiscriminatoria en la medida en que admite una amplia gama de excepciones en la prohibición, en comparación con otros casos de discriminación prohibidas.

⁴⁰ Puede verse el asunto *Hennigs*, del TJUE de 8 de septiembre de 2011, C 297/10 y C 298/10, en el párrafo 71, que el criterio de la edad adoptado para asegurar el salario base en el momento de la contratación, “es sólo la forma más práctica para establecer categorías de agentes teniendo en cuenta, a nivel global, su experiencia profesional”.

⁴¹ Ver el caso *Kücükdeveci*, del Tribunal de Justicia, Caso nº C 555/07 de 19 de enero de 2010, donde se iba a evaluar si una ley alemana sobre el despido y que no tuvo en cuenta en el cálculo del plazo de preaviso previo, el trabajo prestado por el empleado antes de los 25 años de edad, y en el apartado 35 de este Asunto se observa que órgano jurisdiccional nacional defiende la justificación de esta medida en el art. 622, apartado 2, párrafo segundo del BGB, que establecía la concepción del legislador de que “los trabajadores más jóvenes reaccionan, en general, más fácil y más rápidamente a la pérdida de empleo y que les puede ser requerida una mayor flexibilidad. Por último, un corto plazo de preaviso previo para los trabajadores jóvenes facilita su contratación, aumentando la flexibilidad en la gestión del personal”.

⁴² Ver el caso *Byrne vs. FAS*, de 2002 en Irlanda, sobre una trabajadora de 48 años a quien se le había negado un puesto de trabajo tras un período de formación sobre la base de que los “estudiantes de más edad tuvieron menos éxito en el dibujo y por tener más conflictos debido a compromisos familiares”. Cf. M. REID, *Age discrimination in employment: issues arising*

den tener una mayor debilidad de la salud y una disminución de las habilidades funcionales relacionadas con la edad, tendrán automáticamente un peor rendimiento y menor productividad. Sin embargo, la relación entre la edad y la productividad es mucho más compleja, debido a las ventajas de la experiencia en un ambiente de trabajo, y una mejor comprensión del trabajo, la maestría profesional, experiencia, capacidad de adaptación y el uso de estrategias compensatorias. No hay evidencia plena de que los trabajadores de más edad son, en general, menos productivos que los trabajadores más jóvenes. Al mismo tiempo, si está probado que la experiencia de trabajo acumulada es un indicador de productividad más válido y fiable que la edad cronológica.

Estas suposiciones a menudo están lejos de la realidad, basándose en estereotipos engañosos e injustos que no reflejan la verdadera diversidad de las personas que se integran en ciertos grupos de edad. La persona tienen una gran heterogeneidad entre ellas y ya en 1948 J. H. SHELDON⁴³ había dicho que las personas mayores no constituyen un grupo homogéneo.

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que hay varios significados de la palabra edad, no sólo el cronológico que es el más utilizado. Nos encontramos, por ejemplo, la edad sociológica o edad fisiológica y tal vez esta refleje mejor que la edad y el envejecimiento son elementos heterogéneos e individualizados, siendo quizás un criterio más humano y correcto que la edad cronológica⁴⁴ que, de alguna manera, oculta la heterogeneidad los trabajadores de mayor edad ocultando las características individuales de cada uno detrás de una edad, es decir, de un número. Nos parece que la propia capacidad de trabajo de los trabajadores de más edad no sólo está determinada por la edad, e incluso por las condiciones físicas y mentales, sino también por las convicciones personales de sus capacidades propias⁴⁵.

Por otra parte, existen diferentes causas del envejecimiento no sólo endógenas relacionadas con diversas teorías médicas, sino también condiciones exógenas que dependen de cada persona, del tipo de actividad que realizan y también del tipo de vida que llevan.

Ahora bien, estas diferencias de trato que pueden producirse en base a la edad violan el derecho fundamental a la dignidad humana en la medida en que tales personas pueden verse negadas del derecho a la igualdad de trato en función de

in practice, 2004, y G. HYNES, "Age discrimination: the Framework Employment Directive (Council Directive 2000/78/EC); *Irish Legislation and Irish Case Law*, 2003, disponible en www.era.int. Véase también, J. GOMES, *Direito do Trabalho... op. cit.*, p. 401.

⁴³ *Apud* H. MEENAN, "Reflecting on age Discrimination in 2007 - the Search for Clarity and Food for Thought...", 2007, ERA, *in* www.era.int.

⁴⁴ En este sentido H. MEENAN, *ultima op. cit.*, p. 4, así como B. SCHMIDT, "Perception of age, expectations of retirement and continuing education of older workers", *in Working and...*, *op. cit.*, pp. 214-215.

⁴⁵ *Vid.*, defendiendo la misma postura B. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 210.

meros prejuicios, impidiendo que las personas de cierta edad participen plenamente en el mercado laboral.

En realidad, aunque existan factores endógenos y exógenos relacionados con el envejecimiento no se puede decir que hay un efecto automático de la edad. Este es un elemento que puede conllevar una mayor degradación de las capacidades físicas y mentales de las personas, pero no hay una relación directa y necesaria con el envejecimiento.

Por otra parte, la edad también puede ser vista como un elemento objetivo, como una especie de criterio de sustitución para indicar alguna situación o el acceso a determinado bien o la política de empleo relacionados con la antigüedad o incluso con la jubilación, por ejemplo, o una cierta experiencia que quiere verse recompensada.

2.2. Políticas activas de mercado de trabajo

2.2.1. La Comisión Europea, en su Análisis Anual de Crecimiento de 2011 y 2012, presentó orientaciones clave para la reforma de los sistemas de pensiones, lo que contribuye a la consolidación fiscal favorable al crecimiento y garantiza la adecuación y la sostenibilidad de las pensiones. Para alcanzar estos objetivos, el análisis anual de crecimiento ha subrayado la importancia de garantizar un mejor equilibrio entre el número de años de cotizados y el número de años de percepción de la pensión de jubilación, y también el promover el desarrollo de medios privados complementarios de la pensión de jubilación⁴⁶.

Como una manera de garantizar un mejor equilibrio entre el número de años cotizados y el número de años de percepción de la pensión de jubilación, la Comisión propone algunas medidas como asociar la edad de jubilación a un aumento de la esperanza media de vida, la restricción del acceso a la jubilación anticipada, fomentar la prolongación de la vida laboral y reducir las disparidades entre hombres y mujeres en materia de pensiones.

En lo que concierne a la primera medida, vincular la edad de jubilación al aumento de la esperanza media de vida, Portugal aumentó en enero de 2014 la edad de jubilación a los 66 años. Así, de acuerdo con el art. 1º del Decreto número 378-G/2013, de 31 de diciembre, “La edad normal para acceder a las pensiones de vejez del régimen general de la Seguridad Social en 2014 y en 2015, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 20 del Decreto-Ley nº 187/2007, de 10 de mayo, en la redacción dada por el Decreto-Ley nº 167-E/2013, de 31 de diciembre, es de 66 años”.

⁴⁶ Sobre esto véase la Directiva 2014/50/UE, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para una mayor movilidad de los trabajadores entre los Estados-Miembros mediante la mejora de la adquisición y mantenimiento de los derechos a las pensiones complementarias.

Sin embargo, esta edad se incrementará a partir de 2015 ya que el Decreto-ley n° 167-E/2013, de 31 de diciembre, establece en su artículo 5, párrafo 3, que “después de 2014 la edad normal de derecho a pensión de vejez variará en función de la evolución de la esperanza media de vida a los 65 años de edad, y corresponde la edad normal del derecho a la pensión de vejez en 2014 aumentando el número de meses que determine la aplicación de una fórmula”, esperándose llegar a los 67 años en 2029, lo que significa un incremento de alrededor de un mes por cada año que pasa. Por lo tanto, la edad de jubilación pasará a estar relacionada con la evolución de la esperanza media de vida a los 65 años, comprobada entre el segundo y el tercer año anteriores al año de inicio de la pensión de jubilación, en la proporción de dos tercios.

La edad de jubilación se mantiene en 65 en el caso de los trabajadores que legalmente no pueden mantener la actividad más allá de esa edad y que han ejercido la profesión durante al menos los últimos cinco años. Esto se aplica, entre otras cosas, de los mineros, los pescadores, los conductores de camiones, los pilotos de aerolíneas, los controladores de tráfico aéreo, los bailarines.

En cuanto a la medida relacionada con la restricción de las jubilaciones anticipadas en el ordenamiento jurídico portugués, desde abril de 2012, la posibilidad de jubilarse anticipadamente está suspendida para la mayor parte de los trabajadores. Esta medida fue adoptada por el Decreto Ley n° 85-A/2012, de 5 de abril, donde puede leerse en la Exposición de Motivos que, debido a “problemas de estabilidad presupuestaria en el marco del Programa de Asistencia Económica y Financiera, se justifica la suspensión inmediata de las normas del régimen de flexibilización que regulan la materia en la anticipación de la edad en el acceso a las pensiones de vejez, manteniéndose, sin embargo, la posibilidad de acceso anticipado a la pensión de vejez en situaciones de desempleo involuntario de larga duración, en los términos previstos en la ley”. Los desempleados de larga duración y otros regímenes específicos pueden acceder a esta vía y, por el artículo 8 del Decreto Ley n° 167-E/2013, de 31 de diciembre, los comandantes pilotos y los copilotos de aviones de pasajeros de transporte público comercial, carga o correo, también pueden pasar a disfrutar de la jubilación anticipada, ampliando la lista de excepciones.

2.2.2. El ordenamiento jurídico portugués también adoptó políticas activas de empleo y de formación profesional para fomentar la contratación de los diferentes tipos de trabajadores y, a pesar de que no sólo tiene un programa específico para la contratación de trabajadores de más edad, los programas generales aprobados son un intento de disminuir el índice de desempleo y permitir el mantenimiento de los mismos en el mercado laboral.

Para lograr este objetivo aprobó diversos mecanismos destinados a proteger y promover la empleabilidad de estas personas, pudiendo referirse a diversos pro-

gramas y tipos de empleo y que van desde la concesión de subvenciones a los empleadores, la reducción de costes salariales y el fomento a la contratación a través de la devolución de Impuesto Social Único, entre otras posibilidades.

Por lo tanto, el fomento a la contratación se materializa, por un lado, en medidas de subvenciones para el empleador cuando formalice la contratación de trabajadores desempleados y, por otro lado, la realización de medidas encaminadas a reducir la carga fiscal asociada a la contratación y reducir la diferencia entre el coste soportado por el empleador y el beneficio recibido por el empleado, lo que corresponde a una manera diversificada de incentivar nuevas contrataciones, con bajos costos administrativos y cuya concesión está condicionada a la creación neta de empleo, como las medidas para bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social.

2.2.2.1. En primer lugar está la medida llamada de *Estímulo 2013*, prevista en la Ordenanza nº 106-A/2013, de 14 de marzo, que consiste en la subvención, que incluye la financiación de la Unión Europea, a las entidades empleadoras que celebren contratos de trabajo a jornada completa o a tiempo parcial por un período igual o superior de seis meses, con desempleados inscritos en las oficinas de empleo o centros de trabajo y formación profesional, con la obligación de proporcionar formación profesional a los empleados contratados.

Esta medida tiene por objeto luchar contra el desempleo, el fomento de la creación neta de puestos de trabajo, promover la contratación de colectivos desfavorecidos, reforzar las relaciones laborales más estables y la lucha contra la segmentación y la precariedad en el mercado laboral.

Los beneficiarios de esta medida son desempleados registrados en las oficinas de empleo o centros de trabajo y formación profesional en una de las siguientes condiciones: inscritos durante al menos seis meses consecutivos, inscritos durante al menos 3 meses consecutivos, siempre que no hayan completado la educación básica o que tengan 45 años o más⁴⁷, o incluso los que son responsables de familia monoparentales o cuyo cónyuge se encuentra desempleado, y otros inscritos desde que no estén incluidos en la Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia en los últimos 12 meses anteriores a la fecha de aplicación, ni hayan estado estudiando durante ese mismo período.

El empleador que contrate a algunos de estos beneficiarios tendrán la subvención del 50% del salario mensual del empleado durante un máximo de 6 meses en el caso de la celebración de un contrato de duración determinada, o 18 meses en el caso de celebración del contrato de trabajo indefinido, cuantía que puede verse aumentada en un 10% en el caso de celebración de un contrato con el desempleado que se encuentra en una de las siguientes situaciones: inscritos co-

⁴⁷ El subrayado es nuestro.

mo demandantes durante al menos 12 meses consecutivos⁴⁸; los beneficiarios de rentas mínimas de inserción; personas con deficiencia y discapacidad; personas con 25 o menos años de edad y los trabajadores *con 50 o más años de edad*⁴⁹; la mujeres con niveles de cualificación inferiores a tercer cursos del ciclo de enseñanza básica; o ser el género menos representado en los sectores económicos que tradicionalmente emplean a la mayoría de las personas del mismo sexo⁵⁰.

El empleador está obligado a proporcionar una formación ajustada a las habilidades del puesto de trabajo a través de una de las modalidades de la formación en el ámbito de la empresa, por el período de duración de la subvención, mediante la supervisión de un tutor nombrado por el empleador, o la formación, en centros de formación autorizados, con una carga lectiva mínima de 50 horas y realizada preferentemente durante jornada de trabajo.

Al empleador que convierta un contrato de trabajo temporal en un contrato de trabajo indefinido se le otorga un premio de conversión, en el importe correspondiente a 9 meses de la subvención prevista oficialmente en esta medida, aunque la subvención prevista no puede superar la cantidad de un IAS/mes.

Con todo, existen requisitos para la concesión de estas subvenciones y por lo tanto sólo se concederán si celebrado un contrato de trabajo, a tiempo parcial o a tiempo completo, indefinido o temporal (con un período mínimo de duración de seis meses), exista creación de empleo neto y el mantenimiento de los niveles de empleo durante al menos el periodo de duración de las subvenciones. Sin embargo, el empleador no puede contratar a más de 25 trabajadores a través de contratos de duración determinada en cada año natural, no existiendo límite en el número de contratos en el caso de la celebración de contratos de trabajo por tiempo indefinido.

2.2.2.2. Otra de las posibilidades previstas en el ordenamiento jurídico portugués es la de apoyo a la contratación con reembolso de la Tasa Social Única (TSU).

En esta modalidad, prevista en la Ordenanza n° 204-A/2013, de 18 de junio, en la que se establecen subvenciones a las entidades empleadoras que celebren contratos de trabajo, de carácter indefinido o temporal, a tiempo completo o a tiempo parcial, con desempleados inscritos en oficinas de empleo o en centros de empleo y formación profesional, a través del reembolso de un porcentaje de la TSU pagada por el empleador.

⁴⁸ Desempleados de larga duración.

⁴⁹ El subrayado es nuestro.

⁵⁰ Sin embargo, la contribución financiera prevista no puede exceder las cantidades del IAS 1/ mes en el caso de contratos de trabajo de duración determinada y 1.3 IAS/mes en el caso de los contratos de trabajo indefinidos, y el IAS—Índice de Apoyo Social— para el 2014 es de 419.22 euros según el art. 113 de la Ley 83-C/2013 al 31 de diciembre.

Con esta medida se pretende, de un lado, incentivar nuevas contrataciones, fomentando la creación neta de puestos de trabajo, de otro lado, combatir el desempleo de larga duración y, por último, disminuir la carga fiscal asociada a la contratación.

Los destinatarios de esta medida son desempleados inscritos en los centros de empleo o centros de empleo y formación profesional en una de las siguientes condiciones: jóvenes con edades entre los 18 y los 30 años, ambos inclusive, y *adultos con edad igual o superior a 45 años*⁵¹. Pueden además, ser destinatarios los desempleados inscritos con edad entre los 31 y los 44 años, ambos inclusive, y que se encuentren en una de las siguientes situaciones: que no tengan finalizado el ciclo formativo básico, que sean responsables por familia monoparental, o que cuyo cónyuge se encuentre igualmente en situación de desempleo.

Los incentivos concedidos a los empleadores varían pudiendo constituir un reembolso total o parcial, por un periodo máximo de 18 meses, del valor de la TSU pagada mensualmente referida al trabajador contratado, en los siguientes términos: 100% del valor de la TSU, en el caso de contrato por tiempo indefinido, o el 75% del valor de la TSU, en el caso de contrato de duración determinada.

Sin embargo, el reembolso no puede superar la cantidad de 200 euros al mes, por contratación, no obstante este límite no se aplica a las contrataciones con personas con deficiencia e incapacidad⁵², así como a las contrataciones que puedan producirse por entidades que hayan obtenido el reconocimiento de los regímenes especiales en los proyectos de interés estratégico para la economía nacional o el de determinada región.

No obstante, para que este apoyo sea concedido, el empleador ha de cumplir las mismas condiciones de la medida *Estímulo 2013*. Así pues, tiene que celebrar un contrato de trabajo a tiempo parcial o a tiempo completo, por tiempo indefinido o de duración determinada, de al menos 6 meses; existir la creación neta de empleo y el mantenimiento del nivel de empleo por lo menos durante el periodo de duración de la subvención. Además, en la medida *Estímulo 2013*, el empleador no podía contratar a más de 25 trabajadores a través de contratos de duración determinada en cada año en curso, no existiendo límite en el número de contratos en el caso de la celebración de contratos de trabajo por tiempo indefinido.

2.2.2.3. También existe la posibilidad de que, aunque no estén directamente relacionados con las personas mayores, hay medidas que puede servir para la

⁵¹ El subrayado es nuestro.

⁵² En el caso de contratos de trabajo celebrados con personas con deficiencia o discapacitadas com pessoa el apoyo financiero establecido es el 100% del valor de la TSU, independientemente del tipo de contrato de trabajo celebrado, sin aplicarse el límite máximo de 200 euros mensuales.

contratación de este colectivo, y esa es la *Medida de Incentivo al Empleo*, creada por la Ordenanza n° 286-A/2013, de 16 de septiembre, modificada por la Ordenanza n° 17/2014, de 27 de enero, y la Declaración de Corrección n° 5/2014, de 3 de febrero.

Esta medida consiste en el apoyo financiero a los empleadores que, entre el 1 de octubre de 2013 y el 30 de septiembre de 2015, celebren contratos de trabajo, regulados por el Código de Trabajo.

Claramente los objetivos de esta medida son impulsar nuevas contrataciones y contribuir para reducir los niveles de desempleo.

Esta medida es aplicable a los empleadores que celebren contratos de trabajo después del 1 de octubre de 2013, a condición de que no sean: contratos de muy corta duración, de conformidad con el artículo 142 del CT; los contratos de trabajo en la actividad agrícola estacional; o para realizar un evento turístico de una duración no superior a 15 días, y las agencias de empleo temporal, cualquiera que sea la duración del contrato suscrito con el trabajador temporal.

La ayuda concedida corresponde al 1% de la retribución mensual del trabajador, y esta ayuda se produce durante el período comprendido entre el inicio de la ejecución de cada contrato de trabajo y 30 de septiembre de 2015, o la fecha de terminación del contrato, lo que ocurra en primer lugar.

3. CONCLUSIONES

3.1. Frente a la crisis que se atraviesa, parece que no se puede olvidar que el Derecho del Trabajo siempre ha tenido un “historial”, como indica PALOMEQUE LÓPEZ⁵³, como “compañero de viaje” de las sucesivas crisis económicas que han venido afectando a las sociedades, consiguiendo coexistir con ellas más o menos *pacíficamente*. Se entiende, por tanto, que el Derecho del Trabajo tiene una sólida y probada experiencia de maleabilidad y que sabrá adaptarse y superar esta crisis⁵⁴, no cumpliéndose las predicciones de los profetas de la fatalidad cuando, hace ya muchos años y de forma recurrente, profetizaran, apocalípticamente, la *muerte anunciada*⁵⁵ en relación a esta rama del Derecho.

3.2. Aunque la crisis actual es principalmente económica y financiera también tiene aspectos sociales, que han generado desequilibrios y desigualdades, destacando las diferencias entre los trabajadores, multiplicando la precariedad laboral y aumentando de forma importante el desempleo en varios países. Con ello se

⁵³ *Direito do Trabalho...*, cit., p. 39.

⁵⁴ En el mismo sentido PÉREZ AMORÓS, “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, en *RDS*, n° 32, 2005, pp. 57-58.

⁵⁵ Como indica J. LEITE, *op. cit.*, p. 49.

creó una situación de incertidumbre para los trabajadores que dieron lugar a un debilitamiento del Derecho colectivo, surgiendo reformas que conllevaron una modificación de las normas laborales *in peius* y el pensamiento económico imperante contempla el trabajo y el trabajador como un mero factor de producción, como una mercancía, o cosificando o “reificando” al ser humano, desconociendo el significado del trabajo para la persona, tanto como fuente de dignidad y plenitud (satisfacción), sino también como un medio de asegurar las necesidades personales y familiares, ignorando que puede ser una forma de explotación y frustración.

Sin embargo, la legislación laboral no está al servicio de la liberalización de los mercados, debiendo tratar de corregir las inevitables consecuencias antisociales del libre juego del mercado, asegurando a través de sus normas y de la negociación colectiva, un reequilibrio entre los trabajadores y los empleadores, evitando los excesos de los poderes de éstos y atribuyendo a aquellos la merecida dignidad que tienen como personas que trabajan para el bien colectivo. Y las medidas previstas para la contratación de trabajadores de mayor edad se establecen para intentar disminuir el índice de desempleo de este colectivo y permitir el mantenimiento de los mismos en el mercado laboral.

Trabajadores en edad avanzada y mercado de trabajo en Italia

Patrizia Tullini

Departamento de Ciencia Jurídica
Alma Mater Studiorum-Universidad de Bolonia

1. LAS PERSONAS EN EDAD AVANZADA Y EL MERCADO DE TRABAJO. EL CONTEXTO DE REFERENCIA ITALIANO

El fenómeno del envejecimiento de la población es notable desde tiempo atrás, pero —al inicio de este siglo— Italia ha descubierto, con notable retraso, que es uno de los países con más trabajadores maduros de Europa (junto con Alemania y el Reino Unido). Las recientes estadísticas nacionales confirman la tendencia negativa del índice de envejecimiento (por encima de los 65 años), la disminución de la fuerza de trabajo de personas de entre 15 y 64 años y el desequilibrio entre jóvenes y maduros siempre más marcado en el mercado laboral, aunque con relevantes diferencias territoriales¹. La comparación referida a la composición de la población en edad de trabajar en la UE ha puesto de manifiesto que la tasa de empleo de los italianos mayores de 50 años es muy baja, por debajo de la media europea².

Numerosos estudios internacionales y europeos han analizado la preocupante evolución demográfica y subrayado las graves consecuencias económico-sociales determinantes, en prospectiva futura, del aumento de la llamada “tasa de dependencia de la edad”, que mide la relación entre la población en edad de trabajar y aquella que efectivamente está trabajando como consecuencia del nivel de participación en el mercado laboral. El reciente *Informe sobre el Envejecimiento* de la

¹ Cfr. F. ROMANO, “Implicazioni e possibili soluzioni dell’invecchiamento della forza lavoro italiana (ed europea)”, in *Boll. ADAPT*, 2, julio de 2015; F. SPEROTTI, “Demografia e mercato del lavoro: i cambiamenti dei prossimi quarant’anni”, en *Dir. rel. ind.*, 2011, pp. 106 ss.

² Según A. RUSSO, R. SALOMONE, M. Tiraboschi, *Invecchiamento della popolazione, lavoratori “anziani” e politiche del lavoro: riflessioni sul caso italiano*, Collana ADAPT, n. 7, p. 4 “el intercambio numérico jóvenes-mayores se ha verificado en Italia, primer país en la historia de la humanidad, en el 1995”. Cfr. también B. CONTINI, C. MALPEDE, C. VILLOSIO, *Il prolungamento della vita lavorativa dei “giovani anziani”: uno studio sulle strategie d’impresa*, Torino, 2004, paper, p. 3, según los cuales “el envejecimiento de la población es más rápido en Italia que en el resto de la Unión y el mercado de trabajo de los mayores se presenta con características patológicas”. De otro lado, se observa que la estadística generalmente no tiene en cuenta la extensión del trabajo irregular y sumergido de los mayores.

Comisión Europea confirmó que si no se reducía el gasto social y se estructuraba de forma significativa el bienestar público, los remedios para un crecimiento sostenible y compatible con la estabilidad de los presupuestos nacionales requerirían el progresivo aumento de la edad de jubilación así como el alargamiento de la vida laboral, con el aumento porcentual de ocupados también en edad avanzada³.

En Italia las principales causas de la escasa actividad de los trabajadores maduros parece imputable al sustancial fenómeno de la jubilación anticipada, la cual se ha registrado a finales del siglo pasado con motivo de la reestructuración y reconversión industrial: refiriéndose a la tendencia, desarrollada sobre todo a partir de los años ochenta, de utilizar la jubilación de los trabajadores despedidos y el acompañamiento de la jubilación gradual cuyas medidas han intervenido a medio plazo en la crisis del aparato productivo, con un fuerte impacto sobre la sostenibilidad financiera de los regímenes de protección social y el gasto público⁴.

A tales factores se debe el dato histórico (y crónico) de la pobre participación de las mujeres en el mercado laboral: un dato que ha contribuido a agravar el porcentaje de la población inactiva en Italia, evidenciando las diferencias y el aumento de la dependencia estructural, es decir, el peso de la población inactiva en la evolución del empleo. Los flujos migratorios por razones económicas, aunque en aumento, pueden contribuir al equilibrio demográfico, pero incapaz aún de producir efectos positivos y eficientes en las tendencias del mercado laboral⁵.

Ante el resultado inequívoco del desarrollo demográfico, sobre todo desde el inicio del siglo XXI, las instituciones europeas han adoptado, de un lado, una serie de medidas legislativas para combatir la discriminación por razón de edad y eliminar las desigualdades entre los grupos de trabajadores; por otro lado, han indicado a los Estados Miembros algunos objetivos ocupacionales dirigidos al colectivo de población de mayor edad, identificando estrategias apropiadas para incentivar el envejecimiento activo y, en general, incentivar una vida laboral más larga⁶.

³ Véase “The 2015 Ageing Report”, *Underlying Assumptions and Projection Methodologies*, 8/2014.

⁴ Véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea de 24 de enero de 2002, Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa —(COM) 2002, 9 final; Informe ONU— Envejecimiento de la población mundial; OECD, Base de datos de demografía y proyección de la fuerza de trabajo, 2006.

⁵ Véase L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto degli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2012, en especial, pp. 105 y ss., según el cual la búsqueda socio-económica considera el mercado laboral italiano desde ese punto de vista “importantemente ineficiente”.

⁶ Véanse: Estrategia Europea para el Empleo 2005-2008; Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004, Aumentar la tasa de empleo de los trabajadores mayores y retraso de la salida del mercado de trabajo, (COM) 2004, 146 final.

A pesar de la intensa estrategia de promoción de la UE, el contexto político-legislativo nacional ha demostrado una cierta desorientación y una reducida visión de futuro. No existe una noción clara e inequívoca en términos jurídicos de lo que se considera “trabajador maduro”, como sujeto destinatario de las políticas activas y de sostenibilidad de la empleabilidad. En el ordenamiento italiano, ese término puede referirse, de forma ambivalente, tanto al empleado de una determinada edad que cumpla los requisitos necesarios para el derecho a la pensión, como al trabajador que es expulsado anticipadamente de antemano del proceso de producción sin ninguna referencia concreta a un determinado límite de edad.

La incertidumbre y la ambigüedad del concepto jurídico dejan entender claramente que la figura del “trabajador maduro” ha sido tomada sobre todo del sistema de seguridad social y se encuentra hoy en el centro de medidas repetidas (y drásticas) que implantan para la estabilidad financiera de los regímenes públicos. La organización y disciplina del mercado laboral han considerado a la persona en edad avanzada como “trabajador desfavorecido” y difícilmente colocable o recolocable en el mercado (estudios empíricos indican que solo el 10% logra volver a trabajar); por ello, es posible que los mismos puedan beneficiarse ayudas o prestaciones económicas de carácter temporal o bien emplearlos mediante formas contractuales *ad hoc* que supongan incentivos y beneficios para las empresas que emplean a estas personas, con el efecto de suponer un importante coste para el gasto público.

En la misma perspectiva surge la reciente propuesta del Instituto de la Seguridad Nacional (INPS) de introducir un “ingreso mínimo garantizado” (aunque de cantidades o importes variables) para los trabajadores de entre 55 y 65 años, con la finalidad de compensar las insuficientes rentas individuales que permitan superar los umbrales de pobreza. La ayuda económica reconocida a este colectivo de población debería combatir el riesgo de pobreza, sin, de otro lado, crear excesivos desequilibrios en el gasto público ni causar el desincentivo del envejecimiento activo. La solución se encuentra en cualquier caso en la interacción con el sistema de pensiones, como el caso del subsidio al que tienen derecho los trabajadores de más edad en riesgo de pobreza que podría convertirse en una transición más fácil hacia la jubilación⁷.

Para complicar aún más el contexto italiano se añade el aumento de la tasa de desempleo juvenil (más significativa en el grupo de edad de hasta 25 años), incluyendo la incidencia de la prolongada crisis económica que ha provocado un grave conflicto redistributivo y un dramático contraste entre generaciones, con fuertes tensiones sociales.

⁷ Véase *Reddito minimo e nuove forme di welfare. Rassegna delle proposte in discussione e spunti di riflessione*, paper 22 giugno 2015.

El Estado de Bienestar social y el mercado laboral italiano sufrieron en los últimos años numerosas medidas de reforma⁸, con la intención de abordar la desfavorable diferencia demográfica que impacta sobre el equilibrio de los sistemas de Seguridad Social y las tendencias negativas de empleo. Y sin embargo, el exceso intervencionismo y la multiplicidad de objetivos perseguidos sobre el plano político-legislativo no consiguen racionalizar efectivamente los diferentes problemas observados: la superposición de las políticas de reforma amenazan con reaccionar de manera imprevista y poco coherente con la realidad del mercado y su composición.

2. REFORMAS DE LAS PENSIONES Y SOSTENIBILIDAD DEL GASTO PÚBLICO. LA PRINCIPAL LÍNEA EVOLUTIVA DEL BIENESTAR NACIONAL: EL AUMENTO PROGRESIVO DE LA EDAD DE JUBILACIÓN

Las primeras (y esporádicas) medidas relativas a los trabajadores en edad avanzada se refieren a la cuestión de los despidos individuales y se dirigen directamente a reducir la garantía de estabilidad en el puesto de trabajo con vistas al acceso a la jubilación: queda, sin embargo, la facultad de optar por la continuación de la relación laboral hasta llegar al período de cotización máxima, conservando en tal caso el régimen de protección contra el despido improcedente (véase art. 11 de la L. n. 604/66, después sustituido por el art. 4.2 de la L. n. 108/90).

En un primer análisis, estas medidas iban directas a favorecer la pérdida bien por la reducción de la protección bien por la atenuación del derecho a la conser-

⁸ Véase especialmente la Ley de 10 diciembre de 2014, n. 183, conocida como Ley de Empleo (Jobs Act,) que contiene una delegación “al Gobierno en materia de reforma de las prestaciones sociales, de los servicios de empleo y políticas activas, y acerca de la organización de las relaciones laborales y de la actividad de inspección, de tutela y conciliación de las exigencias de atención, vida y empleo”.

Los decretos legislativos adoptados hasta la fecha son los siguientes: D. Lgs. de 15 junio 2015, n. 80; Medidas para la conciliación de las necesidades en relación con la protección, la vida y el trabajo en referencia del art. 1, co. 8 y 9, de la Ley n. 183/2014; D. Lgs de 15 junio 2015, n. 81; Régimen orgánico de los contratos laborales y revisión de la legislación en las tareas previstas en el art. 1, co. 7 l.n. 183/2014. Se encuentran todavía en proceso de aprobación: proyecto de Decreto Legislativo por el que se establecen disposiciones para la racionalización y simplificación de los procedimientos y obligaciones para los ciudadanos y las empresas y otras disposiciones relacionadas con el empleo y la igualdad de oportunidades (Doc. 176); proyecto de Decreto Legislativo para la reorganización de la legislación en materia de servicios de empleo y políticas activas (Doc. 177); proyecto de Decreto por el que se establecen disposiciones para la racionalización y simplificación de las actividades de inspección en el ámbito de la legislación laboral y social (Doc. 178); proyecto de Decreto por el que se establecen normas para la reorganización de la legislación en materia de Seguridad Social (Doc. 179).

vación del puesto de trabajo, pero es probable que el objetivo concreto del mecanismo de la opción de alargar la vida laboral fuese el desincentivar la pensión de jubilación para aquellos trabajadores que reúnan los requisitos y tengan una edad inferior a la necesaria para el tratamiento de la vejez.

De hecho, recientemente, cuando el legislador empezó a promover las políticas de prolongación de la vida laboral y aumento de la edad de jubilación, se ha preocupado casi exclusivamente por la carga económica derivada del aumento generalizado de las expectativas de vida y de los efectos positivos sobre la gestión de las pensiones vinculado al progresivo incremento registrado de los umbrales de edad.

El marco legislativo italiano ha cambiado profundamente, así como las reformas del sistema de Seguridad Social y en particular, de pensiones⁹, por un conjunto de medidas cada vez más intensas e incisivas previstas para posponer la edad de jubilación de forma gradual. Se trata de un aumento que se ha desarrollado en el transcurso del siglo XXI: es bastante ineficaz, sin embargo, evocar las distintas iniciativas legislativas (también experimentales) que han tratado de incentivar la continuación del empleo y alargar el acceso a la pensión de jubilación¹⁰. El impacto, de hecho, ha sido bastante modesto.

Medidas más radicales se introdujeron bajo la presión de la crisis económica con el Decreto Ley 201/2011 convertido en L. n. 214/2011 (la llamada reforma del Gobierno de Monti) que prevé la elevación de la edad mínima exigida para tener derecho a una pensión, y en su contexto, ha modificado drásticamente las pensiones de jubilación (véase art. 24). La edad de jubilación resulta hoy proporcional a la esperanza de vida del trabajador y se espera un aumento hasta llegar al límite máximo previsto por el legislador en los próximos años (ver art 12 de la Ley n. 122/2010)¹¹.

⁹ Para un análisis sobre el desarrollo del sistema de pensiones italiano, véase A. AVIO, *Vecchiaia e lavoro. tra solidarietà e corresponsabilità*, Ediesse, Roma, 2008.

¹⁰ Véase, por ejemplo, el DM 23 marzo 2001 que había previsto la posibilidad para los trabajadores de mayor edad en el sector privado, que posean los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, de continuar la actividad laboral sin la obligación de abonar cotizaciones; de modo que los trabajadores de mayor edad podían obtener una retribución más elevada porque incluía el coste de las cotizaciones sociales. Véase A. RUSSO, R. SALOMONE, M. TIRABOSCHI, *Invecchiamento della popolazione, lavoratori "anziani" e politiche del lavoro: riflessioni sul caso italiano*, cit., p. 21.

¹¹ Véase M. CINELLI, "La riforma delle pensioni del "governo tecnico". Appunti sull'art. 24 della legge n. 24 de 2011", *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pp. 385 ss.; M. CINELLI - S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali. Percorsi nazionali ed europei*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 128, según ellos, la medida de adecuación de la edad de jubilación y la esperanza de vida "supone el fruto de una excesiva abstracción", muy rígida en comparación con la población general y en el contexto de la pensión, las distintas categorías o tipos de trabajadores difieren en su regulación.

Con la misma tendencia de reforma se han introducido algunos incentivos para favorecer la permanencia de los trabajadores maduros, por encima de la edad de jubilación y hasta el límite máximo de los 70 años, con la mejora de un “coeficiente de transformación”, que garantiza un mayor valor económico de la prestación de jubilación, (véase art. 24. 4 DL n. 201/2011, convertido en L. n. 214/2011). Por lo tanto, se permite una cierta flexibilidad en la edad para el acceso a la jubilación, pero siempre al alza, es decir aumentando la edad del trabajador.

Como posterior incentivo para el mantenimiento de la relación laboral ha sido prevista, de otro lado, la ampliación de la protección contra el despido improcedente de personas mayores (véase art. 24. 4, DL n. 201/2011)¹². Por otra parte, esta medida ha suscitado una gran confusión, especialmente si nos fijamos en la última modificación de las normas sobre el despido según la llamada Job Act (L. n. 183/2014 para la reforma del mercado laboral): mientras se reducen de forma significativa las garantías de los trabajadores de nuevo ingreso (y presumiblemente jóvenes), los mayores conservarán un régimen de protección más favorable en su puesto de trabajo hasta los 70 años de edad (véase art. 1 L. n. 23/2015)

3. LAS DIRECTRICES DEL SIGNO OPUESTO: LA JUBILACIÓN ANTICIPADA DEL TRABAJADOR MADURO EN LAS VICISITUDES DE LA CRISIS EMPRESARIAL

El aumento de la edad necesaria para la jubilación y los incentivos para permanecer en el trabajo están vinculados a una reciente tendencia bastante reciente de la legislación italiana, en coherencia con las distintas directrices políticas y estratégicas de la UE. Surge, sin embargo, un gran contraste con respecto a la antigua (y más arraigada) pretensión del legislador de encargar al sistema de pensiones las intervenciones de apoyo y mantenimiento de las empresas inmersas en la crisis y en reconversión industrial, en particular, “descargando” sobre el gasto público el coste laboral de las personas de edad avanzada, pero que aún no están en posesión de los requisitos necesarios para acceder a la prestación.

La historia italiana sobre el uso de “amortiguadores” sociales es larga y controvertida: a partir de los años 70 del siglo pasado, las intervenciones de apoyo a los ingresos fueron diseñados para evitar el riesgo al desempleo, especialmente en lo referente a los trabajadores de mayor edad, los de mayor dificultad de recolocación en el mercado laboral. Éstos, de hecho, podían obtener complementos a sus pensiones con un tratamiento preferencial y comprometiendo de forma importante los gastos públicos.

¹² El incentivo para retrasar la jubilación no es aplicable en el sector público, donde opera un régimen jurídico diferente.: v. infra § 5.

Las medidas de protección dirigidas a las personas de edad avanzado son numerosas, aunque fragmentarias y poco sistemáticas: la regulación de los despidos colectivos, en base a la cual la mayor edad (antigüedad/edad vital) garantiza mayor protección de su puesto de trabajo. (véase art. 5 de la L. n. 223/1991); además del reconocimiento de una indemnización económica (llamada “movilidad larga”) en caso de reducción de personal que afecte a los mayores de 50 años (véase art. 7 de la Ley n. 223/1991); los llamados contratos colectivos de solidaridad dirigidas a la complementación gradual de la pensión, combinando los beneficios de jubilación (los llamados a tiempo parcial de salida: véase art. 2 L. n. 863/1984); las medidas relativas a la prejubilación adoptada por una legislación *ad hoc*, con el objetivo de favorecer la jubilación anticipada (hasta 5 años) con las contribuciones de Seguridad Social a cargo del Estado¹³.

Al inicio del siglo, el legislador italiano ha corregido parcialmente la práctica, con la intención de evitar los costes de estas actuaciones, reduciendo en la medida correspondiente el gasto público en ese aspecto. La regulación legislativa no ha examinado las estrategias de envejecimiento activo y la participación de las personas de edad avanzada en el mercado laboral, si no, más bien la sostenibilidad financiera de un tratamiento favorable para sujetos afectados e incluidos en procesos de crisis empresarial.

Los costes relativos a la salida anticipada del trabajo han estado cambiando, al menos en parte y para algunos sectores productivos, sobre el régimen de la Seguridad Social complementaria (véase art. 11.4, L. n. 252/2005) y los fondos de solidaridad de origen colectivo (véase art. 3, L. n. 92/2012); o, los que van a cargo de la negociación colectiva (véase art. 19, L. n. 223/1991) que ha sido habilitada por el legislador para favorecer el éxodo de los trabajadores de edad avanzada con la prestación económica a cargo de la empresa (con un importe similar a la pensión futura) y las cotizaciones sociales a cargo del propio sistema de Seguridad Social véase art 4. 1-7-ter, L. n. 92/2012)¹⁴.

De hecho, los acuerdos dirigidos a la salida o extinción del contrato de los mayores pueden ser celebrados a nivel individual, pero esa práctica de negociación, desprovista de apoyo financiero público, se ve obligada a tener en cuenta la reciente legislación relativa al aumento progresivo de la edad de jubilación, expo-

¹³ Para un análisis del marco general véase A. RUSSO, R. SALOMONE, M. TIRABOSCHI, *Invecchiamento della popolazione, lavoratori “anziani” e politiche del lavoro: riflessioni sul caso italiano, cit.*, pp. 26 ss.

¹⁴ Para una revisión de los nuevos instrumentos de intervención véase M. CORTI, “Active ageing e autonomia collettiva. ‘Non è un paese per vecchi’ ma dovrà diventarlo presto”, en *Lav. Dir.*, 2013, pp. 387 ss.

niendo así a los trabajadores al riesgo de ser excluidos del mercado laboral y, al mismo tiempo, del sistema de pensiones¹⁵.

Visto desde este punto de vista, el contexto italiano es cada vez más complicado y en algunos aspectos llega a ser paradójico. Debe tenerse en cuenta, de hecho, el continuo impulso de la tendencia de alargar la vida laboral y de la perspectiva opuesta referida a la salida anticipada del trabajo: cuanto más se eleva la edad de jubilación más se complican los esfuerzos (en términos normativos y financieros) para cubrir la distancia que separa al trabajador maduro de la edad que da derecho a acceder a la pensión.

Emergen, por un lado, exigencias de aligerar el aparato productivo, especialmente en periodos de graves crisis económicas, de la fuerza de trabajo que ya ha llegado a una edad avanzada, y por otro lado, exigencias de aumentar el empleo de las personas ancianas y su participación activa para garantizar la sostenibilidad financiera del Estado de Bienestar nacional.

4. ENVEJECIMIENTO ACTIVO, POLÍTICAS DE TRABAJO Y EDAD DE JUBILACIÓN

Como se acaba de señalar, las acciones del legislador italiano han observado la prevalencia del sistema de pensiones, con la finalidad prioritaria de evitar el riesgo de desequilibrio financiero del sistema público, mientras que las políticas activas y las acciones de adaptación a los cambios demográficos de la fuerza de trabajo han dejado de lado el colectivo de personas en edad avanzada.

En este sentido, se han adoptado medidas sin escuchar las indicaciones de las instituciones europeas y las orientaciones formuladas por las Estrategias para el Empleo que desde hace algún tiempo, se han identificado entre los objetivos fundamentales de la política de empleo de los Estados miembros, referidas al apoyo al envejecimiento activo y la prolongación de la vida laboral a través de un enfoque global o ciclo-vital¹⁶. Desde el Consejo Europeo de Estocolmo en 2001 y en el de Barcelona en 2002 se acordó centrarse en el aumento de la tasa media

¹⁵ El término común “exiliados” se refiere a los trabajadores que “dejaron el circuito del trabajo (más o menos por la fuerza) en vista de la jubilación cercana, fueron “sorprendidos” por la inesperada elevación de la edad de jubilación y, como resultado de esta, se encontraron inmersos en una situación de falta (temporal) de cualquier forma de ingreso”: M. CINELLI - S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali*, cit., p. 158.

¹⁶ Véase SEO 2005-2008, Directriz 18 —Promoción de un enfoque de trabajo basado en el ciclo de vida— que fomenta el apoyo al envejecimiento activo y los sistemas de seguridad social los cuales pueden apoyar la participación en el empleo y vidas laborales más largas; Comisión de la UE, la contribución de la UE para el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones, Luxemburgo, 2012. Estrategia Europa 2020 prevé un posterior aumento de la tasa de empleo en el grupo de edad de 20-64 años al 75%.

de actividad de los trabajadores de mayor edad (entre 55-64 años), de hecho, la mayor parte de los países han conseguido una mejora del nivel de ocupación de este grupo de edad. En Italia se ha registrado desde principios del siglo XXI, un ligero aumento porcentual de la actividad de personas de mayor edad, quizás por efecto del aumento relativo de la participación femenina en el mercado laboral, datos que siguen siendo bastante modestos en comparación con Europa¹⁷.

Por otra parte, en la primera década del siglo, aunque la perspectiva de la UE ha evolucionado en gran medida: no se trata de abandonar “una cultura de jubilación anticipada para el beneficio de las estrategias globales de envejecimiento activo” y de modificar los regímenes de pensiones para que “se permanezca activo en el mercado laboral contribuyendo al empleo y alentando a los empleadores a contratar trabajadores de edad avanzada¹⁸. Las instituciones europeas proponen adoptar un concepto más amplio de envejecimiento activo según la fórmula “trabajo sostenible a lo largo de la vida”, que aprovecha el potencial de las personas de edad avanzada según un modelo de desarrollo económico y social más inclusivo¹⁹. La nueva perspectiva contiene un profundo cambio cultural, el desarrollo de políticas destinadas a mejorar las condiciones laborales de las personas mayores, capaz de afectar a la organización general del mercado de trabajo y la gestión del factor edad en el interior de cada empresa (llamada gestión de edad)²⁰.

¹⁷ Véase B. CONTINI, C. MALPEDE, C. VILLOSIO, *Il prolungamento della vita lavorativa dei “giovani anziani”: uno studio sulle strategie d’impresa*, cit., pp. 9-10; Según F. ROMANO, en “Sustainable work: una delle principali sfide del lavoro nel futuro”, Boll. ADAPT, febrero 2015, “los trabajadores mayores de 50 años han superado los 1,6 millones en el periodo 2014-2012. Y también se ha aumentado la edad media de salida del mercado de trabajo, que ha pasado de 59,9 años en el 2001 a 61,5 años en el 2010.

¹⁸ Así por ejemplo, Comunicación de la Comisión Europea de 3 marzo de 2004 - Elevar la tasa de ocupación de los trabajadores en edad madura y retrasar la salida del mercado de trabajo, cit.; *Libro verde sobre sistemas de pensiones adecuados, sostenibles y seguros en Europa*, SEC (2010), p. 830.

¹⁹ Véase especialmente Eurofound, *Sustainable work over the life course: Concept paper*, Luxemburgo, 2015, que ha adoptado el proyecto como “prioridad para el Eurofound en el periodo programado 2013-2016”. En términos similares, cfr. Comisión Europea, *Europa 2020 por un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, de 3 marzo 2010, que ha definido “Una agenda para nuevas competencias y nuevos puestos de trabajo para modernizar los mercados ocupacionales y permitir a las personas mejorar sus propias competencias en todo momento de su vida con el fin de aumentar la participación en el mercado de trabajo”.

²⁰ En relación al concepto actual de envejecimiento activo en la doctrina italiana véase D. IZZI, *Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati*, cit., pp. 586 s.; T. TREU, “Le politiche di active ageing”, in M. Madia (a cura di), *Un welfare anziano*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 55 ss.; Id., en “Introduzione”, in Id. (a cura di), *L’importanza di essere vecchi. Politiche attive per la terza età*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 23; A. M. PONZELLINI, *Le politiche per l’invecchiamento attivo in Europa*, cit., pp. 197 ss.; V. FERRANTE, “Invecchiamento attivo e prolungamento della vita lavorativa”, in *Studi in onore di T. Treu, vol. III, Jovene*, Napoli, 2011, pp. 1187 ss.

La diferencia existente entre esta nueva perspectiva europea y la italiana es evidente, dado que las normas nacionales tienden a considerar a la persona anciana como “trabajador desaventajado”, perteneciente a colectivos en situación de exclusión o marginales de la población activa (vid más abajo 5.1). Para facilitar la colocación o recolocación en un puesto de trabajo de personas de más de 50 años se han introducido algunas medidas de carácter económico-jurídico, que sin embargo aún no han conseguido efectos importantes en el plano ocupacional.

Entre los incentivos económicos deben señalarse, por ejemplo, los beneficios de jubilación concedidas a las empresas en la contratación, incluso mediante contratos atípicos, a los trabajadores mayores de 50 años que llevan en paro más de un año, con un incentivo adicional en el caso de transformación en una relación de contrato indefinido, véase art. 4.10.8, L. n. 92/2012. En el plano normativo estaban previstas, en realidad con escaso éxito, algunas formas contractuales destinadas preferentemente a la ocupación de personas de edad avanzada: como el contrato de introducción laboral (véase art. 54.1, letra c de la Ley n. 276/2003) derogada por el art. 1.14 de la Ley n. 92/2012 y el trabajo intermitente (o a llamada), que puede concluirse “en cualquier caso”, con los mayores de 55 años (art. 34.2 D. Lgs. n. 276/2003, modificado ex L. N. 92/2012)²¹

También han producido resultados modestos las acciones de carácter experimental dirigidas a orientar las decisiones individuales hacia la continuación de la vida activa después de la edad de jubilación: tanto a través de la provisión de incentivos económicos y bonificaciones a los trabajadores de mayor edad en caso de aplazamiento del acceso a la pensión de jubilación²², como la eliminación de los límites a la acumulación entre pensiones y salarios percibidos (cfr. Art. 72, Ley n. 388/2000. Estas iniciativas están especialmente diseñadas para ahorrar en el gasto público, sin una efectiva y concreta incidencia sobre el funcionamiento del mercado laboral.

En el contexto italiano se ha dedicado poca atención a las condiciones laborales y las necesidades de las personas mayores, mientras las estrategias de envejecimiento activo requiere de intervención apropiada (a nivel legislativo, organización y gestión) “según la práctica ya experimentada con éxito en algunos países”²³ para la adaptación de las tareas y cargas del trabajo, al tiempo que se mantiene el bienestar físico y psíquico. La calidad del trabajo, en particular, es la

²¹ Sobre el tema, véase M. MCBRITTON, “Incentivi all’occupazione dei soggetti svantaggiati”, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 709 ss.

²² Véase el D. M. 23 marzo 2001 que prevé el llamado super-bonus cuya finalidad es posponer la jubilación, citado en la nota 10.

²³ 23 D. IZZI, *Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati*, cit., p. 587.

principal condición para la permanencia en la vida activa, según la perspectiva trabajo “sostenible a lo largo de la vida”²⁴.

Como demuestran los estudios realizados a nivel europeo, las personas mayores son naturalmente las que están más expuestas a los riesgos relacionados con la salud psico-física y a la seguridad en el lugar de trabajo y, por tanto, están más interesados en la práctica de la gestión de recursos humanos orientada a la mejora de los factores ambientales y de las condiciones de trabajo²⁵.

La legislación italiana, aun habiendo incorporado los principios establecidos por la fuentes europeas en materia de prevención de riesgos laborales, no va mucho más allá del reconocimiento de la “edad” entre los diversos criterios de valoración del riesgo que caracteriza un determinado grupo de trabajadores (véase art. 28.1. D. Lgs n. 81/2008). No existen normas jurídicas para la gestión flexible del horario de trabajo e institutos de conciliación entre la vida familiar y laboral adecuadas a las características de estos grupos de trabajadores. Con excepción de algunas de las medidas de promoción para la actualización y mejora de las habilidades profesionales en el caso de alargamiento de la vida laboral: se refieren principalmente a los fondos interprofesionales para la formación continua (véase art. 118, L. n. 288/2000) y a los fondos de solidaridad bilaterales (art 3.4-11, L. n. 92/2012), establecidos para proporcionar financiación para la implantación de programas de recualificación y reciclaje profesional. No se trata, sin embargo, de medidas con carácter estable y programado, de hecho, la aportación económica de estos fondos está destinada, con carácter prioritario, a las políticas pasivas y al mantenimiento de los salarios en los procesos de crisis económica. Surge, así, una cierta superposición o confusión entre la finalidad de incentivar la jubilación anticipada y el objetivo opuesto de favorecer el reciclaje profesional y la permanencia en el trabajo²⁶.

Si bien el marco legal resulta poco desarrollado en general, comienza a difundirse los sistemas de gestión y dirección que apuntan a la elaboración, a nivel de

²⁴ Según Eurofound, *Sustainable work over the life course: Concept paper, cit.*, el concepto de calidad del trabajo puede extraerse de cuatro elementos: “salarios, expectativas laborales, calidad intrínseca del trabajo y calidad en el tiempo de trabajo”.

²⁵ Véase Eurofound, *Role of Governments and Social Partners in Keeping Older Workers in the Labour Market*, 2013. A partir de una encuesta de opinión realizada por la EU-OSHA en 2012, se mostró la importancia de las buenas prácticas en materia de salud y seguridad para el alargamiento de la vida laboral. Un diseño del lugar de trabajo es útil para todas las edades, incluidos los trabajadores de más edad. Con este fin, el documento identifica algunas medidas compensatorias, tales como: a) un rediseño o una rotación del trabajo; b) descansos más frecuentes; c) una mejor organización de los turnos de trabajo; d) un buen control de la iluminación y el ruido, máquinas ergonómicas.

²⁶ Como observa M. CORTI, *Active ageing e autonomia collettiva, cit.*, p. 393 “el riesgo de confusión de los recursos y de su destino prioritario para el sostenimiento de las rentas es elevadísimo”.

empresa, de “mejores prácticas” para la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores maduros, principalmente inspirado en el enfoque de la llamada “gestión de edad”. Los ámbitos de difusión se refieren especialmente a: la movilidad y la flexibilidad interna de la empresa (en términos de funciones, tareas y jornada de trabajo); el recurso del tele-trabajo y a las nuevas tecnologías en la prestación laboral; los elementos voluntarios de conciliación con las exigencias de la vida (como, por ejemplo, el trabajo a tiempo parcial o la jornada flexible): “una combinación de medidas es posible, y la mejor solución dependerá de las circunstancias del trabajador, así como de las necesidades de la empresa”²⁷.

Algunas de las acciones de “gestión de la edad” también se ponen a prueba en la negociación colectiva a nivel nacional y descentralizada.

En la experiencia de algunos sectores (por ejemplo, químico, farmacéutico, bancario, o de seguros), se han introducido medidas innovadoras para la realidad italiana: como el “banco de horas”, (institución más conocida, en cambio, en el ordenamiento alemán); el trabajo a tiempo parcial progresivo para los trabajadores con edad cercana a la jubilación con la asunción de un papel como tutor de los nuevos trabajadores; las formas de “bienestar empresarial” que incluyen pólizas de seguro para cubrir los riesgos profesionales y otros tipos de riesgos sociales²⁸.

La consolidación y la expansión de este tipo de experiencias en la negociación colectiva, que permanecen aún de manera experimental y se limita a ciertos sectores productivos, dependerán, obviamente, de la orientación que tendrá el legislador italiano en el futuro y sobre todo, como es comprensible, de la obtención de apoyo financiero público, por ejemplo, con beneficios fiscales o en la cotización.

5. JÓVENES Y MADUROS EN EL MERCADO DE TRABAJO: EL RIESGO DEL CONFLICTO GENERACIONAL. EN BUSCA DE LA SOLIDARIDAD POSIBLE

Es inútil negar que la política de envejecimiento activo, las estrategias de incentivos para aumentar la edad de jubilación y de permanencia en el empleo no reciben un apoyo unánime.

²⁷ Véase Eurofound, *Sustainable work over the life course: Concept paper, cit.*, p. 10. En la literatura italiana, cfr. B. CONTINI, C. MALPEDE, C. VILLOSIO, *Il prolungamento della vita lavorativa dei “giovani anziani”: uno studio sulle strategie d’impresa, cit.*, pp. 44 ss.

²⁸ Sobre la reciente experiencia en la negociación colectiva en materia de envejecimiento activo véase L. PERO, “Esperienze pilota di invecchiamento attivo in corso nella aziende”, in T. Treu (a cura di), *L’importanza di essere vecchi, cit.*, pp. 159 ss. Respecto del tema del “bienestar empresarial” cfr., de otro lado, T. TREU (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, Milano, 2013

Aunque algunos estudios estadísticos han revelado que no existe una correspondencia real entre el envejecimiento activo y el fenómeno del paro juvenil, igual que la sustitución maduros/jóvenes no está directamente confirmada y la salida del trabajo no parece, de por sí, una facilidad para conseguir nuevos ingresos en el mercado de trabajo²⁹, son evidentes los riesgos de conflicto entre los diferentes grupos y la competencia intergeneracional. Algunos estudios recientes, referentes a la perspectiva de la UE y en particular de los Estados Miembros han confirmado la aparición de una fuerte polarización entre jóvenes y personas de mayor edad en el mercado laboral.

En el contexto italiano, en particular, el fenómeno parece intensificarse, estando influenciado en gran medida por las tendencias legislativas hacia la liberalización de formas de trabajo flexible. El *Informe del Parlamento Europeo sobre la ocupación juvenil del año 2015* demostró que —no solo Italia presenta una tasa de paro para menores de 25 años superior a la media europea, además de mostrar que cuenta con un mercado laboral “fuertemente segmentado”—, sino que las medidas relativas al empleo flexible, especialmente el contrato temporal, parecen haber penalizado sobre todo a los jóvenes, que, “en la actualidad tienen menor protección y menores beneficios en período de desempleo que los trabajadores de mayor edad”³⁰. Ha de añadirse que, de acuerdo con esta investigación europea, “alargar la vida laboral y la reciente reforma de las pensiones ha reducido con extensión la demanda de empleo y la calidad de los trabajos cualificados. En conclusión, el Informe subraya la dualidad entre trabajadores maduros (“insiders”) y los trabajadores jóvenes (“outsiders”) que constituyen una de las características principales (negativas) del modelo italiano”³¹.

Incluso la literatura jurídica, y no solo esta, comienza a señalar críticamente las diferencias de empleo entre los grupos de trabajadores y, en particular, el contraste entre los maduros considerados “demasiado protegidos” y los jóvenes

²⁹ Algunas investigaciones sugieren que hay, en algunas situaciones, una fuerte complementariedad entre el trabajo de los jóvenes y el de los maduros: ver en este sentido B. CONTINI, C. MALPEDE, C. VILLOSIO, *Il prolungamento della vita lavorativa dei “giovani anziani”: uno studio sulle strategie d’impresa*, cit., p. 41, según los cuales las “altas tasas de desempleo juvenil han estado demasiado frecuentemente tomadas como pretexto de justificar la expulsión prematura de los trabajadores mayores; L. TADINI, “Invecchiamento demografico e previdenza: per reagire alla sfida demografica quale spazio per un intervento di welfare?”, en *Dir. Rel. Ind.*, 2013, pp. 234 ss. En la documentación europea, cfr. *High-Level Forum on Ageing and Employment Policies*, Bruselas, 17-18 octubre de 2005.

³⁰ Véase Parlamento Europeo, *Differential Treatment of Workers under 25 with a View to their Access to the Labour Market*, 2015, pp. 78 ss., según el cual “los trabajadores de edad madura están normalmente sobreprotegidos respecto del tipo de contrato, protección de la Seguridad Social y nivel salarial”.

³¹ Nuevamente, Parlamento Europeo, *Differential Treatment of Workers under 25 with a View to their Access to the Labour Market*, 2015, p. 79: “este dualismo parece ser más dramático”.

“demasiado precarios”, en cuanto se ven obligados a soportar las desventajas de sobreprotección reconocidos de acuerdo a su edad.

Las políticas públicas fragmentadas y “en doble sentido” en el ámbito de la jubilación y respecto de la liberación del uso de la fuerza de trabajo han producido resultado ambivalentes, en cualquier caso ineficaces en términos de empleabilidad.

Diferentes Países de la UE parecen inclinados a reconsiderar los límites requeridos para la edad para acceder a la pensión de jubilación y favorecer la salida del trabajo de modo más flexible, con el objetivo de combinar conjuntamente las necesidades de reducción del gasto en las pensiones con las de envejecimiento activo. Surgieron señales claras de un cambio de tendencia, incluso por el legislador italiano, en vista del re-equilibrio de las oportunidades de empleo entre generaciones y una mayor solidaridad entre grupos, lo que debe entenderse en un sentido renovador³².

Las medidas más enérgicas a favor del recambio generacional son las referentes al personal de las Administraciones Públicas.

Se establece, en este sentido, la derogación expresa de la figura denominada “mantenimiento en el servicio”, que ha supuesto la retirada “forzosa” de los empleados públicos al alcanzar la edad y los requisitos necesarios para el acceso a la pensión (véase art. 1, DL n. 90/2014, convalidado por L. n. 114/2014), además de la atribución del poder unilateral de retiro (con preaviso) del jefe la Administración en caso de cumplimiento del requisito de vejez con el periodo de carencia para la obtener la prestación (véase art. 72.11, DL n. 112/2008, convalidado por la L. n. 133/2008 y modificado por el DL n. 90/2014)³³. Ambas medidas, que constituyen el aterrizaje reciente en un proceso legislativo muy atormentado, han sido diseñadas explícitamente “para favorecer el recambio y el rejuvenecimiento del personal de las Administraciones Públicas”³⁴.

³² Como apunta D. IZZI, en *Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati*, cit., p. 616, el concepto de “solidaridad intergeneracional”, que ha estado clásicamente incluido en el ámbito de la Seguridad Social como “sostenimiento provisto a los trabajadores mayores por parte de los jóvenes, viene hoy esencialmente concebida, en sentido contrario, como un sacrificio de los trabajadores maduros en favor de los jóvenes”.

³³ Sobre la interpretación de tales medidas aplicables en el sector público véase Circolare del Ministro per la semplificazione e la Pubblica Amministrazione 19 febbraio 2015, n. 2. En la doctrina, cfr. A. TAMPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il “Jobs Act”*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 49 ss.; P. BOZZAO, “Pensionabilità del dipendente pubblico anziano e disciplina del licenziamento”, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica della riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, pp. 433 ss.; A. MORRONE, “Esonero dal servizio e collocamento a riposo dei dipendenti pubblici” in M. Cinelli - G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare*, cit., vol. II, p. 393.

³⁴ Así Circolare Ministro della semplificazione e della Pubblica Amministrazione, cit., p. 2. En sentido crítico sobre la eficacia de tal medida, cfr. P. BOZZAO, *Pensionabilità del dipendente pubblico anziano e disciplina del licenziamento*, cit., p. 447, que entiende que no se trata de

Realizada de la maniobra legislativa de ajuste en el sector público, ha de admitirse que, en esta fase, es sobre todo la negociación colectiva la que debe prever el replanteamiento de las políticas relativas a la protección social y el empleabilidad para los trabajadores de mayor edad. Desde hace algunos años, en ciertos sectores productivos, se han introducido por vía de la negociación algunas medidas destinadas a la práctica de la llamada “carrera de relevo generacional”, según el modelo de “jubilación flexible” implementado en la experiencia de Alemania y algunos países del norte de Europa³⁵.

En realidad, la expresión “carrera de relevo generacional” es una alusión a un mecanismo particular que se basa en el intercambio entre el empleo de los jóvenes y la facilidad de salida de las personas de mayor edad, (como por ejemplo a través del trabajo a tiempo parcial progresivo y jubilación anticipada). Los costes deben ser compartidos por el sistema de bienestar social y las empresas interesadas en hacer nuevas contrataciones con condiciones favorables para las mismas. La solución no ha dejado, sin embargo, de plantear dudas, por los posibles efectos de distorsión del mercado laboral y promover una gestión demasiado “familiar” del intercambio jóvenes/maduros.

Con el gradual agravamiento de la crisis del empleo juvenil, el debate político ha comenzado a reconsiderar las reformas de las pensiones que han elevado la edad de jubilación, creando probablemente una excesiva rigidez en el funcionamiento del mercado laboral y la obstaculizando los nuevos ingresos en el mercado de trabajo. Hay varias propuestas legislativas en este contexto: por un lado, se pretende reducir el límite de edad para el acceso a la pensión a cambio de una reducción de la cuantía de la pensión de la Seguridad Social; de otro lado, se piensa en una re-introducción de una pensión de jubilación que no suponga penalizaciones en caso de salir del mercado de trabajo³⁶. Otros proyectos proponen un nuevo cálculo de pensiones basado en el método contributivo, (así, con un importe

una verdadera renovación de la fuerza de trabajo, sino de un “mero rejuvenecimiento de la administración pública”.

³⁵ Por el análisis de algunas experiencias en la negociación colectiva véase M. CORTI, *Active ageing e contrattazione collettiva, cit.*, pp. 395 ss., que atiende los renovados de CCNL del sector químico-farmacéutico y metalúrgico. En el primer caso ha sido elaborado un pacto que contiene el “Pacto de solidaridad intergeneracional”.

³⁶ Véase d.d.l. 30 marzo 2013, n. 857, referido a “disposiciones para permitir la libertad de elección en el acceso de los trabajadores al sistema de pensiones”; d.d.l. 10 marzo 2015, n. 2945, referido a “Disposiciones para la introducción de elementos de flexibilidad en el acceso de los trabajadores al sistema de pensiones”. En particular, la propuesta legislativa más reciente (c.d. Quota 100) prevé un sistema de flexibilidad de salida en el transcurso desde el primero de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2012, para los trabajadores que cumplan los requisitos de haber contribuido a la pensión de jubilación al menos durante 35 años y con una edad límite no inferior a 62 años, podrán obtener la pensión cuando la suma entre el requisito de edad y el requisito de carencia supongan un nivel 100.

realmente inferior a aquel obtenido al cálculo mixto actualmente en uso), que se extiende hacia el futuro régimen experimental y temporal (hasta 31/12/2015) previsto en la L. n. 243/2004 (art. 1.9) para los trabajadores que cumplan con la edad y requisitos de carencia, siempre que estén dispuestos a optar por el cálculo de la pensión con el método contributivo.

6. IGUALDAD Y DESIGUALDAD DE TRATAMIENTO EN BASE AL FACTOR DE REGISTRO DE LA EDAD DEL TRABAJADOR

Las tensiones entre las visiones opuestas político-legislativas —y las fluctuaciones de las directrices adoptadas en el ordenamiento jurídico italiano— llevan al centro del debate el tema de las normas anti-discriminación de origen europeo y nacional. Los temas más discutidos comprenden diversas cuestiones contradictorias: la promoción del envejecimiento activo y la protección del empleo juvenil; la igualdad de género en el acceso al sistema de pensiones y la identificación de distintos umbrales de edad; la igualdad de trato de entre los regímenes de pensiones en la UE y los distintos regímenes en razón de la edad del trabajador.

A nivel europeo se ha observado “una verdadera controversia, promovida principalmente por los trabajadores de mayor edad” y por las decisiones del Tribunal de Justicia: el fenómeno se ha centrado en la atención en los complejos perfiles interpretativos de la legitimidad del tratamiento legal diferenciado de acuerdo a su edad, destacando el latente conflicto intergeneracional en los sistemas jurídicos de varios Estados miembros³⁷.

Por el contrario, el potencial discriminatorio se conecta al factor edad resulta generalmente devaluada en Italia, al menos hasta la adopción de la D. Lgs. n. 216/2003, que transpone la Directiva 2000/78/CE. Como se ha señalado por la doctrina, el legislador italiano a menudo ha identificado las necesidades de protección de los grupos de trabajadores “sobre la base de estereotipos que no fueron puestos en duda”, mientras que permanece la percepción completamente ajena al carácter discriminatorio del elemento subjetivo³⁸.

³⁷ Vid. D. IZZI, “La Corte di giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e scelte di merito”, en *Riv. Giur. Lav.*, 2012, I, 126. Respecto de este tema de otro lado cfr. L. CALAFÀ, “Le discriminazioni fondate sull’età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio ‘emergente’”, en *Riv.it.dir.lav.*, 2010, II, 993 ss.; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozioni, interessi, tutele*, Cedam, Padova, 2010, p. 155; S. BORELLI, “La Corte di giustizia (ancora) alle prese con discriminazioni in ragione dell’età”, en *Riv. Crit.dir.lav.*, 2009, pp. 934 ss.; M. P. MÓNACO, “La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età”, in *Dir.rel.ind.*, 2010, pp. 881 ss.

³⁸ L. GUAGLIANONE, “Il caso Abercrombie: contratto intermittente e discriminazioni per età”, en *Riv. Giur. Lav.*, 2014, II, p. 613.

6.1. *La jurisprudencia de la Corte de justicia y la jurisprudencia italiana: comparación de las directrices interpretativas*

La literatura jurídica italiana formula un juicio bastante severo en la comparación de las directrices del Tribunal de Justicia sobre la relevancia del factor de la edad. Se cree, de hecho, que se han utilizado generalmente “parámetros control legal” en los tratamientos jurídicos diferenciados: el Tribunal se ha abstenido a poner en discusión los regímenes nacionales y los sistemas de Seguridad Social, protegiendo principalmente el objetivo de política social perseguida por los Estados individuales y sus medidas de aplicación³⁹. El sabio ejercicio del control administrativo de proporcionalidad ha descartado prácticamente la posibilidad de reconocer un contraste o un conflicto con las fuentes europeas en el ámbito de la igualdad de trato y no discriminación (véase especialmente la Directiva 2000/78/CE).

Este enfoque interpretativo ha sido adoptado en la jurisprudencia comunitaria en varias ocasiones, probablemente debido a que —como ya se ha señalado— el factor de la edad parece “bastante diluido y en ciertas situaciones inalcanzable: es difícil de definir preliminarmente las clases de edad que están afectadas por la discriminación (especialmente indirecta)”. Por otro lado, es demasiado simplista también el razonamiento jurídico que pretende basarse exclusivamente en el contraste entre los colectivos de jóvenes y el de las personas mayores en el mercado laboral⁴⁰.

Una solución “soft” fue aceptada por el Tribunal de Justicia en el caso de reconocimiento por un Estado (Alemania) del derecho a una pensión de jubilación, después de un período de prejubilación gradual disfrutado por el trabajador según la normativa vigente en otro Estado miembro. Se consideró que el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo. 3.1 del Reglamento 1418/1971 (modificado por el Reglamento CE n. 118/1997, n. 1992/2006) no impide la adopción de diferentes regímenes o normativas para el acceso a las prestaciones de jubilación. Debe, sin embargo, llevarse a cabo un examen comparativo de los sistemas nacionales para determinar si las diferencias regulatorias podrían poner en peligro la consecución de los (legítimos) objetivos de política social perseguidos por el Estado al que el trabajador pida la solicitud de pensión⁴¹.

³⁹ Véase D. IZZI, *Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati*, cit., 590; también en “La Corte di giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito”, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, I, pp. 125 ss.

⁴⁰ 4 M. V. BALLESTRERO, “Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull’età”, in *Lav. dir.*, 2011, p. 142.

⁴¹ C. giust. 18 dicembre 2014, causa C-523/13, in *Dir. Rel ind.*, 2015, p. 561, con nota di C. PAOLINI, el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social impone un examen comparativo de las condiciones de aplicación de los regímenes de prejubilación. En el caso concreto, los regímenes de prejubilación de los diversos Estados miembros eran muy similares y

La misma línea de argumentación se ha utilizado en la compleja cuestión de la legitimidad de los regímenes de jubilación obligatoria o “forzosa” al alcanzar un determinado umbral de edad. El Tribunal de Justicia no parece dispuesto a invocar el principio de no discriminación para intervenir de modo correctivo sobre el sistema nacional de Seguridad Social que prevea un límite de edad para la permanencia en el trabajo⁴². Naturalmente, se mantiene firme la dirección consolidada que imposibilita a los legisladores nacionales introducir una diferencia de género en el acceso a los regímenes de Seguridad Social y, en particular, respecto de las pensiones de jubilación⁴³. Por lo demás, la justificación de carácter económico y el temor a incidir negativamente sobre los presupuestos de los Estados miembros han sugerido hasta ahora extrema precaución en la evaluación tanto de las decisiones políticas y legislativas en favor de la jubilación “forzosa” como de las acciones de promoción de prolongación de la vida laboral de los trabajadores.

El parámetro de discriminación por edad ha adquirido una mayor importancia en relación con la regulación del mercado de trabajo y las medidas de trabajo flexible⁴⁴. Las reformas que se han producido en Italia en el siglo XXI han introducido algunas disposiciones contractuales que suponen, como condición de acceso para el trabajador, la posesión de una cierta edad. El principio de no discriminación viene reservado literalmente por el legislador italiano para garantizar la igualdad de trato económico-jurídico entre los trabajadores con un nivel profesional igual, pero sin ninguna referencia (también con función excluyente) del factor de edad personal.

Un caso examinado recientemente por la jurisprudencia italiana se refiere al contrato de trabajo intermitente (*job on call*, *trabajo a llamadal*), que se rige por los art. 33-34, D. Lgs. n. 276/2003 (ahora sustituidos por los arts. 13 y ss., D. Lgs. n. 81/2015), que permiten la contratación de trabajadores menores de 24 años y con más de 55 años⁴⁵. El tipo contractual se caracteriza por una notable flexibili-

los trabajadores se hallaban en posesión de todos los requisitos (incluso los referidos a la edad) exigidos por la normativa del Estado principal, excepto el referido a la reducción proporcional de la jornada de trabajo

⁴² Como observa M. V. BALLESTRERO, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, cit., p. 158, “las víctimas más débiles de la cuestión de la discriminación fundada en la edad que examinan los Tribunales son preponderantemente los trabajadores maduros”.

⁴³ Sobre el tema véase O. BONARDI, *Sistemi di welfare e principio di uguaglianza*, cit., pp. 81 ss.; F. RAVELLI, “Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di giustizia (C-46/07)”, in L. Calafà - D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009, pp. 141 ss.

⁴⁴ Sobre el tema véase M. AIMO, “La Corte di giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali”, in *Riv.giur.lav.*, 2012, I, pp. 147 ss.

⁴⁵ El actual art. 13,2, del D. lgs. n. 81/2015 (Régimen de los contratos de trabajo y revisión de la normativa en conformidad con el art. 1, párr. 7, de la Ley 10 de diciembre de 2014, n. 183) establece que el contrato de trabajo intermitente puede en todo caso celebrarse con personas

dad en la prestación de trabajo que puede llevarse a cabo “de manera discontinua o intermitente” (art. 13.1 D. Lgs. n. 81/2015), siendo el único requisito subjetivo exigido al trabajador una determinada la edad⁴⁶.

Aplicando los principios elaborados por la jurisprudencia comunitaria (especialmente, la sentencia Mangold y Kucukdeveci), los tribunales italianos han sostenido que la celebración de un contrato de trabajo intermitente constituye conducta discriminatoria contraria el Derecho comunitario —ya que se basa únicamente en el requisito de la edad del trabajador— y, por tanto, han resuelto no aplicar la legislación nacional⁴⁷. Según dicha sentencia, no existen razones objetivas y justificadas que legitimen un trato desigual (cfr. art. 6.1, Directiva 2000/78/CE), ya que el legislador solo se ha limitado a introducir una regulación menos favorable para los trabajadores intermitentes sin indicar los objetivos de las políticas de empleo que se perseguían, incluso sin tener en cuenta los efectos de la segmentación del mercado de trabajo⁴⁸.

El argumento de los tribunales italianos probablemente parece más decidido y valiente que en el Tribunal de Justicia respecto a la aplicabilidad de la cláusula que justifica la diferencia de trato, según el artículo. 6.1 Directiva 2000/78/CE, devolviendo así la finalidad objetiva de la política de empleo y los medios adecuados para aplicarlas. Los jueces de Luxemburgo manifestaron en cambio una cierta cautela y mucha fluctuación “en la valoración de aquéllas las decisiones na-

con una determinada la edad. Por lo tanto, aparentemente solo se necesita el factor edad para el acceso a este tipo de contrato.

⁴⁶ En este sentido, la evaluación de la doctrina italiana es sobre todo crítica: véase G. DE SIMONE, “Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili fra diritto comunitario e diritto interno”, in *Lav. dir.* 2004, p. 528; M. NOVELLA, *Nuove tecniche di diritto diseguale e principio di uguaglianza*, cit., 2004, p. 557; O BONARDI, “Le discriminazioni basate sull’età”, en M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Torino, 2007, p. 125.

⁴⁷ Véase App. Milano, 15 aprile 2014, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, II, p. 613 y en *Dir.rel.ind.*, 2015, p. 467, con nota di G. BONANOMI, Los requisitos subjetivos en el contrato de trabajo intermitente ¿Disparidad de tratamiento o discriminación por razón de edad? En el caso concreto, los jueces de lo social han entendido discriminatorio el comportamiento del empresario que había contratado al trabajador con el contrato intermitente en base al requisito de la edad y sucesivamente despidiendo al mismo trabajador al superar el límite de edad. Según la resolución, la violación de la regulación antidiscriminatoria (art. 3, d. lgs. n. 216/2003) comporta la inaplicación de la norma nacional que prevé el requisito de edad y la transformación de la relación de trabajo intermitente en un relación de trabajo de tiempo indeterminado (o realmente a tiempo parcial).

⁴⁸ Véase S. SCARPONI, “Discriminazione per età, ricambio generazionale, discriminazioni di genere nei recenti orientamenti della Corte di giustizia”, en *Riv. Giur. Lav.*, 2011, I, p. 547, según el cual “el objetivo de la política del derecho referido al llamado recambio generacional al que se refieren numerosas sentencias... no es mencionado de ninguna manera de los casos particulares de excepción que contempla la directiva”, realmente siendo aplicable según la formulación más genérica del art. 6.1 de la Directiva Dir. 2000/78/Ce.

cionales en las que el legislador a menudo mezclan la legislatura, no siempre con dosis iguales, objetivos de política económica y los objetivos de carácter social”⁴⁹.

No es sorprendente que —teniendo en cuenta esta “jurisprudencia problemática” del Tribunal de Justicia⁵⁰— la interpretación y el alcance interpretativo de las exenciones a la prohibición de discriminación por razón de la edad del trabajador siguen siendo una cuestión muy controvertida y discutida por la doctrina italiana⁵¹.

⁴⁹ M. RANIERI, “Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di giustizia dell’Ue: alcune questioni problematiche”, en *Riv.giur.lav.*, 2012, I, p. 193.

⁵⁰ 14 Así, M. FALSONE, “Le deroghe al divieto di discriminazione per età: un pericoloso passe-partout?,” en *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, II, p. 928.

⁵¹ Para una interpretación restrictiva de la cláusula, véase, de otro lado, V. PAPA, “Il fattore new-comer di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali. A proposito di tre recenti sentenze della Corte di giustizia”, *Centro Studi di Diritto del lavoro europeo “Massimo D’Antona”* Int. n. 85/2010. Sin embargo, observa M. RANIERI, “Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di giustizia dell’Ue: alcune questioni problematiche”, en *Riv.giur.lav.*, 2012, I, p. 194, que “los jueces europeos examinan el carácter solo ejemplificativo del listado legislativo referido a la causa legal de justificación de la desigualdad de trato”. No parece posible acoger que la tesis interpretativa que pone el acento sobre los datos formales, con el fin de restringir posteriormente la extensión de las excepciones previstas en la normativa europea: así también M. FALSONE, “Le deroghe al divieto di discriminazione per età: un pericoloso passe-partout?,” *cit.*, p. 932.

La estrategia 55 y más y los incentivos a la prolongación de la vida laboral

M^a Luisa Pérez Guerrero
Profesora Titular de Universidad
Universidad de Huelva

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación por la conservación del empleo de los trabajadores mayores de 55 años y la de la inserción de los desocupados de esa edad, podemos encontrarla en el contexto actual de la población activa.

Según la Encuesta de Población Activa, en la actualidad (primer trimestre de 2015) existen algo más de 17 millones de personas ocupadas, casi 5 millones y medio de personas en situación de desempleo y una tasa de paro que se sitúa en el 23,78% de la población activa. Eso implica que la tasa de actividad española hoy es de casi un 60%.

En relación con la población de más edad, el INE sitúa el incremento de la tasa de paro en el período 2009-2013, en 8,7 puntos para los hombres y 6,5 puntos en las mujeres, habiendo descendido medio punto respecto del año anterior.

El Ministerio de Empleo ofrece cifras muy similares, en marzo de 2015, el paro registrado es de 4.451.939, 343.927 personas menos que en el año anterior.

Es importante destacar también los datos que comenta el *Informe sobre la situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, realizado por el Consejo Económico y Social en febrero de 2014¹. Según este informe, la mayoría de los desempleados de 45 a 64 años de edad tiene menos de 55 años y el 70 por ciento de los desempleados mayores de 45 años no tiene niveles educativos más allá de la educación obligatoria, por lo que el panorama que ofrece este colectivo se califica en dicho informe como de “baja empleabilidad relativa”.

En el año 2011 el Gobierno contempló el desempleo de los mayores de 55 como un problema para el empleo y la garantía de las pensiones. Así, el Acuerdo Social y Económico (ASE, en adelante) para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones suscrito el 2 de febrero de 2011 entre el Gobierno y los interlocutores sociales —CCOO y UGT, en representación de las organizaciones sindicales, y CEOE y CEPYME, en representación de las organizaciones empresariales—,

¹ Este informe puede consultarse en la página web del CES; www.ces.es. Informe 02/2014

contenía el compromiso de todas las partes de elaborar la Estrategia Global para el empleo de las personas trabajadoras de más edad.

El objetivo marcado para esta estrategia era incluir medidas en materia de empleo, formación y condiciones de trabajo, con los objetivos de “favorecer el mantenimiento en el mercado de trabajo de dichas personas y promover la reincorporación al mismo de aquellas que pierden su empleo en los últimos años de su vida laboral”. De este modo, consideraban los firmantes del Acuerdo que era preciso, para mejorar la situación de empleo de estos trabajadores, adoptar “una visión más integral de las políticas públicas a desarrollar que, junto a los incentivos económicos hasta ahora utilizados, integre los valores positivos que presenta el mantenimiento de estos trabajadores en la empresa”.

2. LOS TRABAJADORES MAYORES DE 55 Y LA ESTRATEGIA EUROPA 2020

Podemos decir que el empleo ha sido, desde siempre, una de las grandes preocupaciones y, a su vez, uno de los principales objetivos de las políticas europeas. E incluso podemos calificarlo como una “cuestión social” que afecta al conjunto de la sociedad².

La Unión Europea se ha mantenido partidaria, desde la gran crisis económica que afectó a Europa en los últimos años, de prolongar la vida laboral como medio de lucha contra el desempleo y la descapitalización de los sistemas de protección social, especialmente en caso de pérdida del empleo. Prueba de ello son los numerosos documentos donde encontramos referencia a estos aspectos.

La Estrategia Europa 2020 se encuentra contemplado el objetivo de promover el envejecimiento activo y saludable de la población como medio para mantener la cohesión social y aumentar la productividad. Declaró, además, el año 2012, “Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional”, elaborando una Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, el 14 de septiembre de 2011³, destacando entre sus objetivos la obligación de la Unión de apoyar, de acuerdo con el artículo 153 TFUE, y completar la acción de los Estados miembros sobre “las condiciones de trabajo, la integración de las personas excluidas del mercado laboral y la lucha contra la exclusión social”, Con esta finalidad, se proponen acciones para fomentar el envejecimiento activo, sobre la creencia de

² Vid. MORENEO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, “Política de empleo y sistema de relaciones laborales: la autonomía colectiva como fuente del Derecho del Empleo”, en *Revista de Trabajo*, n° 10, 2001, p. 49.

³ Decisión n° 940/2011/UE (DOCE de 23 de septiembre de 2011 L 246/5).

que los trabajadores mayores de 55 años estarán más cualificados en 2020 que en la actualidad⁴.

Es posible considerar también el Documento sobre “Orientaciones del Consejo de la Unión Europea de 6 de diciembre de 2012, en relación con las personas mayores”, donde se puede apreciar la referencia a la situación de los trabajadores y desempleados mayores de esta edad.

3. PRINCIPALES CAUSAS DE DESEMPLEO DE LOS MAYORES DE 55 AÑOS EN ESPAÑA

Para analizar correctamente la situación de estos trabajadores y las medidas a adoptar para poder atender a los objetivos de la Estrategia, entendemos que es preciso considerar las causas por las que estos trabajadores salen del mercado de trabajo o pierden su empleo en los últimos años de su vida laboral.

Podemos imaginar las causas por las que un colectivo como los jóvenes menores de 25 años no resultan contratados en la empresa, la falta de experiencia o la escasa formación pueden ser las más importantes. Sin embargo, si pensamos en el colectivo de trabajadores mayores de 55 años, se nos ocurren razones prácticamente opuestas. En éste caso, más bien hablaremos de que existe experiencia y formación en el ejercicio del puesto de trabajo, por lo que la causa ha de ser otra, y de un elevado coste de los salarios de estos trabajadores, ya que el salario de los mismos ha ido mejorando a lo largo de los años de experiencia laboral. No obstante, el valor que estos trabajadores y su conocimiento sobre el oficio tiene para la empresa debe ser considerado como un aspecto positivo.

Otro factor que podría acelerar la expulsión de estos trabajadores del mercado de trabajo sería, y en los últimos años es el más generalizado, la crisis económica que genera el cierre de muchas empresas, y los avances técnicos y transformación productiva de las empresas. Así, las dificultades económicas por las que atraviesan las empresas y las necesidades de reconversión de ciertos sectores productivos agotados en España, ha llevado, en los últimos años, al cierre de muchas empresas e incluso a la desaparición de algunas actividades económicas.

Las prejubilaciones dirigidas a mayores de 55 años en España han sido una práctica común en las grandes empresas y en importantes sectores productivos de la economía española durante la década de los noventa. Sin embargo, las condiciones en las que estos trabajadores son, hoy en día, expulsados del mercado de trabajo, son bien diferentes.

⁴ Vid. el documento elaborado por el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional en febrero de 2010.

La *Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y los Trabajadores de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más, en adelante)*, se recoge un diagnóstico de la situación de estos trabajadores que resalta los siguientes aspectos:

En primer lugar, se trata de un colectivo de trabajadores con una incidencia relativamente baja en lo que se refiere a la tasa de desempleo, así, representan el 12% de la población ocupada y apenas el 8% de los trabajadores están en parto. De este modo, la tasa de desempleo es muy baja en relación con otros colectivos como los jóvenes menores de 25%, donde la tasa de desempleo se eleva por encima del 50%. Esto constituye, sin duda, una peculiaridad a considerar en este colectivo. Ahora bien, una vez que abandonan el mercado de trabajo, resulta realmente difícil la reincorporación al mismo. Así, la Estrategia contempla a este colectivo como el de menores posibilidades de entrar en el desempleo, ya que su tasa de paro es muy reducida, pero también con unas posibilidades menores de salir de él. El riesgo de permanecer de forma prolongada en situación de desempleo es muy elevado. Representan, por tanto, la tasa de paro más baja, apenas un 14,5%, pero la incidencia del desempleo de larga duración es del 65,2%, representando, como vemos, una tasa muy elevada. Esta situación se agrava, además, en los de mayor edad, por lo que podríamos hacer una separación entre los trabajadores de 55 a 59 años y los de 60 a 64 años; estos últimos son los que mayor incidencia en desempleo de larga duración tienen.

El Informe CES 02-2014 *sobre la situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, también recoge este aspecto y alerta sobre el peligro que se cierne sobre este colectivo de desempleados, de consolidarse con fuerza en las etapas recesivas y no reducirse en igual medida en las expansivas, pudiendo transformarse en un colectivo de parados de larga duración y configurando un tipo de paro denominado “de efectos nocivos” para las personas que permanecen atrapadas en él. Además, destaca las cargas familiares que soportan, en la mayoría de las ocasiones jóvenes. También destaca el informe que tienen menos capacidad para modificar sus trayectorias laborales y para reinsertarse o reintegrarse al empleo después de haberlo perdido.

También analiza la Estrategia el nivel de estudios y de actividad de estos trabajadores como otra peculiaridad de dicho colectivo. En este caso, a diferencia también de otros colectivos como los jóvenes, el nivel de estudios es bajo. Sin embargo, hay una gran diferencia entre la tasa de desempleo de aquellos que, dentro de este colectivo, presentan niveles de estudios más altos. Así, la tasa de empleo de éstos últimos se duplica (63,4%) y la tasa de paro apenas alcanza el 6%, siendo la del resto de trabajadores con niveles de estudios más bajo de un 19%.

Por lo que se refiere a la tasa de actividad, es lógicamente baja en este colectivo y, especialmente, cuando nos vamos acercando a la edad de jubilación. Esto también ha venido determinado por la masiva práctica de las prejubilaciones para

mayores de 55 años en algunos sectores económicos estratégicos, durante los años anteriores a la crisis.

Otro factor a considerar a la hora de elaborar la política de empleo dirigida a este colectivo lo constituye la presencia mayoritaria de hombres, advirtiéndose una presencia algo más elevada de mujeres en los últimos años. De este modo, la tasa de actividad de mujeres de esta edad, es muy reducida en relación con la de hombres de la misma edad. Hasta el punto en que, como destaca la estrategia, hasta los 59 años presentan una tasa de empleo algo inferior a la tasa media, siendo así que en el caso de los hombres la superan, mientras que entre las mujeres es muy inferior.

Sin duda, esto nos lleva a concluir que, dado el diagnóstico realizado y las peculiaridades de este colectivo de trabajadores, los principales problemas que les afectan son la reincorporación al mercado de trabajo si resultan expulsados del mismo. Lo que nos lleva a que, como veremos, las principales medidas se centren en el incentivo a la prolongación de la vida laboral y desincentivar las prácticas empresariales dirigidas a sustituir estos trabajadores por otros que perciban salarios más bajos.

4. OBJETIVOS Y MEDIDAS DE LA ESTRATEGIA 55 Y MÁS Y SU APLICACIÓN EN LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

La *Estrategia 55 y más* procede de un compromiso adquirido por el Gobierno con los Agentes Sociales en el *Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones*, suscrito el 2 de febrero de 2011 por el Gobierno, las organizaciones sindicales (CCOO y UGT) y las organizaciones empresariales (CEOE y CEPYME). Este Acuerdo se convirtió en compromiso legal a través del Real Decreto Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, y también se desarrolla, en parte en el Real Decreto Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo.

Los principios de las políticas dirigidas a estos colectivos de trabajadores mayores de 55 años se centran en dos principios básicos, importados del Derecho Europeo, el envejecimiento activo y la no discriminación por razón de la edad. Para ello, se fijan como objetivos genéricos promover el empleo y la formación, en contra de las políticas de índole asistencial. Y con carácter particular, la Unión Europea propone como objetivos elevar la tasa de empleo de este colectivo, y aumentar la edad media de salida del mercado de trabajo, situada en 61,4 años.

Las políticas de empleo destinadas a trabajadores de más de 55 en España han ido dirigidas, con carácter general, a regular la salida gradual y flexible del mer-

cado de trabajo y la jubilación anticipada, y a paliar las consecuencias de dicha salida en materia de asistencia social. Además, en los últimos años, también se han incluido incentivos a la contratación de este colectivo, consistentes en bonificaciones en las cotizaciones sociales. Estos tres han sido los pilares en los que se ha sustentado la política de empleo dirigida a estos trabajadores⁵. Sin embargo, desde 2011 empieza a tomarse conciencia de la necesidad de focalizar las políticas de empleo en un aspecto más, la formación, la recualificación profesional y la adaptación de las capacidades de estos trabajadores a las nuevas necesidades de los diferentes sectores productivos. Esta tendencia también ha marcado las políticas de empleo dirigidas a otros colectivos como los jóvenes.

Lógicamente, la conciencia de modificar las líneas de actuación y el contenido de nuestras políticas de empleo ha venido determinada por la situación de crisis económica en que nos hemos visto sumidos, que ha llevado a la necesidad de eliminar las prácticas relacionadas con la sobrecarga de ayudas en el sistema de Seguridad Social y asistencia social, para lograr, de este modo, la sostenibilidad del mismo.

Así, los nuevos objetivos de la política de empleo que marca la Estrategia para el período 2012-2014 son los siguientes:

- *Elevar la tasa de empleo y reducir el desempleo de los trabajadores y las trabajadoras mayores de 55 años.*
- *Favorecer el mantenimiento en el empleo de los trabajadores y las trabajadoras mayores de 55 años para contribuir a la prolongación de la vida laboral y a la existencia de carreras de cotización a la Seguridad Social más larga.*

⁵ En la Estrategia podemos encontrar un resumen detallado de las medidas que aplicamos hasta ahora, divididas en tres grupos; medidas dirigidas a favorecer la permanencia de los trabajadores de más edad en el mercado de trabajo, medidas dirigidas a favorecer la reincorporación al mercado de trabajo y medias relacionadas con la protección social y con la edad de jubilación. Algunas de estas se han visto plasmadas en reformas legislativas como la operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, o, anteriormente, en el Real Decreto Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. Un estudio detallado de estas reformas podemos encontrarlo en L. LÓPEZ CUMBRE, “La reforma de la Seguridad Social de 2011: exigida por los mercados, necesaria para el Estado”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RGDTSS)*, n° 29, 2012 (RI 412140), L. E. DE LA VILLA GIL, “La reforma de la composición del Sistema de Seguridad Social y del modelo de protección social”, en el mismo número de esta revista, 2012 (RI 412141) y L. MELLA MÉNDEZ, “Comentarios de Urgencia a una norma de urgencia: el Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas”, *RGDTSS*, n° 20, 2009 (Iustel 408066).

- *Mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores y trabajadoras mayores de 55 años, con particular atención a la mejora de la seguridad y salud en el trabajo.*
- *Promover la reincorporación al mercado de trabajo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad que pierden su empleo, asegurando una adecuada protección social durante la situación de desempleo.*

Sin olvidar la necesidad de reforzar las “adecuada protección social durante la situación de desempleo”, se anteponen medias dirigidas al mantenimiento del empleo, prolongación de la vida laboral y mejora de las condiciones de trabajo. Sin duda, el cambio en los objetivos de la política de empleo es significativo si lo comparamos con los de años anteriores, donde la protección social de los trabajadores, especialmente los afectados por medidas de despido colectivo y reestructuración de plantillas, y la reincorporación al mercado de trabajo de estos colectivos, dominaban los objetivos de la política de empleo. Condicionado todo ello por el escenario de crisis económica en el que nos encontrábamos. No obstante, se podía observar cómo se mezclaban políticas activas y pasivas de empleo, siendo algunas de ellas bastante novedosas, como los incentivos a la contratación indefinida de los beneficiarios de prestaciones por desempleo, con compromiso de mantenimiento del empleo de los mismos durante un tiempo determinado, o las medidas destinadas al mantenimiento o reposición de la prestación de desempleo en el marco de expedientes de regulación de empleo temporales, o a la eliminación del período de espera para obtener el subsidio por desempleo.

En el año 2011, las reformas se centraron también en la reforma del sistema de seguridad social, para su “racionalización” y sobre todo, para lograr la sostenibilidad financiera del mismo. De este modo, se habla de un modernización de nuestro sistema de seguridad social, comenzando por acceder a una de las finalidades dentro del marco de la Unión Europea más reclamadas y debatidas, como es el retraso de la edad de jubilación. Ya en estas fechas, contábamos en España con una tasa de desempleo cercana al 23% y cuantificada en más de cinco millones de personas. La situación empezaba a ser alarmante y urgían las reformas en la política de empleo y en el sistema de seguridad social.

En este contexto surge el Acuerdo Social y Económico de febrero de 2011, consecuencia del que es la Estrategia que analizamos.

Por su parte, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, introdujo una modificación en la Ley de Empleo para introducir la *Estrategia Española de Activación para el Empleo*, que se elabora con la colaboración de las Comunidades Autónomas. Dicha Estrategia contempla, en primer lugar, el análisis de la situación y tendencias del mercado de trabajo, en segundo lugar, los principios de actuación y objetivos de la política de activación para el empleo, y en tercer lugar, el marco

presupuestario. Como ejes fundamentales de las denominadas *políticas de activación para el empleo* se mencionan los siguientes:

1. *Orientación*: comprende actuaciones de información, orientación profesional, motivación, asesoramiento, diagnóstico y determinación del perfil profesional y de competencias, diseño y gestión de la trayectoria individual de aprendizaje, búsqueda de empleo, intermediación laboral y, en resumen, las actuaciones de apoyo a la inserción de las personas beneficiarias.
2. *Formación*: incluye actuaciones de formación profesional para el empleo, dirigidas al aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional y de formación en alternancia con la actividad laboral.
3. *Oportunidades de empleo*: incluye las actuaciones que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo y el mantenimiento de los puestos de trabajo.
4. *Igualdad de oportunidades*: comprende las actuaciones dirigidas a promover la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso, permanencia y promoción en el empleo, así como la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
5. *Emprendimiento*: comprende las actividades dirigidas a fomentar la iniciativa empresarial, el trabajo autónomo y la economía social, así como las encaminadas a la generación de empleo, actividad empresarial y dinamización e impulso del desarrollo económico local.
6. *Mejora del Marco institucional*: donde se incluyen, con carácter transversal, todas las acciones, medidas y actuaciones que van dirigidas a la mejora de la gestión, colaboración, coordinación y comunicación dentro del Sistema Nacional de Empleo y el impulso a su modernización.

Como veremos, muchos de estos ejes, pese a que la Ley 18/2014 es posterior a la *Estrategia 55 y más*, están presentes en la misma. Así, la *Estrategia 55 y más* también se basa en la *Orientación*, la *Formación*, el fomento de la iniciativa empresarial y el trabajo autónomo y los incentivos al empleo. Añade, además, una serie de medidas que se incluyen en las denominadas políticas pasivas de empleo, que consisten en un reforzamiento de la protección en caso de desempleo y eliminación de las trabas que impiden a los desempleados compatibilizar la prestación con la iniciación de una nueva actividad profesional.

No obstante, el conjunto de líneas que incluye la *Estrategia 55 y más*, se dividen en tres grupos que no son exactamente los anteriores ejes, aunque sí contienen éstos:

- *Líneas de actuación relacionadas con el mantenimiento en el empleo*;
- *Líneas de actuación relacionadas con las condiciones de trabajo*;

- *Líneas de actuación relacionadas con la reincorporación al mercado de trabajo*

5. LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON EL MANTENIMIENTO EN EL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DE MÁS EDAD

Dentro de la Estrategia, la primera línea de medidas se orienta al objetivo de lograr alargar la vida laboral de las personas de más edad. Dentro de este grupo, las principales medidas que se incorporan a la Estrategia son las siguientes:

5.1. *Jubilación parcial y contrato de relevo*

Como quiera que a esta línea de actuación se dedica un capítulo del presente libro, trataremos brevemente este aspecto en cuanto incentivo al mantenimiento del empleo y retraso de la salida del mercado de trabajo de los mayores de 55 años. Así, la Estrategia se refiere a la reforma del sistema de Seguridad Social realizada a través de la Ley 27/2011, en relación con la jubilación parcial y el contrato de relevo. Destaca la estrategia la conexión entre los objetivos de dicha reforma y los de la estrategia, considerando necesario evaluar el impacto de estas medidas en la tasa de empleo de estos trabajadores. Como medidas a aplicar se proponen la introducción de estímulos económicos para la celebración de este tipo de contratos de relevo, que permitirá además fomentar la contratación de jóvenes en las empresas, aprovechando el conocimiento y la experiencia de los trabajadores de más edad; y la transformación en indefinidos de los citados contratos, como medida de fomento del empleo⁶.

5.2. *Incentivos generales para el mantenimiento del empleo*

Es este punto uno de los más novedosos de la *Estrategia 55 y más*, ya que hasta el momento, casi todas las políticas activas de empleo dirigidas a este colectivo se basaban en incentivos o bonificaciones de carácter económico en las cotizaciones a la Seguridad Social. Como vemos, siguiendo los objetivos de la reciente reforma del sistema de Seguridad Social a través de la Ley 27/2011, de 1 de agosto,

⁶ En relación con la evaluación de estas medidas, *vid.* R., POQUET CATALÁ, “El contrato de relevo y la jubilación anticipada: puntos críticos”, en *Actualidad Laboral*, n° 7, 2013, p. 2; J. I. GARCÍA NINET, “Modificaciones de la jubilación parcial y del contrato de relevo en la Ley 27/2011, de 1 de agosto”, en *RGDTSS*, n° 29, 2012 (Iustel 412147), y A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Jubilación parcial y contrato de relevo. Un tándem con problemas”, en *RGDTSS*, n°29, 2011 (Iustel. 411067).

basados en la prolongación de la vida laboral alargando la edad de acceso a la jubilación, este objetivo representa uno de los aspectos fundamentales en las más modernas políticas de empleo. Como indica el texto de la Estrategia, este colectivo recoge la mayor experiencia profesional representando también, debido a su antigüedad, los salarios más elevados de la empresa. Ese ha sido, en tiempos de crisis, una de las causas principales por la que las empresas han ido prescindiendo de estos trabajadores y sustituyéndolos por otros más jóvenes y con costes salariales más bajos.

Sin embargo, si atendemos a las razones que llevan a estos trabajadores a jubilarse, conforme a los datos aportados por el INE recabados durante el año 2012 en España, entre personas de 50 a 69 años que se jubilaron después de dejar su último trabajo, la principal razón para hacerlo fue alcanzar la edad de jubilación (el 47,6% de trabajadores), mientras que tan sólo un 16% lo hicieron por razones de incapacidad o enfermedad. Tampoco los incentivos económicos a la jubilación fueron la causa principal, tan sólo el 6,4% de los trabajadores declaran esta razón, por lo que podemos concluir, como lo hace el informe del INE que no son razones de índole económica las que predominan entre las personas de 65 a 69 años que continúan trabajando pese a tener derecho a pensión, sino de otro orden. Los motivos económicos son importantes sólo para un 23,3% de los encuestados.

La *Estrategia 55 y más* propuso ampliar los incentivos, que hasta el momento sólo se referían a trabajadores mayores de 59 años, para beneficiar también al colectivo que se sitúa entre los 55 y los 59 años; si bien, dejó entrever ciertas dudas en relación con el sistema de bonificaciones a la contratación y propuso someterlo a evaluación, especialmente en lo que se refiere al logro del objetivo principal, el mantenimiento en el empleo de estas personas.

Según el *Informe CES 2012 sobre la situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, los datos aportados por el SEPE demuestran que en 2013 el 23 por 100 de los contratos indefinidos fueron en el marco del “Contrato Indefinido de Apoyo a Emprendedor” (CIAE), de los que el 65% estuvieron bonificados, siendo sólo el 36% para trabajadores mayores de 45 años, y el 11% dieron derechos de deducción fiscal, de los cuales sólo el 21% se hicieron con trabajadores mayores de 45 años. Según este informe, el motivo por el que esta modalidad contractual beneficia a los jóvenes y perjudica a los mayores es que el sistema de incentivos y bonificaciones hace que la cuantía del incentivo aumente cuanto menos tiempo lleve desempleado el trabajador. Observa el CES que la incidencia relativa de este tipo de contratos en 2012, por tramos de edad, alcanza porcentajes para los trabajadores mayores de 45 años muy inferiores a los alcanzados por el colectivo de jóvenes menores de 30 años⁷.

⁷ Informe CES 02/2014, página 125.

5.3. *Mantenimiento en el empleo de los trabajadores autónomos*

La Estrategia incluye a los trabajadores autónomos entre sus líneas de actuación, sin duda, en concordancia con la mayoría de las políticas activas de empleo de los últimos años. Dada la configuración del sistema económico español, sin duda, la creación y el mantenimiento de los negocios, especialmente en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, son factores clave para el desarrollo de la economía y la creación de empleo. En los últimos años, hemos apreciado una especial atención de las políticas de empleo al apoyo a los emprendedores y el autoempleo. El fomento de la cultura emprendedora y las ayudas al emprendimiento constituyen también una novedad en las políticas de empleo más modernas dirigidas a colectivos especiales como jóvenes o personas de edad avanzada.

Es este un objetivo que aparece en la Estrategia Europa 2020 y que se sitúa entre los que pretenden un crecimiento económico sostenible de los países europeos. Para dar cumplimiento a este objetivo de la Estrategia, el Consejo de la Unión Europea adoptó en diciembre de 2012 la *Declaración del Consejo sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional: estrategia futura*⁸.

En nuestro país, el Documento de debate titulado “Propuestas para el desarrollo de las Orientaciones del Consejo de la Unión Europea, de 6 de diciembre de 2012, relativas a las personas mayores”, presentado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, recoge la necesidad de fomentar el emprendimiento de las personas mayores. Propone diseñar políticas y estímulos para incentivar a los mayores a establecerse como autónomos, “creando su propio puesto de trabajo”, de forma similar a como se ha tratado de hacer con los jóvenes en la conocida *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven*. En este caso, el documento menciona una ventaja adicional para garantizar el éxito de estas iniciativas en el grupo de trabajadores de más edad, la experiencia laboral, que debería facilitar la implantación de planes de formación y la actualización de conocimientos.

Según los datos ofrecidos por el INE en su documento sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo (2012), aunque los asalariados siguen siendo mayoritarios hasta los 64 años, de los 65 años en adelante destaca la proporción de trabajadores por cuenta propia, que alcanza el 48,9%, entre 55 y 64 años, el porcentaje de trabajadores autónomos se sitúa en algo más del 20%.

La *Estrategia 55 y más* considera que los trabajadores mayores de 60 años, debido a la proximidad a la edad de jubilación, no inician proyectos de actualización o adaptación a las nuevas necesidades del mercado en sus propios negocios; y ello redundaría negativamente en las posibilidades de creación de empleo y, a veces, de mantenimiento del suyo propio. Por ello, afirma la Estrategia que apoyar estos

⁸ Documento del Consejo (EPSCO) N° 16592/12 SOC 948 SAN 289.

procesos de reconversión “requiere de políticas de apoyo sectorial, de campañas de información, asesoramiento y formación que animen a los titulares de estos negocios a realizar procesos de adaptación y también de reducción de costes y de estímulos a la contratación”.

Este objetivo aparece en la *Estrategia Española de Empleo 2012-2014* y en los *Planes Anuales de Política de Empleo*, constituyendo un objetivo estructural en nuestra política de empleo. Así lo hemos podido ver tras la promulgación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores, si bien, no encontramos en la norma ninguna diferenciación por razón de la edad de las personas a quienes se dirige. No obstante, sí existe una clara referencia a la necesidad de reforzar e incluir estos objetivos de fomento del emprendimiento en la Formación Profesional de los trabajadores.

En cambio, sí podemos hacer balance en 2014, de la utilización de una de las medidas más destacadas de la política de fomento del emprendimiento y protección del trabajador autónomo iniciada por el Ministerio de Empleo, tal es el caso de la denominada “tarifa plana de 50 euros para autónomos”, puesta en marcha en febrero de 2013, donde el total de trabajadores que se beneficiaron de ella hasta 2014 fue de 291.931, siendo mayores de 30 años un total de 178.408. Hasta el momento, a esta tarifa de cotización reducida, que durante los primeros seis meses supone una reducción del 80% en la cuota mínima de la Seguridad Social por contingencia comunes, se pueden acoger aquellos trabajadores autónomos que tengan trabajadores a su cargo.

Otro aspecto interesante de este apartado de la Estrategia lo constituyen los incentivos que puedan apoyar procesos de reconversión de los negocios de estos trabajadores autónomos en determinados sectores productivos. Sin embargo, esto aparece más bien como un objetivo que deberá ser estudiado, sin llegar a determinar las medidas más eficaces para ello.

Por último, es preciso considerar que, así como las medidas de apoyo a los jóvenes emprendedores (menores de 30 años) se encuentran claramente definidas, echamos de menos de las políticas de apoyo a los emprendedores la consideración especial que merece este colectivo de trabajadores mayores de 55 años.

5.4. Cláusulas de los convenios colectivos referidas a la edad ordinaria de jubilación

De nuevo, este tema de la jubilación será abordado por otro capítulo de esta obra colectiva, por lo que aprovecharé este epígrafe tan sólo para mencionar el contenido de la Estrategia y los objetivos que propone alcanzar en el ámbito de la negociación colectiva.

Partiendo del papel fundamental que la negociación colectiva ha venido representando en la configuración de las políticas de empleo, en cuanto a los incentivos

para acceder a la jubilación y otros aspectos relacionados con la limitación del pluriempleo para lograr un reparto de trabajo, la Estrategia recoge también líneas de actuación basadas en la regulación a través de la negociación colectiva, de la edad de jubilación. Así, dice la Estrategia que este tipo de cláusulas ha de vincularse con los objetivos de 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 y trabajadoras o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad en el empleo”.

También se menciona ésta como un instrumento de lucha contra la discriminación por razón de la edad. Así, considera que “los interlocutores sociales deberían analizar la mejor forma de promover que los convenios colectivos incluyan cláusulas que favorezcan de manera real y efectiva la no discriminación por razón de edad en el acceso y el mantenimiento en el empleo de los trabajadores de mayor edad”.

5.5. Formación a lo largo de la vida laboral

Como hemos destacado anteriormente, la formación constituye uno de los pilares fundamentales de la política de empleo actual, junto con el fomento de la cultura emprendedora y los incentivos a la contratación. Tal y como se indica en la Estrategia, la falta de formación del trabajador a lo largo de la vida laboral puede dar lugar a situaciones de ineptitud sobrevinida por desconocer las nuevas herramientas y métodos de trabajo. En el colectivo de trabajadores de más de 55 años sucede, además, que la propia empresa considera que no es rentable dedicar recursos a la formación de estos trabajadores, cuando están cercanos a la edad de jubilación.

Hemos destacado anteriormente los niveles de estudio de este grupo de trabajadores y la relación de dichos niveles con la empleabilidad de los mismos. Así, los datos expresados en la Estrategia ponen de manifiesto que la tasa de empleo del colectivo entre 55 a 64 años se duplica para los que tienen estudios altos (64%), mientras que la tasa de paro apenas alcanza el 7% en los niveles más altos y sube hasta el 18% entre los que tienen menos formación.

Las medidas que propone la Estrategia van dirigidas a incentivar la formación de los trabajadores ocupados de más edad:

- *Ayudas a las empresas que tengan un plan específico de formación para este colectivo.*
- *Ayudas para la creación de “tutores” que sean capaces de detectar las necesidades formativas de este colectivo, o para la creación de grupos de trabajo intergeneracionales en las empresas para aprovechar tanto la capacidad de adaptación de los más jóvenes como la experiencia de los mayores.*

- *La aprobación de un plan de formación específico que asegure e incremente sustancialmente el número de personas de más edad que reciben formación.*

Además especifica la estrategia que será preciso concretar las necesidades formativas de las mujeres con la finalidad de mejorar sus niveles de cualificación y su situación laboral.

5.6. Sensibilización social de los valores positivos del trabajo de los trabajadores de más edad y prevención de riesgos laborales

Uno de los aspectos más destacados por la Estrategia es el abandono del puesto de trabajo en edades cercanas a la jubilación, lo que ha de ser combatido para lograr alargar la vida laboral de los trabajadores. La concienciación de la necesidad de mantener el empleo para contribuir económicamente al sostenimiento del sistema de Seguridad Social y la conveniencia de mejorar los índices de calidad en el empleo de las personas de más edad, son claves para lograr el objetivo de la Estrategia. La puesta en valor del trabajo realizado por este colectivo, la mejora de los niveles de formación, la adopción de cuantas medidas sean necesarias para adaptar el puesto de trabajo a las necesidades de este colectivo son líneas de actuación que plantea la Estrategia.

A ambas dedicaremos sendos capítulos, por lo que no será preciso extendernos demasiado en este punto, remitiendo para ello a los capítulos posteriores.

Por un lado, esta línea de actuación enlaza en la Estrategia con la Responsabilidad Social de las Empresas. El Gobierno, dice la Estrategia, pondrá a disposición de las empresas un conjunto de características e indicadores para su autoevaluación en materia de responsabilidad social, así como modelos o referencias de reporte.

Propone también difundir las mejores prácticas de responsabilidad social relacionadas con este colectivo de trabajadores, e incluir este indicador entre los requisitos para que una empresa sea reconocida como socialmente responsable.

A todo ello se añade la necesidad de que las Administraciones Públicas desarrollen campañas de información y sensibilización que promuevan el mantenimiento en el empleo de los trabajadores de más edad, “precisando los valores positivo del trabajo desarrollado por las mismas desde una perspectiva económica y social y combatiendo todos aquellos estereotipos y prejuicios que impiden su plena participación en el mercado de trabajo.

6. MEDIDAS DESTINADAS A FAVORECER LA REINCORPORACIÓN AL MERCADO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DE MAYOR EDAD

Uno de los aspectos más complejos de la vida laboral de los trabajadores de 55 años o más, según ha destacado la Estrategia, es la reincorporación al mercado de trabajo una vez son expulsados de éste. Así, hemos destacado cómo pese a tener un índice muy bajo de desempleo, apenas un 14,5%, pero la incidencia del desempleo de larga duración es del 65,2%, representando, como vemos, una tasa muy elevada. Esta situación se agrava, además, en los de mayor edad, por lo que podríamos hacer una separación entre los trabajadores de 55 a 59 años y los de 60 a 64 años; estos últimos son los que mayor incidencia en desempleo de larga duración tienen. Por ello, tal y como recoge el documento, es preciso atender a este factor para combatirlo desde su origen.

Las medidas que propone la Estrategia se relacionan, de nuevo, con la formación que, como hemos dicho, es un factor central de la política de empleo. Pero también combina este aspecto con las políticas activas (incentivos) y las pasivas (protección por desempleo), tal y como se viene haciendo en la política de empleo española en los últimos años. Por ello, podemos dividir este grupo de medidas en tres apartados:

- *Medidas dirigidas a la formación y orientación profesional de los trabajadores;*
- *Incentivos para la reincorporación al mercado de trabajo*
- *Fomento del trabajo autónomo y de las empresas de economía social*
- *Protección por desempleo otras ayudas a trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo*

6.1. Orientación profesional y activación hacia el empleo

La Estrategia define este apartado como el desarrollo de actividades de orientación acordes a las características de cada persona para que puedan recibir un tratamiento individualizado. De nuevo, aparece la personalización y la individualización de medidas como aspecto fundamental de la política de activación para el empleo.

En este punto, cuenta la Estrategia con la participación de los Servicios Públicos de Empleo para identificar las necesidades de este colectivo y dirigir su atención con mayor inmediatez a las personas que se encuentran en situación de desempleo. La intervención de los Servicios Públicos también es un aspecto central en la política de empleo de los últimos años. No en vano, la Ley 18/2014 incluyó un conjunto de medidas que pretendían la modernización de los Servicios Públicos de Empleo y la participación activa de los mismos en la elaboración de

las políticas de activación para el empleo y en su puesta en práctica. Así, se crea una Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo que recoge los servicios comunes a prestar por los Servicios Públicos de Empleo a las personas.

También se moderniza la prestación de servicios de estas oficinas públicas, incluyendo la inscripción y recogida de datos de las personas desempleadas a través de una entrevista inicial que pretende valorar los servicios que requiere para su inserción laboral. El objetivo es establecer itinerarios individuales y personalizados de empleo en función del perfil profesional, competencias profesionales, necesidades y expectativas de la persona, junto a la situación del mercado.

Como vemos, se sigue confiando en los Servicios Públicos de Empleo, tanto a nivel estatal como de comunidades autónomas, para poner en práctica las políticas activas de empleo.

Además, como medida que permita la activación hacia el empleo, propone la *Estrategia 55 y más* “la revisión y adaptación de la regulación actual de los trabajos temporales de colaboración social compatibles con las prestaciones y subsidios por desempleo, de forma que se dirijan preferentemente a beneficiarios de esas prestaciones que hayan estado desempleados más de un año”. De este modo, la adaptación de la duración de estos trabajos al año permitiría mantener la empleabilidad y facilitar la reinserción laboral en el mercado laboral ordinario.

6.2. *Formación profesional para la reincorporación al mercado de trabajo*

En este apartado dedicado al fomento de las medidas que ayuden a la reincorporación de los trabajadores en situación de desempleo al mercado de trabajo, se incluye la formación como mecanismo central de la política de empleo. Así, junto con la formación aplicada a las empresas para la adaptación de los trabajadores de más edad a las necesidades del mercado de trabajo, la Estrategia considera fundamental incentivar la formación de aquellos trabajadores de más edad que tienen niveles de estudios más bajos. Como ya hemos expresado anteriormente, la tasa de empleo se duplica para quienes tienen niveles altos de estudios, un 64% frente al 37%, y la tasa de paro apenas alcanza el 7%. Además, aunque se trata de una tasa de paro muy baja, se ha multiplicado en los últimos años; destaca la Estrategia que en 2010, había incrementado un 47% respecto de 2007.

Estos datos llevan a proponer la necesidad de elevar los niveles de formación de este colectivo y especialmente en el caso de las mujeres mayores de 55 años. Además, incluye la estrategia la necesidad de promover programas que ayuden a acreditar las competencias profesionales de estos trabajadores, tanto las adquiridas a través de la experiencia laboral como las adquiridas a través de programas de formación para el empleo. Debemos incluir en este grupo de medidas las destinadas a identificar las actividades profesionales y las ocupaciones en las que estén

presente mayor número de trabajadores de este colectivo, y darles prioridad en los procesos de acreditación.

Finalmente, la Estrategia propone medidas de acción positiva, como “tener en cuenta a este colectivo en la revisión del módulo de formación profesional para el empleo para incluir medidas específicas que promuevan su formación”.

6.3. Incentivos a la reincorporación al mercado de trabajo

Como hemos dicho, además de la orientación y la formación para el empleo, es preciso reforzar estas medias con políticas activas de empleo que incluyan incentivos a la contratación, especialmente de aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo. Para ello, la *Estrategia 55 y más* realiza un diagnóstico, en primer lugar, de la eficacia de las bonificaciones vigentes en 2011 para la contratación de mayores de 45 años, calificándolas de pobres e insuficientes.

Observa la estrategia también que, dada la coyuntura general del mercado de trabajo, las colocaciones con bajos niveles salariales no contribuyen a la reincorporación de determinadas personas desempleadas que perciben prestaciones contributivas por desempleo, por lo que se precisa una mejor coordinación entre la políticas activas y pasivas de empleo, para evitar estas disfunciones. Para ello, se propone incluir incentivos a la aceptación de trabajos de menor cualificación, de forma que supongan una mejora en términos de cotización para su jubilación, a pesar de la pérdida salarial en el momento de la aceptación. Con ello, se pretende incentivar el acceso al mercado de trabajo, dejando así de percibir la prestación, que queda sustituida por un complemento en la cotización del trabajador.

Incluye también la propuesta de regular supuestos de compatibilidad entre el empleo por cuenta ajena y los subsidios por desempleo, como garantía de ingresos y cotización para el trabajador.

6.4. Trabajo autónomo y empresas de economía social

En relación con el fomento del trabajo autónomo, nos hemos referido a las medidas de fomento de la cultura emprendedora y los incentivos para el trabajo autónomo en el apartado anterior (epígrafe 4). De nuevo, vuelven a incluirse en esta línea de actuación el fomento del trabajo autónomo, si bien, también se menciona una cuestión importante, la creación de empresas de economía social.

La Estrategia propone la adopción de medidas que incluyan incentivos a la creación de cooperativas de trabajo asociado que incorporen como socios a personas mayores de 55 años, o bien bonificaciones en las cotizaciones de aquellas que contraten a trabajadores de estas características.

También incluye la bonificación en la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos, o la capitalización de las prestaciones por desempleo de los trabajadores mayores de 55 años en aras de la creación de sus propias empresas, debiendo elevar, por tanto, la cuantía máxima del pago único.

Considera fundamental la eliminación de las trabas legales y administrativas para la creación de empresas, y el establecimiento de ayudas a los emprendedores, con carácter especial para el colectivo de mayor edad.

Dada la coyuntura actual en la que muchas empresas se encuentran en situación de concurso, la venta judicial o el reflatamiento de empresas, ha sido contemplado también por la propia Ley concursal como una forma de dar continuidad a la actividad empresarial, si bien, con una novación en la figura del empresario titular. Si se trata de trabajadores que inician un proyecto empresarial de economía social, aunque la Estrategia no lo mencione, podemos observar que en la actualidad, una de las cuestiones más reclamadas por los mismos son los incentivos económicos a esta actividad. No es algo nuevo, ya que este tipo de políticas activas de empleo se apuntan desde la elaboración de la Ley concursal⁹.

Propone, por último, la estrategia la creación de la figura del “tutor” o “asesor” referida a trabajadores desempleados de mayor edad que dispongan de amplia experiencia profesional, que ayuden a los más jóvenes en la elaboración de nuevos proyectos empresariales.

En la actualidad, el Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, convertido más tarde en Ley 18/2014, de 15 de octubre, incluyó un conjunto de medidas dirigidas al ámbito de la economía social y del autoempleo que se extienden a los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, así como a los que se incorporen como socios trabajadores de las sociedades laborales.

Entre estas medidas se encuentran las ya conocidas reducciones de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes en caso de contrataciones indefinidas, previstas en el Real Decreto ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida. También se incluyó un mandato dirigido al Gobierno para la reordenación normativa de los incentivos al autoempleo en el ámbito de empleo y Seguridad Social, con el objetivo de que se incluya en una sola disposición todos los incentivos, bonificaciones y reducciones en la cotización a la Seguridad Social vigentes y se proceda a la armonización de los requisitos y obligaciones legal o reglamentariamente previstos.

En cumplimiento de este mandato, el pasado 24 de abril de 2015, el Consejo de Ministros ha aprobado la remisión al CES del anteproyecto de ley por el que

⁹ Vid. A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Economía social y salvamento de empresas. La Ley concursal como telón de fondo”, en *RGDTSS* n°4/2003.

se modifica y actualiza toda la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. Se trata de un texto dirigido a ordenar y sistematizar el conjunto de medidas para fomentar y promover el trabajo autónomo e impulsar la Economía Social, con el objetivo de proporcionar mayor transparencia y seguridad jurídica. El anteproyecto incluye también la posibilidad de capitalizar el 100% de la prestación de desempleo en un único pago, o la capitalización parcial para destinar el resto al abono de cuotas a la Seguridad Social, o bien destinar el total de la prestación al abono de las cuotas mensuales. E incluso medidas dirigidas a compatibilizar la prestación con el alta en el régimen especial de autónomos durante un período máximo de 270 días (medida contemplada en la actualidad para menores de 30 años).

Al cierre de este capítulo aún no ha sido aprobado el texto definitivo de la norma, por lo que no es posible sistematizar su contenido.

6.5. Políticas pasivas: protección por desempleo

La *Estrategia 55 y más* se refiere en esta línea de actuación a la personas desempleadas que se incluyan en el colectivo de mayores de 52 años, por ser las que cuentan con mayor nivel de protección, especialmente hasta la jubilación. Propone la estrategia combinar las políticas pasivas con las políticas activas de empleo, destinadas a la reinserción de estos trabajadores en el mercado de trabajo. Así, concluye el texto del documento, “es preciso analizar la situación laboral y de protección actual de este colectivo, de tal forma que se pueda comprobar tanto la situación laboral y de protección actual y futura, como su grado de disponibilidad y empleabilidad”.

Sin duda, la combinación de las políticas activas y pasivas se muestra como un eje central de la política de empleo que trata de impedir la prolongación de la situación de desempleo de cualquier trabajador, pero muy especialmente la de este colectivo, que se encuentra en riesgo de desempleo de larga duración.

La combinación por tanto de los tres ejes fundamentales —formación, políticas activas y políticas pasivas— resulta necesario para lograr la empleabilidad de este colectivo.

6.6. Ayudas a trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo

Otra de las medidas que propone la *Estrategia 55 y más* se relaciona con los expedientes de regulación de empleo, dada la gran cantidad de procedimientos de despido colectivo que se inician en la actualidad, muchos de los Acuerdos de finalización de los mismos incluyen ayudas previas a la jubilación ordinaria y ayudas

extraordinarias o indemnizaciones a estos trabajadores que pretenden compensar la pérdida salarial generada por la extinción de la relación laboral antes de lo esperado. En un momento en que estamos proclamando la necesidad de alargar la vida laboral y fomentar el mantenimiento de los trabajadores en el empleo, mediante el retraso de la edad de jubilación, el Documento propone revisar el sistema de ayudas y reorientarlo hacia la reincorporación al mercado de trabajo de los trabajadores de más edad.

Como consecuencia de ello, las reformas llevadas a cabo en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores desde 2012, se dirigen hacia objetivos de recolocación en el mercado de trabajo de estos trabajadores. No obstante, al no ser este tema objeto de nuestro capítulo, sino de otro estudio dentro de esta obra, nos remitimos a él.

Por último, contempla la Estrategia, también en relación con estos trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo, la revisión de los acuerdos de finalización, con el objetivo de eliminar las cláusulas que impiden la realización de otros trabajos al ser incompatibles con los planes de protección social. Esta incompatibilidad impide que los trabajadores acepten otro empleo ya que perderían el derecho a las medidas de protección social, incluso si estos empleos son temporales. Propone la estrategia la revisión de los mismos para eliminar las trabas que impiden buscar nuevos empleos a estos trabajadores.

7. INCENTIVOS A LA CONTRATACION DE LOS TRABAJADORES DE MAYOR EDAD

Un aspecto fundamental de las políticas activas de empleo son los incentivos a la contratación de los trabajadores, en el caso de los de mayor edad se han basado fundamentalmente en bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, generalmente por contingencias comunes.

Además de los incentivos a la contratación con carácter general, podemos recoger aquí algunos de estos incentivos destinados a mayores de 55 años:

- A) Incentivos en materia de Seguridad Social a la contratación indefinida inicial:
 - Para desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, empresas de menos de 50 trabajadores. Bonificaciones en la cotización durante 3 años (Ley 3/2012):
 - hombres y mujeres mayores de 45 años, 108,33 euros/mes o 1300 euros/año.
 - mujeres subrepresentadas mayores de 45 años, 125 euros/mes o 1500 euros/año.

- Personas con discapacidad superior al 33% mayores de 45 años (Ley 43/2006)
 - Discapacidad superior al 65%: 525 euros/mes o 6.300 euros/año
 - Resto de personas con discapacidad: 475 euros/mes o 5.100 euros/año
- B) Incentivos en materia de Seguridad Social a la transformación en indefinidos de contratos temporales:
 - De 125 a 150 euros/mes para transformación de contratos temporales formativos o para trabajadores procedentes de ETTs (no hay especialidad para los mayores de 45 años).
 - Personas con discapacidad, similar al apartado anterior.
- C) Incentivos en materia de Seguridad Social a contratos temporales —distintos de contratos formativos e interinidad— dirigidos a personas en situación de exclusión social, víctimas de violencia de género o terrorismo y personas con discapacidad. Contiene referencias especiales para mayores de 45 años, procedentes también de la Ley 43/2006.
- D) Incentivos en materia de Seguridad Social para el mantenimiento de la contratación. Se dirigen a trabajadores mayores de 65 años, que tengan más de 35 años de cotización efectiva. La bonificación consiste en la exoneración del 100% de la totalidad de las cuotas a la Seguridad Social por contingencias comunes (excepto IT), desempleo, FOGASA y FP), durante todo el contrato. Este incentivo procede de la Ley 27/2011 y se encuentra en el artículo 112 bis de la LGSS. Se extiende también a los trabajadores en el régimen especial de Empleados del Hogar.
- E) Incentivos en materia de Seguridad Social para el fomento del empleo joven. Se refiere a la contratación de trabajadores desempleados mayores de 45 años inscritos ininterrumpidamente en la Oficina de Empleo al menos durante 12 meses en los 18 meses anteriores a la contratación o beneficiarios del programa de recualificación profesional. El incentivo consiste en la reducción del 100% de la cuota empresarial de la Seguridad Social si resultan contratados por trabajadores por cuenta propia menores de 30 años —35 en caso de discapacidad superior al 33%— y durante un período de 12 meses. Medida incluida en el Real Decreto ley 4/2013 y Ley 11/2013.

8. CONCLUSIONES

Como hemos podido observar tras la exposición del contenido de la Estrategia 55 y más y de los incentivos a la contratación para mayores de 55 años, los ejes de la política de empleo dirigida a este colectivo son cuatro fundamentalmente:

- Políticas activas, basadas en incentivos a la contratación y mantenimiento del empleo de las personas de mayor edad.
- Políticas pasivas, basadas en una protección eficaz frente al desempleo debido fundamentalmente al riesgo de duración prolongada de la situación de desempleo en este colectivo.
- Formación a lo largo de la vida laboral y tras el cese en la prestación de trabajo, destinada tanto a la reconversión del trabajador hacia otros sectores productivos, como a la adaptación a las nuevas necesidades del mercado de trabajo en su mismo puesto.
- Fomento de la cultura emprendedora, del autoempleo y de la economía social.

Todas estas medidas han de combinarse y coordinarse para lograr un único fin, mantener empleados a los trabajadores de mayor edad o activos en el ejercicio de una profesión. Pero también encontramos en estas Estrategias y Planes de Empleo una referencia a las medidas representativas de la Responsabilidad Social de las Empresas y la calidad del empleo, relacionadas sobre todo con la mejora de las condiciones de trabajo en este colectivo, la necesidad de adaptar los puestos de trabajo a sus características y la lucha contra la discriminación por razón de la edad.

El tratamiento fiscal del empleo de las personas de edad avanzada: el carácter de hidra del legislador

José Antonio Fernández Amor
Profesor Titular de Universidad
Universidad Autónoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

Estudiosos de diversas áreas de conocimiento jurídico —este trabajo es un ejemplo— están en los últimos tiempos dirigiendo sus esfuerzos para comprender la realidad social que empieza a plantearse y que, quizá en un medio plazo, se irá consolidando. La población de los Estados que pueden agruparse en el llamado ‘primer mundo’ está envejeciendo y no parece que se vaya a dar un fenómeno de sustitución generacional pues, además, los índices de natalidad de esas sociedades está disminuyendo. Las pirámides poblacionales están variando hacia formas más cercanas a los prismas rectangulares o, incluso, hacia las pirámides invertidas¹. La conclusión que se extrae parece clara y tiene dos aspectos. Por un lado, aumenta el número de personas que tienen una larga expectativa de vida gracias a los diferentes adelantos en diversas áreas como la salud, la alimentación, la seguridad, etc. Por otro lado, el relevo generacional se ralentiza e, incluso, se encuentra en entredicho.

Esto plantea nuevos retos que pasan por predecir qué elementos de la actualidad pueden experimentar cambios (por ejemplo, cómo ha de ser el diseño urbano futuro o cómo va ser la estructura productiva de un Estado en el que la mayoría de su población está compuesta de personas mayores) o qué elementos han de incorporarse para seguir desarrollándose como sociedad (por ejemplo, mecanismos de formación continua de personas que aumentan en edad). Entre estos elementos está lo que podría denominarse ‘principio de solidaridad intergeneracional’. Este principio ha fundamentado que las generaciones se apoyen entre sí a la hora de satisfacer las respectivas necesidades. Responde a la idea de que la sociedad se estructura en generaciones de forma que los ascendientes y descen-

¹ Es muy ilustrativa la siguiente página web consultada el 14/de abril de 2015 <http://envejecimiento.csic.es/estadisticas/graficos-dinamicos/graficos/piramide-espanya.html>. En ella se proporciona un gráfico dinámico sobre la evolución de la población en nuestro país. La realidad que implica el envejecimiento de la población se ha tratado ampliamente en las aportaciones que componen este libro.

dientes forman una comunidad en la que en, diferentes momentos, una facilita el desarrollo de la otra generación².

Un ejemplo de solidaridad a nivel social es el sistema público de pensiones. Puede ser una reiteración pues es conocido por todos, pero no está de más recordar que mediante las contribuciones obligatorias durante la vida activa de una persona a un sistema público se han procurado recursos a modo de pensiones o haberes pasivos para aquellas otras que han dejado de desarrollar una actividad productiva en términos de PIB por razones de edad. Este sistema se ha vehiculado a través del Estado³ que ha regulado y coordinado tanto la obligación de aportar como el derecho a percibir.

Pues bien, se considera que las perspectivas de la evolución de la estructura social o de la población que se han advertido tendrán un impacto importante en el sistema que se ha construido basado en las aportaciones mediante prestaciones

² Valga como ejemplo de esta cuestión la previsión en nuestro Código Civil del derecho de alimentos entre parientes. No se trata, por supuesto, de una obligación social, pero sí prueba qué concepción tiene la sociedad de las relaciones intergeneracionales aunque sea en el seno de la familia. El art. 142 del citado código dispone que:

“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.”

Y el art. 143 dispone que:

“Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

1° Los cónyuges.

2° Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.”

³ En nuestro sistema jurídico se ha de recordar que el art. 41 de la Constitución establece que: *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*. Junto a este precepto ha de leerse el art. 50 del mismo texto cuando establece que *“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.”* Estos poderes públicos tienen, por tanto, una obligación de configurar un sistema de ingresos mediante obligaciones de pago de determinados sujetos y derechos de cobro para otros sujetos entre los que se hallan los ciudadanos que alcanzan determinada edad. Dicho sistema, en definitiva es el que regula el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

patrimoniales públicas afectas al gasto que implica la satisfacción de los haberes pasivos y otras prestaciones. Se prevé que esta estructura entrará en crisis dado que disminuye el número de contribuyentes o aportantes al sistema y aumenta el número de personas con derecho a la percepción de cuantías. A esta cuestión se añade, el momento de crisis económica actual en el que los recursos públicos se han resentido. Además, se augura un conflicto intergeneracional en tanto que el contribuyente de hoy observa que se le obliga a realizar aportaciones al sistema de pensiones que no le garantizan su seguridad en el futuro con la obtención de una cantidad adecuada a las necesidades que debe cubrir. Desaparece la motivación a contribuir al sistema público favoreciendo la opción de acudir a sistemas alternativos basados en el ahorro o, incluso, a practicar comportamientos contrarios a la contribución producto de la desafección al principio de solidaridad antes comentado.

Ante esta situación sumariamente dibujada se proponen y aplican diversas fórmulas para compensarla o, al menos, para paliar sus efectos. Estas pasan, por ejemplo, por aumentar la edad de jubilación, disuadir de las jubilaciones anticipadas, disminuir las posibilidades de actualización real de las cuantías a percibir, exigir más tiempo de aportaciones al sistema, etc. Junto a ellas también están otras que favorecen la previsión futura como es el fomento del ahorro privado dando lugar a diversos mecanismos como pueden ser los planes de pensiones, planes de previsión social, mutualidades, etc. En definitiva, modificaciones que pasan por cambiar el régimen jurídico para la percepción de las prestaciones públicas y favorecer completarlas mediante el ahorro privado durante la vida activa: en definitiva, menos acción (¿compromiso?) del sector público y más intervención del propio sujeto para procurarse sus propios medios de subsistencia futura en el que disminuyen sus posibilidades de desempeñar vida activa.

Entre las diferentes medidas se va perfilando una que podría ser considerada como una especie de híbrido entre la capacidad de trabajo de la persona a determinada edad y, por tanto, de percepción por sí misma de rendimientos y la percepción de haberes pasivos: el concepto de ‘envejecimiento activo’. Dado que la mejora de calidad de vida permite que los individuos conserven capacidades de trabajo y, por tanto, de utilidad económica se plantea que prolonguen su recorrido laboral. Se prevé que puedan seguir en activo más allá de la edad que se estima adecuada para pasar a incorporarse al grupo de clases pasivas. Esta actividad no ha de sustituir el derecho de la persona que la realiza a percibir aquellas cantidades que correspondan por sus aportaciones al sistema de prestaciones públicas durante la vida activa. Más bien se considera complementaria de manera que los recursos que se obtienen del sistema de pensiones que se haya regulado se completan con los obtenidos mediante el trabajo realizado.

Se atribuyen ventajas a esta posibilidad como, por ejemplo, que dadas las características actuales del envejecimiento resulta una oportunidad para seguir

aprovechando las capacidades de la persona en el sistema productivo. Es evidente que la experiencia adquiere protagonismo en una sociedad en la que el conocimiento pasa a ser el valor en alza si se compara con la tradicional manufactura. Así mismo, se actúa de forma coherente a una realidad como es que las personas pueden seguir participando activamente en el desarrollo económico social a pesar de su edad lo que redundará en su propia autonomía a la hora de cubrir sus necesidades vitales.

Esta novedosa forma de concebir el trayecto económico y vital de una persona difiere claramente de la que se ha tenido hasta el momento consistente en tres tiempos: el de formación, el de producción y el pasivo. Marca la tendencia hacia la existencia de un periodo de formación y otro de producción que se alarga más allá de la edad que venía siendo habitual de incorporación en las clases pasivas como receptor de recursos completándolo. En consecuencia, como sucede en otros ámbitos, se trata de una evolución social que puede ir calando en su ordenamiento jurídico: una sociedad compuesta de clases activas, clases pasivas y una clase cuyos miembros participan de ambas características.

Son múltiples los ejemplos que pueden encontrarse en los que se pone de manifiesto que la evolución en las concepciones de la comunidad social repercuten o se traducen en la normativa que la regula. Un ejemplo pueden ser las nuevas tecnologías y las reformas normativas en ámbitos como el Derecho laboral con el teletrabajo, el Derecho mercantil con las anotaciones en cuenta o el Derecho tributario con el e-commerce. Se trata de unas nuevas dinámicas de relación entre individuos cuyos conflictos de intereses han de solventarse mediante normas jurídicas. Pues bien, se ha de insistir que la evolución en la estructura social también ha de tener consecuencias en el ordenamiento jurídico. Entre estas está acoger en el ordenamiento la figura del envejecimiento activo descrita pues parece favorecer el desarrollo social.

El Real Decreto-Ley 5/2013 de 15 de marzo de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo está en la línea descrita en el ordenamiento jurídico patrio. Incluso puede destacarse que se traduce normativamente el concepto a través de una norma que necesita de ‘extraordinaria y urgente necesidad’ para su promulgación. De su articulado, a los efectos de este trabajo interesa el art. 2 que dice:

“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 165 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será compatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, en los siguientes términos:

a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar una vez cumplida la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sin que, a

tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.

b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100 por 100.

c) El trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial.”

El Derecho laboral ha acogido el concepto de envejecimiento activo con la fórmula de compatibilidad que el precepto prevé entre otras medidas que en esta obra se están tratando⁴. Pero la cuestión que puede plantearse es si la perentoriedad y la sensibilidad en la inclusión de esta posibilidad en la regulación laboral se ha trasladado a otros ámbitos del Derecho. Pues aunque el ordenamiento es uno sí que es verdad que en su seno hay tantas sensibilidades y estilos como conjuntos jurídicos especializados se pueden diferenciar (laboral, administrativo, internacional, etc.) En estas líneas es de interés considerar qué sucede en el seno del Derecho financiero y tributario.

La hipótesis de trabajo es que si bien se ha hecho un recorrido en el ámbito del Derecho laboral no sucede lo mismo en relación con el tratamiento tributario de las rentas obtenidas como consecuencia de la compatibilidad de situaciones anunciada. Las sensibilidades o los referentes de trabajo del legislador son diferentes en función de la materia que regula. Esta idea justifica el título pues la imagen que puede traerse es la del legislador como una Hidra⁵ con diferentes cabezas cada una de las cuales, eso sí, tiene una forma de pensar distinta.

Para analizar esta formulación previa, el trabajo ha de describir, en primer término, la consideración fiscal de los rendimientos obtenidos tanto desde la perspectiva del trabajador o trabajadora como de la empresa que proporciona la parte considerada laboral o de trabajo activo. Se han de analizar por tanto la regulación de la tributación de la renta de las personas físicas y la correspondiente a las personas jurídicas. La segunda cuestión a considerar es si el sistema tributario en cuanto a los tributos que gravan la renta de particulares o empresarios prevé alguna medida de carácter extraordinario o singular para los rendimientos que percibe la persona que compatibiliza rendimientos del trabajo con su pensión. Se habrá de cerrar la exposición con algunas reflexiones adicionales en torno al carácter multicefálico del legislador.

⁴ Véase un extenso tratamiento de la figura en esta obra en la aportación de C. GALA DURÁN, *La compatibilidad de la jubilación y la incapacidad permanente con la actividad productiva*.

⁵ La Hidra era el monstruo mitológico del lago de Lerna, con siete cabezas. Al cortar una de ellas nacía otra en su lugar si bien fue muerto por Hércules que las cortó todas de un solo golpe.

2. PERSPECTIVA FISCAL DE LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y EL TRABAJO

Del art. 2 citado se deriva que las personas que disfrutan de la pensión de jubilación pueden compatibilizarla, en los términos que figuran en el precepto, con la percepción de rendimientos desde cualquier trabajo “(...) *por cuenta ajena o por cuenta propia* (...)”. En consecuencia se reconoce por el ordenamiento que una persona física puede completar sus ingresos como miembro de clases pasivas con los procedentes de una actividad productiva consecuencia de su trabajo⁶. De esta situación de obtención de rendimientos desde dos fuentes (la actividad y la pensión) es de interés ahora cómo ha de tributar en el marco de la regulación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF).

Desde el planteamiento anterior se derivan tres cuestiones de interés. La primera se relaciona con las características de las personas a las que apunta el art. 2.a) del Real Decreto-Ley 5/2013 que son las que recoge el art. 161.1.a) y en la Disposición transitoria vigésima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Se trata de personas que se encuentran entre los 65 y 67 años de edad y tienen, según la norma, derecho a percibir su pensión de jubilación. En este caso ha de considerarse si el legislador fiscal atiende a la característica de la edad para modular la carga tributaria del contribuyente. La segunda cuestión que ha de examinarse es la consideración fiscal que merecen los rendimientos que se identifican con la pensión y los que proceden de la actividad económica que realice la persona. La tercera y última a tratar en este apartado es si para la persona empleadora se ha previsto algún tipo de tratamiento fiscal específico en el IRPF —si la persona empleadora es física— o en el Impuesto de Sociedades (en adelante IS) —si la persona empleadora es jurídica—.

2.1. *El carácter de contribuyente de la persona que compatibiliza jubilación y trabajo*

Siguiendo el art. 161 de la Ley General de la Seguridad Social, el sujeto al que se le reconoce el derecho a compatibilizar trabajo y jubilación se trata de una persona física que tenga entre 65 y 67 años de edad según los casos que establece

⁶ El trabajo se dedica a la compatibilidad que ha introducido el mencionado art. 2 del Real Decreto-Ley 5/2013 de 15 de marzo. Este precepto modula el principio general de incompatibilidad entre las situaciones de pensionista y trabajo que regula el art. 156 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Como es sabido, no obstante, dicho precepto también establece la posibilidad de compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial o con la realización por cuenta propia de trabajos cuyos ingresos no superen el Salario Mínimo Interprofesional. En su caso las reflexiones que se apuntan pueden ser extensibles a estas otras modalidades de compatibilidad entre situaciones y rendimientos.

el propio precepto. Una persona física de esa edad, si percibe rendimientos gravables, se identifica en nuestro sistema tributario con un contribuyente de carácter pleno. El art. 35.2.a) de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) define al contribuyente como obligado tributario sea persona física o jurídica y del art. 36.2 LGT se extrae que es el sujeto pasivo que realiza el hecho imponible o presupuesto de hecho de un tributo. No se establece en la ley general que regula el sistema tributario que el legislador considere la edad a la hora de considerar la capacidad (mayor o menor) de responder al deber de contribución a los gastos públicos que prevé el art. 31.1 de la Constitución. No obstante, hay que precisar que se está tratando como factor diferenciador entre contribuyentes un criterio de edad y que no se está aludiendo a las consecuencias fiscales que pudieran tener discapacidades consecuencia de la misma. Esta idea supone diferenciar entre el concepto de persona de edad del concepto de incapacitado, discapacitado o dependiente.

Se han de diferenciar las situaciones mencionadas a efectos fiscales. Según dispone el art. 8 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante LIRPF) son contribuyentes del impuesto las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español o, en todo caso, los nacionales en los que concurren las circunstancias del art. 10 LIRPF. La edad no supone ningún tipo de diferenciación entre contribuyentes.

Tampoco sucede tal cosa en caso de reunir la característica de incapacitado, discapacitado o sujeto dependiente. El carácter de contribuyente no se ha de perder por estos motivos. Ahora bien, sí es posible encontrar disposiciones que adaptan el tributo a esas circunstancias. En primer lugar hay que resaltar que las rentas dedicadas o percibidas al restablecimiento del contribuyente tras una enfermedad no se hallan sujetas al tributo⁷. En segundo lugar, en la regulación del IRPF se intercalan diferentes previsiones considerando las condiciones del contribuyente. Por ejemplo, el art. 7.c) exime de tributación las pensiones reconocidas en favor de personas que sufrieron lesiones o mutilaciones como consecuencia de la Guerra Civil. Tampoco son objeto de gravamen las prestaciones reconocidas al contribuyente por la Seguridad Social o por las entidades que la sustituyan como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (art. 7. f) LIR-

⁷ Un ejemplo son las rentas que puede percibir una persona para cubrir prestaciones sanitarias no cubiertas por Mutuas o por la Seguridad Social y que se relacionan con la salud. En la consulta no vinculante 0640-00 de 20 de marzo la Administración tributaria aclara que *no* “(...) constituyen renta gravable en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la medida que, tales ayudas, vayan destinadas al restablecimiento de la salud, entendiéndose a éstos efectos, el empleo o el uso de las diversas fórmulas de asistencia sanitaria para reponer la salud del beneficiario”.

PF). Valga para cerrar este conjunto de ejemplos de adaptación del tributo a la merma de condiciones físicas o psicológicas del contribuyente citar otra vez el art. 7 LIRPF pero en su letra w) que excluye del gravamen los rendimientos del trabajo derivados de las prestaciones obtenidas en forma de renta por las personas por discapacidad hasta un determinado límite.

En síntesis, se ha de partir de la base de que el contribuyente no modifica su calidad de tal o su consideración como obligado tributario con ese título en función de su edad. Más bien encontraremos que son circunstancias físicas de diverso tipo (que pueden o no estar vinculadas con el paso de los años) que afectan a las capacidades del contribuyente las que permiten diferenciar su condición y obtener algún tratamiento fiscal particular. La persona que se jubila no dejará de estar obligado de satisfacer sus obligaciones fiscales por tal hecho, salvo que concurren otro tipo de circunstancias —como las apuntadas— que sean reconocidas por el legislador tributario, a menudo a través de beneficios fiscales.

2.2. Tratamiento tributario de la percepción por compatibilidad de rendimientos del trabajo por cuenta ajena y pensión por jubilación

El impuesto sobre la renta se estructura en torno a la clasificación de las diferentes fuentes de las que procede esa manifestación de capacidad económica: rendimientos del trabajo, del capital, de las actividades económicas o profesionales y de las ganancias o pérdidas patrimoniales. A estos conceptos se añaden regímenes especiales como son la transparencia fiscal o la imputación de rentas (art. 6 LIRPF). De todos ellos, a los efectos de este análisis, se centra la atención en los rendimientos del trabajo pues ello se deriva de la propia redacción del art. 2 del Real Decreto-Ley 5/2013 cuando menciona el concepto “pensión de jubilación” y la realización de “trabajo por cuenta ajena o propia”.

El art. 17 LIRPF regula el concepto de rendimientos del trabajo que han de incorporarse a la base imponible general que regula el art. 47 LIRPF. Aquel artículo prevé que son rendimientos del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, de cualquier denominación, de cualquier naturaleza, dinerarias o en especie que deriven, bien sea directa, bien sea indirectamente del trabajo personal, de relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas.

Es evidente que el legislador ha hecho una definición abierta y con vocación de amplitud de qué rendimientos pueden encuadrarse en esta categoría. No resulta difícil subsumir el supuesto de hecho que implica la percepción de pensión y de rendimientos procedentes de un trabajo por cuenta ajena en este concepto de rendimientos a integrar en la base imponible del tributo. No obstante, tampoco se requiere hacer una operación de subsunción del supuesto de hecho en la definición o una aplicación abstracta del mismo. Basta tener en cuenta los diferentes concep-

tos que el art. 17 LIRPF relaciona con rendimientos procedentes del trabajo por cuenta ajena que bien pueden ser los obtenidos por la persona que compatibiliza esa actividad con su condición de jubilada.

Como se puede entrever, se parte de la base de que el sujeto pasivo a título de contribuyente está obteniendo rendimientos del trabajo en forma de pensiones y haberes pasivos percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social, clases pasivas, mutualidades generales obligatorias de funcionarios, planes de pensiones, contratos de seguros concertados con mutualidades de previsión social, planes de previsión social empresarial, prestaciones de jubilación e invalidez percibidas de contratos de seguro colectivo o planes de previsión asegurados.

Aplicando en su caso el art. 2 del Real Decreto-Ley 5/2013 también puede obtener:

- Sueldos y salarios
- Remuneraciones en concepto de gastos de representación.
- Dietas y asignaciones para gastos de viaje en los términos de la letra d) del art. 17.
- Rendimientos derivados de impartir cursos, conferencias, coloquios seminarios y similares
- Rendimientos derivados de la elaboración de obras literarias, artísticas o científicas cediendo el derecho a su explotación.
- Retribuciones percibidas por quienes colaboran en actividades humanitarias o de asistencia social promovidas por entidades sin ánimo de lucro.
- Retribuciones derivadas de relaciones laborales de carácter especial.

El tratamiento, por tanto, de los rendimientos procedentes de la excepcional situación de compatibilidad de trabajo y pensión han de tener un tratamiento fiscal equiparable a cualquier otro rendimiento. En esta línea, el art. 18 LIRPF establece que los rendimientos íntegros habrán de ser computados en su totalidad salvo que pudieran aplicarse los porcentajes de reducción que prevé⁸. Estos porcentajes no

⁸ Concretamente, el art. 18. 2 y 3 establece los porcentajes de reducción en función del tiempo de percepción:

“2. El 30 por ciento de reducción, en el caso de rendimientos íntegros distintos de los previstos en el artículo 17.2. a) de esta Ley que tengan un período de generación superior a dos años, así como aquellos que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, cuando, en ambos casos, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente, se imputen en un único período impositivo.

Tratándose de rendimientos derivados de la extinción de una relación laboral, común o especial, se considerará como período de generación el número de años de servicio del trabajador. En caso de que estos rendimientos se cobren de forma fraccionada, el cómputo del período de generación deberá tener en cuenta el número de años de fraccionamiento, en los términos que

están previstos en función de las características del sujeto basadas en su edad sino, más bien, en el carácter extraordinario del tiempo de su percepción.

El contribuyente podrá, no obstante, deducir determinados gastos con la finalidad de obtener los rendimientos netos del trabajo. Del art. 19 LIRPF se desprende que puede restar de los rendimientos íntegros del trabajo, exclusivamente, conceptos de gastos como:

- Las cotizaciones a la Seguridad Social o las mutualidades de funcionarios.
- Las deducciones por derechos pasivos.
- Las cotizaciones a los colegios de huérfanos o entidades similares.
- Cuotas satisfechas a sindicatos o colegios profesionales si son, estos últimos, obligatorios y con el límite que se establezca por el Reglamento que desarrolle la LIRPF.
- Los gastos de defensa jurídica derivados de litigios suscitados en la relación entre el contribuyente y el empleador o empleadora, con el límite establecido en la norma.
- Una cantidad fija (actualmente 2000 euros) en concepto de ‘otros gastos’.

reglamentariamente se establezcan. Estos rendimientos no se tendrán en cuenta a efectos de lo establecido en el párrafo siguiente.

No obstante, esta reducción no resultará de aplicación a los rendimientos que tengan un período de generación superior a dos años cuando, en el plazo de los cinco períodos impositivos anteriores a aquél en el que resulten exigibles, el contribuyente hubiera obtenido otros rendimientos con período de generación superior a dos años, a los que hubiera aplicado la reducción prevista en este apartado.

La cuantía del rendimiento íntegro a que se refiere este apartado sobre la que se aplicará la citada reducción no podrá superar el importe de 300.000 euros anuales.

Sin perjuicio del límite previsto en el párrafo anterior, en el caso de rendimientos del trabajo cuya cuantía esté comprendida entre 700.000,01 euros y 1.000.000 de euros y deriven de la extinción de la relación laboral, común o especial, o de la relación mercantil a que se refiere el artículo 17.2 e) de esta Ley, o de ambas, la cuantía del rendimiento sobre la que se aplicará la reducción no podrá superar el importe que resulte de minorar 300.000 euros en la diferencia entre la cuantía del rendimiento y 700.000 euros.

Quando la cuantía de tales rendimientos fuera igual o superior a 1.000.000 de euros, la cuantía de los rendimientos sobre la que se aplicará la reducción del 30 por ciento será cero.

A estos efectos, la cuantía total del rendimiento del trabajo a computar vendrá determinada por la suma aritmética de los rendimientos del trabajo anteriormente indicados procedentes de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades en las que concurren las circunstancias previstas en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia del período impositivo al que se impute cada rendimiento.

3. El 30 por ciento de reducción, en el caso de las prestaciones establecidas en el artículo 17.2.a) 1ª y 2ª de esta Ley que se perciban en forma de capital, siempre que hayan transcurrido más de dos años desde la primera aportación.

El plazo de dos años no resultará exigible en el caso de prestaciones por invalidez.”

En relación con este último concepto el legislador ha previsto incrementos de la cuantía en función de que el contribuyente sea desempleado inscrito en la oficina de empleo y acepte un puesto de trabajo que exija cambiar su residencia a otro municipio. También se observa una mejora en la cantidad para personas con discapacidad⁹. Pero no se ha fijado ninguna especialidad que pueda relacionarse con las personas que llevan a efecto la compatibilidad entre su carácter de pensionista y la actividad de trabajo.

La cantidad de rendimiento neto del trabajo que puede derivarse de las operaciones anteriores aún puede reducirse en virtud de lo dispuesto en el art. 20 LIRPF. En dicho precepto, para contribuyentes con rendimientos netos del trabajo inferiores a la cuantía prevista (en la actualidad 14450 euros) y no tengan rentas, excluidas las exentas, distintas de las del trabajo superiores al límite establecido (actualmente 6500 euros) reducen su rendimiento en las cuantías establecidas en función de los ingresos percibidos. En cualquier caso el resultado no puede ser negativo.

Se advierte, después de lo expuesto, que en el proceso de determinación de los rendimientos del trabajo para el supuesto de un contribuyente que se encuentre en una situación de envejecimiento activo compatibilizando su pensión con otros rendimientos por cuenta ajena, el legislador tributario no ha establecido ninguna diferencia con respecto a otros contribuyentes por tal condición o algún tipo de singularidad. Ambos rendimientos —lo obtenido en concepto de pensión y lo obtenido como producto del trabajo por cuenta ajena— habrán de considerarse en la categoría de rendimientos del trabajo incorporándose en la base imponible general acumulándose al resto de rendimientos que pueda recibir el contribuyente.

2.3. Tratamiento tributario de la percepción por compatibilidad de rendimientos del trabajo por cuenta propia y pensión por jubilación

Se parte de la misma idea que en el apartado anterior, esto es, el art. 2 del Real Decreto-Ley 5/2013 de 15 de marzo ha previsto que la compatibilidad sea posible, no solo con las actividades laborales por cuenta ajena sino también con actividades laborales por cuenta propia. En consecuencia, los rendimientos obtenidos a través del sistema de pensiones por causa de la jubilación son compatibles con los obtenidos con el ejercicio de actividades empresariales o profesionales.

⁹ Se ha establecido que para los contribuyentes desempleados que acepten un puesto de trabajo que suponga traslado de residencia habitual a un nuevo municipio la cuantía se incrementará en otros 2000 euros. Si son personas con discapacidad que obtengan rendimientos del trabajo como trabajadores activos, se incrementa la cuantía en 3500 euros anuales. El incremento es de 7750 euros para personas con discapacidad que necesiten ayuda de terceros o tengan movilidad reducida, así mismo, personas que tengan una discapacidad igual o superior al 65 por ciento.

La cuestión que se plantea transcurre paralela a lo ya tratado ¿qué consecuencias fiscales se derivan de esta situación en el ámbito de la imposición sobre la renta? La respuesta es sencilla. Los rendimientos objetivos como consecuencia de la pensión son renta sujeta y, como ha de verse, los rendimientos obtenidos como consecuencia de la actividad económica por cuenta propia también. No obstante, hay que tener en cuenta algún matiz o variación en la consideración de la situación del contribuyente que ha optado por la compatibilidad.

Por un lado, habrá de considerarse la prestación recibida a modo de pensión y por otro lado el rendimiento de la actividad económica. Recuérdesse que el art. 6 de la LIRPF clasifica los rendimientos de la persona física en función de su fuente. Así pues, siguiendo el ya mencionado art. 17.2.a) del IRPF, son rendimientos del trabajo especialmente previstos¹⁰:

“1ª Las pensiones y haberes pasivos percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas y demás prestaciones públicas por situaciones de incapacidad, jubilación, accidente, enfermedad, viudedad, o similares, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de esta Ley.

2ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de mutualidades generales obligatorias de funcionarios, colegios de huérfanos y otras entidades similares.

3ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de planes de pensiones y las percibidas de los planes de pensiones regulados en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo.

¹⁰ En relación con esta cuestión se hace referencia a diversos instrumentos que pueden dar lugar a la percepción de pensiones por jubilación sujetas por el IRPF. Su inclusión puede extrañar en tanto que el art. 2 del Real Decreto-Ley 5/2013 solo hace mención a las pensiones de jubilación en el marco de la Seguridad Social. Sin embargo en consulta a la Subdirección General de Planes y Fondos de Pensiones de 21 de julio de 2014 se advierte que la persona que se encuentra en la situación de compatibilidad que regula aquel artículo, se puede percibir también la prestación de jubilación del plan de pensiones. Se accede a esta consulta en la dirección (última visita el 28 de mayo de 2015) <http://www.dgsfp.mineco.es/profesionales/documentos/Compatibilidad%20de%20pension%20de%20jubilacion%20de%20la%20Seguridad%20Social%20y%20continuidad%20de%20actividad%20laboral%20o%20profesional.pdf>. Así mismo, parece que el objetivo es facilitar la compatibilidad del trabajo tras la jubilación y la percepción de los diferentes rendimientos si se atiende a la Disposición adicional quinta del propio Real Decreto-Ley 5/2013 de 15 de marzo cuando dice que: *“El Gobierno, en el marco del informe sobre el grado de desarrollo de la previsión social complementaria y sobre las medidas que podrían adoptarse para promover su desarrollo en España, previsto en la disposición adicional decimonovena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, realizará las propuestas oportunas para proceder a regular la posibilidad del rescate de las aportaciones realizadas a planes y fondos de pensiones, regulados en el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, una vez se alcance la edad legal de jubilación del partícipe, aun cuando se compatibilice el disfrute de la pensión de jubilación del Sistema de la Seguridad Social con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia en los términos definidos en el capítulo primero de este decreto-ley”*.

4ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros concertados con mutualidades de previsión social, cuyas aportaciones hayan podido ser, al menos en parte, gasto deducible para la determinación del rendimiento neto de actividades económicas, u objeto de reducción en la base imponible del Impuesto.

En el supuesto de prestaciones por jubilación e invalidez derivadas de dichos contratos, se integrarán en la base imponible en el importe de la cuantía percibida que exceda de las aportaciones que no hayan podido ser objeto de reducción o minoración en la base imponible del Impuesto, por incumplir los requisitos subjetivos previstos en el párrafo a) del apartado 2 del artículo 51 o en la disposición adicional novena de esta Ley.

5ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes de previsión social empresarial.

Asimismo, las prestaciones por jubilación e invalidez percibidas por los beneficiarios de contratos de seguro colectivo, distintos de los planes de previsión social empresarial, que instrumenten los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, en los términos previstos en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y en su normativa de desarrollo, en la medida en que su cuantía exceda de las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente realizadas por el trabajador.

6ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes de previsión asegurados.”

El rendimiento clasificado según las categorías relacionadas, sería incorporado a la base imponible general del contribuyente siguiendo el relato que se ha desarrollado en el apartado anterior. En primer término se consideraría el rendimiento íntegro obtenido, en segundo lugar con la contabilización de los gastos legamente reconocidos el neto para, finalmente y si procede, aplicar las reducciones correspondientes. El resultado final se habría de incorporar, como rendimientos del trabajo en la base imponible general.

Este componente de la base imponible acompañaría al que procediese de la actividad económica desempeñada. Según el art. 27 de la LIRPF son rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan la ordenación de medios de producción y/o de recursos humanos por cuenta propia con la finalidad de intervenir en el mercado produciendo o distribuyendo bienes o servicios. El precepto aclara más la definición aportando tres supuestos:

- a) Un listado no cerrado de ejemplos como son las actividades de comercio, prestación de servicios, realización de artesanía o el ejercicio de profesiones liberales, artísticas o deportivas.
- b) Un supuesto específico para el caso de contribuyentes que obtienen rendimientos de una actividad en la que participan derivados de actividades profesionales y, además, constan en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos o en una mutualidad de previsión social que actúe como alternativa al citado régimen.

- c) La actividad de arrendamiento de bienes inmuebles que se considerará actividad económica cuando se emplee una persona con contrato laboral y a jornada completa.

El rendimiento neto procedente de una actividad económica por cuenta propia habrá de calcularse siguiendo lo establecido por los arts. 28 a 31 de la LIRPF. En términos generales habrá de estimar el rendimiento producido por su actividad de forma directa (ordinaria o simplificada) para lo que habrá de remitirse a la legislación del IS. De ella se deriva que habrá de tomarse como referente la contabilidad a fin de determinar el rendimiento a gravar. Para determinadas actividades económicas de carácter empresarial y siempre que no superen la cuantía que estipula el art. 31 (en la actualidad, como principio general, 150.000 euros) podrán determinar su renta mediante el sistema de estimación objetiva. Este consiste en la aplicación de signos, índices o módulos establecidos por la normativa del IRPF a tal fin y con los que se determina el rendimiento potencial imputable a la actividad que se trate.

El rendimiento neto que se haya determinado bien sea por aplicación del sistema de estimación directa, bien sea por el sistema de tributación objetiva puede ser objeto de reducción siguiendo lo establecido en el art. 32 de la LIRPF. En dicho precepto se prevé, por un lado, una reducción por la obtención de forma notoriamente irregular en el tiempo de los rendimientos por actividades empresariales profesionales o artísticas y, por otro lado, una cuantía a reducir (en la actualidad de 2000 euros) si se dan determinadas circunstancias. Tal montante puede aumentar si no se superan los montantes de rendimiento que prevé el texto del artículo citado. Su apartado tercero, incluso, prevé un beneficio fiscal en forma de reducción porcentual de los rendimientos obtenidos cuando se inicie el ejercicio de una actividad económica el cual se puede aplicar en el primer periodo impositivo y en el siguiente.

Como sucedía en el supuesto en el que los rendimientos obtenidos por la actividad laboral desempeñada se combinaban con los obtenidos de la pensión de jubilación, en el supuesto que se obtenga esta junto a rendimientos de actividades económicas no parece que se haya previsto por parte del legislador fiscal ningún tipo de tratamiento particular o especial para el caso. El contribuyente que obtenga rendimientos de su pensión y de actividades empresariales ha de considerar ambos rendimientos sin que pueda aplicarse, al menos por el motivo de optar por compatibilizar su pensión y su actividad, algún trato fiscal especial. En consecuencia, ni para el caso de que se perciban pensión y rendimientos del trabajo por cuenta ajena ni para el caso de que se perciban pensión y rendimientos de actividades económicas en el marco del art. 2 del Real Decreto-Ley 5/2013 se ha previsto por el legislador fiscal un régimen específico para el IRPF.

2.3. Consecuencias fiscales para el pagador de rendimientos del trabajo compatibles con la pensión de jubilación

Aunque sea de forma breve, se ha de considerar otro aspecto de la relación económica que se presupone cuando de percibir rendimientos del trabajo por una persona que, además, percibe su pensión de jubilación, se trata. En otras palabras, ha de exponerse si la empresa persona física o jurídica que se identifica con el empleador o empleadora de la persona que compatibiliza jubilación y trabajo tiene algún trato fiscal especial.

Para esta persona —física o jurídica— el sistema tributario prevé gravámenes sobre su volumen de negocio que, de acuerdo con lo que estipulan los arts. 28 de la LIRPF o el art. 10 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS) habrán de determinarse, básicamente, a través de la contabilidad mercantil. De la misma ha de considerarse el resultado de la actividad producto de la compensación de ingresos y gastos si bien, el saldo resultante, habrá de ser objeto de diferentes ajustes derivados de las exigencias impuestas por la normativa fiscal.

Entre los gastos que pueden ser objeto de deducción y que responden al principio de necesidad para la obtención de los ingresos que informa la normativa fiscal se encuentran los que forman el concepto ‘sueldos y salarios’. Obviamente, entre su montante habrá de figurar aquellas cantidades destinadas a los sujetos que siguen su actividad laboral tras la consecución de la categoría de jubilado o jubilada.

Así pues, igual que puede suceder con otros conceptos de la masa salarial la persona física o jurídica que, como empresario, emplease a una persona que prorogue su actividad laboral más allá de su edad de jubilación podría deducirse la cuantía que satisface para determinar su rendimiento. No se advierte, se ha de añadir, que se dé un tratamiento fiscal específico a este concepto que ha de tenerse en cuenta para determinar el gravamen sobre los rendimientos empresariales por el hecho de responder a la situación específica de compatibilidad que se está tomando como referencia en estas líneas.

Hasta aquí se ha mostrado que la regulación de los impuestos directos sobre la renta que pueden llegar a gravar las percepciones de contribuyentes que prolongan su vida activa más allá de su jubilación compatibilizando situaciones, no ha previsto ninguna regulación específica o consideración especial. Tanto para el caso de que los rendimientos sean considerados producto del trabajo por cuenta ajena como producto de las actividades económicas empresariales o profesionales el resultado es el mismo: el sujeto ha de satisfacer el tributo teniendo en cuenta los rendimientos como si de otros se tratase soportando igual gravamen e idénticos beneficios fiscales que cualquier otro contribuyente. Así mismo, en el supuesto que se considerase al empleador o empleadora, el rendimiento satisfecho a esa

persona es un gasto deducible sin diferenciación con respecto a otros que tengan también el carácter de sueldos y salarios.

Con esta conclusión se ha dado un primer paso en el estudio de la hipótesis que justifica estas líneas. Considerando la estimación de la base imponible de los tributos directos que gravan o se pueden relacionar con los rendimientos que percibe una persona que alarga su vida activa se puede afirmar que el legislador no les ha concedido un trato diferenciado. Esencialmente en el IRPF y en menor medida para el IS este tipo de rendimientos tienen la misma consideración que pueden tener otros semejantes percibidos por personas que no se encuentran en situación de compatibilidad de situaciones haciendo efectivo el concepto ‘envejecimiento activo’. El legislador tributario no ha previsto medidas que puedan alterar el cómputo de las cuantías o montantes percibidos vía pensión o vía rendimientos por ejercicio de actividad económica en la base imponible lo que lleva a un gravamen de la misma entidad que puede concurrir para otros rendimientos.

Pero se ha de dar un paso más para acabar de confirmar o desmentir esta conclusión. Se ha considerado el régimen fiscal de los rendimientos teniendo en cuenta su carácter específico, esto es, rendimientos del trabajo o de actividades económicas. Sin embargo, se ha de considerar que el legislador tributario puede establecer otro tipo de medidas a modo de reducciones generales de la base imponible o deducciones de la cuota que podrían tener en cuenta las circunstancias de este singular contribuyente que prolonga su vida activa.

3. LOS INCENTIVOS FISCALES RELACIONADOS CON LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA OBTENCIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y OTROS RENDIMIENTOS CONSECUENCIA DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

Como ya se dijo al principio, en este trabajo se pretende confirmar o desmentir si el ordenamiento jurídico tributario va paralelo al ordenamiento jurídico laboral en cuanto a hacer posible lo que se ha venido llamando ‘envejecimiento activo’ a través de la compatibilidad de situaciones pasivas y activas. Ya se ha observado que no es así en cuanto al deber de contribuir en tanto que al sujeto que compatibiliza se le considera como otro contribuyente más a pesar de estar en una situación especial si se observa desde la perspectiva jurídico laboral y se atiende a los objetivos que se persiguen —viabilidad del sistema público de pensiones—.

La situación laboral que se ha regulado determina la compatibilidad de dos situaciones: el ejercicio de actividades económicas y el de percepción de clases pasivas. Puede opinarse que la normativa laboral no está fomentando directamente la extensión de esta situación. Sin embargo, sí que lo hace indirectamente en tanto que facilita la posible compatibilidad hasta el momento no admitida. Pues

bien, habría que seguir la exposición que se viene desarrollando examinando si el legislador tributario está en esta línea. Puede que no haya considerado especial al contribuyente entre 65 y 67 años, también puede que no haya establecido un trato especial de los rendimientos que se están compatibilizando pero se ha de examinar si no está favoreciendo por otros medios optar por la situación que recoge el art. 2 del Real Decreto-Ley 5/2013.

Si se hace alusión a la acción de fomento mediante la fiscalidad o la tributación, concretamente y siguiendo el hilo del epígrafe anterior mediante el IRPF y el IS, debe recordarse por qué es esto posible. En otros términos, si se entiende que los tributos citados son recursos de los entes públicos en cuanto procuran ingresos ha de explicarse cómo pueden servir como instrumentos para conseguir una finalidad concreta que, en este caso, se asocia con el envejecimiento activo y la compatibilidad de situaciones. En este contexto surge la necesidad de definir el concepto de extrafiscalidad.

El poder financiero de los entes territoriales se identifica con su capacidad, reconocida en leyes fundamentales, de regular formas de obtener ingresos y realizar gastos con el objeto de llevar a cabo su actividad. En este sentido se atribuye un carácter instrumental a esa capacidad pues con ella se financian las políticas a realizar —es el discurso para gobernar hay que gastar y, en consecuencia, se necesitan ingresos—. Dentro de ese poder destaca el poder tributario en la vertiente de los ingresos por el peso específico del montante que producen los tributos para la hacienda pública. Sin embargo, es comúnmente aceptado que los tributos no sólo sirven para la obtención de recursos sino que también constituyen un instrumento en manos del legislador con el que regular directamente: es la extrafiscalidad¹¹. En este sentido, el art. 2.1 de la LGT recoge que:

“Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.”

¹¹ Tal y como señala por la doctrina: *“Además de aportar medios para que la actividad administrativa cumpla fines encomendados, es decir, la satisfacción de necesidades colectivas, la actividad financiera puede cumplir directamente importantes fines estables que no pueden identificarse con las obras y servicios tradicionales realizados por las administraciones, propias de una Hacienda meramente fiscal”*, J. AIZEGA ZUBILLAGA, *La utilización extrafiscal de los tributos y los principios de justificación tributaria*, Universidad del país Vasco, 2001, Bilbao, p. 41. Por su parte, el TC en su STC 179/2006 de 13 de junio reconoce que *“(…) el tributo puede no ser sólo una fuente de ingresos, una manera de allegar medios económicos a los entes territoriales para satisfacer sus necesidades financieras (fin fiscal) sino que también puede responder a políticas sectoriales distintas de la puramente recaudatoria (extrafiscal) esto es, el legislador puede configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta condiciones básicamente extrafiscales”*

En consecuencia, el tributo, además de ser un medio para la consecución de ingresos puede ser un instrumento para hacer efectivos otros fines que pueda recoger el ordenamiento. En este sentido no hay obstáculo jurídico para que, junto con el Derecho laboral, sea utilizado el Derecho tributario para fomentar el envejecimiento activo mediante la compatibilidad de clases activas y pasivas si el legislador lo considera amparado en el ordenamiento jurídico.

Establecida esta posibilidad se trata de examinar si la normativa relativa al IRPF o al IS ha previsto algún tipo de medida extrafiscal que favorezca la compatibilidad que se viene trabajando. Sin embargo, a poco que se examinan las normas que disciplinan ambos tributos, la respuesta se avanza con una forma negativa.

En relación con el IRPF existen diversas medidas que pueden relacionarse con contribuyentes que acceden a la edad de jubilación y complementan los rendimientos obtenidos por diversos medios, pero no se identifican con la realización de trabajo activo compatible con la situación de pensionista.

El primer incentivo que puede relacionarse ahora se halla en el art. 33.4.b) de la LIRPF e incide en la consideración fiscal de las ganancias y pérdidas patrimoniales. Concretamente, prevé que están exentas las plusvalías que pueden obtenerse por la transmisión onerosa de la vivienda habitual por parte de personas mayores de 65 años. En otros términos, esta exención favorece la conversión en líquido del patrimonio de la persona de, como mínimo, esa edad y, en su caso, completar con ellos sus ingresos. Pero, como puede observarse, no se halla vinculada con la actividad laboral que pudiera desempeñar.

Pero mayor peso específico (sobre todo en cuanto a profusa regulación) si cabe, tienen las reducciones que se establecen en el art. 51 de la LIRPF. Este precepto recoge las diferentes reducciones que cabe hacer en la base imponible del IRPF como consecuencia del ahorro que puede realizar el contribuyente en diversas fórmulas con la finalidad de completar la pensión que puede obtener en su jubilación. El legislador fiscal, por tanto, presenta interés en fomentar el ahorro durante la vida activa del contribuyente en productos o negocios que originen un derecho futuro a percibir lo ahorrado tras la jubilación.

Se establece que pueden ser objeto de reducción de la base imponible aportaciones y contribuciones a diferentes sistemas de previsión social. En primer lugar las aportaciones y contribuciones a planes de pensiones. En segundo lugar las aportaciones y contribuciones a mutualidades de previsión social que cumplan los requisitos establecidos en la ley. En tercer lugar, las primas satisfechas a los planes de pensión asegurados que se definen como contratos de seguro con los requisitos contenidos en la ley. También generan derecho de reducción las aportaciones realizadas por los trabajadores a planes de previsión social empresarial que se prevén en la Disposición Adicional Primera del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

Las aportaciones realizadas a las formulas de ahorro expuestas originan un derecho a reducir la base imponible del IRPF. No obstante, se establece un límite en el art. 52 de la LIRPF en cuanto a la cuantía reducible.

Los beneficios fiscales relacionados con personas que superen la edad de jubilación se completan con lo que establece el art. 57 de la LIRPF. Según el art. 56 LIRPF el mínimo personal y familiar constituye la parte de base liquidable que se destina a satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del contribuyente. Por ese motivo, no se somete a tributación. Actualmente cada contribuyente cuenta con un mínimo que asciende a 5500 euros anuales. Ahora bien, si su edad es superior a 65 años esa cuantía aumentará en 1150 euros y si la edad es superior a 75 años el mínimo habrá de incrementarse adicionalmente en 1400 euros en virtud de aquel art. 57.

No parece, después de lo considerado, que el legislador tributario acompañe al laboral en el fomento del envejecimiento activo con medidas especialmente referenciadas a la compatibilidad de situaciones del art. 2 del Real Decreto-Ley 5/2013. Se puede hacer la observación que, más bien, el legislador tributario tiene como objetivo que se fomenten sistemas por los cuales se van a obtener complementos a las clases pasivas que se tenga derecho a percibir que dependen del propio patrimonio o de la capacidad de ahorro del contribuyente, no de su actividad laboral. Bien sea por obtener una plusvalía de la transmisión de la vivienda habitual, bien sea que se fomenta el ahorro a través de diversos sistemas que originan complemento a la pensión, el contribuyente ha de gozar de beneficios fiscales. Pero no se ha previsto nada en relación con un beneficio fiscal específico por la realización de actividades económicas en forma de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. Todas las medidas consideradas, en última instancia, han de verse completadas con lo que establece el legislador en relación con los mínimos por contribuyente que pueden incrementarse en función de la edad.

Se ha de prestar ahora atención a la posibilidad de que sea el empresario/a el que pueda obtener algún tipo de beneficio o ventaja fiscal a la hora de emplear una persona que pueda estar en situación de envejecimiento activo. En relación con el IRPF, el empresario o empresaria persona física puede aplicar las deducciones relacionadas con las actividades económicas según el art. 68.2 LIRPF que remite a la ley del IS.

En el art. 37 de la LIS se ha regulado la deducción por creación de empleo que podría relacionarse, si así la normativa lo dispusiera, con favorecer la creación de puestos de trabajo que fuesen ocupados por personas que compatibilizan situaciones haciendo efectivo el concepto de ‘envejecimiento activo’. Pero parece que este no es el objetivo a poco que se lea que, según el primer apartado del precepto, la deducción de 3000 euros de la cuota íntegra es para el caso de contratar un primer trabajador con un contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores que sea menor de 30 años. Junto a este supuesto también se prevé

la posibilidad de la deducción cuando se trate de desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo lo que no puede identificarse con el perceptor de prestaciones por jubilación. En consecuencia, tanto por lo que se refiere al IRPF como al IS la persona física o jurídica que contrate una persona en edad de jubilación no tiene un incentivo fiscal para ello pues no es el presupuesto al que se ajusta la deducción por creación de empleo planteada.

La pregunta que se puede formular a continuación es si el legislador fiscal, dado el panorama que se está dibujando, no ha sido sensible a la realidad que el legislador laboral está trazando en algún momento. Curiosamente no ha sido siempre así. El art. 20 de la LIRPF antes de la modificación que ha supuesto la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tenía el siguiente tenor en sus apartados 1 y 2:

“1. El rendimiento neto del trabajo se minorará en las siguientes cuantías:

a) Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo iguales o inferiores a 9.180 euros: 4.080 euros anuales.

b) Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo comprendidos entre 9.180,01 y 13.260 euros: 4.080 euros menos el resultado de multiplicar por 0,35 la diferencia entre el rendimiento del trabajo y 9.180 euros anuales.

c) Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo superiores a 13.260 euros o con rentas, excluidas las exentas, distintas de las del trabajo superiores a 6.500 euros: 2.652 euros anuales.

2. Se incrementará en un 100 por ciento el importe de la reducción prevista en el apartado 1 de este artículo, en los siguientes supuestos:

a) Trabajadores activos mayores de 65 años que continúen o prolonguen la actividad laboral, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

b) Contribuyentes desempleados inscritos en la oficina de empleo que acepten un puesto de trabajo que exija el traslado de su residencia habitual a un nuevo municipio, en las condiciones que reglamentariamente se determinen. Este incremento se aplicará en el periodo impositivo en el que se produzca el cambio de residencia y en el siguiente.”

El legislador tributario establecía una reducción como la actual basada en que, en función de las cuantías percibidas en forma de rendimientos netos del trabajo, se pudiera reducir el montante en las cuantías establecidas. Pero, además, dichas cuantías se incrementaban en un 100 por cien en dos casos: el de trabajadores activos mayores de 65 años y el de contribuyentes desempleados que aceptasen un puesto de trabajo en otro municipio.

El Real Decreto 439/2007 de 30 de marzo por el que se aprueba el Reglamento del IRPF ha desarrollado el precepto. En su primer apartado se ha ocupado de recoger la aplicabilidad de la reducción pero, además, ha aportado la definición de trabajador activo. Es el sujeto que percibe rendimientos del trabajo como consecuencia de la prestación efectiva de servicios retribuidos y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica.

La reducción no era una novedad en nuestro ordenamiento si se hace la observación de que fue introducida por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes. Esa ley modificaba la Ley 40/1998, de 9 de diciembre incorporando a su texto un art. 46 ter en el que se preveía una reducción de la base imponible general por prolongación de la actividad laboral. Concretamente disponía que se incrementará en un 100 por cien la reducción por rendimientos del trabajo para el supuesto de trabajadores activos mayores de 65 años.

La reducción se mantiene en el Real Decreto legislativo 3/2004, de 5 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Concretamente, es el art. 52 el que la preveía con el mismo tenor que el anterior art. 46 ter citado. Finalmente, se mantiene como el art. 20 de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre cuyo tenor se ha expuesto, si bien se incorpora, como se ha visto, la necesidad de desarrollo reglamentario y, además, dentro de la dinámica de la reforma, la reducción se hace directamente de los rendimientos del trabajo y no de la base imponible como se venía haciendo hasta el momento. Finalmente, mediante la Ley 26/2014, de 27 de noviembre se modifica el art. 20 y, como ya se ha dicho, desaparece un incentivo fiscal a prolongar la vida laboral en forma de reducción en los rendimientos del trabajo.

La ley que introdujo en 2002 esta reducción no daba una explicación en su Exposición de Motivos sobre la medida fiscal más allá de la idea de que con ella se mejoraba la fiscalidad de los rendimientos del trabajo. Tampoco en el informe que emitió la comisión formada a propósito para el estudio de la reforma del IRPF de 3 de abril de 2002 se hacía mención a esta medida que se ha mantenido hasta recientes fechas.

Sin embargo, en el Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del Sistema Tributario Español de febrero de 2014 —y previo a la reforma efectuada por Ley 26/2014— se comentan algunas cuestiones (páginas 112 a 115) en torno a las reducciones de los rendimientos del trabajo. Según dicho informe, las diferentes reducciones que ha estudiado no se justifican debidamente y, entre ellas, figura la relativa a la prolongación de la vida laboral. Por diversos motivos, los miembros de la Comisión entienden que deberían modificarse y que las reducciones existentes (entre las que figura la que es de interés para estas líneas) deberían ser sustituidas por una deducción global en todo caso. Esta deducción habría de ser global, sin justificación y sin concretar a ningún concepto. No se ha hecho una crítica concreta al beneficio fiscal que implica la reducción por alargar la vida laboral pero, qué duda cabe, la crítica global que hace la Comisión le afecta.

De lo expuesto se deriva que el legislador fiscal introdujo en su momento la medida que podía suponer un incentivo a la compatibilidad entre trabajo y jubilación a modo de reducción de rendimientos, pero no parece que se justificase

de forma. Así mismo, tampoco aparece una justificación concreta de su retirada como ha sucedido con la reforma de 2014 del IRPF. En conclusión no aparece un debate sobre la inconveniencia o conveniencia de introducir la medida en el sistema tributario pues su aprobación y derogación pasa relativamente desapercibida o sin el debate debido. De hecho no se debate ni esta ni otra medida que pudiera barajarse como podrían ser incentivos fiscales al empleo de personas mayores o la reducción de tipos a sus rendimientos.

De la normativa tributaria sobre el IRPF y el IS vigente en el momento de redactar, se ha mostrado que no se deriva ningún tipo de incentivo especial que favorezca en alguna medida aquello que el legislador laboral ha visto necesario: completar las clases pasivas obtenidas por el jubilado con rendimientos procedentes de su trabajo por cuenta ajena o propia.

No obstante, con la idea de agotar la cuestión, no obstante, ha de resaltarse que sí hay algún aspecto a considerar si se atiende a ese lugar híbrido entre lo tributario y lo laboral que son las cotizaciones sociales, recurso fundamental de la Seguridad Social para cubrir sus prestaciones. Si se acierta a admitir que las cotizaciones sociales son un ejemplo de tributo parafiscal, la afirmación anterior o conclusión de que el sistema tributario no ha previsto ninguna medida en torno al envejecimiento activo ha de matizarse. El art. 4 del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo establece que durante la realización del trabajo por cuenta ajena o propia compatible con la pensión de jubilación los empresarios y los trabajadores cotizarán a la Seguridad social únicamente por incapacidad temporal y contingencias profesionales. Además quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 8 por 100 no computable para las prestaciones que habrá de distribuirse entre empresario y trabajador en un 6 y un 2 por 100 respectivamente. En definitiva, se favorece a este tipo de cotizante a la Seguridad Social a través de minorar su deber de aportaciones al sistema del que, no ha de desconsiderarse esta cuestión, surgen los recursos para cubrir las prestaciones de la propia Seguridad Social.

En conclusión, el objetivo de fomentar las situaciones de compatibilidad entre la percepción de una pensión y los rendimientos del trabajo no habrá de venir, por el momento, de medidas fiscales tal y como se ha visto. Sí de la admisión de dicha compatibilidad por el legislador laboral y, no obstante, aligerando su gravamen en forma de moderaciones en el coste que implican las cotizaciones sociales.

4. REFLEXIONES FINALES

En el presente trabajo se ha partido de la hipótesis de que el legislador tributario no ha hecho el mismo recorrido que el legislador laboral para facilitar la expansión de la compatibilidad entre la situación de jubilación y la situación de

ejercicio activo de actividad económica. Esta hipótesis ha sido confirmada en tanto que en la legislación tributaria vigente en torno a tributos como el IRPF o IS, directamente relacionados con los rendimientos que implican la compatibilidad de situaciones, no se ha previsto ninguna medida singular.

Se ha visto que el legislador laboral ha considerado útil la compatibilidad de ambas situaciones dentro de un contexto que obliga a encontrar medidas que permitan mejorar la situación económica de aquellas personas que alcanzan la condición de jubiladas. Parece que los estudios económicos advierten que el sistema que implica la Seguridad Social no va a poder sostenerse financieramente debido, fundamentalmente, al incremento de población que alcanza la edad de jubilación, por lo que se hace necesario adoptar medidas que permitan a la persona mantener un nivel de vida.

Sin embargo, de acuerdo con las últimas modificaciones que se han introducido en el IRPF se observa que el legislador fiscal se ha apartado de esa línea pues previó un beneficio fiscal vigente hasta 2014. En la actual regulación de importantes figuras tributarias en el sistema tributario como son el IRPF y el IS no se encuentran medidas que sean paralelas a las que establece la legislación laboral. No hay un tratamiento especial de las rentas que puedan obtenerse por ese contribuyente que compatibiliza sus situaciones.

Sí que ha mantenido, en cambio, una regulación beneficiosa desde un punto de vista fiscal para el ahorro o la liquidez del patrimonio con el fin de obtener fondos para una futura jubilación o para completar la que se obtiene en la actualidad. Se beneficia con reducciones la aportación a diferentes sistemas de ahorro (planes de pensiones, de jubilación etc.) o con exenciones a la plusvalía cuando se transmite la vivienda habitual por personas mayores de 65 años. En definitiva, se apuesta más por favorecer el ahorro de cara a completar esa futura pensión que por favorecer el mantenimiento del contribuyente en la actividad económica.

La pregunta que puede surgir de este planteamiento es si se está delante de un ejemplo de descoordinación o de complementariedad entre legisladores. Por un lado, el legislador laboral fomenta la compatibilidad de las diferentes situaciones e, incluso, aligera las obligaciones de aportaciones al sistema de Seguridad Social. En este sentido, trabaja en el ámbito de las capacidades del sujeto para seguir manteniendo una vida activa. Dado que las mejoras en las condiciones de vida de las personas consideradas mayores redundan en mantener sus capacidades de trabajo, entiende que es posible aprovechar esta circunstancia permitiendo que compatibilicen su carácter de jubiladas con seguir aportando su productividad al PIB a cambio, lógicamente, de rendimientos. De esta forma, por una parte, fomenta no perder la experiencia laboral de toda una generación cuando se jubila y, por otra, obtiene la colaboración activa del mismo sujeto en el mantenimiento de su nivel de vida pues completa con su trabajo el producto en el que se convierten sus cotizaciones anteriores a la Seguridad Social. Incluso, bajo un principio

de solidaridad intergeneracional, sigue aportando al sistema con lo que pueden alimentarse otras prestaciones públicas.

El legislador tributario, en cambio, siguió una línea paralela hasta la actualidad en la que se ha decantado por favorecer otras medidas más versadas en el patrimonio del contribuyente. No cree necesario mantener beneficios fiscales para estos contribuyentes en relación con los rendimientos que pueden obtener. Sí cree que, mientras dura la vida laboral, se ha de fomentar el ahorro de cara a la situación de futura de jubilación. En todo caso, también favorece convertir el propio patrimonio expresado en la vivienda habitual en líquido con la exención ya comentada a la plusvalía. Está claro que se está trabajando en otro campo: el de la capacidad económica en cuanto a riqueza que se posee o de la que es titular el sujeto.

Se podría entender que la coordinación de ambos ordenamientos se explica a través de una simple idea. El legislador laboral potencia completar la pensión a través del mantenimiento de la actividad económica y el legislador tributario a través de favorecer el uso del patrimonio con la finalidad de mejorar la situación económica tras la jubilación. No hay incompatibilidad entre ambas ideas.

Sin embargo hay aspectos que deben ser tenidos en cuenta. Ambos legisladores están trabajando en ámbitos diferentes. El laboral en las capacidades de trabajo y el fiscal en las capacidades económicas. Si el objetivo del primero es el mantenimiento del sistema de pensiones además de que el sujeto siga en el sistema productivo pues es capaz ¿no se disuade tal efecto por el hecho de que se ha fomentado el ahorro en sistemas de pensiones privados que, cuando se dé el supuesto de la jubilación, se querrán hacer efectivos y se tributará por ellos? En otras palabras, el sujeto que accede a su jubilación puede obtener rendimientos desde el sistema público de pensiones, desde su sistema privado al que ha ido aportando durante su vida laboral y, así mismo, del trabajo que pueda seguir desempeñando (recordemos que la tendencia es hacia la compatibilidad). Si consideramos que no hay ninguna reducción por este último concepto y que se acumulan rentas en la base imponible que tiene un tipo progresivo (aumenta en función de su cuantía) ¿no estamos ante un posible efecto disuasorio fiscal al mantenimiento de la vida laboral? Es evidente que habrán de hacerse cálculos para determinar las situaciones concretas pero no deja de ponerse de manifiesto una posible descoordinación entre legisladores si el contribuyente ha de optar por una u otra posibilidad en función de la fiscalidad. Es decir, esta no es neutra a la hora de optar por mantener o no su actividad económica.

A la posible falta de neutralidad de la fiscalidad al adoptar esa postura de no favorecer mediante el beneficio fiscal la compatibilidad de situaciones se añade otra cuestión más. El legislador laboral favorece la compatibilidad por medio de una rebaja en las cotizaciones sociales. Entiende que este tipo de trabajador por cuenta ajena o propia no ha de tener las mismas responsabilidades de cotización

que el mismo sujeto pero plenamente activo por ser de menor edad. Sí le establece, no obstante, una cotización por solidaridad de carácter mínimo. En consecuencia, haciendo atractivas las cotizaciones sociales persigue la finalidad de favorecer la compatibilidad y consigue con ello mantener a este sujeto en el sistema de cotización.

El legislador fiscal ha considerado que no ha de mantener un beneficio fiscal para esta situación. En este sentido, entiende que el gasto que supone el beneficio fiscal no ha de mantenerse, sin perjuicio de que esto se justifique por una rebaja generalizada en el gravamen sobre los rendimientos del trabajo. Es decir, se ha eliminado el beneficio fiscal como consecuencia de una rebaja global en la presión tributaria. Pues bien, si al sujeto se le mantiene como cotizante en los términos anteriores y como contribuyente pleno en el sistema impositivo, no se puede entender que en su primera condición se le considere como un contribuyente especial con gravamen rebajado y, en cambio, en su segunda condición se le haga tributar plenamente. Además, ha de recordarse que las cotizaciones a la Seguridad Social son un gasto deducible de los rendimientos del trabajo por IRPF que, por lo dicho, serán de menor cuantía y efecto para la determinación de los rendimientos netos. Es decir, el cotizante aportará menos al sistema pero también solo podrá deducir la cantidad equivalente como contribuyente.

Que la fiscalidad no se mantiene neutral ante la opción del individuo puede no quedar claro con las apreciaciones anteriores. Pero se ha de añadir a ellas la regulación que el art. 96 de la LIRPF establece en relación con la obligación de declarar. Según el precepto los contribuyentes estarán obligados a presentar y suscribir declaración por el IRPF. No obstante, no tienen esta obligación los que obtengan rentas procedentes exclusivamente de unas determinadas fuentes y en una determinada cuantía. Concretamente, establece que los que obtengan rendimientos íntegros del trabajo en un importe inferior a los 22.000 euros anuales no tendrán la obligación de declarar. Sin embargo, el límite se reduce a 12.000 euros anuales si se perciben rendimientos de más de un pagador. No obstante, el límite vuelve a ser de 22.000 euros en este último caso si:

- a) La suma de las cantidades percibidas del segundo y restantes pagadores, por orden de cuantía, no superan en su conjunto la cantidad de 1500 euros anuales.
- b) Cuando se trate de contribuyentes cuyos únicos rendimientos del trabajo sean prestaciones pasivas previstas en el art. 17.2 a) de la LIRPF y el tipo de retención aplicable sea el que se establezca reglamentariamente.

No es difícil pensar que el contribuyente que obtiene rendimientos del trabajo procedentes de prestaciones pasivas y rendimientos del trabajo por cuenta ajena tiene dos pagadores (empresario y sistema de pensiones). Si se dan las circunstancias debidas pasará a ser un sujeto obligado a declarar si obtiene unos rendimientos superiores a los 12.000 euros anuales lo que no habría de suceder con

la misma cuantía (o hasta 22.000 euros) y un solo pagador. En otros términos, la persona que obtiene rendimientos de dos pagadores debido a que compatibiliza su jubilación con actividades económicas tiene un deber de declarar más estricto que si se mantiene con un solo pagador. En consecuencia, existe una restricción más o, cuanto menos, otro inconveniente fiscal al mantenimiento de una situación de compatibilidad.

Ciertamente, entre el legislador laboral y el legislador fiscal no hay un entendimiento o coordinación en este tema sino que las medidas que aplican son en función de sus propias consideraciones y no de la cuestión global como es el mantenimiento de determinados contribuyentes en el ciclo productivo y el mantenimiento por medios similares del sistema de pensiones. El legislador fiscal ha equiparado a esta persona con el resto de contribuyentes de forma que se puede beneficiar, en todo caso, del tratamiento menos gravoso que pueda proporcionar a todos ellos pero sin tener en cuenta su situación concreta. Una situación que, sin embargo, está siendo considerada por otra parte del ordenamiento como es la laboral de forma especial pues permite continuar la vida activa y mejora sus gravámenes en forma de cotizaciones sociales disminuidas. Como se dijo en el título, el legislador parece tener la figura de una Hidra con múltiples cabezas que, si bien en el mito griego funcionaban todas como un monstruo, en el presente caso no parecen estar suficientemente coordinadas.

No obstante lo anterior no se ha de atribuir algún tipo de intencionalidad negativa al legislador fiscal en las medidas adoptadas. Tampoco un exceso de celo en su autonomía a la hora de regular. Más bien se trata de sus referentes. Se ha de partir de la base que la piedra angular del sistema tributario es el art. 31.1 de la CE. En él se prevé que todos contribuirán de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad sin que pueda tener alcance confiscatorio. No hay distinciones de carácter personal en el contribuyente y todo ha de medirse en función de la capacidad económica y no otro criterio. En este sentido, puede justificarse que el legislador fiscal considere al contribuyente que compatibiliza su situación de jubilación con la actividad económica como uno más a pesar de su edad, pues no otorga ninguna diferencia frente a otro contribuyente y de acuerdo con su capacidad económica. Cualquier otra consideración que implique diferencia o beneficio fiscal habrá de encontrar adecuada justificación dentro del ordenamiento jurídico o, mejor dicho, dentro de los fines de la propia Constitución. Recuérdese que no ha habido un debate en el ámbito fiscal de la conveniencia o inconveniencia de beneficios en esta materia. Quizá fuese necesario abrirlo para decidir si se ha de establecer o no un régimen fiscal especial que vaya más allá de la mera reducción en cuanto a rendimientos del trabajo completando el régimen laboral que se está regulando.

Inclusión social y personas de edad avanzada: el papel de la formación en la activación de las transiciones laborales de colectivos de edad especialmente desfavorecidos

María José Gómez-Torres
Universidad de Sevilla

1. CARACTERIZACIÓN DEL COLECTIVO DE PERSONAS Y TRABAJADORES MAYORES EN ESPAÑA: EL NIVEL FORMATIVO ALCANZADO COMO INDICADOR BÁSICO DE EMPLEABILIDAD

La personas mayores constituyen un grupo poblacional con un significativo peso demográfico tanto en la sociedad mundial como en la española. En el año 2010 las personas mayores de 65 años suponían ya un 7,6% de la población mundial, previéndose que esta proporción llegue a ser más del doble en el año 2050 (16,4%), y, aunque existen diferencias entre los países, el envejecimiento general de la población en el mundo es un hecho ya constatado en la actualidad. En la Unión Europea (en adelante, UE) las personas mayores de 65 años constituían el 17,37% de la población y las estimaciones para el año 2050 alcanzan el 28,61%¹. En nuestro país el Instituto Nacional de Estadística señalaba, a 1 de julio de 2013, que existían 8.344.946 personas de 65 y más años de edad, lo significa un 17,9% de la población total (46.609.652 personas) de las que 3.580.971 eran hombres y 4.763.975 mujeres. Para el año 2050 se estima que la población de personas mayores de 65 años llegará a los 15,22 millones (un 36,38% sobre una población total de 41.863.016 personas), es decir, que más de la tercera parte de la sociedad española estará compuesta por personas mayores de 65 años. Una población que ningún caso es homogénea ya que existen diferencias notables en cuanto a su esperanza media de vida, hábitat, renta, cultura, estado civil, estructura familiar, condiciones biopicológicas, salud, etc... Dentro de este colectivo, también resulta complicado determinar qué se entiende exactamente por trabajadores mayores (*Longer worker*), aunque puede decirse que, tradicionalmente, se encuentran den-

¹ Euroestat. *European Social Statistics, 2013 Edition*. Belgium. (Euroestat, pro_10c2150p), en <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3930297/5968986/KS-FP-13-001-EN.PDF/6952d836-7125-4ff5-a153-6ab1778bd4da>.

tro de esta categoría las personas con edades comprendidas entre los 55 y 65 años. El Comité de las Naciones del año 2003 define el término *trabajador de edad avanzada*² atendiendo a la delimitación establecida en los Consejos Europeos de Lisboa y Estocolmo que sitúan a éstos trabajadores entre los 45 y los 64 años de edad. De una manera u otra son todos ellos trabajadores y trabajadoras de edad madura, es decir, personas activas que se encuentran en los últimos años de su situación laboral, cuyo límite queda fijado por la edad de jubilación que establezca la legislación vigente, momento a partir del cual el ámbito de actuación y atención sobre estas personas corresponde a la Gerontología³ pasando a denominarse: ancianos, personas de edad, viejos, integrantes de la tercera edad, etc.

La personas que nos ocupan en este capítulo, por tanto, siguen formando parte de la población activa en el seno de la Unión Europea que contempla cómo se produce el anunciado envejecimiento de sus trabajadores derivado de diversos factores como: el aumento progresivo en el número de trabajadores de edad madura, la disminución simultánea del número de personas en edad de trabajar y el incremento de la participación femenina en el mercado laboral, lo que configura una nueva estructura de la población activa en el siglo XXI para los países miembros de la UE.

Entre los documentos recientes de la UE para el periodo 2010-2020 destaca por su especial relevancia la *Estrategia Europa 2020*. Adoptada por el Consejo Europeo el 17 de junio de 2010⁴ pretende mostrar que Europa es capaz de alcanzar un crecimiento inclusivo, sostenible e inteligente, al tiempo que puede ofrecer una mejor calidad de vida para sus ciudadanos. Dicha Estrategia refleja el vertiginoso aumento del envejecimiento de la población⁵ y los efectos nefastos que una menor población activa, junto a una mayor proporción de jubilados, tiene sobre nuestros sistemas de bienestar; por lo que se hace necesario prestar una mayor atención a las personas mayores en materias como el empleo, el aprendizaje per-

² Comité de las Naciones, “*Las personas de edad avanzada en al vida laboral*”, Luxemburgo, 2003.

³ Gerontología: ciencia que estudia el proceso de envejecimiento de los seres vivos en todos los aspectos. Proviene del griego *gerontos* (anciano) y *logos* (tratado). Los Gerontes eran 22 ancianos que, en la antigua Esparta, formaban el consejo asesor del Rey o Gerusia. El término Gerontología fue introducido por el premio Nobel de Medicina Metschnikoff en 1903 en el desarrollo de su Teoría sobre el envejecimiento, según recoge SÁNCHEZ NÚÑEZ, I. “Reflexiones sobre la salud y el envejecimiento”, en M. J. Gómez-Torres (Ed), *La atención a las personas mayores desde una aproximación multidisciplinar*, Barcelona: Horsori, 2013, pp. 13-48.

⁴ COMISIÓN EUROPEA. (2010). *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final.

⁵ La población activa de la UE ha comenzado a disminuir a partir de 2013/2014, apreciándose que el número de mayores de 60 años aumenta dos veces más rápido de lo que se hacía antes de 2007. Fuente: Documento de debate *Propuestas para el desarrollo de las orientaciones del Consejo de la Unión Europea, de 6 de diciembre de 2012, relativas a las personas mayores*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 27 de febrero de 2014.

manente, la atención sanitaria, los sistemas de seguridad y pensiones o la lucha contra la exclusión social.

Para realizar una aproximación a las características generales de la población de 55 y más años en España se ha recurrido a los datos ofrecidos por la Encuesta de Población Activa (en adelante, EPA)⁶ y a la clasificación cronológica que en ella se utiliza para distribuir a la población en personas activas, ocupadas, desempleadas e inactivas.

1.1. Nivel formativo alcanzado por la población activa de 55 y más años de edad

A tenor de los datos ofrecidos por la EPA las personas con una edad comprendida entre los 55 y los 69 años representan en el segundo trimestre del año 2014 (en adelante, 2T2014) un porcentaje del 13,5% de la población activa, lo que respecto del total de cada sexo supone un 14,1% hombres y un 12,5% mujeres. Estableciendo una comparación con el mismo trimestre del año 2012 (en lo sucesivo, 2T2012) el porcentaje total de las personas activas dentro de dicho sector de la población era del 12,5%, en caso de los hombres de 13.2% y de las mujeres 11,5%, apreciándose un aumento de la población activa en los últimos dos años.

Este aumento en la tasa de actividad de las personas mayores ha sido uno de los objetivos fundamentales planteados dentro de las Directrices europeas de empleo, desde la Estrategia de Lisboa⁷ donde se acuerda, por un lado, aumentar la tasa de empleo de los trabajadores de más edad en un 50% como promedio hasta 2010 y, por otro lado, el de incrementar el promedio de edad para la jubilación en cinco años para el final de la década. A este respecto el Consejo Económico y Social en su informe del año 2014⁸ indica que la tasa de actividad es todavía inferior a la de las personas entre 30 y 44 años, donde, aunque su volumen de ocupación ha aumentado frente al descenso en los restantes tramos de edad, el número de desempleados por la crisis ha aumentado multiplicándose por 4,5 con una incidencia mucho mayor del paro de larga y muy larga duración. Los datos señalan que el 31% de las personas desempleadas en el cuarto trimestre del año 2013 tenía entre 45 y 64 años de edad siendo aún mayor el número de personas en este tramo de edad que llevan dos y más de dos años de en paro que se sitúa

⁶ EPA. Instituto Nacional de Estadística.
http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735976595.

⁷ Estrategia de Lisboa (2000).
http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Internacional/FICHEROS/Estrategia_de_Lisboa_y_Proceso_de_Liubliana.pdf.

⁸ CES (2014). La situación socio-laboral de las personas de 45 a 65 años de edad. Informe 2/2014. Madrid: Consejo Económico y Social. Sesión Ordinaria del Pleno del 23 de julio de 2014.

por encima del 19%. Este informe detalla, igualmente, que la mayor parte de los desempleados de 45 a 64 años de edad tienen menos de 55 años, una edad muy alejada aún de la edad de jubilación establecida por ley.

Al analizar el nivel formativo alcanzado por los trabajadores y trabajadoras mayores de 55 años⁹ los datos muestran que en el 2T2014 existen un total de 3.082.200 personas activas entre los 55 y los 69 años, de los que 985.100 son hombres y 104.7000 son mujeres, existiendo claras diferencias en cuanto a los distintos segmentos de edad en los que se distribuyen los datos. Así, en el estrato de edad de los 55 a los 59 años el nivel formativo con un mayor número de personas activas es la Primera etapa de educación secundaria o similar con 625.200 personas activas, seguida de la Educación superior con 544.300 personas activas y, en tercer lugar, la Segunda etapa de educación secundaria con orientación general que contabiliza 307.600 personas activas. En la franja de edad que se sitúa entre los 60 a los 64 años también prevalece la Primera etapa de educación secundaria o similar (277.500 personas), seguida de la Educación superior (249.400 personas); sin embargo, en tercer lugar encontramos que la presencia de personas activas con estudios de Educación primaria (232.900 personas) supera a los de la Segunda etapa de educación secundaria con orientación general (115.300 personas). Ya en la última franja de edad, la que engloba a las personas entre los 65 a los 69 años, se produce la diferencia más significativa en cuanto al nivel de estudios de las personas activas que es el doble en la Enseñanza superior (40.200 personas), seguida de la Educación primaria (23.200 personas) y, en tercer lugar, por la Primera etapa de educación secundaria y similar (20.800 personas). En las tres franjas de edad las personas sin estudios, identificados como analfabetos, son la muestra menos representada.

En cuanto al nivel de formación alcanzado por género, en el caso de los hombres integrados en las franjas de edad de los 55 a los 59 años y la correspondiente a los 60 a los 64 años, siguen el mismo patrón con la mayor presencia de hombres que han alcanzado la Primera etapa de educación secundaria o similar (364.500 hombres), seguido de la Educación superior (308.600 hombres) y, en tercer lugar, la Educación primaria (168.800 hombres activos). Sin embargo, en la franja de edad de los 65 a los 69 años existe un mayor número de hombres activos con estudios de Educación superior (31.000 hombres), seguido de la Primera etapa de educación secundaria o similar (12.100 hombres) y de la Educación primaria (11.000 hombres). En el caso de las mujeres ocurre algo similar ya que, entre las mujeres trabajadoras activas entre los 55 a los 59 años y las comprendidas entre

⁹ La EPA utiliza la CNED-A (Comisión de Normas Españolas de Descripción Archivística) como clasificación de referencia para recoger información sobre el nivel de formación, y contempla tanto a programas vigentes como no vigentes, aunque solo aquellos que se corresponden con la educación formal.

los 60 a los 64 años, la formación que posee mayor representación se corresponde con la Primera etapa de educación secundaria o similar (260.700 mujeres activas), seguida de la Educación superior (236.100 mujeres) y, por último, de la Educación primaria (134.000 mujeres). En el caso del estrato de edad de los 65 a los 69 años existen más mujeres activas que poseen el nivel formativo de Educación primaria (12.300 mujeres), seguido por la Enseñanza superior (9.200 mujeres) y por la Primera etapa de educación secundaria o similar. (8.600 mujeres). En todos los casos, como ocurre en el casuística masculina, las mujeres incluidas en la etiqueta de analfabetas registran el menor número representantes. Los resultados respecto a la tasa de actividad de las personas activas entre 55 y 69 años, por nivel de formación alcanzado y ambos sexos confirman la presencia de más personas con estudios iguales, o superiores, a la Segunda etapa de educación secundaria con orientación general en el segundo trimestre del año 2014, siendo necesario señalar que no se disponen de datos oficiales sobre el mismo periodo del año 2012.

La mayoría de las personas activas con edades comprendidas entre los 55 y más años de ambos sexos no cursaron estudios (2.944.100 personas) durante el 2T2014, frente a las 170.200 que sí los cursaron; al igual que ocurre en los datos pertenecientes al segundo trimestre del año 2012. De las personas activas que cursaron estudios en el 2T2014 la gran mayoría ellas optaron por cursar solo estudios en la enseñanza no reglada, un total de 149.600 personas frente a las 19.000 que cursan estudios solo reglados, y a las 1.600 personas que cursaron estudios de las dos modalidades formativas. En cuanto al género, no existen diferencias con la tendencia general que se acaba de exponer. Analizando detenidamente la presencia de personas activas en ambas modalidades de formación, nuevamente en el 2T2014, se aprecia que en los estudios reglados se demandan especialmente cursos de Educación superior, seguido de la Segunda etapa de educación secundaria con orientación general y de la Segunda etapa de educación secundaria con orientación profesional, siendo la tendencia igual para ambos sexos. Respecto a los estudios no reglados la tendencia es exactamente la misma que en el caso de la enseñanza reglada, a diferencia de que el número de personas es mucho mayor en los cursos no reglados. En el 2T2012 los datos muestran resultados similares, 183.000 personas cursaron estudios no reglados frente a las 10.000 personas que lo hicieron en la enseñanza reglada. Por sexos, en el mismo trimestre del año 2012 un total de 106.300 mujeres optaron por la enseñanza no reglada frente a los 76.700 hombres que se decantaron por esta opción.

Con respecto a la rama de actividad en la que se inscriben las personas activas entre 55 y 59 años en el segundo trimestre del año 2014 destaca el ítem Han dejado su empleo hace más de un año con 310.100 personas (175.800 hombres y 134.400 mujeres); le sigue Comercio al por mayor y al por menor, Reparación de vehículos de motor y motocicletas y por la Industria manufacturera. En la franja de los 60 a los 64 años de edad el orden es el inverso al anterior, predominando

las personas activas en Comercio al por mayor y al por menor, Reparación de vehículos de motor y motocicletas, seguido de las personas que Han dejado su empleo en el último año y en tercer lugar destaca la Industria manufacturera. En la última franja de edad, de los 65 a los 69 años, las personas activas se concentran nuevamente en el Comercio al por mayor y al por menor, en el ítem Reparación de vehículos de motor y motocicletas, seguido de la Administración pública, defensa y Seguridad Social obligatoria. Las actividades con menor presencia de personas activas son, en función de su escasa presencia, las Actividades de organizaciones y organismos extraterritoriales e Industrias extractivas. En el segundo trimestre del año 2012 se aprecia cómo las ramas que concentraban el mayor número de personas activas son las mismas que en el mismo trimestre de 2014, es decir, Administración Pública, defensa y Seguridad Social obligatoria, Comercio al por mayor y al por menor, Reparación de vehículos a motor y motocicletas y, por último, Industria manufacturera.

1.2. La población ocupada de 55 o más años de edad y su nivel formativo

Los datos de la EPA muestran, asimismo, que las personas de 55 años o más años representan en el segundo trimestre del año 2014 el 14,3% de las personas ocupadas con un total de 2.472.800 personas; siendo el porcentaje respecto del total de cada sexo del 14,8% para los hombres y de 13% para las mujeres. En el mismo periodo del años 2012 las personas de ambos sexos en valores absolutos era de 2.417.300 personas (13,6%) algo inferior al mismo periodo de 2014. En concreto, el porcentaje en relación al total de cada sexo alcanzó en el 2T2012 el 13,6% para los hombres y del 12,5% para las mujeres. Porcentajes sensiblemente menores a los del año 2014.

En función del nivel formativo alcanzado por las personas ocupadas de 55 o más años destaca en el 2T2014, en primer lugar, la mayor presencia de personas con Estudios superiores en las tres franjas de edad en las que se dividen las muestras estudiadas. Vistas de manera independiente, en la franja de los 60 a los 64 años de edad el segundo puesto lo ocupan los estudios de Segunda etapa de educación secundaria con orientación general seguidos de la Primera etapa de educación secundaria o similar, lo que constituye un patrón común para ambos sexos. Los mismos datos muestran que las personas ocupadas de ambos sexos que cursan estudios, reglados o no reglados son, mayoritariamente, aquellas que han alcanzado un nivel de estudios de Educación superior, seguidas de las que poseen la Primera etapa de educación secundaria y similar y, en tercer lugar, por las personas que cuentan con el nivel de Segunda etapa de educación secundaria con orientación profesional. Esta tendencia es la misma tanto para las mujeres como para los hombres, salvo por el número de personas que es siempre superior en el caso de los hombres ocupados de 55 y más años que es de 141.600 frente a las 69.500 mujeres registradas.

El análisis de los datos referidos al sector económico tiene en nuestro caso un interés especial por sus conexiones con la formación y el empleo. Los datos aportados por la EPA para el 2T2014 indican que la distribución porcentual, atendiendo solo al sexo y no a la edad, se distribuye de la siguiente manera: Agricultura con un 4,3% (5,9% corresponde a los hombres y el 2,3% a las mujeres); Industria con un 13,6% (18,9% hombres y 7,2% mujeres); Construcción con el 5,6% (9,5% hombres y el 1% mujeres) y, por último, el sector Servicios con un 76,5% (65,7% hombres y 89,4% mujeres). Se aprecia aquí como las mujeres ocupadas solo superan a los hombres en el sector Servicios. Por otra parte, los datos muestran que, en ambos sexos, predominan entre las personas subempleadas aquellas cuyo nivel de estudios se corresponde, en función de su mayor presencia, con la Primera etapa de educación secundaria y similar, seguido de la Educación primaria y, por último, de la Educación superior.

En cuanto a los sectores de ocupación en los que se distribuyen las personas con 55 años y más años de edad en el 2T2014 la mayoría pertenecen mayoritariamente a la categoría Trabajadores de los servicios de restauración, seguida por orden de las denominadas Personales, protección y vendedores, Técnicos y profesionales científicos e intelectuales y, por último, Ocupaciones elementales, sin que se encuentren diferencias por género, excepto por ser, nuevamente, más numerosa la representación masculina. Con respecto a las personas asalariadas en función del tipo de contrato, en el 2T2014, la diferencia entre contratos de duración indefinida y temporal es muy notable, siendo más numeroso el grupo de personas entre 50 y 69 años con contratos indefinidos (2.531.500 personas) frente a las personas con contratos temporales (357.700 personas).

1.3. Nivel formativo de los trabajadores desempleados de 55 y más años de edad

La causa más frecuente de salida del empleo de las personas con edades comprendidas entre los 45 y los 64 años no es la finalización de un contrato de trabajo temporal, como cabría pensar, sino el despido ya sea individual o como consecuencia de procedimientos de regulación de empleo colectivos. En el segundo trimestre del año 2014 el porcentaje de personas paradas con edades comprendidas entre los 55 y los 69 años es del 10,8% para ambos sexos (599.400 personas), correspondiendo, respecto al total de cada sexo un porcentaje del 11,7% para los hombres (342.200 personas) y del 10% para las mujeres (267,300 personas). Comparando los datos con el mismo periodo del año 2012 se aprecia que el porcentaje alcanzó el 8,8%, lo que representa un total de 504.500 trabajadores sin empleo de los que 290.900 eran hombres (9,3%) y 213.500 eran mujeres (8,2%), poniendo en evidencia un incremento sensible de personas desempleadas desde el año 2012 a la actualidad.

La tasa de paro se sitúa en el segundo trimestre del año 2014 en la franja de los 55 a los 59 años en el 21,85% (21,94% para los hombres y 21,73% para las mujeres). En el estrato de los 60 a los 64 años, para ambos sexos, la tasa de paro es del 17,8%, lo que representa un 16,70% para los hombres y un 17,57% para las mujeres; y, por último, en cuanto a las edades comprendidas entre los 65 a los 69 años la tasa de paro es del 5,56%, un 2,68% para los hombres y 9,69% para las mujeres. Atendiendo a los datos correspondientes del mismo periodo del año 2012 se aprecia que la tasa de paro era significativamente menor en ambos sexos. Así, entre los 55 y los 59 años el porcentaje era del 18,52% (18,31% para los hombres y 18,81% para las mujeres); entre los 60 y los 64 años del 16,33% (16,30% para los hombres y 16,37% para las mujeres); y, por último, en el caso las personas con edades entre los 65 a los 69 años el porcentaje era del 5,31% (6,29% para los hombres, superior al año 2014, y 4,06% para las mujeres, inferior al año 2014).

Los parados que habían trabajado con anterioridad en el 2T2014 representan el 11,7%, de los que un 12,7% corresponde a los hombres y un 10,8% a las mujeres. Respecto a los parados que buscan su primer empleo los datos disponibles se corresponden con el grupo de edad de 55 a 64 años, indicando para ambos sexos un porcentaje del 2,1%, que se distribuye entre el 0,6% que corresponde a los hombres y el 3,5% de las mujeres muy superior al porcentaje masculino. En cuanto al nivel formativo alcanzado, el mayor número las personas desempleadas de 55 o más edad en el 2T2014 tiene un nivel de estudios de Primera etapa de educación secundaria y similar, seguido de la Educación primaria y, en tercer lugar, de la Segunda etapa de educación secundaria con orientación general. En cuanto a la tasa de paro ésta disminuye a medida que es mayor el nivel formativo alcanzado, y es así en las tres franjas de edad tanto para las mujeres como para los hombres.

Igualmente, los resultados de la EPA muestran que es mucho mayor el número de parados de ambos sexos en 2T2014 que no cursan estudios (581.800 personas) que los que sí los cursan (28.600 personas), imponiéndose entre éstos los cursos de carácter no reglado con 20.500 personas frente a los de carácter reglado, con una representación de 8.100 personas. Por su parte, los datos del 2T2012 señalan que el número de personas que no cursaban estudios era de 473.600 frente a aquellas que sí realizaban cursos formativos con un total de 30.800 y que, dentro de éstas, las que cursaron estudios reglados fueron 4.000 frente a las 25.800 personas que cursaron estudios no reglados. La tendencia es la misma en ambos periodos aunque se hace evidente un aumento significativo en el número de personas desempleadas en el segundo trimestre de 2014, en comparación con el mismo periodo de año 2012. Entre las personas desempleadas que cursan estudios el grupo más numeroso corresponde a las personas con un nivel formativo de Enseñanza superior, en la que hay mayor representación de hombres que de mujeres. Le sigue el nivel de estudios correspondiente a la Primera etapa de educación secundaria y

similar con una mayor presencia femenina que masculina y, en tercer lugar, con la Segunda etapa de educación secundaria con orientación general.

En el caso de las personas desempleadas de 55 y más años son más numerosas aquellas que “llevan 2 años o más buscando empleo”, alcanzando la cifra de 376.700 personas, seguidas por las que “llevan de 1 año o menos de 2” que representan un total de 101.400 personas. Por sexos, las personas con edades comprendidas entre los 55 y los 59 años, y también aquellas que se encuentran entre los 60 a los 65 años, son mayoritariamente hombres; y lo son en los ítem que marcan el tiempo de búsqueda de empleo. Sin embargo, en la franja de edad de los 65 a los 69 años las mujeres tienen una representación mayor que los hombres. En relación a los parados de 55 y más años por sector económico en el 2T2014 el grupo de los Parados que buscan su primer empleo o han dejado su último empleo hace más de 1 año se establece como el más numeroso con un total de 447.000 personas. Le sigue el sector Servicios con 100.600 personas; la Agricultura con 22.500 personas; la Construcción con 22.200 personas y, por último, la Industria con 18.200 personas. La misma proclividad se aprecia en los dos géneros. Estos datos reproducen fielmente los referidos al mismo trimestre del año 2012 donde el grupo más numeroso también correspondía al ítem alusivo a los Parados que buscan su primer empleo o han dejado su empleo hace más de 1 año con 323.5000 personas, seguido del sector Servicios con 96.100 personas, del sector de la Construcción con 38.900 personas y de la Industria con 18.200 personas en último lugar. La diferencia vuelve estar en el aumento significativo de desempleados que se ha producido en este colectivo en el año 2014 respecto al año 2012 que nos sirve de referencia comparativa.

El informe del CES (2014) caracteriza las políticas de empleo desarrolladas en España por su inexistente tradición en ofrecer incentivos a las empresas para estimular la permanencia en el empleo de los trabajadores de mayor edad. Los datos apuntan a que la destrucción de empleo en los años de la crisis se ha cebado especialmente en los trabajadores mayores de 49 años, quienes representan el grupo más numeroso afectado por los despidos colectivos que se han producido en nuestro país. Para frenar esta tendencia se han implementado algunas medidas que, en algún caso, más que motivar a las empresas para favorecer la presencia en su plantilla de trabajadores mayores opta por disuadirles para llevar a cabo dichos despidos mediante sanciones económicas, como la que obliga a la empresa a abonar una cantidad de dinero al Tesoro cuando existen trabajadores mayores de 50 años implicados en despidos colectivos¹⁰. A pesar de esta medida el colectivo de los trabajadores y trabajadoras mayores sigue estando sobrerrepresentado

¹⁰ Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, disponible en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-13420.

en los procedimientos de regulación de empleo extintivos. El informe del Consejo Económico y Social señala que, en el año 2013, los trabajadores de 50 y más años de edad que se vieron implicados en despidos colectivos alcanzaba el 36%; mientras que el peso de este segmento de edad en el total de trabajadores asalariados era del 24%.

En España las políticas de empleo plasmadas en las últimas reformas¹¹ también se hacen eco de las corrientes comunitarias¹² propulsoras del concepto de *flexiguridad*¹³ que representa “*la suma de flexibilidad del sistema productivo (empresas y trabajadores) más la seguridad del empleo (no necesariamente en el puesto de trabajo) más un destacado papel de apoyo del Sector público con el objetivo de asegurar rentas en periodos no laborales de las personas, propiciar procesos de formación continua para capacitar a los trabajadores para dotarlos de los conocimientos requeridos por los puestos de trabajo vacantes y también implicar a las empresas para adaptarse al entorno cada vez más dinámico*”¹⁴. La flexiguridad persigue, así, redirigir las políticas de empleo hacia la flexibilidad interna —con ajustes de salario, jornada y tiempo de trabajo— de tal manera que las condiciones laborales se ajusten al sujeto y adquieran un carácter individualizado; lo que nos lleva al concepto de *inclusión activa*¹⁵ como una forma de asistencia social dinámica, cuyo objetivo persigue ofrecer itinerarios personalizados hacia el empleo de los trabajadores para garantizar el éxito dentro del mercado laboral.

El concepto de seguridad también participa en el significado del término que centra las actuales políticas de empleo, la flexiguridad. La seguridad se relaciona

¹¹ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en <http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/11/pdfs/BOE-A-2012-2076.pdf>.

¹² Comisión Europea. *Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, Bruselas, 2007. http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/community_employment_policies/c10159_es.htm.

¹³ También se puede encontrar escrito como flexiseguridad.

¹⁴ F. J. CALVO GALLEGO y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Colocación y servicios de empleo*. Consejo Económico y Social, 2011, p. 421.

¹⁵ La inclusión activa se dirige a las personas situadas en los márgenes del mercado de trabajo con la intención de superar las estrategias tradicionales enfocadas solo hacia aspectos parciales de la problemática de la exclusión y la pobreza, como las dirigidas al mercado de trabajo o las basadas sólo en políticas asistenciales en exclusividad. Por ello, pretende articular políticas que combinen la inserción por la vía laboral con el apoyo a colectivos más desfavorecidos a través del mantenimiento de niveles de protección social que permitan desarrollar una vida digna y una mayor cohesión social y económica. Plan Nacional de Acciones para la Inclusión Social 2013-2016 (PNAin 2013-16). Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2013). “*Plan nacional de Acciones para la Inclusión Social 2013-2016*”, PNAin 2013-16, Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/inclusionSocial/docs/PlanNacionalAccionInclusionSocial_2013_2016.pdf.

con la tarea de proporcionar a las personas las capacidades que les permitirán progresar en su vida laboral facilitándoles encontrar un nuevo empleo en el futuro, incidiendo en los trabajadores con una cualificación insuficiente y a los de mayor edad por tratarse de los sectores más vulnerables por su escasa empleabilidad. Sin embargo, la flexiguridad demanda un alto precio ya que, ante todo, requiere de un estado del bienestar profundamente asentado y desarrollado para poder hacer frente a los gastos que su implantación traen aparejados como, por ejemplo, sufragar unos subsidios por desempleo generosos y unas políticas activas y eficaces del mercado laboral, con regímenes de seguridad social que estimulen la movilidad en el mundo del trabajo y que garanticen la conciliación entre la vida familiar y la laboral (Hessell, 2008)¹⁶.

1.4. Nivel de formación alcanzado por las personas inactivas de 55 y más años de edad

En cuanto a las personas inactivas entre 55 y 69 años los datos ofrecidos por la EPA, para el 2T2014, los datos muestran que los valores absolutos y los porcentajes de ambos sexos aumentan con la edad. Tanto en el caso de los hombres como de las mujeres el porcentaje es del 30% con 4.665.800 personas inactivas, y respecto a cada sexo del 31,2% para los hombres y del 29,1% para las mujeres. En cuanto a los datos del 2T2012 el porcentaje para ambos sexos era del 29,3%, en el caso de los hombres del 30,4% y en las mujeres del 28,4%. En otro orden de cosas, para ambos sexos, en el segundo trimestre del año 2014 como causa principal de inactividad se señala la condición de Jubilado o prejubilado con 571.100 personas seguido por la categoría Labores del hogar con 525.900 personas, la Incapacidad permanente con 225.700 personas y la de Perceptor de pensión, distinta a la de jubilación o prejubilación con 138.000 personas.

Por sexos, los hombres se encuentran mayoritariamente incluidos en la categoría Jubilación o prejubilación (394.600 hombres) seguido de la Incapacidad permanente que engloba un total de 124.100 hombres; mientras que las mujeres se sitúan en primer lugar dentro de la categoría Labores del hogar (458.100 mujeres frente a los 67.800 hombres) seguida de la Jubilación o prejubilación (176.500 mujeres) y de la Incapacidad permanente (101.700 mujeres). En el 2T2012 existe la misma tendencia aunque varía en el número de personas; así, para ambos sexos, como causa principal aparece la condición de Jubilado o prejubilado (1.407.000 personas) seguido por la categoría Labores del hogar (385.800 personas), la Incapacidad permanente con 64.500 personas y la de Perceptor de pensión distinta a la de jubilación o prejubilación con 213.200 personas. Por sexos, los hombres se

¹⁶ HESSELL, R. "Envejecimiento activo en una sociedad de personas mayores: formación para todas las edades", *Revista Europea de Formación Profesional*, nº 45 (3), 2008. pp: 158-180.

encuentran mayoritariamente incluidos en la categoría Jubilación o prejubilación con 926.900 hombres, seguida de la Incapacidad permanente con 18.800 hombres. Sin embargo, las mujeres se alzan en el primer puesto dentro de la categoría Jubilación o prejubilación con 176,5 féminas, en segundo lugar en la categoría Labores del hogar con 377.100 mujeres, frente a los 8.700 hombres, y finalmente seguida de la Incapacidad permanente con 45.700 mujeres de 55 o más años.

Respecto a los motivos por los que las personas inactivas no se decantan por buscar trabajo se encuentran en el segundo trimestre del año 2014, por orden de representación, en primer lugar Encontrarse jubilado con 3.405.600 personas, le sigue Otros motivos que no se especifican con 1.226.100 personas, la Enfermedad o incapacidad propia con 839.300 personas y en cuarto lugar la categoría Otras obligaciones familiares o personales con 655.700 personas, que no incluye el Cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores que conforman un ítem diferente con menor representación. En el caso de los hombres que no buscan empleo el grupo con más representación es el de los jubilados con un total de 2.167.400 hombres, le sigue la categoría denominada Enfermedad o incapacidad propia con 430.400 hombres y, en tercer lugar, se indican Otros motivos con 109.900 hombres. Las mujeres, por su parte, también se inscriben dentro de la categoría Estar jubilada con 1.238.200 mujeres de 55 o más años, en segundo caso Otros motivos, sin especificar cuáles puedan ser, con 1.116.300 mujeres y, en tercer lugar, Otras obligaciones familiares o personales, que no incluyen el cuidado de niños o ancianos, con 625.500 mujeres. En el caso de las personas inactivas entre 55 y 69 años, tanto en el segundo trimestre del año 2012 como en el 2014, es mayor el número de personas que no cursa estudios frente a aquellas que sí lo hacen y, respecto a éstas últimas es significativo que cursen estudios las personas de más edad, es decir, las de edades comprendidas entre 65 y 69 años donde participan en cursos formativos muchas más mujeres que hombres, con un claro predominio de los estudios no reglados frente a los reglados.

En las condiciones expuestas, las bajas tasas de empleo de las personas mayores constituyen un lastre para los gastos públicos asistenciales y una amenaza para la viabilidad a largo plazo de los sistemas de pensiones. Las proyecciones demográficas señalan un incremento gradual de las personas dependientes, al tiempo que se reduce la población activa potencial que se requerirá para compensar la progresiva reducción del tamaño de las sucesivas cohortes poblacionales que ingresan en el mercado de trabajo. También supone una clara pérdida de capital humano de gran valor en términos de conocimientos, habilidades y experiencia que puede ser determinante a la hora de determinar la evolución final de la productividad económica. Pero, además de los consabidos factores de índole financiero asociados a la crisis económica actual existen otras razones que influyen en los trabajadores mayores a la hora de plantearse retirarse de la vida activa laboral a los que dedicamos el siguiente apartado.

1.4.1. Aspectos que condicionan en los trabajadores mayores la decisión de continuar en activo dentro del mercado de trabajo

La decisión de mantener o, por el contrario, abandonar la condición de persona activa dentro del mercado laboral está sujeta a diversos factores¹⁷¹⁸ asociados al devenir de la globalización económica y sus consecuencias, como son:

a) *La ausencia de incentivos financieros adecuados*

La decisión de jubilarse depende, ante todo, de la legislación vigente en materia de pensiones, de discapacidad y de desempleo; por lo tanto, puede decirse que los trabajadores permanecen en activo siempre que la continuidad en el mercado laboral les resulte rentable. Los programas de jubilación anticipada desarrollados en los últimos años han incentivado la respuesta a estas medidas por parte de aquellos trabajadores de mayor edad que contaban con los requisitos exigidos para poder abandonar el mercado de trabajo con garantías de satisfacción y rentabilidad. En el caso de las prestaciones por incapacidad y desempleo se han convertido en un puente para la jubilación que pone en evidencia la falta de recursos para la adaptación tanto de las personas al mercado laboral, como de éste a los trabajadores mayores. Tres son las modalidades de jubilación gradual y flexible que introduce la Ley 35/2002, de 12 de junio, de medidas urgentes para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible: la jubilación parcial, la jubilación flexible y la jubilación anticipada. La norma indicada se desarrolla mediante los Reales Decretos 1131/2002 y 1132/2002 de 31 de octubre. El primero de ellos regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial; mientras que el segundo desarrolla determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Las tres modalidades de jubilación reguladas son las mismas: la jubilación parcial, la jubilación flexible y la jubilación anticipada, todas ellas con la intención última de sustituir la fuerza de trabajo de más edad en favor de otra más joven a la que se le ofrece la oportunidad de obtener un empleo.

Para Aparicio Tovar y Olmo Gascón¹⁹ se hace imprescindible delimitar con claridad la diferencia existente entre las dos primeras tipologías señaladas, indicando los autores que entre la jubilación parcial una vez cumplidos los 65 años

¹⁷ M. FERNÁNDEZ, *Salarios y jubilaciones anticipadas: ¿son los trabajadores mayores “caros”?* Santiago de Compostela, 2009.

¹⁸ IMSERSO, *Documento de debate sobre las Orientaciones de la Comisión Europea, de 6 diciembre, sobre las personas mayores*, Madrid: IMSERSO. 2014.

¹⁹ J. APARICIO TOVAR y A. M. OLMO GASCÓN, *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Albacete: Bomarzo. 2007.

de edad y la jubilación flexible no existe prácticamente diferencia, pues en ambas situaciones se compatibiliza la pensión con el trabajo. A grandes rasgos, el caso concreto de la jubilación parcial representa la novación de un contrato a tiempo completo por uno a tiempo parcial que permite percibir la pensión de jubilación al mismo tiempo que el salario obtenido por el trabajo realizado, lo que supone mantener la situación de trabajador en activo del sujeto que se beneficia de la prestación; siendo necesario que éste deba solicitar expresamente la jubilación definitiva pese a que se haya extinguido el contrato de trabajo. Por el contrario, en el caso de la jubilación flexible el trabajador se beneficia de una pensión de jubilación completa, es decir, se encuentra ya jubilado y solicita su reincorporación a la vida activa. Por último, la jubilación anticipada está prevista para “*trabajadores por cuenta ajena pertenecientes al Régimen General, al Régimen especial de la Minería del carbón y del Régimen especial de Trabajadores del Mar*”²⁰ que tengan una edad mínima de 61 años; siendo necesario acreditar un periodo de cotización mínima efectiva de treinta años completos, estar inscritos como demandantes de empleo al menos en los seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación y que hayan dejado de trabajar por causas ajenas a su propia voluntad.

b) Las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo

La Estrategia de Lisboa incluye entre sus objetivos fundamentales asegurar la calidad del empleo, un concepto delimitado por las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, la formación de los trabajadores y la organización del mercado laboral. A medida que se cumplen años son más frecuentes los problemas de salud que acarrear bajas laborales y discapacidades prolongadas, lo que incide en la propia percepción sobre el estado de salud que tienen las personas mayores, animándoles a salir del mundo laboral. El riesgo asociado a determinados trabajos influye también en la decisión de acogerse a la jubilación, ya que a pesar de que los trabajadores entre 55 y 65 años no tienen más accidentes que los de menor edad sí son incidentes laborales de mayor gravedad, hasta el punto de doblar el número de accidentes mortales. Por ello, cualquier reforma dirigida a incentivar la permanencia en el empleo de los trabajadores mayores siempre debe tomar en consideración estos factores.

c) La baja empleabilidad y flexibilidad de los trabajadores mayores

Al hablar de la empleabilidad de un trabajador ha de tenerse presente el carácter relativo de este concepto, ya que siempre va asociado a las características del puesto de trabajo concreto al que se alcanza o se pretende alcanzar. Por este mo-

²⁰ J. APARICIO TOVAR y A. M. OLMO GASCÓN, “*La edad como factor...*”, *opus. cit.*, p. 191

tivo solo puede evaluarse o medirse en función de las características particulares de una oferta concreta de empleo. Así pues, un individuo puede tener al mismo tiempo una empleabilidad diferente en función de las ofertas a las que aspire en un momento dado. La empleabilidad de una persona está conformada por las denominadas competencias de empleabilidad, definidas como: “...*el conjunto de capacidades esenciales para aprender y desarrollarse eficazmente en el puesto de trabajo; incluyendo capacidades de comunicación y relación interpersonal, de resolución de problemas y manejo de procesos organizacionales, y de organización de los propios comportamientos en función de los requerimientos del puesto de trabajo*”²¹.

Esta conceptualización, lejos de referirse a la posesión de destrezas técnicas específicas de una profesión concreta incluye, también, habilidades que alcanzan a la identidad completa del trabajador en todas sus posibles vertientes como: las destrezas cognitivas, sociales, transversales y actitudinales; todas ellas imprescindibles para formar parte de las actuales sociedades tecnológicas y productivamente exigentes en las que realizamos nuestras vidas. Una baja empleabilidad se asocia también, en el caso de los trabajadores mayores, a la obsolescencia de sus conocimientos de cara a los cambios producidos dentro del mercado de trabajo, y la falta de competencias en cualquiera de sus posibles modalidades:

- competencias genéricas, aquellas que no están relacionadas con una ocupación concreta;
- competencias transversales, necesarias en todo tipo de trabajo; competencias transferibles que se adquieren mediante procesos sistemáticos de enseñanza-aprendizaje;
- competencias generativas, aquellas que permiten el desarrollo continuo de nuevas capacidades;
- y, por último, las competencias evaluables cuya adquisición y desempeño puede evaluarse de manera rigurosa. Los estudios demuestran que la productividad potencial de los trabajadores no merma con la edad. En el caso de las personas mayores es necesario responder a la caducidad de conocimientos y competencias mediante políticas de formación permanente eficaces para mantener la alta acumulación de capital humano que les deviene de su experiencia laboral y profesional.

Por otra parte, la flexibilidad del mercado de trabajo ofrece tres modalidades de itinerarios para facilitar las transiciones laborales de los trabajadores mayores: la jubilación a tiempo parcial, la reducción progresiva del horario laboral o el

²¹ F. MARHUENDA, J. C. BERNARD I GARCÍA y A. NAVAS, “Las prácticas en empresa como estrategia de enseñanza e inserción laboral: las empresas de inserción social”, *Revista de Educación*, 351, enero-abril. 2010, pp. 139-161.

empleo por cuenta propia (que podría integrarse dentro del término: emprendedores). Fernández (2009)²² señala dos conclusiones respecto a la flexibilización de la organización laboral a favor de los trabajadores de mayor edad. Por una parte, señala que existe un porcentaje significativo de los trabajadores que optaría por retirarse de forma gradual, básicamente por motivos de salud asociados a la edad y, por otra parte, porque al acometerse el paso hacia la jubilación de manera paulatina se fomentaría el envejecimiento activo de las personas, eliminándose el carácter puntual y radical que supone el momento del ingreso en la etapa de la jubilación.

d) El nivel formativo de los trabajadores

Sin duda el nivel de estudios alcanzado por las personas ocupadas y su participación en actividades de formación permanente en el puesto de trabajo son indicadores que permiten estimar la permanencia de los trabajadores, especialmente los mayores, en el mercado laboral, su nivel de empleo y la agilidad con las que se producen sus transiciones laborales. Los datos muestran que el nivel educativo propicia el empleo y minimiza el alcance de los periodos de desempleo, además de ser garantía de mayor inmersión en la cultura del aprendizaje permanente.

Como muestran las cifras expuestas en los apartados precedentes, los trabajadores más formados participan en mayor medida en actividades de formación, tanto estando en activo como desempleado. Así, las personas activas de mayor edad²³, en el segundo trimestre del año 2014, es de 3.082.200 personas activas con edades comprendidas entre los 55 y los 69 años, con la existencia de una abrumadora representación masculina frente a la femenina (985.100 son hombres y 104.700 son mujeres). En cuanto al nivel formativo de las personas activas, los trabajadores y trabajadoras de edades comprendidas entre los 55 y los 64 años poseen, en primer lugar, estudios correspondientes a la Primera etapa de educación secundaria o similar; en segundo lugar a la Educación superior y, en tercer lugar a la Segunda etapa de educación secundaria con orientación general y la Educación primaria. Sin embargo, a partir de los 65 años y hasta los 69 el nivel de estudios predominante entre las personas ocupadas, por una aplastante mayoría, es la Educación superior, especialmente en el caso de los hombres, ya que las mujeres en su último tramo de actividad laboral están más representadas por aquellas que alcanzaron estudios de Educación primaria que las que lograron finalizar la Educación superior que le sigue a continuación a una considerable distancia.

²² M. FERNÁNDEZ, *Salarios y jubilaciones...*, opus. cit., p. 35.

²³ La EPA utiliza la CNED-A como clasificación de referencia para recoger información sobre el nivel de formación, y contempla tanto a programas vigentes como no vigentes, pero solamente a aquellos que son educación formal.

De estos datos puede inferirse, por una parte, la importancia de las condiciones y demandas físicas y de salud del puesto de trabajo desempeñado a la hora de tomar decisiones sobre si permanecer en activo, o no, entre las personas de edad avanzada. Las condiciones especialmente favorables de las llamadas actividades de cuello blanco parecen, de esta manera, favorecer la existencia de carreras largas. Le siguen, de lejos, las personas con un nivel de formación de Educación primaria y, en tercer lugar, por la Primera etapa de educación secundaria y similar. Por otra parte, los datos constatan la escasa representación femenina en empleos de alto rango profesional y en espacios directivos de alto nivel. Por último, cabe mencionar el hecho de que entre las personas entre 55 y 69 años identificadas como analfabetas por carecer de cualquier tipo de estudios sean siempre la muestra menos representada, lo que constata los resultados obtenidos de las campañas de alfabetización desarrolladas a partir de los años 80 del siglo pasado, que hicieron disminuir en un millón el número de analfabetos funcionales en España²⁴ entre los años 1978 al 2002.

e) Falta de adecuación de las políticas de empleo

El descenso que acusa la participación en actividades formativas se acrecienta a medida que los trabajadores van cumpliendo años, como señala la teoría del capital humano; sin embargo, en España es donde este descenso se hace más acusado de entre todos los países de la Unión Europea. Este es un aspecto realmente serio y preocupante puesto que el potencial humano de las personas mayores no disminuye por la edad, sino por la obsolescencia de sus capacidades y competencias. Los trabajadores que no tengan asumida la necesidad de formación y que no actúen en consecuencia, es decir, aquellos que no desarrollen actividades de formación permanente están abocados a la pobreza de competencias y a la exclusión del mercado laboral. Solo si partimos un contexto sociopolítico que ofrezca suficientes y variadas propuestas de formación permanente, acompañadas de francas facilidades de acceso a las mismas, se podría extender la conciencia y el convencimiento en el aprendizaje permanente, o aprendizaje a lo largo de la vida, entre los trabajadores y trabajadoras de mayor edad como un factor propiciador más del envejecimiento activo de los ciudadanos.

²⁴ El número de analfabetos en España disminuyó entre los años 1978 al 2002 en más de un millón de personas, pasando de los 2.353.600 a los 1.043.100 del año 2002. Doce años más tarde, en el año 2014, la EPA cifraba el alfabetismo en nuestro país en 850.800 personas entre los 16 y los 69 años, uno de los más altos dentro de la Unión Europea.

f) Factores subjetivos tales como: la situación familiar y la esperanza de vida percibida por el propio individuo

Se incluyen en este epígrafe agentes que escapan del control o la influencia directa del mercado de trabajo, los condicionamientos económicos o cualquier otro factor ajeno al individuo y su esfera personal de relaciones íntimas. La familia, por un lado, juega un papel básico a la hora de adoptar la decisión de jubilarse o no, porque se suele estar fuertemente condicionado por las opiniones de los cónyuges y los hijos. La decisión final también puede verse alentada, o no estarlo, por la normativa y las condiciones financieras, como ya se ha señalado con anterioridad. Además hay que tener presente la apreciación subjetiva que la persona tiene de la esperanza de vida que le queda, y la calidad de la misma, como otro factor condicionante más.

g) El salario percibido

A diferencia de los factores anteriormente citados el salario percibido escapa al poder decisorio del propio trabajador, como ocurre en el caso de las jubilaciones voluntarias. En esta ocasión las decisiones dependen del empresario que será quien determine si le interesa mantener en su puesto de trabajo a un trabajador de mayor edad, a pesar de los estereotipos asociados a éstos y del incremento de salario que acompaña a la antigüedad de los trabajadores mayores. Desde otra perspectiva, la del trabajador, si éste percibe que está recibiendo un salario inferior a su esfuerzo, dedicación y productividad se sentirá víctima de discriminación salarial, por lo que puede comenzar a plantearse el paso a la jubilación como una opción más que interesante.

2. EVOLUCIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO DIRIGIDAS A LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS MAYORES

El problema fundamental que se asocia al grupo de las personas de 55 y más años de edad es la reducida tasa de actividad que poseen, especialmente baja en lo que respecta a las mujeres. En cualquier caso, la tasa de actividad es siempre inversamente proporcional al aumento de la esperanza de vida y a las óptimas condiciones biopsicológicas de las que disfrutaban los trabajadores mayores en la actualidad respecto a los representantes de la misma edad a finales del siglo XX. Este problema tiene, además, efectos en la demografía y la economía por lo que ha constituido durante mucho tiempo, como lo es ahora, uno de los principales asuntos incluidos en las agendas de los dirigentes de los estados miembros de la Unión Europea, lo que ha dado lugar a diferentes perspectivas en el abordaje del envejecimiento de los trabajadores que pasamos a señalar.

2.1. *El pasado: un mercado laboral sin trabajadores mayores*

Hasta bien entrados los años 90 del siglo XX las políticas de empleo dirigidas a los trabajadores mayores se centraron básicamente en facilitarles el acceso a la jubilación anticipada, a las prestaciones por desempleo y cualquier ayuda que allanara el camino hacia la jubilación, hasta el punto que se ha llegado a amenazar los sistemas públicos de pensiones. Esta fue la respuesta ofrecida ante una situación puntual originada por los cambios en los sistemas productivos tradicionales que incidieron especialmente en la situación laboral de los trabajadores mayores, convirtiendo sus transiciones laborales²⁵ en periodos largos y complejos a causa, básicamente, de su escasa empleabilidad.

Los argumentos esgrimidos para generar actitudes positivas hacia la apuesta por el milagro económico del reemplazo generacional habían logrado extender un clima social adverso hacia los trabajadores de mayor edad, sustentado en la difusión de arquetipos en los que se despreciaba la experiencia acumulada en sus dilatadas vidas laborales y profesionales. Las preconcepciones hacia el envejecimiento de los trabajadores, las creencias erróneas divulgadas respecto a sus potenciales, sobre su capacidad de aprendizaje y la pervivencia de sus competencias, junto al coste asociado a la antigüedad laboral, lograron difundir prejuicios que acabaron fuertemente arraigados en la población y que terminaron por generar un paulatino descenso en la consideración social del papel de los trabajadores mayores dentro de nuestras comunidades.

Sin embargo, las nuevas circunstancias económicas, laborales e institucionales han obligado a los países de la UE a tomar la decisión de “rectificar” en sus planteamientos y adoptar una perspectiva diametralmente opuesta: la de fomentar la

²⁵ El término transiciones laborales sustituye al concepto de inserción socio-laboral utilizado en los años 70 del siglo XX para referirse a la primera incursión de los jóvenes en el mercado laboral. En la actualidad se utiliza el término *transiciones*, en plural, para resaltar la complejidad de estos procesos y la variabilidad de los mismos, en función de las experiencias particulares por las que pasa cada persona. Los procesos de transición de la formación al trabajo, o transiciones, se delimitan en el tiempo entre el final de la educación, o formación inicial, de las personas y su asentamiento estable en un puesto de trabajo; por ello, cada trabajador, una vez que sale del sistema educativo deberá experimentar su propio proceso de transición al mundo del trabajo, que será tan original y único como lo es el propio sujeto que lo protagoniza. Tradicionalmente estos procesos se consideraban compuestos por diversas etapas en las que se alternaban periodos de desempleo de diversa duración, con periodos de empleo precario, hasta que el sujeto lograba alcanzar el puesto de trabajo que le permitía desarrollar una vida adulta con plenitud. Se asumían como procesos secuenciales, universales y generalizados en las vidas de las personas. De igual manera los itinerarios laborales también eran secuenciales y se componían de distintas fases asociadas a las fases vitales: formación, empleo. Sin embargo, hoy día estos procesos han dejado de ser lineales para pasar a ser discontinuos como consecuencia de diversos factores entre los que se encuentran: la precariedad laboral, los contratos de poca duración, las facilidades para el despido y la incertidumbre que rodea el mercado laboral.

permanencia en el empleo de los trabajadores mayores y aliviar, así, el lastre que supone el envejecimiento de la sociedad. Las primeras iniciativas se centraron, necesariamente, en combatir los prejuicios y preconcepciones hacia estos trabajadores y la marginación a la que se encontraban sometidos. A este respecto, la prohibición de discriminar por razón de edad introducida en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea²⁶ sirve para respaldar posteriores estrategias frente a los estereotipos y mitos falsos divulgados en el pasado. En algunos casos, los enfoques adoptados para cambiar la mentalidad difundiendo imágenes positivas de las personas mayores no han hecho más que reforzar lo que se pretendía erradicar: los estereotipos relacionados con la edad. Por ejemplo, cuando se afirma que un trabajador mayor inspira mayor confianza, ¿se está transmitiendo el mensaje subliminal de que los trabajadores jóvenes no la inspiran?

Con las nuevas circunstancias socio-económicas las instituciones europeas fueron asumiendo la estrategia del envejecimiento activo e incorporaron el concepto en sus directrices de los años 1999 y 2000²⁷, y en los posteriores encuentros celebrados por el Consejo Europeo —desde la Estrategia de Lisboa del año 2000, el Consejo Europeo de Estocolmo en 2001 y el Consejo Europeo de Barcelona en 2002— que permitieron establecer acuerdos en torno al nuevo concepto del *envejecimiento activo*, delimitado por la OMS²⁸ como un proceso de optimización de oportunidades de salud, participación y seguridad con el objetivo de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen. El envejecimiento activo se asienta en varios pilares básicos como la salud, la independencia, la productividad y la protección a fin de aumentar la calidad de vida en la vejez mediante hábitos de vida saludables y una prospectiva vital confortable en esta nueva etapa. El foco de atención se desplaza de las personas mayores como grupo separado y se dirige a todos los ciudadanos, dado que el envejecimiento es un proceso constante en todas las personas. A partir de 2001 se otorgó una mayor relevancia al envejecimiento activo convirtiéndolo en una directriz independiente que reclamaba acciones para propiciar, por un lado, los necesarios y profundos cambios en las actitudes sociales predominantes que existían hacia a los trabajadores de más edad —buscando sensibilizar a los empresarios sobre el potencial de dichos trabajadores— y, por otro lado, la revisión de las ventajosas medidas fiscales que fomentaban la desmotivación frente al trabajo, para ofrecerles, a cambio, otras

²⁶ Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. (2000/C 364/01). Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000, en el artículo 21.i. prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por causa de, entre otras, discapacidad y edad. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

²⁷ Consejo de la Unión Europea. “Directrices para las políticas de Empleo de los países Miembros para el año 2000”, *Revista del Ministerio de Trabajo*, 32, 2000. pp. 235-242.

²⁸ Organización Mundial de la Salud. “*Envejecimiento activo: un marco político*”, 2000, <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/oms-envejecimiento-01.pdf>.

que complacieran sus expectativas y les animasen a permanecer dentro del mercado laboral²⁹.

En España los principios del envejecimiento activo se recogen en la legislación mediante la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo³⁰ y en sus sucesivas reformas, destacando entre ellas la realizada en el año 2012 con el Real Decreto-ley 3/2012³¹, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que se inscribe dentro las iniciativas propuestas con la Declaración de la Unión Europea del año 2012 como “Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional” del que emanaron varios documentos encaminados a impulsar el envejecimiento activo en todas las facetas de la vida, incluyéndose la vertiente profesional, familiar y de la salud. Según dicha Declaración, el envejecimiento activo y la solidaridad intergeneracional requieren, entre otros aspectos, los siguientes:

- a) La participación a lo largo de la vida de cada persona de forma que se aseguren las oportunidades y el acceso a los servicios, así como a las actividades políticas, sociales, recreativas y culturales; y el voluntariado que ayuda a mantener los lazos sociales y evitar el aislamiento.
- b) El fomento de la participación en el mercado de trabajo mediante medidas en pro de la participación de los jóvenes y de los mayores en las actividades de formación y de aprendizaje permanente.
- c) El reconocimiento de los valores de cada grupo de edad y de su contribución a la sociedad.
- d) El fomento de la participación en la sociedad para vivir más tiempo y con mayor independencia.
- e) El fomento de la salud, la prevención y el diagnóstico precoz de enfermedades a lo largo de todo el ciclo vital, así como la rehabilitación, que conduzcan a un envejecimiento activo, sano y a una vida independiente, al mismo tiempo que se tienen en consideración las diferentes necesidades de las mujeres y de los hombres.
- f) La adaptación de los sistemas de seguridad social para que permitan ofrecer pensiones sostenibles y adecuadas para contribuir a reducir el número de personas mayores —con especial atención a las mujeres— que subsisten por debajo del umbral de la pobreza permitiéndoles vivir con dignidad.

²⁹ R. HESSEL, “*Envejecimiento activo en una sociedad...*”, *opus. cit.*, pp. 158 y ss.

³⁰ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

³¹ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/11/pdfs/BOE-A-2012-2076.pdf>.

2.2. *El futuro: un mercado laboral de trabajadores mayores*

Una vez acometidas las campañas de sensibilización diseñadas para desprogramar a la sociedad de la visión negativa sobre los trabajadores mayores imperante hasta entonces, el foco de atención se redirige hacia un factor esencial que no se había tenido en cuenta hasta el momento: *la formación permanente*. La Comisión Europea (2002)³² define esta modalidad de formación como cualquier actividad formativa y de aprendizaje realizada a lo largo de la vida con el objeto de mejorar los conocimientos, competencias, habilidades y aptitudes con una perspectiva personal, cívica, o social relacionada con el empleo.

El enfoque de la formación permanente, también denominado Aprendizaje a lo largo de la vida —*Lifelong Learning*³³—, es una de las piezas clave de la economía global y de la sociedad de la comunicación y del conocimiento en la que cobra especial interés dotar a los ciudadanos de las herramientas que les permitan adquirir la capacidad de “aprender a aprender” para que puedan adaptarse con eficacia a los cambios que se producen en nuestras comunidades sociales. Sin embargo, a pesar de ser un elemento básico del progreso y del bienestar de los ciudadanos, es un concepto que sigue estando fuertemente ligado a sus relaciones con el neoliberalismo industrial caracterizado por imponer una férrea presión adaptativa sobre los empleados como estrategia empresarial que logra así garantizarse las mejores cotas de competitividad en el mercado. Lejos de esta noción ya superada en la actualidad, al menos teóricamente, el término se asocia más bien con la actitud de compromiso que los trabajadores deben adoptar para mantenerse en constante ejercitación, desarrollándose en todas sus potencialidades; formándose no solo para superar etapas académicas, o adquirir títulos, sino para ser capaces de gestionar su propio aprendizaje —*Empowering individuals*—, reforzar su autoestima y alcanzar la plena satisfacción personal. Y es que, existen tres razones básicas que argumentan sobradamente la necesidad de incrementar la formación de las personas desempleadas de larga duración y con escasas posibilidades de acceso al mercado de trabajo debido a su baja cualificación³⁴:

³² Comisión Europea, “*Hacer realidad un espacio europeo del aprendizaje permanente*”, Resolución del Consejo de 27 de junio de 2002 sobre la educación permanente [Diario Oficial C 163 de 9.7.2002]. http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/lifelong_learning/c11054_es.htm.

³³ El término Aprendizaje a lo largo de la vida, o aprendizaje permanente (en inglés *Lifelong learning*) se definió en un encuentro desarrollado en Roma en el año 1994 por la ELLI (“The European Lifelong Learning Initiative”) al referirse al potencial humano de las personas a través de un proceso de apoyo persistente en el tiempo que estimule y capacite a los sujetos para adquirir conocimientos, valores, habilidades y comprensión de las cosas que van a necesitar, y para saber aplicarlos con confianza, creatividad y satisfacción en todos aquellos roles, circunstancias y ambientes en los se vean involucrados a lo largo de toda su vida.

³⁴ M. GARCÍA GRACIA, J. CASAL I BATALLÉ, R. MERINO PAREJA y A. SÁNCHEZ GELABERT, “Itinerarios de abandono escolar y transiciones tras la enseñanza secundaria obligato-

- a) la relevancia de obtener una formación inicial sólida sobre la que asentar futuros aprendizajes y procesos de formación continua,
- b) los vertiginosos cambios económicos que inciden en los patrones productivos e impiden respuestas rápidas y eficaces ante las demandas del mercado laboral, y
- c) la competitividad económica que exige una mano de obra cada vez más formada y especializada, capaz de acomodarse a los cambios con rapidez y eficacia.

Las políticas desarrolladas bajo el modelo del envejecimiento activo tratan de potenciar las capacidades de las personas cuando envejecen mediante la formación para que puedan desarrollar una vida productiva en la sociedad haciéndoles formar parte de la economía. El termino activo se refiere, así, a la participación en asuntos sociales, económicos, culturales, espirituales y cívicos, y no solo a estar activos física o económicamente.

Expuestas las bases definitorias de la cultura del aprendizaje permanente, y a la luz de los datos ofrecidos por la EPA para el segundo trimestre del año 2014, solo puede decirse que en España la adopción de la cultura del aprendizaje a lo largo de la vida está lejos de convertirse en una realidad. Los datos muestran que entre las personas activas con edades comprendidas entre los 55 y más años una abrumadora mayoría no cursan estudios, lo que representa un total de 2.944.100 personas frente a las 170.200 que sí los cursan; al igual que ocurre en los datos pertenecientes al segundo trimestre del año 2012 que nos sirven de comparación. De las personas activas que sí cursan estudios la gran mayoría opta por cursar solo estudios en la enseñanza no reglada³⁵, unas 149.600 personas frente a las 19.000 que cursan estudios solo reglados, y a las 1.600 personas que cursan estudios de las dos modalidades.

En cuanto al género no existen diferencias con la tendencia general que se acaba de exponer. Analizando detenidamente la presencia de personas activas en ambas modalidades de formación, en el segundo trimestre de 2014 se aprecia que en cuanto a los estudios reglados se demandan especialmente estudios de Educación superior, seguido de la Segunda etapa de educación secundaria con orientación general y de la Segunda etapa de educación secundaria con orientación profesional, siendo igual la tendencia para ambos géneros. Respecto a los

ria”, *Revista de Educación*, 361, mayo-agosto 2013, pp. 361-135.

³⁵ La enseñanza reglada abarca aquellas iniciativas de educación incluidas dentro del Sistema Educativo dependientes del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte constituidas por la Educación Infantil, la Educación Primaria, la Educación Secundaria Obligatoria, el Bachillerato, la Formación Profesional de Grado Medio y Superior y la Universidad; mientras que la enseñanza no reglada depende del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales cuyo enfoque se dirige a la formación dentro del ámbito empresarial.

estudios no reglados la tendencia es exactamente la misma que en el caso de la enseñanza reglada, a diferencia de que el número de personas es mucho mayor en los cursos no reglados. Los mismos datos muestran resultados similares, 183.000 personas cursaron estudios no reglados, frente a las 10.000 personas que lo hicieron en la enseñanza reglada. Por sexos, en un total de 106.300 mujeres optaron por la enseñanza no reglada, frente a los 76.700 hombres que se decantaron por esta opción. En el caso de las personas inactivas entre 55 y 69 años, tanto en el segundo trimestre del año 2012 como en el 2014, es mayor el número de personas que no cursa estudios frente a aquellas que sí lo hacen y, respecto a éstas últimas, es significativo que cursen estudios las personas de más edad, es decir, las de edades comprendidas entre 65 y 69 años, cursando estudios muchas más mujeres que hombres, con el predominio los estudios no reglados frente a los reglados.

En un panorama como el que se acaba de describir España se suma a la iniciativa en curso promovida por la Comisión Europea, anteriormente indicada, denominada Estrategia Europa 2020³⁶, una estrategia acordada por la Comisión Europea que pretende cinco objetivos en materia de empleo, innovación, educación, integración social y clima/energía para ser desarrollados en un plazo de 10 años:

- Garantizar el empleo al 75% de las personas de 20 a 64 años.
- Invertir el 3% del PIB de la UE en investigación y desarrollo.
- Situar las emisiones de gases de efecto invernadero un 20% (o incluso un 30%) por debajo de los niveles de 1990, generar el 20% de nuestras necesidades de energía a partir de fuentes renovables y aumentar la eficacia energética un 20%.
- Reducir las tasas de abandono escolar por debajo del 10% y lograr que al menos un 40% de las personas de 30 a 34 años hayan terminado estudios superiores.
- Reducir al menos en 20 millones el número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social.

Estos objetivos representan metas comunes para todos países miembros del UE a los que se insta a desarrollar acciones tanto a nivel comunitario, nacional y local ya que estos objetivos conforman los parámetros definitorios de lo que la propia Unión Europea espera llegar a ser en el año 2020. En el documento final editado en el año 2013³⁷ se incide en la importancia de adquirir un compromiso

³⁶ Comunicación de la Comisión Europea, “*Europa 2020: Una estrategia para el crecimiento inteligente, sostenible e integrador*”, [COM (2010) 2020, de 3 de marzo], 2010. <http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20EN%20BARROSO%20%20%20007%20-%20Europe%202020%20-%20EN%20version.pdf>.

³⁷ Comisión Europea. *Europa 2020: la estrategia europea de crecimiento*, Bruselas, 2013, disponible en http://ec.europa.eu/europe2020/index_es.htm. Este documento al terminar de redactarse más de dos años después de adoptarse la estrategia Europa 2020 incluye experiencias

serio con el desarrollo de las medidas en el ámbito de competencias nacionales en las que se combinen los tres enfoques básicos que sustentan la estructura de la Estrategia Europa 2020: un crecimiento inteligente basado en la apuesta por el conocimiento y la innovación; un crecimiento sostenible basado en el uso eficaz de los recursos y orientado hacia las energías limpias y, por último, en un crecimiento integrador que ofrezca numerosas opciones de empleo, en una economía que respalde la cohesión social y territorial.

2.2.1. Estrategia española “55 años y más”

En general, las recomendaciones e iniciativas europeas dirigidas específicamente a los trabajadores mayores han estado siempre solapadas dentro de otras más amplias que las englobaban a la espera de que se concretasen en propuestas iniciadas por los gobiernos nacionales. En este marco surge la *Estrategia 55 y más* (que es fruto del compromiso adoptado en el Acuerdo Social y Económico (ASE) firmado el 2 de febrero de 2011 entre el Gobierno y las organizaciones sindicales. Planteado con una vigencia de dos años, iniciada en diciembre de 2012, la Estrategia española incluye medidas en materia de empleo, formación y condiciones de trabajo con el objetivo de conseguir la prolongación de la vida laboral entre los trabajadores mayores de 55 años en desempleo. El diseño de la Estrategia se sustenta en la adopción de una perspectiva integral por parte de las administraciones públicas que facilite el acceso a los fondos necesarios y a los incentivos económicos asociados a los programas de formación en empresas dependientes de los Servicios Públicos de Empleo (en adelante, SEPE) convocantes de las ofertas de la Formación Profesional para el Empleo.

La *Estrategia 55 y más* se regula mediante la Resolución de 14 de noviembre de 2011 por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011 que, a su vez, aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y Trabajadoras de Más Edad 2012-2014, nacida como un instrumento para establecer el marco general de las políticas que se dirijan a favorecer el empleo de las personas de más edad, considerándose como tales a los trabajadores y a las trabajadoras de más de 55 años, sin perjuicio de que algunas de las medidas propuestas puedan ser aplicadas a personas de 45 años en adelante. La

e iniciativas ya iniciadas como por ejemplo el caso de un proyecto piloto en el ámbito del envejecimiento activo y saludable que constituyó el punto de partida de una serie de cooperaciones de innovación europea. Éstas cooperaciones tienen por objeto movilizar a los agentes relacionados con la innovación en torno a un objetivo global —como el envejecimiento saludable— para acelerar la obtención de soluciones innovadoras a los desafíos constantes a los que se enfrentan las comunidades sociales. Esta iniciativa pionera está favoreciendo la aparición de nuevos proyectos en diversos campos en los que se estudia la utilización eficiente del agua o el diseño de ciudades inteligentes.

Resolución de 14 de noviembre de 2011 incide en la situación de las mujeres desempleadas pertenecientes a este rango de edad, de 55 y más años, cuya tasa sigue aumentando en mayor medida que los hombres, aunque ambos casos comparten una situación peor cuanto menor es su cualificación profesional.

Los objetivos generales que orientan la *Estrategia 55 y más* para su periodo de vigencia entre los años 2012 y 2014 se concretan en los siguientes:

- elevar la tasa empleo y reducir el desempleo de los trabajadores y las trabajadoras mayores de 55 años;
- favorecer el mantenimiento en el empleo de los trabajadores y trabajadoras mayores de 55 años para contribuir a la prolongación de la vida laboral y a la existencia de carreras de cotización a la Seguridad Social más largas;
- mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores y las trabajadoras mayores de 55 años, con particular atención a la mejora de su seguridad y salud en el trabajo; y
- promover la reincorporación al mercado de trabajo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad que pierden su empleo, asegurando una adecuada protección social durante su permanencia en situación de desempleo.

La *Estrategia 55 y más* distribuye las medidas que propone en tres categorías, pero solo en la segunda tipología se hace referencia a medidas de carácter formativo. En concreto son solo dos medidas, expresadas con la vaguedad y generalidad que caracterizan las propuestas gubernamentales en esta materia, las que apuestan por la formación como vía para alcanzar la inclusión social de las personas mayores.

Las tres grandes categorías que recogen las medidas contenidas en la *Estrategia 55 y más* son las siguientes:

- a) Categoría I: *Medidas para favorecer la permanencia* de los trabajadores y trabajadoras de más edad en el mercado de trabajo. Esta tipología se compone de medidas como: las de carácter fiscal y económico dirigidas a las empresas e instituciones participantes en la formación de los trabajadores de este colectivo mediante incentivos asociados a programas concretos; la creación de la figura del tutor como encargado de diagnosticar las carencias formativas de los empleados de mayor edad; la futura creación de un plan de formación específico que unifique las iniciativas que se desarrollen; la implantación jubilación gradual y contrato de relevo³⁸; las reducciones y bonificaciones a las empresas por diversos motivos como la contratación indefinida a mayores de 55 años y a los trabajadores que permanezcan activos tras cumplir 65 años.

³⁸ Para más información véase: J. F. CALVO GALLEGO, *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*. Minerva, 2002.

- b) Categoría II: *Medidas dirigidas a favorecer la reincorporación* al mercado de trabajo cuando quedan desempleados los mayores de 55 años. Las medidas reunidas por la Resolución de 14 de noviembre de 2011 dentro de esta categoría insisten en la importancia de incentivar la creación de empleo entre este colectivo por su alto riesgo de exclusión social. Entre las medidas que contiene, dos de ellas implican procesos de formación teórico-práctico en empresas, ya que las cinco medidas restantes ofrecen ventajas e incentivos a empresarios y trabajadores, tales como: bonificaciones a empresas por establecer contratos indefinidos a parados de larga duración, mayores de 45 años, y posibilidades de trabajo a tiempo parcial para los jubilados, con una reducción de la pensión en función de la duración de la jornada laboral. Las medidas con una orientación claramente dirigida hacia la formación son las siguientes que se recogen de manera textual:
- *Medida 1:* En el programa de Talleres de Empleo, dirigido a desempleados demandantes de empleo mayores de 25 años, tienen preferencia en la selección, entre otros, los candidatos mayores de 45 años.
 - *Medida 2:* El modelo de formación para el empleo está destinado para todos los trabajadores, ocupados y desempleados, dando prioridad a los colectivos con mayores dificultades de inserción, como los mayores de 45 años.
- c) Categoría III: *Medidas relacionadas con la protección social y con la edad de jubilación* de los mayores, que incluye normas para establecer la cuantía y condiciones de la pensión, la regulación de la edad ordinaria de jubilación, así como de los despidos colectivos que afecten a mayores de 55 años en los que se obliga a la empresa a suscribir un convenio de cobertura en la Seguridad Social hasta que cumplan 61 años, entre otras de similar alcance.

Las medidas previstas en la *Estrategia 55 y más* se articulan en torno a varias líneas de actuación que han de servir para potenciar un tratamiento específico por parte de las Administraciones Públicas y de los interlocutores sociales de la situación de las personas mayores de 55 años desempleadas, equiparable en importancia e intensidad a los esfuerzos que se realizan con otros colectivos afectados por el desempleo en el actual contexto económico-laboral, marcado por la consolidación fiscal y la austeridad en el gasto público. Sin embargo, a estas alturas, puede decirse que la Estrategia española ha tenido una escasa repercusión social y aún menos éxito a la luz de los resultados obtenidos una vez finalizado su periodo de vigencia. Los datos de la EPA muestran que la *Estrategia 55 y más* no ha sido capaz de alcanzar los objetivos previstos ya que, lejos de conseguir que el sector de los trabajadores mayores de 55 años alcance cotas más altas de empleo, desde que se inició el año 2012 hasta el final del año pasado año 2014 el número de parados mayores de 55 años ha aumentado en 160.500 personas.

3. INICIATIVAS DE FORMACIÓN DIRIGIDAS A LOS TRABAJADORES MAYORES DENTRO DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO

Hasta la reciente entrada en vigor del Real Decreto-ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, el Sistema de Formación Profesional para el Empleo (en adelante, FPE) estaba regulado por el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, que en su momento supuso importantes cambios en el planteamiento de la formación profesional en el marco laboral. El principal cambio introducido vino representado por el paso de una estructura compuesta por dos subsistemas, el de la formación para los trabajadores desempleados (Formación Profesional Ocupacional) y el de la formación para los trabajadores ocupados (Formación Continua) a establecerse un único modelo la formación dirigido a todos los trabajadores, tanto ocupados como desempleados, reconociendo así la estrecha vinculación existente entre la formación y el empleo.

La nueva ley, el RDL 4/2015, también incorpora modificaciones significativas en el modelo de formación profesional laboral en España que afectan, en este caso, a la gobernanza del sistema, al papel de los distintos agentes y órganos que intervienen en la administración del mismo, a los mecanismos de control de la formación y al régimen sancionador aplicable a las infracciones relacionadas con la formación de los trabajadores, poniendo de manifiesto así el Gobierno su compromiso con el principio de tolerancia cero frente al fraude³⁹. En este sentido, la nueva norma modifica el papel de los interlocutores sociales desapareciendo el marcado protagonismo del que disfrutaban en el desarrollo de estrategias comunes para los diferentes sectores productivos en el marco de la unidad de mercado. De todas formas, se mantienen las funciones que las organizaciones empresariales y sindicales venían realizando en el diseño, programación y difusión de los cursos de formación profesional en el ámbito laboral. El papel protagonista recae ahora sobre la Administración General del Estado, a través de la nueva Fundación Estatal para la Formación en el Empleo —hasta ahora denominada Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo— y en su Patronato donde la Administración General del Estado se asegura la representación mayoritaria en detrimento de las comunidades autónomas y las organizaciones empresariales y sindicales presentes en el ámbito socio-laboral español —art. 27.1—. La presidencia del Patronato recaerá sobre el titular de la Secretaría de Estado de Empleo quién cuenta con el

³⁹ Consecuencia del clima social generado por los numerosos casos que se encuentran actualmente bajo investigación de presuntos fraudes cometidos en diversas comunidades autónomas relacionados con partidas presupuestarias destinadas a cursos formativos para trabajadores.

voto dirimente en caso de empate en las votaciones de toma de decisiones garantizándose, de esta manera, el control sobre la formación profesional.

Igualmente, dentro del marco de competencias de la Administración General del Estado se establece la creación de una Unidad especial de Inspección dentro de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social —art. 19.2— que tendrá la misión de desarrollar anualmente un programa de inspección en base a la información facilitada por el SEPE y, en su caso, por los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas cuando éstas tengan incluidas, en sus correspondientes planes de actuación territorial, la asunción actuaciones concretas en materia de formación profesional para el empleo por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos previstos en la normativa autonómica. Otra innovación incluida en la nueva norma se refiere a la limitación que se establece respecto a la cuantía de los pagos anticipados, que pasan del 100% al 25% —art. 7.6— y la prohibición expresa de la subcontratación tanto en lo referente a la impartición como a la organización de los cursos de formación —art. 10.3—.

En el aspecto puramente formativo el RDL 4/2015 introduce la concurrencia competitiva abierta a todos los proveedores de formación acreditados —art. 7—, por lo que la gestión de la formación de oferta o subvencionada se realizará a partir de ahora bajo este régimen, lo que implica que ya no serán los agentes sociales los únicos habilitados para participar en la misma. Por otro lado, el artículo 10.3. introduce como novedad la posibilidad de que cualquiera de las empresas que constituyan un grupo empresarial podrán organizar la formación de los trabajadores del grupo por sí mismas, así como impartir la formación empleando para ello medios propios o mediante la contratación de estos servicios. Igualmente, la norma señala las siguientes obligaciones —art. 17— que deben cumplir las entidades formadoras:

- a) Cumplir con la impartición de las acciones formativas las prescripciones que les sean de aplicación en virtud de disposición legal o reglamentaria, incluida la obligación de impartir formación en los espacios y los medios formativos acreditados y/o inscritos para tal fin;
- b) Facilitar y corresponsabilizarse en el seguimiento de la participación de los alumnos, del aprendizaje y su evaluación, así como en la investigación de metodologías y herramientas necesarias para la puesta al día del sistema;
- c) Someterse a los controles y auditorías de calidad que establezcan las Administraciones competentes, cuyos resultados se incorporarán a los registros en los que estén inscritas;
- d) Mantener las exigencias técnico-pedagógicas, de instalaciones, equipamiento y medios humanos tenidas en cuenta para la acreditación o inscripción de la especialidad;

- e) Colaborar en los procesos para la selección de participantes y para su inserción en el mercado de trabajo cuando sean desempleados, en la forma que determine la Administración competente;
- f) Comunicar a la Administración pública competente para mantener la inscripción como entidad de formación cualquier cambio de titularidad o de forma jurídica de la misma.

Desaparece con la nueva ley la formación a distancia convencional, regulada por el artículo 8 del RD 395/2007, permaneciendo las restantes tipologías de formación. El artículo 15 del RDL 4/2015 ofrece, por tanto, los siguientes tipos: la formación presencial, la teleformación o la formación mixta cuando se trata de compaginar las dos primeras. Para cualquiera de las modalidades indicadas, los fines que se persiguen —art. 3— se concretan en los siguientes aspectos:

- a) Favorecer la formación a lo largo de la vida de los trabajadores desempleados y ocupados para mejorar sus competencias profesionales y sus itinerarios de empleo y formación, así como su desarrollo personal y profesional;
- b) Contribuir a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas;
- c) Atender a los requerimientos del mercado de trabajo y a las necesidades de las empresas, proporcionando a los trabajadores las competencias, prácticas y conocimientos adecuados;
- d) Mejorar la empleabilidad de los trabajadores, especialmente de los que tienen mayores dificultades de mantenimiento en el empleo o de inserción laboral;
- e) Promover que las competencias profesionales adquiridas por los trabajadores, tanto a través de procesos formativos como de la experiencia laboral, sean objeto de acreditación profesional.

Otra de las novedades destacables se dirige a garantizar el control de las iniciativas de formación impartidas mediante la creación de un sistema de información, evaluación y calidad —art. 22.3— dependiente del Servicio Público de Empleo Estatal que será el encargado de desarrollar y mantener permanentemente actualizado un Catálogo de Especialidades Formativas en el que se incluirá toda la oferta formativa desarrollada en el marco del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, incluida la dirigida a la obtención de Certificados de Profesionalidad, así como los requerimientos mínimos tanto del personal docente y de los participantes como de las instalaciones y equipamientos para la impartición de cada especialidad formativa. La actualización permanente de dicho Catálogo se anticipará a las nuevas especialidades formativas y a las demandas de formación de los sectores y ocupaciones emergentes que se produzcan en el mercado laboral.

La FPE mantiene su objetivo básico centrado en atender de manera adecuada y efectiva “*la interrelación que existe entre formación y puesto de trabajo en una economía dinámica*” (Amor, 2008: 123⁴⁰), impulsando y extendiendo entre las empresas y los trabajadores una formación que responda sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento. Es decir, permitiendo que los trabajadores adquieran nuevas competencias para acceder al mercado laboral o actualicen las mismas para formarse en otros sectores económicos; lo que en última instancia les facilita la movilidad y anticiparse a los posibles cambios que se produzcan en su esfera personal y laboral.

En cuanto a las iniciativas de formación profesional para el empleo que establece el RDL 4/2015 se concretan en el artículo 9 que señala las siguientes modalidades:

- a) La primera modalidad concierne a la formación programada por las empresas para sus trabajadores. Dentro de esta tipología destacamos el artículo 10.4, referido a la financiación de los costes derivados de la formación prevista, que establece que las empresas contarán con un “cheque formación” que podrán hacer efectivo mediante bonificaciones en las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social a medida que se efectúa la comunicación de finalización de las acciones formativas realizadas.
- b) La oferta de las administraciones competentes para trabajadores ocupados representa la segunda modalidad compuesta por los programas de formación sectoriales y los programas de formación transversales, así como por los programas de cualificación y reconocimiento profesional.
- c) La oferta de las administraciones competentes para trabajadores desempleados en la que se incluyen los programas de formación dirigidos a cubrir las necesidades detectadas por los servicios públicos de empleo, los programas específicos de formación y los programas formativos con compromiso de contratación, éstos últimos para personas menores de 25 años.
- d) Otras iniciativas de formación para el empleo en las que se incluyen los permisos individuales de formación, la formación en alternancia con el empleo, la formación para empleados públicos y la formación no financiada con fondos públicos desarrollada por entidades y centros privados destinada a la obtención de certificados de profesionalidad. Igualmente se incorporan las iniciativas de formación dirigidas a las personas en situación de privación de libertad y la formación de los militares de tropa y marinería que mantengan una relación de carácter temporal con las Fuerzas Armadas

⁴⁰ E. AMOR BRAVO, “Veinte años del programa de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Taller de Empleo. (Reflexiones para el futuro)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 71, 2008, pp: 123-148.

cuando exista el prescriptivo convenio entre las instituciones públicas competentes.

Sobre el papel las iniciativas contenidas en el RDL 4/2015 no indican expresamente las medidas que se acometerán para neutralizar los problemas de empleo con los que se enfrentan los trabajadores de más edad, por lo que con total probabilidad empeorarán. Todo queda a la espera de que nuevas normas regulen las propuestas concretas que logren alcanzar los objetivos que no han logrado paquetes de medidas ya desarrolladas como la “Estrategia 55 años y más”, a la que hemos dedicado el apartado anterior poniendo de manifiesto su nulo impacto sobre la situación que nos ocupa.

Los programas dirigidos a la población mayor deben centrarse en, al menos, tres objetivos concretos⁴¹, tales como: concretarse como espacios de encuentro, intercambio y reflexión en los que los mayores sean partícipes y protagonistas de los procesos de enseñanza-aprendizaje en los que se involucren para que se conviertan en experiencias en las que compartir inquietudes, expectativas, preocupaciones e ilusiones comunes; posibilitar el acceso al conocimiento científico y cultural; y contribuir a los mayores continúen participando activamente social activa.

4. CAPACIDAD DE APRENDIZAJE Y EDAD: EL RETO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN PARA LAS PERSONAS MAYORES

La capacidad de aprendizaje de las personas no viene determinada por la edad, aunque sí se encuentra supeditada por las condiciones de trabajo en las que se han desarrollado los trabajadores a lo largo de su vida laboral. De esta manera, los trabajadores que desarrollan su labor en un entorno en el que se imparte formación, así como aquellos trabajos ligados a sectores profesionales que requieren un nivel de cualificación superior, suelen estar más involucrados en procesos de aprendizaje, ajuste y reciclaje, demostrando una capacidad de aprendizaje prácticamente intacta a lo largo de su vida. Solo las enfermedades incapacitantes que merman las capacidades físicas y/o cognitivas de las personas pueden afectar a las estrategias y habilidades de aprendizaje ya adquiridas que les permiten seguir aprendiendo. Todas las personas, a cualquier edad, *“aprendemos a lo largo y ancho de nuestras vidas, pues cualquier entorno relacional o situación vivida nos proporciona expe-*

⁴¹ J. M. ORTEGA TUDELA, “Los mayores ante las Tecnologías de la Información y la Comunicación”, en M. J. Gómez Torres (Ed). *La atención a las personas mayores...*, opus. cit., 2013, p. 150.

riencia de la que extraer aprendizajes”⁴². De igual manera, el potencial productivo de las personas tampoco se ve afectado por el envejecimiento⁴³, pues la disminución del rendimiento que suele achacarse a la edad puede deberse a otras circunstancias como la obsolescencia de las cualificaciones o a un fenómeno de desgaste (“*burn-out*”) que puede afectarnos a cualquier edad. Frente a estos fenómenos se lucha mediante una formación acomodada a las necesidades de aprendizaje identificadas y con la adaptación de las condiciones de trabajo.

Uno de los retos a los que se enfrentan las personas con edades superiores a los 55 años está en alcanzar el dominio de los lenguajes tecnológicos y audiovisuales propios de la sociedad de la información y el conocimiento: *la alfabetización digital*. Este concepto engloba un gran número de habilidades, conocimientos, actitudes y destrezas que se han convertido en esenciales para nuestro quehacer diario (gestionar nuestro dinero, comprar, identificarnos, relacionarnos, trabajar, etc.) La alfabetización digital implica mucho más que el manejo más o menos eficaz del ordenador pues supone la adopción de una actitud que posibilite el dominio de las ideas, la adquisición de una conciencia crítica, la apertura al mundo, la participación plena y responsable en la sociedad, etc. La dominar el lenguaje digital se erige como una destreza básica asociada a la supervivencia personal, social y laboral⁴⁴ con un objetivo básico: favorecer la calidad de vida de todas las personas, cualquiera que sea su condición, sexo, raza, edad, religión, origen, etc. Inmersos como estamos en la complejidad del mundo actual nos percatamos de la necesidad de propiciar “una innovación social paralela”⁴⁵ que sea la artífice del acceso real, y en igualdad de condiciones, a la amplia gama de ofertas tecnológicas disponibles para evitar la *brecha digital* en la que se alojan la mayor parte de las personas mayores de nuestro país, un concepto que se relaciona directamente con la situación económica del usuario, por lo que puede señalarse la relación directa entre pobreza y brecha digital.

Las posibilidades que ofrecen las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, TIC) para interactuar y relacionarse dentro de la sociedad de la información y el conocimiento posibilita que las personas cuenten con mayores garantías de alcanzar un alto nivel de integración social, llegando a diluir los lími-

⁴² L. BERMEJO GARCÍA, “Aprendizaje a lo largo de toda la vida: los programas socio-educativos con personas mayores”, en M. J. Gómez Torres (Ed). “*La atención a las personas mayores...*”, *opus. cit.*, 2013, p. 105.

⁴³ OCDE. Older Workers. Living longer, working longer. (Boletín DELSA, 2006, n° 2), en <http://www.oecd.org/social/family/35961390.pdf>.

⁴⁴ J. L. TRAVIESO, y J. PANELLA, “La alfabetización digital como factor de inclusión social: una mirada crítica”, *UOCpapers. Revista sobre la sociedad del conocimiento*, n° 6, 2008, sin numerar, en <http://www.uoc.edu/uocpapers/6/dt/esp/travieso-planella.pdf>.

⁴⁵ J. M. ORTEGA TUDELA, “Los mayores ante las Tecnologías de la Información y la Comunicación”, *opus. cit.*, 2013, pp: 161.

tes que tradicionalmente llevaba aparejada la edad. Actualmente, la vida laboral de los trabajadores y trabajadoras mayores está ligada al manejo y uso de las TIC como herramienta de trabajo, en mayor o menor medida en función del nivel de formación requerido para el desempeño de sus tareas profesionales y laborales. Esto ha propiciado que las TIC se hayan incorporado de manera natural al día a día de los trabajadores traspasando la frontera entre vida laboral y personal, y favoreciendo, así, que éstos trabajadores continúen utilizándolas más allá de su vida activa. Sin embargo, en el caso de las mujeres mayores la brecha digital es más acusada por las siguientes razones⁴⁶:

- Por su condición de persona mayor, ya que en este segmento de edad se establece una brecha digital más profunda que en otras cohortes de edad. Las razones suelen estar asociadas a temores y autocensuras que tienen su origen en la inseguridad, e incluso la vergüenza, que para estas personas representa reconocer su falta de conocimiento y destrezas con las nuevas tecnologías. Hay que tener presente que las personas mayores han contado con escasas oportunidades de experimentar con las TIC lo que les infunde temor a perder el control en el manejo del ordenador, desbordándoles la ingente información que deben conocer pero que no logran dominar. Si a esto se le suma el hecho de desconocer las ventajas de la experimentación mediante el método de ensayo-error y/o las malas experiencias previas de aprendizaje nos encontramos con personas desmotivadas frente a los recursos y herramientas virtuales.
- Por su mayor esperanza de vida respecto a los hombres y, por tanto, su número es mayor dentro de esta cohorte de edad.
- Por encontrarse en una situación de mayor exclusión social dado el papel tradicional que han venido desarrollando tanto dentro del hogar como en la sociedad donde han realizando tareas de baja cualificación que no suelen requerir el uso de las TIC.

Estas razones justifican que las políticas de impulso y fomento de la inclusión digital deban adoptar una perspectiva transversal en el tratamiento de la igualdad de género que implique a todos los ámbitos, niveles y etapas en las que se vean involucradas las personas mayores. Su diseño debe basarse en la igualdad de mujeres y hombres en el acceso y el uso de las TIC, atendiendo especialmente al colectivo de trabajadoras y trabajadores mayores. Esto implica no solo potenciar el uso de las nuevas tecnologías por parte de este colectivo sino, también, atender al diseño mismo del hardware y del software para que se adapten a las personas y a

⁴⁶ Defensor del Pueblo Andaluz. “*Las personas mayores y las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) en Andalucía*”, Informe final al Parlamento, 2011, pp. 42-43, en <http://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/PERSONAS%20MAYORES%20marcadores.pdf>.

sus circunstancias, dada la falta de neutralidad de la investigación científica y tecnológica, y del desarrollo de aplicaciones, que persigue satisfacer principalmente las necesidades un mercado más joven y ferviente consumidor de sus productos.

5. REFLEXIONES FINALES

Si la formación de los trabajadores mayores es un factor que incrementa su productividad, su empleabilidad y su vida activa dentro del mercado de trabajo, el papel que juegan los interlocutores sociales es crucial a la hora de fomentar centros de trabajo en los que se favorezcan el aprendizaje y se aproveche el potencial de aprendizaje y la experiencia latente de sus asalariados. La edad sigue siendo un factor que incrementa las desigualdades de acceso a la formación permanente, por ello la formación puede ser un revulsivo que incremente la motivación hacia el progreso profesional a cualquier edad, con ofertas de trabajo tentadoras que actúen en especial sobre los trabajadores que pueden encontrarse discriminados por su pertenencia a un grupo-profesional de baja cualificación en el que se encuentran confinados. De esta manera los programas de formación deberían diseñarse para todas las edades en función de los niveles de cualificación.

Si factor esencial en la incorporación y uso de las TIC por parte de la población, sea cual sea su edad, y especialmente en el caso de las mujeres, es el nivel formativo alcanzado es necesario que el diseño y la programación de la Formación Profesional para el Empleo oferte un amplio paquete de programas adaptados a las características individuales de las personas mayores, con la posibilidad real de contar con libre acceso a Internet y un ordenador, como condición necesaria para que las oportunidades de inclusión en el mundo digital sean iguales para todos y todas a cualquier edad. Las políticas de carácter laboral, y con ellas las medidas en materia de formación, deben ser neutrales y universales respecto a la edad, es decir, deben representar una opción atractiva tanto para los trabajadores jóvenes como para los que ya no se integran en esa categoría de edad, e independientemente de su experiencia laboral.

Las herramientas actuales de formación como la modalidad de teleformación y la modalidad e-learning ofrecen ventajas que los mayores no serán capaces de apreciar si no se sienten capaces y motivados para emprender el reto de seguir formándose en y mediante las TIC. Corresponde a las Administraciones públicas adoptar la perspectiva de la transversalidad para cerrar la persistente brecha digital que existe, con especial profundidad, en el segmento de los trabajadores mayores; puesto que la inclusión digital de los más jóvenes puede decirse que se hace cada día más real.

Por último, la investigación acerca del aprendizaje permanente orientado a los trabajadores de más edad debe recibir un impulso acorde con el papel esencial

que desempeña en la lucha frente a los problemas con los que éstas personas se encontrarán en un mercado laboral futuro. La sociedad del conocimiento, y la evolución socio-económica que de ella deriva, exige una formación dirigida hacia procesos más intensivos en conocimiento, por lo que la investigación puede ofrecer más información sobre cómo estos procesos afectan a los trabajadores y trabajadoras de diferentes segmentos de la población incrementando las opciones de adaptación de los programas de formación a las características individuales de los usuarios.

Modalidades contractuales e integración o conservación de la relación de personas de edad avanzada

Antonio José Valverde Asencio

*Profesor Titular
Universidad de Sevilla*

1. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo vamos a analizar, siquiera brevemente, la existencia de fórmulas de integración o conservación del puesto de trabajo para personas de determinada edad. Concluiremos, ya lo avanzamos, con que no hay una atención específica integral para un colectivo con una problemática determinada, identificable como tal y digna de atención. Por tanto, ni siquiera podemos hablar de modalidades contractuales de integración o conservación de la relación laboral para trabajadores a partir de un rango de edad determinado; solo podemos encontrar medidas residuales, por tangenciales.

Pero antes de llegar a esta conclusión adelantada, nos debemos preguntar, en primer lugar, sobre la oportunidad de establecer legalmente un determinado *status*, si se nos permite la expresión, para un colectivo de trabajadores o de demandantes de empleo en el que concurren circunstancias específicas. Estas circunstancias, fundamentalmente en materia de empleo, se centran en la especial incidencia de incremento del desempleo en este colectivo, seguramente derivado de su afectación en los casos de despido, las dificultades de recolocación y el paro de larga duración. Todo lo anterior unido a una tradicional desatención en los procesos de selección de las empresas respecto a personas a partir de un determinado rango de edad.

El legislador no ha tenido claro cuál debe ser la aproximación a la necesidad de una atención específica a este colectivo.

Recientemente, cuando este colectivo ha tenido una regulación específica, lo ha sido desde la perspectiva de las denominadas políticas pasivas de empleo. Y no siempre teniendo en cuenta la atención a sus necesidades. En muchas ocasiones, dicha regulación ha partido de la perspectiva del coste que para el propio sistema de Seguridad Social podrían tener determinadas decisiones empresariales. De esta forma, la regulación de las prestaciones por desempleo para mayores de cincuenta y cinco años; las obligaciones impuestas, en caso de despido colectivo de mayores de cincuenta, a empresas de determinado tamaño; o, en supuestos similares, en ca-

so de despido de mayores de cincuenta y cinco cuando las empresas no estuvieran en concurso (obligación de formalizar el correspondiente convenio especial con la seguridad social) son ejemplos de lo que decimos.

Solo el mantenimiento de las rentas activas de inserción y, más recientemente, los denominados programas de activación para el empleo que pretenden dar cobertura a personas con dificultades de acceso al empleo que hubieran agotado prestaciones previas (en las que seguramente concurren los rangos de edad objeto de estas páginas) pueden comprenderse como medidas de subsistencia para un colectivo genérico que se puede identificar como de personas de edad avanzada con las referidas dificultades de recolocación.

Por consiguiente, pese a su particular situación en el mercado de trabajo, no hay una actuación definida para este colectivo, salvo medidas como las ya enunciadas o algunas medidas de fomento del empleo que, ahora con carácter residual, afectan a personas que podrían entenderse incluidas dentro del mismo.

Y ello pese a que este colectivo presenta una evidente problemática específica.

Conforme afirma el propio Gobierno en el Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016, se reconoce un significativo aumento del desempleo en los mayores de cincuenta y cinco años en el período de crisis, al tiempo que un fuerte aumento de participación en el mercado de trabajo, fundamentalmente por parte de mujeres. Asimismo se concentra en este sector de la población activa una particular incidencia del paro de larga duración.

El Plan Anual de Política de Empleo para 2015 (Resolución de 29 de julio de 2015, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de julio de 2015 —BOE de 11 de agosto—) insiste en estos datos, aunque referido, en esta ocasión, de los mayores de cuarenta y cinco años.

Sin embargo, como decimos, más allá de las medidas genéricas enunciadas —principalmente los programas de activación para el empleo que contempla el Real decreto ley 16/2014 como fórmula para mantener temporalmente la anterior renta activa de empleo, sustituta efectiva de una auténtica renta de subsistencia para sectores absolutamente desprotegidos—, no hay una política definida como tal que afecte específicamente a este colectivo, en que se dan situaciones de especial vulnerabilidad y sobre el que ha recaído, en gran medida, el peso de la crisis a través de la auténtica devaluación interna que se ha dado.

En materia de políticas activas de empleo, ligadas a modalidades de contratación, sólo nos encontramos en la actualidad con medidas relativamente residuales (por cierto, alguna de ellas vinculadas al fomento de autoempleo de jóvenes) como son las de fomento ligadas, respectivamente, al contrato de emprendedores de la Ley 3/2012 y de apoyo al emprendimiento del art. 11 de la Ley 11/2013.

En definitiva, incremento de la incorporación al trabajo, desempleo de larga duración, dificultades de recolocación en supuestos de pérdida previa del empleo, desatención en los procesos de selección por parte de las empresas, que, en todo caso, prefieren personal más joven, son algunos de los problemas recurrentes que plantea este colectivo. Entre estos problemas recurrentes no puede obviarse la perspectiva de género. Esta problemática afecta particularmente a la mujer y a su incorporación en condiciones de igualdad efectiva al empleo, a la afectación de las condiciones de trabajo y a su incorporación al trabajo.

Y en todo ello, asistimos a una falta de definición legal de este colectivo, cuya aproximación legal tiene perspectivas distintas, y a una política de empleo con importantes variaciones de concepción. Desde 2012 nos encontramos con medidas concurrentes e intercurrentes que impiden identificar unos criterios uniformes e integrarles que, entre otros, afectaran e intentarían solventar los problemas sí claramente identificados de las denominadas personas de edad avanzada en el mercado de empleo actual.

Parece evidente que es oportuna una atención específica para este colectivo. Las medidas actuales, residuales en materia de fomento selectivo del empleo o sancionadoras o compensatorias con el Sistema de Seguridad Social en caso de despido colectivo, son de claro carácter tangencial, no integral. Es necesaria la definición de una política global de atención en materia de empleo para este sector de la población que presenta una problemática específica; y, obviamente, es obligado un diagnóstico efectivo de su situación, dado que los datos de que parte el propio gobierno en sus planes de empleo destacan los problemas más que evidentes de desempleo y dificultades de recolocación que redundan en una desprotección social ineludible.

2. ¿LA EDAD COMO CRITERIO PARA LA DEFINICIÓN DE UN ESTATUS JURÍDICO LABORAL?

La edad como criterio diferencial de tratamiento por parte de la norma laboral puede requerir distintas aproximaciones, aunque, sin duda, la primera de ellas es plantearse si es un criterio para la definición de un determinado estatus jurídico. En su caso, además, habría que plantearse qué ha de entenderse, a estos efectos, como personas de edad avanzada.

En líneas generales, la normativa laboral (o de Seguridad Social) no toma en consideración este parámetro de la edad como elemento diferencial de tratamiento de un determinado colectivo identificado como tal. Y menos desde la perspectiva del régimen jurídico de determinadas modalidades contractuales. Podríamos afirmar con claridad que, más allá del debate sobre su oportunidad o su necesi-

dad¹, y más allá del tratamiento de determinadas medidas de fomento del empleo para colectivos a partir de una determinada edad, del tratamiento también específico más reciente en materia de despido colectivo y de los supuestos de jubilación parcial y flexible², no hay un estatuto laboral diferenciado, si se nos permite la expresión, de trabajadores en función de su edad.

Eso no significa que la edad no haya sido, por el contrario, un criterio recurrente en la regulación laboral y, por supuesto, de Seguridad Social³.

Si lo comprendemos como criterio natural para agrupar a determinados trabajadores con dificultades de acceso al empleo, podríamos afirmar que el legislador fue consciente de la necesidad de incorporar criterios diferenciales, incluso de discriminación positiva —aunque expresamente no se contemplen así—, en el tratamiento normativo de determinados colectivos.

De conformidad con lo previsto en el art. 17.3 del ET, como excepción a la regla general de no discriminación y como concreción a la regla general contemplada en el apartado 2 del mismo artículo (según el cual “podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente”), se habilita al Gobierno para “regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo”, así como a otorgar “subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo”. Estas medidas, conforme establece esta norma, “se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido”.

Por su parte, la Ley 56/2003, de Empleo, dispone que “el Gobierno y las Comunidades Autónomas adoptarán, de acuerdo con los preceptos constitucionales y estatutarios, así como con los compromisos asumidos en el ámbito de la Unión Europea y en la Estrategia Española de Activación para el Empleo, programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificulta-

¹ Sobre este tema son interesantes sin duda las aportaciones de L. A. TRIGUERO MARTÍNEZ; “La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la seguridad social: envejecimiento activo, política de reinserción y derecho antidiscriminatorio”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2015 (BIB 2015/998).

² Cuya regulación actual, mucho más restrictiva tras el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, parece vincularse más a la pervivencia del sistema de pensiones que a la creación de un estatus contractual específico para cierto colectivo de trabajadores. En particular, son destacables las medidas de fomento de la continuación de la vida laboral más allá de la edad pensionable que introduce dicha norma.

³ Sin duda interesantes son las reflexiones de Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA; “Trabajadores de edad avanzada: desempleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 33; pp. 215 y ss.

des de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería, u otros que se puedan determinar, en el marco del Sistema Nacional de Empleo” (art. 9 octies.1). Esta atención especial, en su caso, conlleva, conforme dispone la propia norma (en su apartado 2), que, “teniendo en cuenta las especiales circunstancias de estos colectivos, los Servicios Públicos de Empleo asegurarán el diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de las personas que los integran y a sus necesidades específicas. Cuando ello sea necesario, los servicios públicos de empleo valorarán la necesidad de coordinación con los servicios sociales para dar una mejor atención a estas personas”.

Volviendo a la redacción vigente del art. 17 del ET, hay que recordar que fue introducida por el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, precisamente para contemplar una regulación específica del contrato indefinido para determinados sectores de desempleados, entre ellos algunos cualificados por la edad (particularmente, mayores de cuarenta y cinco años).

Desde otra perspectiva, el Real Decreto-Ley 5/2013 pretendía introducir nuevas normas para favorecer, como establecía su propia rúbrica, “la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”. En gran medida, y como reconocía su propia exposición de motivos, la finalidad de la norma estaba más ligada a la adaptación de los sistemas de protección social a la situación demográfica que a una estrategia determinada de promover la continuidad de la vida laboral efectiva de un colectivo particularmente desfavorecido. No se plantea, por consiguiente, como un mecanismo para asegurar el mantenimiento del puesto de trabajo de trabajadores a partir de determinada edad y, en su caso, el reingreso al trabajo de quienes perdieron su empleo. Y ello pese a que el propio Real Decreto-Ley sitúa como “colectivo prioritario” a los “trabajadores mayores de 55 años que hayan agotado la prestación por desempleo a nivel contributivo o cualquiera de los subsidios por desempleo establecidos en el texto refundido de la LGSS (...) o no tengan derecho a los mismos”.

Por tanto, la norma sustantiva sí es consciente de la dificultad de determinados colectivos, previendo la regulación de medidas específicas y de actuaciones concretas administrativas, coordinadas en su caso, con los servicios sociales.

Sin embargo, como decimos, no hay un sistema integral, con vocación de generalidad, que contemple la edad como criterio determinante. Por ejemplo, no se recoge la edad como criterio expreso a la hora de la interdicción de la discriminación negativa, no hay un estatus específico que analice y aborde una problemática

general que afecte horizontalmente a un sector determinado de trabajadores o de demandantes de empleo por esta razón, independientemente de su perspectiva⁴; ni siquiera, como veremos, hay una comprensión unitaria en la actualidad que pretenda actuaciones de políticas activas de empleo integrales. Antes al contrario, los criterios son cambiantes, coyunturales, no estructurales, y, además, responden a criterios y fundamentos distintos.

Por ello, puede afirmarse que el tratamiento de la edad en la normativa laboral y de seguridad social ha dependido de la institución a regular o de los bienes jurídicos a proteger en cada caso. Como decimos, no hay un parámetro de edad que permita afirmar la existencia de un tratamiento homogéneo, de un *status* por consiguiente, de lo que podrían identificarse como “personas de edad avanzada”, aunque tradicionalmente sí encontremos ciertos criterios recurrentes en el tratamiento de determinadas materias, particularmente en materia de fomento de la contratación (ahora precisamente más en cuestión que nunca). Ni siquiera cabría afirmar la existencia de este tratamiento homogéneo para otros colectivos, por más que su inclusión dentro de una atención específica, principalmente en los procesos de selección, permitiera ver una intención de regulación más global (nos referimos, claro está, a los jóvenes incluidos dentro del Sistema de Garantía Juvenil y en la medida en que la definición de dicho Sistema debería incorporar un tratamiento específico de un colectivo particularmente desfavorecido en el acceso al empleo).

Pero es más, en relación con el objeto concreto de este trabajo, hay que tener en cuenta que la propia consideración de personas de edad avanzada puede ser siempre discutible.

Como decíamos de partida, la primera cuestión es definir qué se entiende por persona de edad avanzada (sin perjuicio de patrones más o menos estables sobre los que giran determinadas medidas de atención específica en materia de empleo).

En principio, los criterios para considerar a alguien incluido dentro de esta calificación pueden ser variables. La sociología, y, si se nos apura, la psicología, nos pueden ofrecer criterios distintos. La ampliación de la esperanza de vida, el envejecimiento activo, la pretendida prolongación de la juventud hasta límites eviden-

⁴ En este sentido, la perspectiva puede ser variable. Desde la comprensión, en un contexto completamente distinto del actual, de la falta de incorporación al mercado de trabajo de los trabajadores de edad avanzada de que hablaban las conclusiones de la presidencia del Consejo de Lisboa (exactamente, hablaba de la “participación insuficiente” en el mercado de trabajo); hasta el análisis más concreto del Consejo de Estocolmo que pretendía fijar un porcentaje mínimo de tasa media de empleo de los trabajadores de más de 55 años en el 50 por ciento. Desde una perspectiva más actual, por todos, habría que tener en cuenta, cuando menos, las dificultades de inserción profesional de que habla L. A TRIGUERO MARTÍNEZ; “La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la seguridad social: envejecimiento activo, política de reinserción y derecho antidiscriminatorio”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 4/2015 (BIB 2015/998).

temente superados, hacen que puedan acudir a distintos rangos de edad como criterio diferencial de tratamiento, al menos para el necesario debate jurídico.

Pero desde el análisis de la compleja estructura del mercado de trabajo; de la dificultad de acceso al empleo a partir de determinada edad (con problemas recurrentes de recolocación en un contexto de ampliación de supuestos y casos de despido, por ejemplo colectivos, de los que derivan los conocidos problemas de paro de larga duración); de la necesaria evitación de criterios implícitos de discriminación por razón de la edad (enmascarada en un hipotético derecho a la propia imagen de la empresa y del objeto comercial que la mueve); desde la perspectiva de la gestión de recursos humanos en la empresa y la incidencia que en la misma tiene la configuración de las plantillas atendiendo a la propia evolución demográfica (particularmente en las administraciones públicas si no olvidamos las limitaciones de renovación de plantillas impuestas); y, por supuesto, desde el análisis del Sistema de Seguridad Social y de su propia pervivencia y suficiencia, la edad sí puede (y ciertamente debe) ser recurrente como elemento ineludible en el análisis jurídico laboral y, por supuesto, de Seguridad Social. A este complejo diagnóstico de síntomas no puede olvidarse además el incremento de la disponibilidad para el trabajo de demandantes de empleo de estos rangos de edad, fundamentalmente mujeres que incorpora un elemento nuevo de análisis y de dificultad, necesariamente atendible, a este colectivo difuso y que refleja particular y específicamente la ineludible perspectiva de género que debería acompañar a este debate⁵.

Por tanto, nos parece claro que el criterio de la edad condiciona la regulación de distintas instituciones laborales, o, al menos, es un elemento a tener en consideración en la misma. Independientemente de cuál sea el criterio de delimitación, es evidente que las que podríamos denominar personas de edad avanzada tienen una problemática específica, que debería tener una respuesta también concreta, y, como estamos reiterando, integral.

3. UNA DELIMITACIÓN DE PERSONAS DE EDAD AVANZADA: EL TRATAMIENTO DE LA EDAD EN LA NORMA LABORAL

¿Cuál es, empero, el criterio para definir legalmente las personas de edad avanzada que fueran sujetos de un tratamiento especial por parte de la norma laboral?

⁵ Y no es el único. Obviamente, en este tema, hay que tener en consideración la especial incidencia de los problemas de acceso al empleo y de mantenimiento del mismo (además de los problemas de discriminación efectiva en determinación de las condiciones de trabajo) para las mujeres. Ello haría ineludible un análisis de estas cuestiones desde la perspectiva de género; idea en la que insiste, con claridad y acierto, Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "Trabajadores de edad avanzada..."; *op. cit.*, p. 216.

Los criterios a que acude la norma son recurrentes como decíamos, pero no homogéneos⁶.

Independientemente de algunos documentos comunitarios, cuyos presupuestos están ahora claramente en revisión tras la crisis⁷, los documentos nacionales acuden a distintos criterios.

Así, si acudimos por ejemplo a la Estrategia para el Empleo 2014-2016 o al Plan de Empleo 2015, las edades de referencia a estos efectos son distintas; en el primer caso, cincuenta y cinco años, cuarenta y cinco en el segundo. En ambos casos, el diagnóstico, lo que justificaría actuaciones integrales en función de una importante problemática específica, coincide⁸. Ya lo citábamos: fuerte incremento del desempleo (lo que implica que ha sido el sector de edad más afectado por el número de despidos, paro de larga duración y dificultades absolutas en la recolocación⁹.

La Disposición Adicional octava del Real Decreto-Ley 5/2013 consideraba como “colectivo prioritario” a los efectos del art. 19. octies de la Ley de Empleo a los mayores de cincuenta y cinco años que hubieran agotado cualquier prestación por desempleo o no tuvieran derecho a la misma.

Esta consideración como colectivo prioritario puede entenderse desde la perspectiva de la regulación de las prestaciones por desempleo (mejor, desde la consideración de los beneficiarios del subsidio a tenor del art. 215 de la LGSS) e, incluso, desde la consideración de los programas de inserción profesional que

⁶ Como destaca Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “...podría concluirse, en una primera aproximación, que no hay una delimitación objetiva de esa edad a nivel interno español ni en la esfera...”

⁷ Confr. las conclusiones de la presidencia del Consejo de Estocolmo antes referido, que responde a unas premisas completamente distintas de las actuales, que analiza desde la perspectiva demográfica la incidencia en el futuro mercado laboral y que plantea un incremento de las tasas de ocupación de los trabajadores de edad avanzada. A estos los sitúa en un rango de edad de más de 55 años. En este sentido, vid. asimismo el Informe del Comité de las Regiones *Las personas de edad avanzada en la vida laboral. Presentación de las acciones realizadas por los entes locales y regionales*, CDR Estudios 2/2003. Bruselas 2003.

⁸ Sin perjuicio de los datos, más positivos en comparación, que destaca el propio Ministerio en 2013. Dichos datos más positivos lo son en número de contratos realizados, aunque se destaca un claro cambio de sectores productivos. Vid. al respecto el Informe del Mercado de Trabajo de los Mayores de 45 años Estatal. Datos 2013. http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/2317-2.pdf.

⁹ Conforme el informe de la fundación Adecco, “si realizamos una radiografía general de los parados mayores de 45 años, nos encontramos con el perfil de una mujer (52,3%) de 48 años, con responsabilidades familiares (personas dependientes a su cargo) (82%), estudios técnicos (32%) y que se encuentra en paro porque perdió su empleo anterior (EREs, despidos, reestructuraciones de plantilla, etc). Por el contrario, un 9% se incorpora por primera vez al mercado laboral y un 2% renunció a su empleo anterior y está en búsqueda de una nueva oportunidad laboral”. Adecco, V Informe mayores de 45 años en el mundo laboral. http://www.fundacionadecco.es/_data/SalaPrensa/SalaPrensa/Pdf/529.pdf.

garantizan, sucesivamente, el acceso a una prestación mínima económica. Pero, no puede considerarse que la norma haya establecido una regulación específica de fomento del empleo para este colectivo.

Sin embargo, la normativa laboral ha situado tradicionalmente en los cuarenta y cinco años la edad de los beneficiarios de medidas diferenciales de empleo que sirvieran, con mayor o menor éxito, para el fomento de la contratación de estas personas (sea a través de medidas de incentivo tradicionales, en materia de fomento de empleo, o a través de medidas dirigidas al establecimiento de nuevas modalidades contractuales —que afectaban, principalmente, a aspectos especiales del régimen jurídico de los contratos laborales—). Así lo cita expresamente la Ley de Empleo, en el citado art. 19.º octies, y así se preveía en el original contrato de fomento de la contratación indefinida, aprobado originalmente en la disposición adicional primera del Real decreto ley 8/1997, de 16 de mayo, que establecía un tratamiento distinto para el despido objetivo declarado improcedente, rebajando la inicial indemnización prevista hasta los treinta y tres días por año de servicio.

Este rango de edad sería recurrente en todos los programas sucesivos de fomento de la contratación. Así en normas como la Ley 12/2001 (o el Real Decreto-Ley del que procede), la Ley 45/2002 o el Real Decreto-Ley 5/2006 que antecede a la Ley 43/2006, en sus respectivos programas de fomento del empleo, se reiteran los incentivos de ahorro para mayores de cuarenta y cinco años como forma recurrente de atención a un colectivo determinado.

Más recientemente, la Ley 3/2012 bonificará específicamente la celebración del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores también con personas mayores de cuarenta y cinco años y, finalmente, la Ley 11/2013 incorporaría, dentro de las medidas de apoyo a los emprendedores jóvenes, bonificaciones relativamente cualificadas cuantitativamente a quienes contrataran a mayores de cuarenta y cinco años.

Con últimas medidas, residuales en la actualidad como decíamos, se concluía una relativa tradición de fomento del empleo activo a través de medidas de ahorro (bonificaciones a las cotizaciones de Seguridad Social o subvenciones directas al empleo) cuyos destinatarios eran los trabajadores desempleados de más de dicha edad, situando en este rango la consideración de personas dignas de atención especial en la materia.

Sin embargo, desde otra perspectiva, la normativa laboral ha incluido algunas referencias a “medidas para favorecer el mantenimiento de los trabajadores de más edad” utilizando otros rangos para valorar la misma.

Con cierto carácter sancionador (y de propia pervivencia del sistema de Seguridad Social), hay que tener en cuenta, por un lado, la particularidad contenida en el propio art. 51 del ET en la nueva regulación del despido objetivo (introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012 y confirmada por la Ley 3/2012); y, por otro, la

previsión de la disposición final adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (introducida inicialmente por la Disposición Adicional cuarta de la Ley 3/2012 y modificada sucesivamente por el Real Decreto-Ley 5/2013 y por el Real Decreto-Ley 16/2013).

Conforme dispone el apartado 9 del art. 51 del ET, se impone la obligación de abonar las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social por parte del empresario “cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967”.

De esta forma, el colectivo afectado serían los mayores de cincuenta y cinco años y el objeto de la norma evitar el despido colectivo por razón de edad o, al menos, compensar los costes que directamente asume la Seguridad Social, al menos, en prestaciones por desempleo (además de por cese de cotización).

Con este mismo objetivo, quizá reforzado, la Ley 3/2012 en su disposición adicional cuarta modificó la previsión de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Conforme la redacción vigente de la misma (modificada posteriormente por el Real Decreto-Ley 5/2013), y tras las sucesivas suspensiones de aplicación de la norma, se prevé que las empresas de cierta dimensión en número de trabajadores (más de cien en la actualidad), con beneficios durante dos años (precedentes o durante el período que va desde el ejercicio anterior a la decisión de despido y los cuatro años siguientes), que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de más de cincuenta años o más deben efectuar una aportación económica en los términos previstos en la propia norma¹⁰.

En materia de Seguridad Social, los cincuenta y cinco años es el rango de edad recurrente. Por ejemplo, en la nueva regulación del subsidio por desempleo, que eleva la edad de cincuenta y dos a cincuenta y cinco años [art. 215.1.3) de la LGSS y normas concordantes—incluido el art. 218 sobre mantenimiento de la obligación de cotizar por jubilación en estos casos por parte de la entidad gestora— tras el Real Decreto-Ley 20/2012].

¹⁰ Desarrollada por el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre. Como dice la justificación de esta norma reglamentaria “las razones del establecimiento de esta aportación se encuentran en la necesidad de atemperar los impactos sociales y económicos de los procesos de reajuste empresarial que provocan, de un lado, la expulsión prematura del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad, afectados estructuralmente en nuestro mercado de trabajo por una tasa de actividad por debajo de los países europeos de nuestro entorno y que tienen problemas para poder volver a incorporarse al empleo; y, por otro, un importante coste para nuestro sistema de protección por desempleo, difícil de asumir socialmente, cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos en práctica, aun habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica como la actual”.

En este sentido hay que tener presente, además, la derogación, por parte del Real Decreto-Ley 20/2012, del supuesto de subsidio especial para mayores de cuarenta y cinco años.

No son las únicas referencias de edad. El art. 4.1 de la Ley 3/2012 establecía bonificaciones específicas para el mantenimiento del empleo para mayores de cincuenta años.

De conformidad con esta norma (derogada expresamente por el Real Decreto-Ley 20/2012), “los contratos de trabajo de carácter indefinido de los trabajadores de sesenta o más años, con una antigüedad en la empresa de cinco o más años” darían derecho a una bonificación del 50 por 100 de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes incrementándose anualmente dicha bonificación en un 10 por 100 transcurrido un año desde su aplicación, hasta alcanzar un máximo del 100 por 100.

Por tanto, más allá de los criterios sucesivos que se relacionan con la jubilación, el acceso a la misma, total o parcial, y las medidas más recientes de fomento de la continuidad en el trabajo (partiendo de la nueva redacción de la disposición adicional décima del ET), el rango de edad es variable aunque responden a patrones recurrentes. Por un lado, los cuarenta y cinco años como criterio de fomento del empleo; por otro, los cincuenta y cinco como criterio generalizado de la normativa de seguridad social (fundamentalmente en relación con el acceso a la prestación por desempleo y las medidas de desincentivo, o sanción sustantiva, de despido colectivo), aunque en el seno de ésta se contemple como colectivo prioritario a los efectos de la determinación de la política de empleo (Disposición Adicional octava del Real Decreto-Ley 5/2013). Sin embargo, como vemos, no son criterios precisos. La disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, pretende sancionar los despidos de trabajadores de más de cincuenta años en empresas de cierta dimensión. Por otra parte, la derogada previsión del art. 4.1 de la Ley 43/2006 contemplaba medidas expresas para fomentar el mantenimiento en el empleo de trabajadores de más de cincuenta años. Los propios documentos oficiales del Gobierno, Estrategia de Empleo o Plan de Empleo, no recogen a los colectivos que podrían entrar dentro de estos parámetros de edad con criterios de edad iguales. En definitiva, no hay un criterio homogéneo aunque sí patrones recurrentes y, sobre todo, no hay un *status* que permita apreciar un tratamiento homogéneo y unitario para un colectivo de personas que sí presentan problemas específicos y necesarios de atención.

4. LAS ACTUALES MEDIDAS DE FOMENTO DE EMPLEO SELECTIVO PARA PERSONAS DE EDAD AVANZADA

4.1. *Sucesivos cambios en la concepción (y en el objeto) de medidas de fomento y protección del empleo de mayores*

Como veíamos antes, los sucesivos programas de fomento del empleo habían contemplado medidas específicas y recurrentes de ahorro para los mayores de cuarenta y cinco años. Sin embargo, tras la sucesión de modificaciones normativas y, como diremos, de criterio en la concepción de las medidas activas de fomento de la contratación, esta atención más o menos asentada se relativiza y quedan las dos medidas enunciadas como las únicas que contemplan el fomento del empleo selectivo para este colectivo¹¹.

La Ley 3/2012 apostó claramente en lo que serían técnicas de flexibilidad o “flexiguridad”, tal como recoge su propia exposición de motivos. La intención sería compaginar una seguridad en el empleo con una mayor flexibilidad en la determinación de las condiciones de trabajo que favoreciera la empleabilidad y la estabilidad en el empleo. En este contexto, incluyó la nueva modalidad de contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, cuyo régimen jurídico particular se centraba en la vigencia *ex lege* y no disponible de un período de prueba de un año (avalado, no sin críticas, por el Tribunal Constitucional¹²). Dentro de esta modalidad contractual, aunque siempre partiendo de la centralidad de la misma como opción del Gobierno y del legislador a la hora de definir un criterio de política de empleo y como forma de atención específica a determinados colectivos, se preveía la bonificación adicional a la formalización de estos contratos con colectivos determinados, menores de veinticinco años y mayores de cuarenta y cinco.

Partiendo de esta opción clara por una modalidad contractual determinada (poco utilizada por cierto si nos atenemos a las estadísticas laborales¹³), la Ley 3/2012 pretendía modificar la comprensión precedente de las medidas de fomento.

Tal como afirmaba su exposición de motivos, la norma pretendía racionalizar “el sistema de bonificaciones para la contratación indefinida, cuya práctica gene-

¹¹ A salvo de las previstas con carácter general para los trabajadores con minusvalía que también podrían esta cuantitativamente cualificadas en atención a la misma edad —en virtud de la vigencia declarada de la disposición adicional primera de la Ley 56/2003—.

¹² En este particular, confr. la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014. Interesante, por el contraste de opiniones que representa, es sin duda el voto particular que plantea el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhieren los magistrados Adela Asua y Luis Ortega.

¹³ Si atendemos, por ejemplo, a las estadísticas más recientes de registro de contratos, de los 123.839 contratos indefinidos registrados en julio de 2015 solo 2.808 son de esta modalidad, que, como decimos, pretendía servir de eje central en la política de fomento de la contratación indefinida.

ralización ha limitado gravemente su eficiencia”. Como seguía exponiendo, “las bonificaciones previstas en esta Ley se dirigen exclusivamente a las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores, bien por la transformación de contratos en prácticas, de relevo o de sustitución de la edad por jubilación en contratos indefinidos, o bien por la contratación indefinida, a través de la nueva modalidad contractual señalada, de jóvenes de entre 16 y 30 años o desempleados mayores de 45 años”.

El Real Decreto-Ley 20/2012 insistió normativamente en este aspecto. Corrigió en gran medida la política de empleo selectiva precedente (en cuanto a medidas de ahorro —subvenciones y bonificaciones de seguridad social—) centrandolo las actuaciones sobre el fomento de empleo casi exclusivamente en el empleo de discapacitados, así como a la contratación, a través de nuevo contrato de apoyo a los emprendedores, de jóvenes, mayores de 45 años parados de larga duración y mujeres. Se mantenían igualmente las bonificaciones a la contratación de jóvenes que se constituyan como autónomos, y personas que sustituyen a víctimas de violencia de género y trabajadores en baja por maternidad.

De esta forma, la promoción selectiva de mayores de cuarenta y cinco años quedó reducida a esta modalidad contractual, a la que posteriormente se añadiría la promoción de la contratación de trabajadores a partir de esa edad en proyectos de emprendimiento joven conforme el art. 11 de la Ley 11/2013.

Pero quizá el aspecto más importante se encuentre en que esta inicial previsión selectiva de medidas activas de fomento de empleo se torna en medidas genéricas en lo supuso un cambio evidente de concepción en la adopción de éstas¹⁴.

Tras la Ley 3/2012 se suceden otras normas que han ido incorporando distintos criterios de fomento de empleo (conforme sus antecedentes, no siempre coherentes o concordantes). La Ley 11/2013, que disponía medidas de fomento de empleo para jóvenes (menores de 30 años con carácter general), fomento del contrato a tiempo parcial a través de una nueva modificación profunda de su régimen jurídico por parte del Real Decreto-Ley 16/2013 (modificado sólo meses antes en la Ley 3/2012), fomento de la contratación temporal a través de la rebaja de cotizaciones prevista en la misma norma, fomento de la contratación indefinida en el Real Decreto-Ley 3/2014, fomento de la contratación indefinida de jóvenes a través de las medidas incluidas en la Ley 18/2014.

¹⁴ Si acaso, apostando por determinadas modalidades de contratos como era, principalmente, el contrato a tiempo parcial sucesivamente modificado en su régimen jurídico por la Ley 3/2012 e inmediata y sustancialmente después por el Real Decreto-Ley 16/2013. Hicimos una valoración de esta última norma, en relación precisamente con la nueva política de fomento de empleo que incorporaba la misma y el Real Decreto-Ley 3/2014 “Un proceso de cambio continuo en el régimen jurídico de la relación de trabajo (otras) dos nuevas reformas estructurales, Real Decreto-Ley 16/2013 y Real Decreto-Ley 3/2014”, *Temas laborales* n° 124, 2014, pp. 13 y ss.

No era el único cambio conceptual. Las referidas normas que *sancionaban* el despido colectivo de trabajadores a partir de determinada edad implicaba la concurrencia en una misma norma de dos objetivos diferenciados (y no necesariamente paralelos). Por un lado, la pretendida protección de un colectivo especialmente vulnerable en estos procesos (mayores, respectivamente, de cincuenta o de cincuenta y cinco años); pero, por otro, atemperar los costes que sobre el sistema de Seguridad Social suponía el despido de estos trabajadores, sobre todo cuando de ello resultaba realmente un mecanismo de asunción indirecta de costes de personal (de ahorro si se quiere) para empresas que obtenían beneficio. Nos referimos, claro está, a las medidas contempladas en el art. 51.9 del ET y la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 27/2011.

Independientemente de estas últimas previsiones, que responden, como vemos, a otros criterios, nos encontramos con un auténtico proceso de cambios de criterios sucesivos que se reflejan en una sucesión continua de reformas normativas que aportan una visión excesivamente coyuntural de la regulación del denominado mercado de trabajo.

En este proceso de cambio constante y sucesivo, las nuevas medidas de fomento de empleo más recientes afectan a la concepción de los destinatarios y a las medidas adoptadas.

El aspecto más importante está en el cambio de criterio en la determinación del objeto de promoción del empleo. Con las medidas que se inician con el Real Decreto-Ley 3/2014 se pretende el fomento de la contratación estable, indefinida, e indiscriminada; es decir, sin que se seleccione colectivo específico alguno al que dirigir la medida de incentivo. Un criterio completamente distinto de su inmediato precedente, la citada Ley 11/2013, o distinta de la atención a colectivos prioritarios de que habla la propia Ley de empleo (o el Real Decreto-Ley 5/2013).

Este constante cambio de criterio supone no solo una aparente contradicción permanente; implica una interferencia de medidas de fomento que, en todo caso, no toma en consideración colectivos especialmente desprotegidos y reconocidos como tal por la propia normativa. Además, la extensión y dinámica de las medidas resultantes son distintas, lo que incrementa la sensación de falta de concordancia.

La intención declarada del Gobierno como legislador urgente de proceder “...a una reordenación normativa de los incentivos a la contratación en relación con la cotización a la Seguridad Social, a cuyo fin incluirá en una disposición las bonificaciones y reducciones en la cotización a la Seguridad Social vigentes a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-Ley...”; para proceder, en su caso, “a la armonización de los requisitos y obligaciones legal o reglamentariamente previstos”, “con el fin de proporcionar una mayor seguridad jurídica” prevista en la Disposición Adicional octava del Real Decreto-Ley 16/2013 no se ha visto culminada.

Estos cambios de contenidos reflejan una cuando menos relativa incoherencia en el tratamiento de las medidas de fomento del empleo y el parcial abandono de medidas selectivas, que, para el caso de personas de edad avanzada, quedan con carácter residual pese a la previsión del citado art. 19.º octies de la Ley de Empleo.

Todo lo anterior parece un reflejo de una forma de legislar que responde a necesidades coyunturales y que no da respuesta a problemas estructurales claramente identificados. Corresponde al Gobierno definir la política económica y, por consiguiente, la política de empleo. Pero, a tiempo, debe saberse que, pese a lo previsto legalmente, las medidas directas de empleo cuyos destinatarios son trabajadores a partir de una determinada edad no tienen sino el carácter residual que decimos.

4.2. Medidas de fomento de empleo y medidas de protección de empleo para mayores: distinto fundamento y extensión

Como vemos, tras el proceso constante de cambio en la concepción de las medidas de fomento de empleo y pese a la consideración formal de colectivo prioritario de atención específica por parte de las políticas activas de empleo (aun con distinta edad de referencia), nos encontramos con medidas específicas muy residuales, centradas de hecho en una única modalidad contractual.

Efectivamente, la única modalidad actual vinculada a medidas específicas de fomento de la contratación a mayores de cuarenta y cinco años es el contrato de emprendedores.

No nos vamos a detener en los aspectos del régimen jurídico de esta modalidad contractual. Son suficientemente conocidos. El análisis debe ser quizá de oportunidad. Es decir, de suficiencia de esta medida de fomento de la contratación para un colectivo determinado, centrado exclusivamente en una determinada modalidad contractual (que se pretendía central en el modelo de la reforma laboral), vinculada en su caso a jóvenes (como el supuesto de fomento del emprendimiento joven) pero que, por una parte, tiene una escasa utilización, y, por otra, contrasta con la que parece ser la nueva política de fomento de empleo, de carácter generalista.

De conformidad con lo establecido en el apartado 5 del art. 4 de la Ley 3/2012 (específicamente en lo que se refiere a mayores de cuarenta y cinco años), la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1300 euros/año) durante tres años. Dicha bonificación será de 125 euros/mes (1500 euros/año) cuando los contratos se concierten con mujeres en ocupaciones en las que estén subrepresentadas.

La norma declara la compatibilidad con otras medidas concurrentes estableciendo como límite lógico y recurrente que en ningún caso la suma de posibles

bonificaciones aplicables puedan superar el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

Asimismo es una medida de fomento de la contratación concurrente con deducciones fiscales a aplicar, en su caso, a la cuota íntegra del impuesto de sociedades (una vez finalizado el período de prueba previsto legalmente para esta modalidad contractual)

En el supuesto de que el contrato se celebre a tiempo parcial, las bonificaciones se disfrutarán de modo proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato.

Se trata pues de una medida de fomento cuantitativamente cualificada respecto al otro colectivo destinatario (mayores de 16 años y menores de 30) dada la mayor cuantía de la bonificación para los mayores de cuarenta y cinco años.

Ahora bien, si partimos de que la problemática más importante de este colectivo está en la dificultad de recolocación para quienes han perdido su empleo, quizá la medida más importante respecto a este colectivo tiene que ver con la compatibilidad relativa del trabajo bajo esta modalidad, cuando el trabajador fuera contratado a tiempo completo¹⁵, con las prestaciones por desempleo tal como preveía el apartado 4 del citado artículo.

En la regulación vigente iniciada con esta modalidad contractual, cuya escasa utilización supone que se pueda cuestionar la virtualidad y eficacia de la medida, la compatibilidad se refiere a un 25% de la prestación de desempleo que estuviera percibiendo el trabajador a la fecha de celebración del contrato (si venía disfrutando de ella durante un período previo de al menos tres meses). Dicha compatibilidad, voluntaria para el trabajador y prevista solo para los contratos a tiempo completo, supone realmente un complemento de percepciones efectivas que recibe el trabajador (eso sí, consumiendo la parte de la prestación compatibilizada), dado que la misma se dará cada mes junto con el salario.

La compatibilidad entre las bonificaciones fiscales y las medidas de ahorro laborales a través de la subvención prevista (teniendo en cuenta, además, que desde la propia sistemática de la norma, aquélla es la medida de fomento inicial) supone un aspecto interesante. Se pretende el fomento de esta modalidad contractual, destinada a empresas de menos de cincuenta trabajadores, fundamentalmente si tienen conformación social (excluyéndose, por tanto, la contratación por parte de autónomos de estos beneficios fiscales).

¹⁵ Tal como se precisaba tras la reforma que operó en esta norma el Real Decreto-Ley 16/2013 al permitir la formalización del contrato de emprendedores a tiempo parcial, pero limitando la compatibilidad cuando el contrato se hubiere celebrado a tiempo completo (la compatibilidad entre la prestación por desempleo y el contrato a tiempo parcial está implícita en el art. 221 de la LGSS).

Respecto a los contratos en proyectos de emprendimiento joven, el art. 11 de la Ley 11/2013 preveía el derecho a una reducción del 100 por cien de todas las cuotas empresariales de la Seguridad Social (incluidos todos los conceptos cotizables) durante los doce meses siguientes a la contratación en caso de que empleadores menores de treinta años y sin trabajadores a su cargo originariamente contrataren por primera vez a trabajadores desempleados de edad igual o superior a 45 años con un contrato indefinido, fuere a tiempo completo o a tiempo parcial. Para que se diera esta bonificación completa de las cotizaciones de seguridad social, la norma exigía que el trabajador desempleado, además de edad, respondiera al requisito de estar inscrito como tal al menos durante doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación (o que resultaran beneficiarios de un programa de recualificación profesional previsto para personas que hubieran agotado la prestación por desempleo).

En otro orden completamente distinto, y como hemos destacado, hay que contrastar estas medidas (claramente residuales en el actual contexto) con otras previstas en relación con el despido colectivo a las que también hemos hecho referencia.

Estas medidas, contempladas en el art. 51.8 del ET y en la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 27/2011, comparten un doble objetivo. Como afirma la sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo social) de 5 de junio de 2015¹⁶, respecto a esta última, la finalidad de la norma “es la protección de los trabajadores mayores de cincuenta años, por cuanto el legislador comprende que, en un contexto económica recesivo, donde el desempleo se ha convertido en el primer problema nacional, son un colectivo especialmente vulnerable, puesto que la pérdida de su empleo comportará su inclusión en el grupo de parados de larga duración, que no encontrará probablemente empleo”. Pero junto a este diagnóstico, sin duda realista, que justificaría la norma (aunque como afirma el propio tribunal no supone un aseguramiento absoluto de este colectivo), la propia exposición de motivos del decreto que desarrolla la norma legal no duda en acudir a argumentos de coste para nuestro sistema de protección por desempleo para avalar la necesidad de establecer medidas como las contempladas.

Es evidente que ambas medidas no ofrecen una protección absoluta; que son limitadas en cuanto a la extensión objetiva de sus respectivos ámbitos de aplicación (situaciones de las empresas —que no estén en concurso o que puedan obtener o haber obtenido beneficios respectivamente— o número de trabajadores afectados de ese rango de edad en comparación con la composición por edad de la plantilla); pero también lo es que inicia una determinada protección —la única— de un colectivo especialmente desprotegido.

¹⁶ AS/2015/1015.

Es más, estas normas no pueden entenderse aisladas de la reforma del sistema general de pensiones (y, en particular, del régimen de la pensión de jubilación), que se vincula a la prolongación de la vida laboral, tanto en lo que se refiere a la continuidad de la misma, la remoción obligada de límites por parte de la negociación colectiva y, por supuesto, al régimen de compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo una vez alcanzada la edad pensionable. Todo ello en detrimento de fórmulas de relevo generacional a través de la jubilación parcial y el contrato de relevo que, tras la regulación incorporada por el Real Decreto-Ley 5/2013, se encarece. Pero en todo caso, representa una fórmula casi exclusiva de pretendida protección de un colectivo determinado para empresas que no deberían acudir en exceso al despido de trabajadores a partir de una determinada edad cuando ello supone un coste para el sistema de Seguridad Social y, por ende, una financiación indirecta de los costes del despido.

Las condiciones de trabajo y la prevención de riesgos laborales frente a las personas de edad avanzada

Iluminada R. Feria Basilio

*Spv. Gestión de Personal/Asistente Honorario
Atlantic Copper, S.L.U./Universidad de Sevilla*

1. INTRODUCCIÓN

El mercado de trabajo y empleo actual se ve aquejado por el impacto de la crisis económica y los cambios demográficos. En lo concerniente a la crisis económica, se ha incrementado el desempleo juvenil y los trabajadores de más edad están siendo expulsados de la actividad laboral. En cuanto a los cambios demográficos, el envejecimiento de la población y el aumento de la esperanza de vida están generando nuevos retos, entre ellos, la necesidad de que la fuerza de trabajo prolongue su vida activa.

En este sentido, la percepción de una mala salud es el principal determinante de la salida laboral en la Unión Europea¹ para los trabajadores situados entre los 50 y los 64 años². Valoración positiva merece la conjunción del avance en la calidad de vida de la población media y la mejora de las condiciones de trabajo, que permite afrontar dicha prolongación con mayores garantías personales y empresariales (fundamentalmente, basadas en el *how-know*). Sin embargo, esta realidad también merece una especial atención desde la óptica de la prevención de riesgos laborales³ pues, además de las diferencias entre ocupaciones, el impacto de los factores laborales difiere en función de la edad, y la edad biológica marca su propia potencialidad respecto a los problemas de salud.

En las páginas subsiguientes intentaremos efectuar una aproximación a los principales desafíos que ha de afrontar la prevención de riesgos laborales frente a

¹ En adelante, EU.

² V. DE BROECK, “Holistic approach on Workplace Health Promotion (WHP) and older workers”. Comunicación presentada en el seminario “*Safe and healthy at any age: OSH in the context of an ageing workforce*”, celebrado en el Parlamento Europeo, el 2 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://osha.europa.eu/en/seminars/safer-and-healthier-work-at-any-age/speech-venues/part-2-main-issues-to-consider-for-osh-and-an-ageing-population/spspeech.2014-01-10.8261727670> (30 de abril de 2015).

³ En adelante, PRL.

los trabajadores de edad, así como a la respuesta que viene diseñándose durante las últimas décadas.

2. LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA Y EL ACTUAL CONTEXTO LABORAL

2.1. *La edad de la población en las políticas anti-crisis*

Este capítulo no parte únicamente de la igualdad que proclama la OIT en torno a las oportunidades y al trato de los trabajadores de edad, sino también respecto a sus “*medidas de seguridad e higiene*”⁴, ya que, a nuestro entender, están interconectadas.

Europa 2020 constituye la estrategia iniciada por la UE para paliar la situación de crisis y generar un modelo de crecimiento inteligente, sostenible e integrador. En 2010 se marcó cinco objetivos a diez años vista, siendo el primero de ellos el “*empleo para el 75% de las personas de 20 a 64 años*”; la principal consecuencia es, pues, la necesidad de que la población trabaje durante más tiempo. En este marco, destacamos como iniciativa emblemática la “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos”, la cual conlleva aspectos tales como reforzar la flexiguridad, garantizar la conciliación de la vida profesional y personal y, en especial, tornar atractiva la permanencia en el mercado laboral⁵.

Estas tareas recaen de pleno sobre España, con un objetivo nacional del 74% de la tasa de empleo para el aludido intervalo de edad⁶. Para 2014, el Gobierno de España continuaba confesando la necesidad de desarrollar actuaciones a favor (entre otros) de los mayores de 55 años y parados de larga duración para luchar contra el desempleo y las consecuencias sociales de la crisis⁷. Sin embargo, dichas actuaciones sólo toman forma a través del Plan Anual de Política de Empleo 2013, destinado a fomentar la empleabilidad de tales colectivos, y de la reforma del sistema de pensiones⁸, obviando los restantes aspectos del cambio de modelo laboral hacia prolongación de la edad activa. En esta misma línea, las últimas recomendaciones de la UE para España, aun identificando a los trabajadores de mayor edad como uno de los colectivos más aquejados por la elevada tasa de desempleo de larga duración (49,7%), guarda silencio en torno a las concretas

⁴ Aptdo. 5.f) Recomendación n° 162 sobre los trabajadores de edad, adoptada en Ginebra durante la 66ª reunión *Cit*, 23 junio 1980. En adelante, Recomendación n° 162.

⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión Europea: Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM(2010) 2020 final, Bruselas, 3 de marzo de 2010, p. 23.

⁶ REINO DE ESPAÑA, Programa Nacional de Reformas, 2011, p. 16.

⁷ REINO DE ESPAÑA, Programa Nacional de Reformas, 2014.

⁸ REINO DE ESPAÑA, Actualización del Programa de Estabilidad, 2014-2017, pp. 78-80.

medidas destinadas a ellos, focalizando su atención laboral en la implementación de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016⁹. Parece, pues, que los esfuerzos en este campo permanecen aferrados en exclusiva a la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad¹⁰. Esta Estrategia fue publicada en 2011 al objeto de constituir el marco general de las políticas dirigidas a favorecer el empleo de las personas de más edad entre 2012 y 2014. Como recoge la denominación acortada, esta Estrategia considera trabajadores de más edad a quienes superen los 55 años, si bien se acepta que algunas de las medidas adoptadas puedan aplicarse a quienes no han alcanzado aún ese mínimo. En esta Estrategia se fijaron tres líneas de actuación: mantenimiento del empleo, condiciones de trabajo y reincorporación al mercado de trabajo. Es en la interrelación entre condiciones de trabajo y edad donde se reconoce la necesidad de prestar una especial atención a la PRL; sin embargo, es indudable que esta también coadyuva en evitar la expulsión o salida del mercado de trabajo.

Incardinada la seguridad y salud laboral como un instrumento de las políticas de empleo y recuperación económica para los trabajadores de más edad, cabría plantearnos si se han promulgado nuevas normas focalizadas en la materia. Con ocasión de la crisis económica que ha aquejado a la UE, sus instituciones se han lanzado a recetar todo tipo de máximas abordando casi todas las grandes áreas del Derecho del Trabajo. Sin embargo, la PRL, mucho más la centrada en cuestiones de edad, ha sido la gran olvidada pese a la mencionada instrumentalización. Quizás, y comprensiblemente, la principal razón sea la apreciación de otras prioridades, pero también pueda deberse a la existencia, una vez más, de diferencias cultural-interestatales en la materia¹¹: abordaje desde la obligatoriedad o la voluntariedad, focalización en la capacidad de trabajo, la empleabilidad o el bienestar...

En este sentido, parecemos abocados a recuperar conceptos ya tradicionales en la PRL para, sobre esta base, intentar analizar los avances que los expertos promueven en la materia. No veríamos, pues, la utilidad de centrarnos en una reco-

⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2014 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2014 de España* [SWD(2014) 410 final], COM(2014) 410 final, Bruselas, 2 de junio 2014, pp. 6 y 10.

¹⁰ 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). En adelante, *Estrategia 55 y más*.

¹¹ C. DUPONT, "Preliminary results from the project". Comunicación presentada en el seminario "*Safe and healthy at any age: OSH in the context of an ageing workforce*", celebrado en el Parlamento Europeo, el 2 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://osha.europa.eu/en/seminars/safer-and-healthier-work-at-any-age/speech-venues/part-2-main-issues-to-consider-for-osh-and-an-ageing-population/speech.2014-01-10.8261727670> (30 de abril de 2015).

pilación jurídico-doctrinal de sus principios básicos, apostando en mayor medida por la exposición de las evoluciones técnicas más relevantes que, no por carecer de soporte normativo oficial, pierden efectividad de cara al objetivo comunitario y nacional marcado.

2.2. *La prevención de riesgos laborales y la prolongación de la vida laboral*

El objetivo de prolongar la vida laboral de la población implica para los Estados Miembros, no sólo desincentivar el abandono del mercado de trabajo mediante la reforma del sistema de pensiones, sino también estimular la continuación en el mismo. Y en este marco, debemos recordar que uno de los principales determinantes del abandono por parte de los trabajadores maduros es la percepción de la propia salud, subrayándose que casi la mitad de los problemas que en ella aquejan a los trabajadores de más de 45 años están causados por la edad¹². Por ello, para nosotros esta estimulación se incardinaría en buena medida en el marco de la PRL¹³. Desde este enfoque, la PRL no pretende únicamente una especial atención a individuos que bien pudieran considerarse especialmente sensibles por su superior edad, sino también coadyuvar a la generación de un nuevo modelo económico en el que el factor edad sea convenientemente considerado y evaluado.

Pero, ¿qué edad debemos tomar como referencia de esta singularidad preventiva? Como hemos visto, la Estrategia 55 y más fija claramente los años que determinan la incardinación de un individuo en el grupo de los “mayores”. No obstante, cabría plantearse si los 55 años, marcados en el ámbito de una política de empleo, puede extrapolarse sin más al ámbito de la PRL. Dada la ausencia de un pronunciamiento meridiano en la normativa específica, podemos recurrir a la organización internacional de referencia, la OIT. Esta entiende como trabajadores de edad a “*todos los trabajadores que, por el avance de su edad, están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación*”¹⁴. Sin embargo, se trata de una definición descriptiva, adaptable a cualquier realidad social, económica y cultura, pero no objetiva, dejando conscientemente indeterminada la edad “barrera” para poder acomodarse a las condiciones de cada país. Manteniéndose la duda en el plano estrictamente laboral, habríamos de buscar soporte en otros

¹² V. DE BROECK, “Holistic approach on Workplace Health Promotion (WHP) and older workers”, *op. cit.*

¹³ Un sondeo de opinión realizado por la EU-OSHA muestra que la mayoría de los ciudadanos de la UE consideran que las buenas prácticas en salud y seguridad son muy importantes para facilitar que los trabajadores alarguen su vida laboral antes de jubilarse: IPSOS, *Pan-European opinion poll on occupational safety and health*, European Agency for Safety and Health at Work, 2012, p. 20.

¹⁴ Apto. 3 Recomendación n° 162.

ámbitos materiales pero aplicables a la cuestión; y, precisamente en el orbe internacional, encontramos pronunciamientos explícitos en torno a la “mayoría” de edad. Frente a la posición de la ONU, que en 1980 situó la barrera en los 60 años, los expertos que asesoran a la OMS parecen haber consensuado los 45 años como edad a partir de la que considerar a un trabajador como mayor, ya que entienden probado que a esa edad decrecen capacidades funcionales necesarias para algunos trabajos¹⁵. De este modo, observamos cómo entidades de peso como las mencionadas mantienen consideraciones distintas en torno al establecimiento de una edad “barrera”. Pero, aunque no sea posible determinarla indubitablemente, sí entendemos factible extraer alguna conclusión importante: la edad se relaciona con la pérdida de capacidades funcionales y esta se conecta con salud, la cual, a su vez, puede estar fuertemente condicionada por la edad y las condiciones de trabajo a las que estuviera sometido un individuo. Como consecuencia, es posible adelantar temporalmente la protección preventiva de los trabajadores de edad y englobar a más personas de las que inicialmente pudieran considerarse.

Como muestra de esta conclusión, desde junio de 2013 hasta finales de 2015 viene desarrollándose por OSHA el Proyecto piloto “Trabajo más seguro y saludable a cualquier edad, seguridad y salud en el trabajo (SST) en el marco del envejecimiento de la población activa”¹⁶. Este proyecto pretende analizar los requisitos que reúne la PRL para los trabajadores de edad, si bien su objetivo último es alcanzar una mejor prevención para todos los trabajadores y a lo largo de toda su vida laboral. No obstante, no se prevé que ello dé lugar a la aprobación de nuevas directivas sobre PRL, pues parece que este impulso únicamente llega hasta el establecimiento de políticas y la difusión de buenas prácticas. Los últimos avances publicados datan de diciembre de 2013¹⁷. Se ha concluido que, pese a detectarse políticas que incluyen entre sus fines la mejora de las condiciones de trabajo y el mantenimiento de la capacidad de trabajo, son muy escasas las que se dedican en exclusiva a los trabajadores de mayor edad, careciéndose de las herramientas y el marco aplicativo preciso. Esta conclusión es aún más evidente en cuanto a medidas legislativas, donde, no obstante, OSHA destaca iniciativas innovadoras como asociar condiciones laborales y capacidad para trabajar de los trabajadores maduros o normar la gestión de la edad por las empresas incluyendo como componente la PRL¹⁸.

Este ejemplo muestra a nuestro entender la *vis expansiva* de la PRL en esta materia, acercándonos a nuevos conceptos como “capacidad” para trabajar y “gestión” de la edad, pero, sobre todo, al convencimiento de que la protección de los

¹⁵ WHO, “Aging and working capacity”, *Technical Report Series*, n° 835, Geneva, 1993, p. 3.

¹⁶ Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 29 de febrero de 2012, L056, Capítulo 0404.

¹⁷ Consúltense en este sentido: <https://osha.europa.eu/en/seminars/safer-and-healthier-work-at-any-age> (30 de abril de 2015).

¹⁸ C. DUPONT, “Preliminary results from the project”, *op. cit.*

trabajadores de edad ha de comenzar mucho antes de sobrepasar la edad barrera, se fijase esta donde se considerase finalmente oportuno. Pero vamos por partes.

3. LOS TRABAJADORES DE EDAD Y LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES *STRICTO SENSU*

3.1. *La afectación de la edad sobre las capacidades funcionales*

Las principales preocupaciones empresariales asociadas al envejecimiento de la fuerza de trabajo son: la disminución de la productividad, el aumento del absentismo y la mayor probabilidad de sufrir/causar accidentes. Estas preocupaciones no carecen por completo de base en la medida en que el paso del tiempo afecta a las capacidades funcionales, pero sí son bastante reduccionistas y, superando el valor de las cualidades positivas que también suelen ir aparejadas a los trabajadores de edad (experiencia, pensamiento estratégico, percepción integral...), son de la suficiente entidad como para generar una opinión negativa hacia ellos¹⁹. Por su parte, aunque la opinión mayoritaria de la UE y España no considera que los trabajadores de edad creen mayor absentismo, padezcan más accidentes ni sean menos productivos, sí piensa que tienen una menor capacidad para adaptarse a los cambios en el trabajo²⁰. Por ello, en cuanto a la conexión que suele entablarse entre estas preocupaciones y la PRL consideramos interesante apuntar algunas apreciaciones que adquirirán relevancia en las siguientes páginas.

Aunque, en principio, los estudios teóricos parecen confirmar el llamado “*modelo deficitario de la edad*”, es decir, la vinculación de la eficiencia profesional de los trabajadores de mayor edad a una progresiva degeneración físico-psíquica, los estudios que descienden hasta el rendimiento por resultados indican mayores diferencias entre individuos dentro de un mismo rango de edad que entre individuos de diferentes rangos²¹. Aún en la constatación de que la edad avanzada afecta principalmente a las capacidades físicas y sensoriales, tal limitación no tiene el mismo impacto de forma generalizada. Hemos de partir del peso específico que las distintas capacidades (fuerza, agilidad, visión, equilibrio, reflejos...) tienen en las diferentes tareas laborales; también es de prever que el peso concedido a algunas de tales capacidades, como la fuerza, se vea reducido en función de la

¹⁹ TNS OPINION & SOCIAL, Report “*Active Ageing*”, Special Eurobarometer 378, Wave EB76.2, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, European Commission, January 2012, pp. 31 y ss.

²⁰ IPSOS, *Encuesta de opinión paneuropea sobre seguridad y salud en el trabajo*, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 2013, p. 15.

²¹ M. MORSCHHÄUSER/ R. SÖCHERT, “Trabajo Saludable en una Europa que Envejece Estrategias e Instrumentos para Prolongar la Vida Laboral”, *European Network for Workplace Health Promotion*, BKK Bundesverband, Essen, 2006, pp. 17 y 18.

automatización y motorización de las tareas²². Y, en cualquier caso, hemos de ser conscientes de que la afectación en la capacidad laboral no implica que se esté ante trabajadores menos válidos, ya que esa merma puede deberse a varios factores, como por ejemplo, el propio trabajo, de modo que, actuándose sobre este, y no sobre el individuo, se podría recuperar en todo o en parte la capacidad laboral originaria²³.

Pero, más allá de estos rebatimientos sistémicos, concretemos la cuestión de la merma de capacidades. No existen estudios concluyentes que unan ineludiblemente edad avanzada y menor productividad²⁴, aunque sí parece incuestionable que algunas capacidades funcionales se limitan con el envejecimiento natural y que el rendimiento cognitivo comienza a descender pronunciadamente pasados los 70 años²⁵. Salvo en puestos muy determinados, el desempeño laboral no disminuye significativamente con la edad, al menos hasta entonces²⁶; y, a pesar de la lógica afectación a las capacidades físicas y mentales, las diferentes interpersonales son importantísimas, ya que trabajadores con 70 años pueden realizar tareas que otros de 50 encuentran muy complicadas²⁷. Dicho de otro modo, con la edad, las capacidades físicas y mentales disminuyen y, con ellas, la capacidad de trabajo (generalmente²⁸); sin embargo, la naturaleza y el impacto de esta realidad sobre el rendimiento difiere en función de cada individuo²⁹. Además, los trabajadores de edad tienden a cubrir las posibles pérdidas en algunas facultades

²² AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, “Cambios relacionados con la edad”. Disponible en: https://osha.europa.eu/es/priority_groups/ageingworkers (30/04/2015).

²³ J. ILMARINEN, “Towards a longer worklife. Ageing and the quality of worklife in the European Union”, *Finnish Institute of Occupational Health*, 2005, Helsinki, pp. 135 y 136.

²⁴ EUROSTAT, *Health and safety at work in Europe (1999-2007). A statistical portrait, Statistical books. Population and social conditions*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2010, p. 52.

²⁵ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, “Cambios relacionados con la edad”, *op. cit.*

²⁶ Dada la edad de jubilación media, es prácticamente imposible encontrar muestras del desempeño de trabajadores con más de 70 años. P. MEADOWS, “Retirement ages in the UK: a review of the literature”, *Employment Relations Research Series*, n° 18, 2012.

²⁷ S. McNAIR, (et al.), *Managing a healthy ageing workforce. A national business imperative*, CIPD, London, p. 21.

²⁸ Es posible detectar individuos cuya capacidad de trabajo aumenta pese al envejecimiento: K. TUOMI, (et al.), “Summary of the Finnish research project (1981-1992) to promote the health and work ability of aging workers”, *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, n° 23, suppl. 1, 1997, p. 68.

²⁹ R. J. SHEPHARD, “Age and Physical Work Capacity”, *Experimental Aging Research*, n° 25, 1999, pp. 331-343; J. ILMARINEN, “Aging workers”, *Occupational and Environmental Medicine*, n° 58, 2001, p. 548; K. BENJAMIN/S. WILSON, “Facts and misconceptions about age, health status and employability”, *Health and Safety Laboratory*, Buxton, 2005, p. 21.

con la mejora en otras³⁰ o gracias al desarrollo de habilidades y capacidades que sólo maduran en la última mitad de la vida, por ejemplo, las organizacionales³¹. Incluso algunos estudios han mostrado una gran proporción de trabajadores que, a medida que avanza la edad, se tornan más débiles físicamente pero mentalmente más fuertes³². Por ello, pueden llegar a ser igual de eficientes que trabajadores con menos edad³³; de hecho, estudios empíricos que incluían la opinión de los responsables de RRHH arrojaban una mayor valoración de cualidades que suelen predicarse de los trabajadores de mayor edad³⁴ (experiencia, conocimiento, lealtad o compromiso)³⁵. No obstante, con frecuencia esta valoración varía con la propia economía, de modo que tienden a ser más apreciados por su “*conciencia laboral*” en horas bajas y más minusvalorados en las épocas de bonanza³⁶.

Más allá de la ponderación de sumas y restas de los años sobre las capacidades de los trabajadores, la afectación a la salud nos lleva a la segunda preocupación: el absentismo. En España se ha encomendado al INSHT el impulso de investigaciones destinadas a detectar perfiles de morbilidad asociados con la edad que colaboren en el diseño de intervenciones concretas sobre las condiciones de trabajo³⁷. A la fecha de estas líneas, el INSHT ha señalado que la gran mayoría de trabajadores de más de 55 años manifiestan tener algún problema de salud (principalmente, musculoesqueléticos, agotamiento y estrés) y, aunque identifican el trabajo como causa de su existencia o agravamiento en menor porcentaje que los trabajadores más jóvenes, sí constituyen el grupo que más precisa visitar al médico por dichos problemas³⁸. En general, los estudios³⁹ sobre la cuestión no

³⁰ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, “Introducción”. Disponible en: https://osha.europa.eu/es/priority_groups/ageingworkers (30 de abril de 2015).

³¹ V. DE BROECK, “Holistic approach on Workplace Health Promotion (WHP) and older workers”, *op. cit.*

³² J. ILMARINEN, “Aging workers”, *op. cit.*, p. 548.

³³ A. LAVILLE/ S. VOLKOFF, “Trabajadores de edad avanzada”, *Enciclopedia de seguridad y salud en el trabajo*. Capítulo 29. Ergonomía, Organización Internacional del Trabajo, 2001, p. 92.

³⁴ M. MORSCHHÄUSER/ R. SÖCHERT, “Trabajo Saludable en una Europa que Envejece Estrategias e Instrumentos para Prolongar la Vida Laboral”, *op. cit.* pp. 17 y 20.

³⁵ S. McNAIR, (et al.), *Managing a healthy ageing workforce. A national business imperative*, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

³⁶ A. LAVILLE/ S. VOLKOFF, “Trabajadores de edad avanzada”, *op. cit.*, p. 91.

³⁷ *Estrategia 55 y más*, p. 12.

³⁸ Aunque “Ocho de cada diez trabajadores de este segmento de edad manifiestan que tienen algún problema de salud”, el 66% los conecta con su trabajo frente al 74,7% de los jóvenes y el 73% de los trabajadores de edad intermedia. Además, “constituyen el grupo que más precisa acudir al médico por estos problemas de salud achacables al trabajo (62,6%)”. A. ALMODÓVAR MOLINA, (et al.), *Análisis del mercado laboral, condiciones de trabajo y siniestralidad. Una perspectiva según la edad*, INSHT, Madrid, 2013, pp. 75 y 76.

³⁹ EUROSTAT, *Health and safety at work in Europe (1999-2007). A statistical portrait*, Statistical books. Population and social conditions, *op. cit.*, 2010, p. 53.

muestran un mayor porcentaje de bajas por enfermedad entre los trabajadores mayores, pero sí han observado que en tales grupos se reducen las bajas por enfermedad de un día o más y aumentan las de duración superior o igual al mes, con enfermedades y lesiones más graves⁴⁰, lo que hace más importante el soporte para retornar al trabajo⁴¹.

Desde la perspectiva de los puros intereses actuales de las compañías, hemos de resaltar que, con frecuencia, al momento de estudiar la etiología de sus ratios de absentismo, algunas descubren que el hecho de ni siquiera adaptar las exigencias laborales a la edad madura de un sector de su plantilla, tiene un claro impacto en sus balances (entre otras dificultades⁴²). No obstante, son precisamente las características del absentismo predicable a estas edades las que aconsejan, además, una visión empresarial a largo plazo. Algunas voces apuestas por una colaboración más estrecha entre la medicina ocupacional y el sistema nacional de salud, para que, fundamentalmente, a través de una intervención temprana sobre las condiciones de salud y el recurso a las técnicas rehabilitadoras, se redoblasen esfuerzos en la reducción del absentismo y la mejora de la salud de la fuerza de trabajo⁴³. De hecho, España se encuentra entre los países en los que es superior la asociación entre el absentismo por enfermedad y próxima expulsión del mercado de trabajo hacia los beneficios que se conceden a la discapacidad, lo que subraya la importancia de adoptar medidas preventivas en el lugar de trabajo⁴⁴ y, cuanto antes, mejor. Incluso las estadísticas sobre enfermedades profesionales en nuestro país revelan que la edad no resulta tan determinante en su aparición como en la duración de los procesos (a más edad, procesos más largos) y las altas por incapacidad permanente (correlación semejante aunque no igual)⁴⁵. Debería cambiar la perspectiva histórica de la salud ocupacional, de modo que junto a la PRL y la promoción de la salud, se permitiese una intervención temprana sobre los trabajadores que desarrollasen una condición de salud⁴⁶.

Pero la afectación a las capacidades de los trabajadores de edad avanzada también se ha abordado desde la óptica de la siniestralidad. Es indudable que el

⁴⁰ K. BENJAMIN/ S. WILSON, "Facts and misconceptions about age, health status and employability", *op. cit.*, p. 16.

⁴¹ S. McNAIR, (*et al.*), *Managing a healthy ageing workforce. A national business imperative*, *op. cit.*, p. 22.

⁴² M. MORSCHHÄUSER/ R. SÖCHERT, "Trabajo Saludable en una Europa que Envejece Estrategias e Instrumentos para Prolongar la Vida Laboral", *op. cit.*, p. 22.

⁴³ Una iniciativa denominada "Fit for work": C. BLACK, *Working for a healthier tomorrow*, The Stationery Office, London, 2008, pp. 73 y ss.

⁴⁴ OECD, *Sickness, Disability and Work: Breaking the Barriers. A synthesis of findings across OECD countries*, 2010, Paris, p. 63.

⁴⁵ Observatorio de Enfermedades Profesionales (CEPROSS) y de Enfermedades causadas o agravadas por el trabajo (PANOTRATSS), Informe Anual 2014, pp. 21 y 26.

⁴⁶ C. BLACK, *Working for a healthier tomorrow*, *op. cit.*, p. 23.

desarrollo de las mismas funciones durante mucho tiempo puede generar, además de otra serie de riesgos psicosociales, un exceso de confianza impactante en la probabilidad de generar accidentes laborales. De acuerdo con los estudios⁴⁷, los trabajadores de más edad sufren menos accidentes de trabajo que sus compañeros más jóvenes, si bien cuando los padecen, las lesiones ocasionadas son de mayor gravedad, incluido el resultado de muerte⁴⁸. Así sucede también en España, donde su peso porcentual en las tasas de accidentes de trabajo, pese a ser inferior a los jóvenes, presenta una tendencia al alza, y donde copan las tasas de accidentes mortales en todas las actividades⁴⁹.

Se ha requerido, por tanto, un estudio epidemiológico del INSHT que señale las ocupaciones potencialmente más peligrosas en términos de siniestralidad, así como la incidencia que sobre ella ejerce la edad⁵⁰. A falta de conocer con precisión cuáles pueden ser consideradas las actividades más peligrosas en atención a la edad, sí se dispone de evidencias respecto a las funciones en las que los trabajadores de mayor edad suelen sufrir accidentes⁵¹: tareas en movimiento, de manipulación, con movimiento o sobreesfuerzo, orígenes de resbalones, tropezones, fracturas, aplastamiento, o colisión. Quedan, pues, explicitados las funciones que requieren mayor atención desde la actividad preventiva.

3.2. Principales hitos preventivos para la protección de trabajadores de edad avanzada

Incuestionada la afectación de la edad sobre las capacidades funcionales y el estado de salud de las personas, cabe plantear las medidas a abordar para reducir los riesgos laborales derivados o aumentados por el paso del tiempo. Algunos estudios muestran que los riesgos laborales relacionados con trabajos de gran exigencia física (musculación estática, cargas pesadas, repetición), en ambientes estresantes o peligrosos (suciedad, humedad, calor, frío, vibraciones)⁵² y mal organizados (conflictos, presión, desmotivantes) tienen mayor impacto entre los trabajadores de mayor edad⁵³. Pero no cabe reducir la influencia del paso de los

⁴⁷ EUROSTAT, *Health and safety at work in Europe (1999-2007). A statistical portrait*, Statistical books. Population and social conditions, *op. cit.*, 2010, p. 28.

⁴⁸ S. McNAIR, (et al.), *Managing a healthy ageing workforce. A national business imperative*, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁹ A. ALMODÓVAR MOLINA, (et al.), *Análisis del mercado laboral, condiciones de trabajo y siniestralidad. Una perspectiva según la edad*, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁰ *Estrategia 55 y más*, p. 12.

⁵¹ A. ALMODÓVAR MOLINA, (et al.), *Análisis del mercado laboral, condiciones de trabajo y siniestralidad. Una perspectiva según la edad*, *op. cit.*, p. 77.

⁵² WHO, "Aging and working capacity", *op. cit.*, p. 22.

⁵³ J. ILMARINEN, "Towards a longer worklife. Ageing and the quality of worklife in the European Union", *op. cit.* pp. 265 y ss.

años sobre la PRL a los supuestos más extremos. Por ello, la OIT recomienda la realización de estudios para identificar las actividades en las que “*el proceso de envejecimiento pueda ser más rápido o en las que los trabajadores de edad encuentren dificultades de adaptación*”⁵⁴.

3.2.1. La edad como factor de especial sensibilidad

Aunque la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁵⁵ no ha previsto expresamente la causa de la edad, sí podemos entender que la misma se halla incluida entre las especiales sensibilidades que recoge el art. 15 de la Directiva Marco⁵⁶ y, por extensión, el art. 25 LPRL gracias a la amplitud con la que se han configurado las causas que puedan originar las mismas. Esta especial sensibilidad ha sido entendida como una mayor predisposición al daño, ya sea por la exposición cualitativa/cuantitativa a riesgos generales o a riesgos específicos⁵⁷. Sin embargo, esta lógica, a juicio de la doctrina, se enfrenta a algunas dificultades: la indeterminación del propio concepto de trabajadores mayores y la variabilidad interindividuos e interactividad del impacto de la edad. Así, se considera muy complicado poder establecer un régimen jurídico general para la configuración de un subgrupo específico de especial sensibilidad para cualquier estado personal y cualquier actividad⁵⁸. En contra de esta postura, debemos recordar que el art. 25 LPRL no requiere ineludiblemente un tratamiento de grupo, sino un tratamiento especial para situaciones especiales⁵⁹. Se trata de un precepto de contenido difuso e indeterminado en cuanto a la imposición de obligaciones, pero a día de hoy es la única cobertura legal de la que disponemos a este fin⁶⁰, de modo que cabría dispensar a los trabajadores de edad un régimen tuitivo semejante al previsto en los arts. 26-28 LPRL.

Esta sensibilidad ocasionada por la edad puede entenderse en dos sentidos: en primer lugar, por el diferente impacto que pueden tener los factores laborales

⁵⁴ Apto. 12.1 Recomendación nº 162.

⁵⁵ En adelante, LPRL.

⁵⁶ En el mismo sentido: M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “Envejecimiento y prevención de riesgos laborales”, *Lan Harremanak*, nº 24, 2011, p. 43.

⁵⁷ M. A. PURCALLA BONILLA, “El empleador y su deber de prevención (II). Obligaciones específicas (colectivos especialmente sensibles)”, en A. Garrigues Giménez, (dir.), *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Albacete, Bomarzo, 2009, p. 209.

⁵⁸ C. CARRERO DOMÍNGUEZ/ A. MORENO MÁRQUEZ, “Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros”, en J. Mercader Uguina, (dir.), *Trabajadores maduros*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 221-231.

⁵⁹ M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “Envejecimiento y prevención de riesgos laborales”, *Lan Harremanak*, nº 24, 2011, p. 45.

⁶⁰ C. CARRERO DOMÍNGUEZ/ A. MORENO MÁRQUEZ, “Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros”, en J. Mercader Uguina, (dir.), *Trabajadores maduros*, op. cit. p. 221.

sobre personas con una edad biológica avanzada, y, en segundo término, por la mayor probabilidad de tener que afrontar la existencia de problemas de salud o enfermedades crónicas. Sin embargo, el art. 27 LPRL tiene en cuenta la edad únicamente en relación a los jóvenes, obviando que el especial estado biológico puede devenir, tanto de los pocos, como de los muchos años, y que, al igual que los trabajadores más jóvenes presentan riesgos asociados a características especiales como la falta de experiencia, también los trabajadores de más edad suelen presentar riesgos que exigen una especial atención en materia preventiva. De este modo, y dada las singularidades personales que aconsejan la indeterminación de las edades mínimas y máximas a efectos preventivos, la edad habría de ser considerada como un factor genérico de posible sensibilidad, de modo que, proyectándose sobre las funciones preventivas, pudiera adelantarse, detectar y tratar especiales sensibilidades originadas por ella. La seguridad y salud laboral de los trabajadores más jóvenes por fuerza ha de conllevar la de los trabajadores no tan jóvenes (“*life-cycle approach*”); de este modo, actuando sobre los primeros se lograría reducir las enfermedades crónicas asociadas a la actividad laboral y prolongar la vida de la población activa, adoptando medidas específicas para los trabajadores mayores en el caso de que fuese necesario⁶¹. Así se ha extraído también de los estudios que determinan las ausencias por enfermedad como precursoras de la discapacidad, de modo que se aconseja una identificación e intervención en edades tempranas sobre riesgos que originarían problemas de salud potencialmente sintomáticos tras muchos años⁶². En el momento actual, donde este planteamiento no ha rodado los suficientes años como para garantizar una protección omnicompreensiva de cualquier edad, se requiere instaurar de forma simultánea una prevención global ateniendo a la edad y una prevención focalizada en los trabajadores de menor y mayor edad.

De acuerdo con el mandato del legislador, el empresario ha de garantizar de forma efectiva la protección de los trabajadores especialmente sensibles en razón de su edad, para lo que deberá realizar la oportuna evaluación de los riesgos y adoptar las debidas medidas preventivas y tuitivas, así como no emplearlos temporal o definitivamente en los puestos que, por su especial sensibilidad, puedan ellos, los demás trabajadores o terceros colocarse en situación de peligro.

⁶¹ S. COPSEY, “Supporting the European Parliament’s Pilot Project”. Comunicación presentada en el seminario “*Safe and healthy at any age: OSH in the context of an ageing workforce*”, celebrado en el Parlamento Europeo, el 2 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://osha.europa.eu/en/seminars/safer-and-healthier-work-at-any-age/speech-venues/part-2-main-issues-to-consider-for-osh-and-an-ageing-population/spspeech.2014-01-10.8261727670> (30 de abril de 2015).

⁶² OECD, *Sickness, Disability and Work: Breaking the Barriers. A synthesis of findings across OECD countries*, 2010, Paris, p. 64.

Una adecuada evaluación implicaría, proyectar el examen de cada factor de riesgo sobre los distintos grupos de edad; ahora bien, las herramientas prácticas de evaluación de riesgos frente a concretas exposiciones de grupos como los trabajadores de (mayor/menor) edad siguen siendo altamente infrecuentes⁶³. Genéricamente, cabe señalar que esta evaluación habría de abarcar aspectos como: perfil básico del puesto, dependencia jerárquica, relaciones internas, objetivos, competencias y adaptabilidad en función de la edad de sus ocupantes⁶⁴. Ello habría de permitir, en primer lugar, diseñar en la medida de lo posible un lugar de trabajo que resulte beneficioso para todos los grupos de edad, superándose la evaluación de riesgos desde la óptica del “trabajador estándar”⁶⁵ y, en segundo término, corregir las condiciones que puedan acelerar el proceso de envejecimiento⁶⁶. Esta medida, pese a estar orientada hacia los trabajadores de mayor edad, acabaría por redundar en bienestar para toda de la fuerza de trabajo y supondría el adelanto de la barrera de protección antes de la aparición del deterioro esperado con la propia edad. Puesto que la evaluación del riesgo conlleva adaptar de forma continua cada puesto de trabajo a las particulares necesidades y estado de salud de todo trabajador, tener en cuenta el factor edad en la evaluación y adaptación no debe representar una carga adicional⁶⁷. Ambas tareas no pueden cubrir las particularidades de todos los segmentos de población; así, las características de cada individuo deben ser consideradas también de forma particular en lo tocante a la pérdida de capacidades funcionales y afectación de la salud por la edad. De hecho, las diferencias interpersonales aumentan con la edad⁶⁸, por lo que no deben hacerse suposiciones abstractas basadas únicamente en este criterio; ni siquiera aparece cierta homogeneidad dentro del mismo segmento de edad, ya que, por ejemplo, la diferenciación de sexos debe coordinarse con el factor edad en la medida en que las condiciones laborales suelen ser diversas en función de aquel

⁶³ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, “Diversidad de los trabajadores y evaluación de riesgos: garantizar la cobertura para todos”, *Facts*, n° 87, Bélgica, 2009.

⁶⁴ FONDO SOCIAL EUROPEO, Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales, “Artículo 6: Medidas innovadoras de Gestión de Cambio”, *Guía de Buenas Prácticas, Gestión de la Edad en las empresas del sector metal-mecánico*, Femeval, Valencia, p. 15.

⁶⁵ M. A. BUFFET/ E. PRIHA, (et al.), *Workforce diversity and risk assessment: ensuring everyone is covered*, European Agency for Safety and Health at Work, Belgium, 2009, p. 110.

⁶⁶ J. C. VALLADARES GARCÍA/ M. J. LLAMAS MÚÑOZ, “La gestión del factor edad desde la prevención de riesgos laborales”, *Prevención: Revista técnica de seguridad y salud laborales*, n° 197, 2011, p. 28.

⁶⁷ J. ILMARINEN, “Promoción del envejecimiento activo en el trabajo”, *European Year for Active Aging and Solidarity between Generations*, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 2012, p. 6.

⁶⁸ M. A. BUFFET/ E. PRIHA, (et al.), *Workforce diversity and risk assessment: ensuring everyone is covered*, op. cit. p. 30.

criterio, como diverso es su impacto sobre la salud y las capacidades⁶⁹. La edad, pues, debería tratarse en la evaluación de riesgos de forma personalizada, tal y como sucede con cualquier otra característica individual que puede determinar distinta influencia de los factores de riesgo, para, posteriormente, confrontarse con las necesidades particulares de cada individuo. De este modo, esta evaluación y adaptación conformaría un proceso continuo durante toda la carrera profesional de un/a trabajador/a, pues sólo así se podría abordar de forma individualizada las características interpersonales que existan o se revelen con el paso del tiempo⁷⁰.

A partir de la evaluación de riesgos, sería posible determinar para cada puesto: su compatibilidad para ser ocupado por un trabajador aquejado por el proceso de envejecimiento y sus características o funciones que habrían de ser adaptadas para ser desarrolladas por tal trabajador⁷¹. Efectivamente, el segundo paso habría de ser la identificación de las restricciones que cada puesto conlleva por su propia naturaleza y que, por tanto, resultan imborrables para los trabajadores que van alcanzando determinada edad, para lo que podría recurrirse a comprobaciones empíricas y al testimonio de los afectados⁷². Con ello, se podría satisfacer la obligación de no emplear a estos trabajadores en las tareas o los puestos que por sus especiales características les situaría, a ellos o a otros, en peligro.

Y, como tercer paso, esta evaluación de riesgos permitiría afrontar una adaptación, y en su caso modificación, del puesto de trabajo. De este modo, una evaluación que tuviera presente el factor edad conllevaría una mejora de las condiciones de trabajo, pero no excluiría el deber de adaptar el puesto a la edad y a las necesidades personales de cada trabajador⁷³. La medida básica sería el diseño del lugar y entorno de trabajo: siempre que sea posible, y amén de las particularidades que pudieran exigir las características individuales de cada trabajador, se habría de buscar la evitación o minimización *ab initio* de cargas inadecuadas⁷⁴. Este diseño no ha de entenderse como medida restringida al inicio de la creación de un puesto de trabajo, sino que puede ser abordada en todo momento como una medida preventiva para los puestos ocupados por trabajadores no afectados en el presente o como una medida reactiva ante las afecciones o necesidades de un

⁶⁹ A. ALMODÓVAR MOLINA, (*et al.*), *Análisis del mercado laboral, condiciones de trabajo y siniestralidad. Una perspectiva según la edad*, *op. cit.*, p. 78.

⁷⁰ M. A. BUFFET/ E. PRIHA, (*et al.*), *Workforce diversity and risk assessment: ensuring everyone is covered*, *op. cit.*, p. 31.

⁷¹ J. C. VALLADARES GARCÍA/ M. J. LLAMAS MÚÑOZ, “La gestión del factor edad desde la prevención de riesgos laborales”, *op. cit.*, p. 30.

⁷² A. LAVILLE/ S. VOLKOFF, “Trabajadores de edad avanzada”, *op. cit.*, p. 94.

⁷³ M. A. BUFFET/ E. PRIHA, (*et al.*), *Workforce diversity and risk assessment: ensuring everyone is covered*, *op. cit.* p. 31.

⁷⁴ M. MORSCHHÄUSER/ R. SÖCHERT, “Trabajo Saludable en una Europa que Envejece Estrategias e Instrumentos para Prolongar la Vida Laboral”, *op. cit.*, p. 52.

trabajador. Con este objeto, los empleadores deberían contar con guías detalladas y específicas sobre cómo adaptar el medio laboral a la edad⁷⁵.

Paralelamente, la evaluación de riesgos también habría de sustentar el diseño de una correcta planificación de la actividad preventiva. Así pues, y de cara a una adaptación personalizada de las condiciones de trabajo a las características individuales de cada trabajador/a, sería prioritario un programa de vigilancia de la salud específica en función de los riesgos y la edad del trabajador, más aún en los casos en los que las dificultades de adaptación estén ligadas “*ante todo a su envejecimiento*”⁷⁶. Se trataría de una vigilancia de la salud específica en la que habría de adquirir especial relevancia la anamnesis médica y laboral del sujeto, así como su propia percepción en cuanto al estado de sus capacidades físico-psíquicas y la relación de estas con su prestación laboral⁷⁷. Para cumplir con esta función de adaptación evolutiva personalizada, el papel del médico de empresa debe variar, avanzando más allá de la calificación como no/apto y de la petición de cambio de puesto de trabajo, para participar activamente en las decisiones de la organización gracias a su conocimiento de las particularidades de cada individuo (por ejemplo, repercusiones psicósomáticas de un cambio organizativo)⁷⁸. Por ello, la asunción de la edad desde la función de vigilancia de la salud pasaría por contar con profesionales de la medicina especialmente formados para atender las necesidades individuales en materia de envejecimiento, llegándose a acuñar el término de “*occupational gerontology*”⁷⁹. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

3.2.2. La afectación a capacidades y posibles medidas correctoras

La incorporación de la edad en la empresa supondría, desde una perspectiva individual, “*dar soluciones concretas a las necesidades particulares de un determinado trabajador*”: la empresa, con la participación de los trabajadores y sus representantes legales, habría de elegir, entre las diversas opciones posibles, qué medidas cabría establecer⁸⁰. A continuación intentaremos acercarnos a las afectaciones más comunes que ocasiona la edad sobre la generalidad de los individuos para, a su hilo, exponer algunas de las medidas correctoras aplicables.

⁷⁵ WHO, “Aging and working capacity”, *op. cit.*, p. 34.

⁷⁶ Apto. 13.d) Recomendación n° 162.

⁷⁷ Puede consultarse un cuestionario de vigilancia de la salud específico para trabajadores “*sénior*” en: J. C. VALLADARES GARCÍA/ M. J. LLAMAS MÚÑOZ, “La gestión del factor edad desde la prevención de riesgos laborales”, *op. cit.*, pp. 35 y 37.

⁷⁸ INSHT, NTP 367: “*Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad*”, 1995, pp. 4 y 5.

⁷⁹ J. ILMARINEN, “*Work ability-a comprehensive concept for occupational health research and prevention*”, *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, vol. 35, n° 1, 2009, p. 1.

⁸⁰ INSHT, NTP 367: “*Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad*”, 1995, p. 4.

Una mayor vida activa implica una mayor exposición a los riesgos inherentes a la actividad laboral⁸¹. Esta obviedad adquiere mayor peso en el caso de los agentes químicos, ya que las manifestaciones clínicas derivadas de exposiciones cumulativas suelen darse en edades maduras. Sin embargo, debemos tener presente que la diferencia de edad entre dos trabajadores expuestos en el mismo grado y periodo a un agente químico puede generar un impacto negativo únicamente sobre el de mayor edad, ya que este factor puede modificar la sensibilidad personal ante algunos agentes o mermar la potencia depuradora de los riñones⁸². Por ello, puestos con estas exposiciones serían los más propicios para detectar y declarar no empleabilidad o restricciones, toda vez que la protección frente a aquellas es máxima con carácter general. Las estadísticas muestran cuáles son las actividades con mayor incidencia de cada grupo de enfermedades profesionales: por agentes químicos, por agentes físicos, por inhalación de sustancias, enfermedades de la piel, por agentes carcinógenos (industria manufacturera), y por agentes biológicos (actividades sanitarias, servicios sociales). A partir de esta base, se podría analizar cuántos de estos procesos devienen del tiempo de exposición a determinados agentes y cómo influye en ellos la edad⁸³.

La pérdida de capacidad auditiva puede tener diversos orígenes; por ejemplo: la pérdida industrial (atribuida a ambientes laborales ruidosos y que aumenta con la exposición), la nosoacusia (ocasionada por un patrón progresivo hereditario, el padecimiento de alguna enfermedad...) o la presbiacusia (provocada por el envejecimiento, que se inicia en la segunda mitad de la vida y va pronunciándose, afecta primeramente a los tonos altos). Se enfrente al trabajador a uno de estos tipos de pérdidas de audición o sufra una combinación de varios de sus elementos causantes, las edades próximas a los 50 años pueden presentar importantes dificultades para escuchar sonidos débiles, sonidos provenientes de múltiples fuentes o con ruido de fondo⁸⁴. Además de la afectación a la capacidad auditiva, el ruido afecta a los trabajadores de edad en el sentido de una mayor distorsión en el mantenimiento de su concentración⁸⁵, por lo que se ha de valorar no sólo una menor audición, sino también la interferencia de lo que oiga sobre su atención. Por lo tanto, no todas estas situaciones pueden solventarse a través de la ampliación, por lo que habrán de buscarse soluciones alternativas como el aislamiento auditivo o la señalización visual, amén de favorecer la implementación de herramientas y

⁸¹ S. COPSEY, "Supporting the European Parliament's Pilot Project", *op. cit.*

⁸² WHO, "Aging and working capacity", *op. cit.*, p. 22.

⁸³ Observatorio de Enfermedades Profesionales (CEPROSS) y de Enfermedades causadas o agravadas por el trabajo (PANOTRATSS), Informe Anual 2014, pp. 17 y 21.

⁸⁴ INSHT, NTP 366: "Envejecimiento y trabajo: audición y motricidad", 1995, pp. 1 y 2.

⁸⁵ WHO, "Aging and working capacity", *op. cit.*, p. 22.

útiles que permitan la adaptación de su sonido a la capacidad auditiva del usuario y colaborar con los compañeros hablando despacio y claro⁸⁶.

Tradicionalmente, se ha entendido que la fuerza y resistencia física disminuye inevitablemente con la edad; sin embargo, nuevos estudios ponen de manifiesto que este axioma debe confrontarse caso por caso con la llamada “*musclespecificity*”, es decir, con el hecho de que el uso variable de cada músculo en atención de las tareas físicas asignadas a cada trabajador conllevaría el mantenimiento de las funciones conectadas al mismo⁸⁷. Pero más allá de estas especificidades, la regla general es bien comprensible. El declive respecto al consumo máximo de oxígeno es clara y lineal tras alcanzar la madurez física plena, lo que se produce, a más tardar, tras alcanzar la treintena⁸⁸. La fuerza muscular parece alcanzar su punto álgido a finales de la veintena, reduciéndose por término general y medio, aunque no igual para todos los músculos, en torno a un 1% anual a partir de los 30 años hasta el 75% de aquel con 65 años⁸⁹. Asimismo, tras los 45-50 años, la extensión isométrica máxima del tronco y la fuerza de flexión disminuyen entre un 40-50% en un período de 10 años⁹⁰. Además, los trabajadores de edad tienden a ser más pesados y menos rápidos que los jóvenes, debido al desgaste de las fibras musculares y a una menor función neuromuscular⁹¹. Todo ello afecta, no sólo a la fuerza en sí misma considerada, sino también, al asimiento, la presión o la coordinación. Por ello, además del diseño ergonómico de los utensilios, algunas voces apuestan por disminuir los trabajos musculares en general⁹² conforme decrezcan las capacidades físicas del trabajo por acción de paso del tiempo⁹³, fundamentalmente, en lo concerniente a tareas de empuje, altura, arrastre, repetición, bipedestación prolongada o postura forzada, elevación o movimiento de personas⁹⁴. Sólo en caso de no ser posible su eliminación, habría de facilitarse el trabajo mediante equipos auxiliares e imponer limitaciones temporales en el desarrollo de tales tareas⁹⁵.

⁸⁶ J. C. VALLADARES GARCÍA/ M. J. LLAMAS MÚÑOZ, “La gestión del factor edad desde la prevención de riesgos laborales”, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁷ B. GALL/ W. PARKHOUSE, “Changes in physical capacity as a function of age in heavy manual work”, *Ergonomics*, vol. 47, nº 6, 2004, pp. 671-687; K. BENJAMIN/ S. WILSON, “Facts and misconceptions about age, health status and employability”, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁸ J. ILMARINEN, “Aging workers”, *op. cit.*, p. 547.

⁸⁹ INSHT, NTP 366: “*Envejecimiento y trabajo: audición y motricidad*”, 1995, pp. 3-5.

⁹⁰ J. ILMARINEN, “Aging workers”, *op. cit.*, p. 547.

⁹¹ WHO, “Aging and working capacity”, *op. cit.*, p. 21.

⁹² K. TUOMI, (*et al.*), “*Summary of the Finnish research project (1981-1992) to promote the health and work ability of aging workers*”, *op. cit.*, p. 70.

⁹³ J. ILMARINEN, “Aging workers”, *op. cit.*, p. 547.

⁹⁴ A. ALMODÓVAR MOLINA, (*et al.*), *Análisis del mercado laboral, condiciones de trabajo y siniestralidad. Una perspectiva según la edad*, *op. cit.*, p. 74.

⁹⁵ J. C. VALLADARES GARCÍA/ M. J. LLAMAS MÚÑOZ, “La gestión del factor edad desde la prevención de riesgos laborales”, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

Las capacidades sensoriales tienen a deteriorarse con la edad y, aunque también en este punto son apreciables importantes diferencias interpersonales, lo cierto es que la consideración de esta regresión general en el lugar de trabajo puede ayudar en gran medida a la conservación de dichas capacidades y a la ralentización de su deterioro⁹⁶. El diseño de puestos debe tener en cuenta este hecho a través del uso de lentes bifocales, el posicionamiento de pantallas de visualización, las distancias entre superficies de trabajo o la regulación del mobiliario⁹⁷. Adecuarse a los deterioros generales de la madurez, supondría eliminar brillos, deslumbramientos y superficies reflectantes, aumentar la luz en el puesto de trabajo y la diferenciación entre las distintas señales a la que deba atender el trabajador, e incrementar el tamaño de las letras en documentos⁹⁸.

La organización del trabajo no puede abordarse únicamente como una vía para mantener la empleabilidad de los trabajadores de mayor edad, sino también como un instrumento para mantener y promover su salud física y mental⁹⁹. Por oposición respecto a lo que apuntábamos en el caso de las tareas musculares, se habría de alentar el hecho de que los trabajadores continuasen en los puestos de trabajo que los desafían mentalmente (como aquellos que requieren toma de decisiones trascendentes/difíciles, la transformación de un número o el manejo de diversas fuentes de información), al objeto de mantener, o incluso mejorar, sus capacidades cognitivas¹⁰⁰. Ahora bien, los estudios muestran que los trabajadores de mayor edad tienden a sentir sus trabajos como más estresantes, quizás también porque no es en ellos en quienes primero se piensa a la hora de establecer mecanismos de equilibrio entre vida profesional y personal¹⁰¹. La Estrategia 55 y más prevé el estudio de una jornada de trabajo flexible para este colectivo pues, aunque actualmente contamos con la jubilación parcial, se propone también la articulación de un derecho a la reducción de jornada con la correlativa reducción del salario¹⁰². Sin embargo, podemos entender que la actual situación económico-

⁹⁶ K. BENJAMIN/ S. WILSON, “*Facts and misconceptions about age, health status and employability*”, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁷ INSHT, NTP 366: “*Envejecimiento y trabajo: audición y motricidad*”, 1995, p. 5.

⁹⁸ J. C. VALLADARES GARCÍA/ M. J. LLAMAS MUÑOZ, “La gestión del factor edad desde la prevención de riesgos laborales”, *op. cit.*, p. 31.

⁹⁹ C. BALL, “Living and Working Longer, healthier, safer. The employee’s point of view and the case for social dialogue”. Comunicación presentada en el seminario “*Safe and healthy at any age: OSH in the context of an ageing workforce*”, celebrado en el Parlamento Europeo, el 2 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://osha.europa.eu/en/seminars/safer-and-healthier-work-at-any-age/speech-venues/part-2-main-issues-to-consider-for-osh-and-an-ageing-population/speech.2014-01-10.8261727670> (30/04/2015).

¹⁰⁰ K. BENJAMIN/ S. WILSON, “*Facts and misconceptions about age, health status and employability*”, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰¹ S. McNAIR, (et al.), *Managing a healthy ageing workforce. A national business imperative*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰² *Estrategia 55 y más*, p. 10.

social de la población y de las arcas públicas dificultaría en gran medida esta vía de adaptación, por lo que el pretendido abandono gradual y progresivo del mercado de trabajo habría de dirigirse hacia otras medidas que requiriesen un menor esfuerzo en recursos públicos/privados. Así, se habrían de adecuar las exigencias laborales a su resistencia frente al estrés, lo que puede suponer, desde el otorgamiento de mayor control sobre su trabajo, a la posibilidad de salir de los sistemas de guardia y disponibilidad¹⁰³. La cantidad y distribución de las tareas también deben valorarse para hallar un punto intermedio entre la no asunción de nuevas competencias (por ejemplo, obviando la rotación de tareas o el enriquecimiento de puestos y manteniendo las mismas funciones durante años), y los puestos multitareas que generan desbordamiento¹⁰⁴. La carga que este diseño pudiera representar sería a medio plazo menor si se hace predominante el trabajo en equipo y el carácter polivalente de los trabajadores, ya que ello tornaría a la organización en más independiente respecto a labor de cada sujeto concreto y reduciría la presión que el sujeto pudiera sentir¹⁰⁵.

Otro tanto cabe decir de la jornada laboral, ya que los trabajadores de edad no toleran las jornadas prolongadas de forma semejante a como puedan hacerlo los jóvenes y sufren en mayor medida los problemas de salud asociados al trabajo a turnos (desde una menor calidad del sueño a problemas gastrointestinales)¹⁰⁶. El escenario ideal pasaría por la posibilidad de que cada trabajador realizase su trabajo a su propio ritmo; pero, dadas las exigencias de la realidad, se debería valorar, no sólo la flexibilización o reducción de las jornadas (diaria, semanal, mensual o anual), cuanto menos respecto a las ocupaciones penosas/peligrosas/insalubres¹⁰⁷, sino también otras medidas especiales para ellos como la concesión de una mayor flexibilidad, la concesión de mayores descansos y más inmediatos al esfuerzo¹⁰⁸, la minimización máxima de la alteración de los ritmos circadianos o la evitación de situaciones especialmente estresantes. Para ello se propone reducir su trabajo a turnos y nocturno, terminar este más temprano, hacerlo seguir de un descanso lo más largo posible o primando los descansos en fines de semana completos frente a los días dispersos¹⁰⁹. También se apuesta por limitar su jornada a las 6-8 horas

¹⁰³ A. GRIFFITHS/ A. KNIGHT/ D. NOR MOHD MAHUDIN, *Ageing, work-related stress and health: reviewing the evidence*, Age Concern and Help the Aged - TAEN, London, 2009, p. 20.

¹⁰⁴ M. MORSCHHÄUSER/ R. SÖCHERT, "Trabajo Saludable en una Europa que Envejece Estrategias e Instrumentos para Prolongar la Vida Laboral", *op. cit.*, 2006, p. 63.

¹⁰⁵ J. C. VALLADARES GARCÍA/ M. J. LLAMAS MÚÑOZ, "La gestión del factor edad desde la prevención de riesgos laborales", *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁶ WHO, "Aging and working capacity", *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁷ Aptdos. 14 c) y e) Recomendación n° 162.

¹⁰⁸ INSHT, NTP 367: "Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad", 1995, p. 4.

¹⁰⁹ M. MORSCHHÄUSER/ R. SÖCHERT, "Trabajo Saludable en una Europa que Envejece Estrategias e Instrumentos para Prolongar la Vida Laboral", *op. cit.*, pp. 68 y 69.

diarias en los puestos con grandes demandas físicas/psíquicas¹¹⁰, prohibirles o limitarles¹¹¹ la ejecución de horas extraordinarias u otorgarles provisiones especiales de vacaciones pagadas¹¹². En este sentido, la OIT toma en consideración no sólo la edad, sino también la antigüedad en un puesto para incrementar el periodo vacacional retribuido o asignar puestos no sujetos a turnos o con horario diurno¹¹³. Por otra parte, los estudios parecen arrojar una mayor adaptación de la jornada parcial a las necesidades de la fuerza de trabajo de mayor edad, de modo que la jubilación debiera ser, no tanto un cambio drástico, como un proceso paulatino¹¹⁴. Algunas voces apuntan que la necesidad de prolongar la vida laboral implica concebir el retiro, no como un hecho rotundo, sino como un proceso de varios años¹¹⁵ durante los cuales se produzca una paulatina desvinculación de la actividad laboral¹¹⁶. Ejemplo sería el “empleo puente”, es decir, aquel que se desarrolla tras la carrera profesional a tiempo completo pero antes de la jubilación¹¹⁷; esta etapa podría estar compuesta por una o varias transiciones y desarrollarse en la misma o distinta ocupación¹¹⁸.

De estas pinceladas cabe extraer que, cuanto más flexible sean los ambientes, condiciones y herramientas de trabajo, mayor adaptación se permitirá a favor de todas las edades presentes en plantilla¹¹⁹ y de las diferencias individuales que tienden a ser más acusadas al entrar en juego el vector edad¹²⁰, cumpliéndose la política que exige la OIT de mejora general de las condiciones de trabajo desde su perspectiva¹²¹. No obstante, no todos los puestos ni procesos productivos pueden acogerse a esta flexibilidad *ab initio*, por lo que, ante la insuficiencia de todas las medidas anteriores, y sólo entonces, podría recurrirse a la movilidad funcional

¹¹⁰ WHO, “Aging and working capacity”, *op. cit.*, p. 21.

¹¹¹ Apto. 14.a) Recomendación n° 162.

¹¹² G. NAEGELE/ A. WALKER, *A guide to good practice in age management*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo, 2006, p. 14.

¹¹³ Aptos. 14 c) y e) Recomendación n° 162.

¹¹⁴ M. MORSCHHÄUSER/ R. SÖCHERT, “Trabajo Saludable en una Europa que Envejece Estrategias e Instrumentos para Prolongar la Vida Laboral”, *op. cit.* p. 16.

¹¹⁵ K. S. SHULTZ/ M. WANG, “Psychological perspectives on the changing nature of retirement”, *American Psychologist*, n° 66, 2011, pp. 170-179.

¹¹⁶ M. WANG, “Retirement: An introduction and overview of the Handbook”; en WANG, M. (ed.), *The Oxford Handbook of Retirement*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 4.

¹¹⁷ C. M. ALCOVER/ G. TOPA/ J. J. FERNÁNDEZ, “La gestión organizacional de los trabajadores mayores y los procesos de mantenimiento, prolongación y salida de la vida laboral”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 35, n° 2, 2014, p. 95.

¹¹⁸ C. M. ALCOVER/ G. TOPA/ E. PARRY/ F. FRACCAROLI/ M. DEPOLO, (eds.), *Bridge Employment: A Research Handbook*, Routledge, Londres, 2014, pp. 222-223.

¹¹⁹ WHO, “Aging and working capacity”, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁰ A. LAVILLE/ S. VOLKOFF, “Trabajadores de edad avanzada”, *op. cit.*, p. 94.

¹²¹ Apto. 13.b) Recomendación n° 162.

por razones de PRL. Incluso, podría llegarse a una segunda actividad en el sentido de lo previsto para los cuerpos de seguridad¹²², de modo que algunas voces apuestan por la estrategia empresarial de crear puestos o reservar roles específicos, cualificados y de calidad, para trabajadores de edad que ya no pueden gestionar su carga de trabajo habitual. El traslado a los mismos no debería ser automático, sino voluntario/negociado¹²³. Por ello, en ocasiones, la prolongación de una vida laboral segura sólo cabe lograrla a través de la formación profesional y la formación en el uso de nuevas tecnologías y calidad¹²⁴. La flexibilidad interna supondría la última opción antes del despido por ineptitud sobrevenida y cabría configurarla como un derecho del afectado en términos similares a lo que actualmente se prevé para la trabajadora embarazada y en periodo de lactancia¹²⁵. El recurso a esta medida ha de vincularse indisolublemente a la concurrencia de una razón de PRL pero, no de una cualquiera, sino de aquella con suficiente entidad como para descartar cualquier otra adaptación individual menos gravosa, sin que la mera creencia empresarial de afectación a los intereses de la organización sirviera como justificante. Asimismo, esta medida habría de enfocarse sistemáticamente, englobando la participación de todos los actores relevantes (médico, representantes de los trabajadores, RRHH...) y del propio interesado, previéndose como una posibilidad futura, y dotando a los trabajadores del juego de capacidades y competencias necesarias para ser “movibles”; para que la organización no percibiese esta medida de forma negativa, habrían de normarse las garantías necesarias para evitar eventuales perjuicios en su aplicación, y habría de descartarse políticas como la amortización o subcontratación de los puestos de origen¹²⁶. Nada se prevé para los casos en los que no se disponga de puesto alternativo, ni respecto al alcance, límite ni órgano apreciador, lo que puede ser un campo fértil para la negociación colectiva¹²⁷.

Como última ratio, la PRL habría de plantearse impulsar el reconocimiento del derecho a la jubilación anticipada para aquellos trabajadores de avanzada edad en puestos con grandes exigencias físicas o mentales¹²⁸, tal y como sucedía

¹²² Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la situación de segunda actividad en el cuerpo nacional de policía.

¹²³ J. CERRATO ALLENDE (*et al.*), “Factores psicosociales de trabajadoras y trabajadores veteranos y mercado laboral: el envejecimiento activo”, *Lan Harremanak*, nº 24, 2011, pp. 65 y 66.

¹²⁴ J. ILMARINEN, “Towards a longer worklife. Ageing and the quality of worklife in the European Union”, *op. cit.*, p. 141.

¹²⁵ *Estrategia 55 y más*, p. 11.

¹²⁶ G. NAEGELE/ A. WALKER, *A guide to good practice in age management*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *op. cit.*, p. 20.

¹²⁷ T. IGARTUA MIRO, *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 186.

¹²⁸ W. J. A. GOEDHARD, “Occupational Gerontology”, en: C. NYGÅRD/ M. SAVINAINEN/ T. KIRSI/ K. LUMME-SANDT, (eds.), *Age Management during the Life Course*, Tampere University Press, Tampere, 2011, p. 39.

en regímenes especiales de la Seguridad Social para concretas actividades¹²⁹. Una opción esta alternativa al despido por ineptitud sobrevenida, única opción que parece claramente expedita para los trabajadores de mayor edad en el ordenamiento jurídico actual¹³⁰ para los supuestos en los que no fuese factible la movilidad funcional. Y es que, salvo casos en los que el estado de salud/discapacidad merma hasta límites insostenibles la capacidad laboral, mantenerse en el puesto de trabajo es beneficioso para la propia persona, tanto en términos físicos como psicológicos¹³¹. Ahora bien, el trabajo puede dañar la salud del trabajador o afectar las capacidades¹³², por lo que trabajar puede aportar sufrimiento o disfrute en la vida de los trabajadores de edad¹³³; así, el hecho de que el Estado soporte la salida del mundo laboral de personas muy aquejadas por el paso del tiempo o por la conjunción de este con otros factores nos parece de justicia social y eficiente económicamente. El artículo 161 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹³⁴, abrió una ventana al futuro por la que el aumento de la edad activa se tradujera en una protección reactiva o compensatoria¹³⁵ para mayor número de actividades. Aunque así lo ha previsto el legislador¹³⁶, la atención a varias actividades (fuertes requerimientos físicos o psíquicos, excepcional índice de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad, elevados índices de morbilidad o mortalidad, o incidencia de enfermedades profesionales) no encaja con la directriz general de aumentar la edad activa, ya que no ofrece un tratamiento común y especial del paso del tiempo. Esta última ratio queda reservada a actividades especialmente contempladas¹³⁷ o al criterio que las autoridades sostengan con-

¹²⁹ M. FERNÁNDEZ PRIETO, “Jubilaciones con edad reducida por decreto”, en CAMAS RODA, F. (coord.), *La edad en relación al empleo, la seguridad social y la inmigración*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 235.

¹³⁰ M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “*Envejecimiento y prevención de riesgos laborales*”, *op. cit.*, p. 31.

¹³¹ G. WADDELL/ A. K. BURTON, *Is work good for your health and well-being?*, The Stationery Office, London, 2006, p. 37; C. BLACK, *Working for a healthier tomorrow*, *op. cit.*, p. 21.

¹³² FONDO SOCIAL EUROPEO, Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales, “*Artículo 6: Medidas innovadoras de Gestión de Cambio*”, Guía de Buenas Prácticas, Gestión de la Edad en las empresas del sector metal-mecánico, Femeval, Valencia, p. 14.

¹³³ C. BALL, “Living and Working Longer, healthier, safer. The employee’s point of view and the case for social dialogue”, *op. cit.*

¹³⁴ En adelante, LGSS.

¹³⁵ M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “*Envejecimiento y prevención de riesgos laborales*”, *op. cit.*, p. 38.

¹³⁶ La Disposición Adicional 45ª LGSS llevó a la aprobación del Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

¹³⁷ Minería del carbón y determinados grupos profesionales de la minería, trabajadores del mar, personal de vuelo, trabajadores ferroviarios, cantantes, bailarines y trapecistas, profesiones taurinas, bomberos de los servicios públicos y ertzaintzas.

forme al procedimiento reglamentario. Parece positivo para las arcas públicas y la evitación de fraudes de última hora la exigencia de una cotización adicional¹³⁸, aunque la dualidad mecánica entre aplicación de coeficientes reductores por año de actividad y fijación de una edad de jubilación inferior por cierta permanencia en ella pueda antojarse arbitraria por la ausencia de argumentación legislativa¹³⁹. Además, seguiría manteniéndose en el ámbito de la jubilación voluntaria¹⁴⁰. A nuestro entender, deberían derivarse de ello dos consideraciones. En primer lugar, un/a trabajador/a podría optar por continuar con su actividad profesional pese haber alcanzado la menor edad de jubilación. Por tanto, en respeto de la libertad personal de todo individuo, podría dejar de alcanzarse la protección reactiva que se persigue a través de esta medida, ya que podría continuar perjudicándose su salud y/o arriesgándose su seguridad y la de su entorno. En segundo término, se trata de una medida objetiva y general, desvinculada por completo de la concreta afectación a la salud y/o capacidades del sujeto, por lo que la medida de protección diseñada podría no cumplir realmente con el objetivo perseguido, generando, no obstante, la correlativa carga para el sistema e incumpliendo con la estrategia general de prolongar la edad activa.

Por el momento, la que debiera ser última ratio se configura en la realidad y en la práctica como primera, ya que las obligaciones empresariales para seguir antes otras vías, ya sean de tipo reactivas o preventivas, son muy difusas y parcas¹⁴¹. Esto resultaría insostenible ante el aumento generalizado de la vida activa, ya que conllevaría la necesidad de ir aumentando la aplicación de esta medida y, con ello, los costes laborales y/o para el sistema. Por ello, habría de apostarse por las medidas realmente preventivas¹⁴², que impusieran obligaciones a ambas partes de la relación laboral y abordasen el necesario cambio de mentalidad.

¹³⁸ J. L. TORTUERO PLAZA, “La redefinición de la edad de jubilación y sus condicionantes actuales”, en Cabeza Pereiro, J./ Ballester Pastor, M. A./ Fernández Prieto, M. (dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Pamplona: Aranzadi, 2009, p. 164; M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA “*Envejecimiento y prevención de riesgos laborales*”, *op. cit.*, p. 41.

¹³⁹ M. MIÑARRO YANINI, “La jubilación con edad reducida”, en López Cumbre, L. (coord.), *Tratado de jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, p. 1228.

¹⁴⁰ M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “*Envejecimiento y prevención de riesgos laborales*”, *op. cit.*, p. 38.

¹⁴¹ En el mismo sentido: J. L. TORTUERO PLAZA, “La redefinición de la edad de jubilación y sus condicionantes actuales”, *op. cit.*, p. 164.

¹⁴² En el mismo sentido: M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “*Envejecimiento y prevención de riesgos laborales*”, *op. cit.*, p. 41.

4. LA GESTIÓN DE LA EDAD Y LA PROMOCIÓN DE LA SALUD

La mejor vía para desterrar la asociación entre mayor edad y desventajas empresariales sería la gestión adecuada de la edad, lo que implica tomar en consideración este factor en todos los aspectos de la gestión diaria del trabajo¹⁴³ para generar igualdad de oportunidades entre todos los grupos de edad¹⁴⁴. De acuerdo con OSHA, ello supondría adquirir como cultura empresarial un mayor conocimiento y comprensión del envejecimiento humano, el cual debería proyectarse, especialmente, sobre la organización del trabajo (por ejemplo, regímenes de trabajo favorables a las personas mayores, reasignación de empleos o equipos de trabajo “inter-edades”) y la política de RRHH (por ejemplo, conservación de personal, *mentoring* o transición segura y digna a la jubilación). Concretamente, la gestión del factor edad debe presentar dos vertientes¹⁴⁵: la individual, por la que se darían soluciones concretas a cada personas en función de su edad (por ejemplo, la adscripción a puestos de trabajo acorde a sus problemas de salud o capacidad de trabajo), y la colectiva, que consiste esencialmente en establecer para el conjunto de la plantilla políticas a largo plazo de mejora y adaptación de las condiciones de trabajo en función de la edad.

La tan en boga *Workplace Health Promotion*¹⁴⁶ entraría dentro de esta vertiente colectiva y habría de entenderse como “*a continuum ranging from the treatment of disease, to the prevention of disease including protection against specific risks, to the promotion of optimal health. Achieving optimal health includes improving physical abilities in relation to sex and age, improving mental ability, developing reserve capacities and adaptability to changing circumstances of work and life, and reaching new levels of individual achievement in creative and other work*”¹⁴⁷. Las prácticas desarrolladas en este ámbito son muy variadas: informes sobre la salud en la organización y por grupos de trabajo, asesoramiento por expertos en salud, encuestas a los empleados, controles periódicos de salud, rediseño ergonómico del lugar de trabajo, redistribución preventiva de las tareas... Como vemos, algunas de estas prácticas conectan con las medidas que hemos señalado como debidamente adoptables en el puro marco de la PRL. Sin embargo, desde la óptica de la WHP, estas medidas se situarían en un estadio

¹⁴³ G. NAEGELE/ A. WALKER, *A guide to good practice in age management*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *op. cit.*, p. 7.

¹⁴⁴ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO, “La gestión de la edad en el lugar de trabajo”. Disponible en: https://osha.europa.eu/es/priority_groups/ageingworkers (30 de abril de 2015).

¹⁴⁵ GARAPEN, *Guía informativa para avanzar en la gestión de la edad en las organizaciones*, Fast focusing age strategies in policy making, pp. 40-43.

¹⁴⁶ En adelante, WHP.

¹⁴⁷ WHO, “Aging and working capacity”, *op. cit.*, p. 25.

previo, ya que mantener las capacidades funcionales pasaría, no sólo por una adecuación del entorno y las tareas laborales, sino también por la ejercitación de los sistemas cardiorespiratorios y musculoesqueléticos, el destierro de hábitos perniciosos como fumar y el fomento de otros beneficiosos como una alimentación saludable.

Sería preciso abordar la WHP desde un nivel primario y secundario¹⁴⁸. El nivel primario supone determinar la edad funcional frente a la edad real del trabajador al objeto de detectar signos de envejecimiento prematuro y retrasar el deterioro propio del paso del tiempo¹⁴⁹; sobre esta base, se habría de proceder a la sensibilización y formación de cada sujeto, concienciándole en cuanto a responsable último de su propia salud. Desde el nivel secundario, se habría de vigilar el estado de salud de los trabajadores a partir de cierta edad para detectar precozmente ciertas enfermedades o patologías asociadas a ella. El INSHT fija esta vigilancia a partir de los 45 años y la reserva a quienes desempeñen trabajos con grandes exigencias físicas o mentales¹⁵⁰. No obstante, la OMS aprueba la práctica de vigilancia específica en atención a la edad para todos los trabajadores a partir de los 45 años, analizándose aquellos aspectos de la salud que venimos mencionando en estas páginas (fuerza y rendimiento muscular, sistema musculoesquelético, vista, audición... riesgos físicos y psíquicos)¹⁵¹.

Especial atención merece dentro de la gestión de la edad la capacidad de trabajo, un concepto que comienza a arraigar en bastantes países del entorno comunitario y organismos internacionales¹⁵² como base desde la que abordar la PRL de los trabajadores de edad¹⁵³. Desde la perspectiva de la salud ocupacional, la capacidad de trabajo es el equilibrio entre recursos personales y exigencias laborales¹⁵⁴, es decir, entre las propiedades de cada individuo (salud, capacidades funcionales, competencia, valores, actitudes) y las características del lugar de trabajo (entorno, contenido, exigencias, organización, comunidad)¹⁵⁵. Un concepto que debe entenderse en términos amplios, de modo que englobe todas las capacidades (físicas, mentales y sociales) necesarias para poder desarrollar determinado trabajo¹⁵⁶. Este equilibrio resulta medible a través del Índice de Capacidad

¹⁴⁸ INSHT, NTP 367: “*Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad*”, 1995, p. 4.

¹⁴⁹ J. C. VALLADARES GARCÍA/ M. J. LLAMAS MÚÑOZ, “La gestión del factor edad desde la prevención de riesgos laborales”, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵⁰ INSHT, NTP 367: “*Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad*”, 1995, p. 4.

¹⁵¹ WHO, “Aging and working capacity”, *op. cit.* p. 35.

¹⁵² Aptdo. 13.c) Recomendación n° 162.

¹⁵³ C. DUPONT, “Preliminary results from the project”, *op. cit.*

¹⁵⁴ J. ILMARINEN, “Work ability - a comprehensive concept for occupational health research and prevention”, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵⁵ R. GOULD, (*et al.*), *Dimensions of Work Ability*, Finnish Centre for Pensions, Helsinki, 2008.

¹⁵⁶ WHO, “Aging and working capacity”, *op. cit.*, p. 3.

para el Trabajo¹⁵⁷ desarrollado por el Instituto Finlandés de Salud en el Lugar de Trabajo. El ICT consiste en una encuesta subjetiva sobre siete ítems y arroja una puntuación entre 7 y 49 conforme a cuatro escalas (deficiente, moderado, bueno y excelente). Ha demostrado un gran valor predictivo por cuanto el 60% de los encuestados que han obtenido un resultado de “deficiente” a la edad de 45-57 años, han acabado por percibir una pensión de incapacidad laboral 11 años después¹⁵⁸. Además, puede ser una buena herramienta en la medida en que no es la empresa, sino los propios trabajadores quienes se evalúan así mismos y a sus capacidades¹⁵⁹, permitiendo determinar las acciones necesarias para impedir que la capacidad de trabajo disminuya. No obstante, la cumplimentación de la misma podría verse reforzada con la colaboración de especialistas en medicina laboral, quienes, además de aportar la garantía derivada de la protección de datos de la salud, podrían ponderar lo que puede aportar tanto el propio trabajador, como la empresa para mantener y promover la capacidad laboral¹⁶⁰. Las políticas empresariales no deben orientarse únicamente hacia la PRL, sino también hacia la promoción de las habilidades y competencias, incluso, en los trabajadores con discapacidades y enfermedades crónicas¹⁶¹. El objetivo debería ser la promoción de la capacidad laboral de todos los trabajadores, incluidos los de mayor edad, la cual descansaría sobre cuatro ámbitos que se retroalimentarían circularmente¹⁶²: un “buen trabajo” (modalidades de trabajo, flexibilidad, liderazgo, apoyo y retroalimentación), una “buena salud” (estilos de vida, hobbies, PRL), una “buena competencia” (entrenamientos, métodos de aprendizaje) y unas actitudes positivas (apreciación, confianza, compromiso, trato justo).

Ni las limitaciones funcionales ni las afecciones de salud son uniformes en todos los segmentos de población; ni siquiera el envejecimiento natural constituye el factor determinante que uniformice las diferencias interpersonales. Los estudios elaborados en torno al ICT demuestran que la capacidad de trabajo tiende a disminuir con la edad, pero también que las diferencias individuales aumentan con

¹⁵⁷ En adelante, ICT.

¹⁵⁸ J. ILMARINEN, “Promoción del envejecimiento activo en el trabajo”, *op. cit.*, p. 4.

¹⁵⁹ V. DE BROECK, “Holistic approach on Workplace Health Promotion (WHP) and older workers”, *op. cit.*

¹⁶⁰ M. MORSCHHÄUSER/ R. SÖCHERT, “Trabajo Saludable en una Europa que Envejece Estrategias e Instrumentos para Prolongar la Vida Laboral”, *op. cit.*, p. 39.

¹⁶¹ V. DE BROECK, “Holistic approach on Workplace Health Promotion (WHP) and older workers”, *op. cit.*

¹⁶² J. ILMARINEN, “Work ability concept in the context of an ageing workforce”. Comunicación presentada en el *seminario “Safe and healthy at any age: OSH in the context of an ageing workforce”*, celebrado en el Parlamento Europeo, el 2 de diciembre de 2013. Disponible en: <https://osha.europa.eu/en/seminars/safer-and-healthier-work-at-any-age/speech-venues/part-2-main-issues-to-consider-for-osh-and-an-ageing-population/speech.2014-01-10.8261727670> (30/04/2015).

el paso del tiempo¹⁶³. Como hemos expuesto, la capacidad de trabajo depende de varias variables, siendo la salud sólo la base de las restantes; ha de actuarse sobre todas para mantener o recuperar dicha capacidad, pero la salud constituye el fundamento, de modo que la merma de capacidades y la afectación biológica del tiempo depende en gran medida del comportamiento que cada cual haya desarrollado en materia de salud. Aunque el ICT permite la elaboración de referentes por grupos de trabajadores y de edad y facilita analizar toda la organización y detectar áreas necesitadas de mayor intervención, para nosotros su principal potencialidad se sitúa en el ámbito individual, ya que determinaría limitaciones inminentes en la capacidad laboral y mostraría qué medidas son necesarias. En cualquier caso, sea a nivel colectivo o individual, las acciones colaborativas habrían de encaminarse hacia la WHP a lo largo de toda la vida laboral del sujeto¹⁶⁴.

La WHP implicaría, pues, una conjunción de los esfuerzos por parte de los empleadores, los empleados y la sociedad para mejorar la salud y el bienestar de las personas en el lugar de trabajo, lo que requeriría la mejora de la organización y el ambiente de trabajo y el desarrollo de la participación personal¹⁶⁵. Los individuos son los responsables fundamentales del mantenimiento de su salud, pero los empleadores lo son de la organización y de los regímenes de trabajo¹⁶⁶; por ello, ambas partes podrían trabajar, con la participación de sus organizaciones representativas¹⁶⁷, para mejorar la salud y productividad cambiando la naturaleza de los modernos lugares de trabajo¹⁶⁸ y permitiendo la adaptación de los puestos a las variaciones individuales. No obstante, el componente empresarial habría de asumir el mayor peso. Es el responsable de hacer efectiva la participación del individuo en el trabajo¹⁶⁹ y los directivos y mandos intermedios detentan la función esencial de supervisión preventiva¹⁷⁰, tanto para identificar riesgos, causas o condiciones de salud de los empleados y adaptar en consecuencia las responsabilidades de los mismos, como para liderar la mejora de la salud y el bienestar en el trabajo¹⁷¹, de modo que habrán de estar preparados para una mantener una buena comunicación, y manejar emociones, situaciones difíciles y la individual

¹⁶³ J. ILMARINEN, "Promoción del envejecimiento activo en el trabajo", *op. cit.*, p. 4.

¹⁶⁴ M. MORSCHHÄUSER/ R. SÖCHERT, "Trabajo Saludable en una Europa que Envejece Estrategias e Instrumentos para Prolongar la Vida Laboral", *op. cit.*, pp. 39 y 40.

¹⁶⁵ V. DE BROECK, "Holistic approach on Workplace Health Promotion (WHP) and older workers", *op. cit.*

¹⁶⁶ J. ILMARINEN, "Promoción del envejecimiento activo en el trabajo", *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁷ Apto. 11 Recomendación nº 162.

¹⁶⁸ C. BLACK, *Working for a healthier tomorrow*, *op. cit.*, p. 109.

¹⁶⁹ J. ILMARINEN, "Aging workers", *op. cit.*, p. 551.

¹⁷⁰ Apto. 13.e) Recomendación nº 162.

¹⁷¹ C. BLACK, *Working for a healthier tomorrow*, *op. cit.*, p. 59.

lidad dentro del equipo¹⁷². La participación de las mencionadas organizaciones representativas, salvo que se encuentre normativamente articulada, tenderá a ser mayor contra menor sea la implicación de las entidades gubernamentales¹⁷³. Esta implicación es reclamada por algunas voces, quienes esperan de ellas la articulación de programas de salud, informatizando datos y difundiendo, en especial, entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores¹⁷⁴, la facilitación de una intervención temprana y multidisciplinar frente al absentismo, la difusión de la preocupación por toda la fuerza de trabajo o el establecimiento de políticas fiscales promotoras de la WHP¹⁷⁵. Al menos, la negociación colectiva está llamada a desempeñar una gran labor en el nivel secundario de la WHP; de hecho, se empieza a advertir un cambio de perspectiva en la norma paccionada, abandonando una regulación puramente transcriptora de la PRL en favor de la implementación de un entorno laboral saludable y surgiendo convenios colectivos que van, desde la cobertura de pruebas diagnóstica respecto a enfermedades comunes asociadas al cumplimiento de determinada edad, hasta la inclusión de programas preventivos específicos en función de las alteraciones de salud presentadas por cada trabajador/a¹⁷⁶. El ineludible compromiso de cada trabajador/a obliga a que la WHP no se circunscriba al terreno biológico; muy al contrario, cuenta con un fuerte componente psicológico. En primer término, en clave informativa, sobre el impacto de la edad en los humanos y los mejores hábitos para evitar y reducir sus consecuencias negativas. Y en segundo lugar, en términos formativos, no sólo para generar dichos hábitos saludables, sino también para hacer frente a factores psicosociales de la edad (por ejemplo, gestión del estrés o prevención del agotamiento)¹⁷⁷.

Las iniciativas empresariales en este sentido pueden ser de lo más variadas¹⁷⁸, en cuanto a su enfoque (con o sin colaboración de agentes gubernamentales y/o externos, incorporación a la PRL general o tratamiento particularizado), su ámbito de actuación (sobre la salud global, el bienestar o problemas puntuales como los trastornos musculoesqueléticos) o su contenido (desde el incremento de la actividad física a través de gimnasios/desplazamientos activos *in itinere*, distribución de comida sana en la cantina o la impartición de talleres sobre “La Edad y

¹⁷² S. McNAIR, (*et al.*), *Managing a healthy ageing workforce. A national business imperative*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁷³ C. DUPONT, “Preliminary results from the project”, *op. cit.*

¹⁷⁴ Aptdo. 12.3 Recomendación nº 162.

¹⁷⁵ C. BLACK, *Working for a healthier tomorrow*, *op. cit.*, pp. 17 y 57.

¹⁷⁶ A. B. MUÑOZ RUIZ, “Empresa saludable y promoción de la salud en la negociación colectiva: más allá de la prevención de riesgos laborales”, *Información Laboral*, nº 8, 2014, documento electrónico.

¹⁷⁷ *Estrategia 55 y más*, p. 11.

¹⁷⁸ C. DUPONT, “Preliminary results from the project”, *op. cit.*

el Mantenimiento de la Salud”¹⁷⁹, hasta *screening* de salud¹⁸⁰). Siempre es posible articular alguna iniciativa con pequeño coste o asociarse con otras organizaciones de pequeño tamaño y características semejantes¹⁸¹, pero, aunque la mayoría de las medidas que benefician a los trabajadores de más edad representarían un coste relativamente bajo, la combinación de medidas (por ejemplo, de salud y de organización del trabajo) es más propia de las grandes empresas¹⁸².

Para poner en marcha esta cultura, toda organización habría de comenzar por una buena elaboración de perfiles de edad, pues sólo reuniendo toda la información posible en torno a los distintos grupos de edad presentes en ella podría realizar una adecuada toma de decisiones y una planificación estratégica. Se trataría de un análisis inicial sobre cómo es probable que se desarrolle la estructura de edad de la empresa en los próximos años, cuáles son los problemas que pueden derivarse de ella y cómo puede mantener y promocionar las habilidades y empleabilidad de sus trabajadores de mayor edad¹⁸³. Los autores comienzan a elaborar listas de verificación¹⁸⁴ que permiten analizar la necesidad de adoptar iniciativas en atención a la estructura de edad de la plantilla y que, a nuestro entender, en la medida en que preguntan acerca de la existencia de opciones y/o cambios en función de este vector, representan ante todo una reflexión acerca de esta realidad¹⁸⁵. Además, para que una iniciativa de este tipo tenga éxito debe partir de otras premisas, entre otras¹⁸⁶: debe estar diseñada para las específicas necesidades

¹⁷⁹ Estos talleres, basados en la participación de los trabajadores y sustentados en el trabajo previo de un moderador que haya recopilados de la situación de la cuestión en la empresa, perseguirían la sensibilización, la reflexión sobre la relación edad-salud-condiciones de trabajo, la identificación de dificultades para lograr en la empresa un envejecimiento saludable y la adopción de medidas para promover la salud. Por ello es más factible en las grandes empresas. M. MORSCHHÄUSER/ R. SÖCHERT, “Trabajo Saludable en una Europa que Envejece Estrategias e Instrumentos para Prolongar la Vida Laboral”, *op. cit.*, pp. 48 y ss.

¹⁸⁰ C. BLACK, *Working for a healthier tomorrow*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁸¹ C. BLACK, *Working for a healthier tomorrow*, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

¹⁸² FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y DE TRABAJO, “La gestión del «factor edad» en las empresas europeas”, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, EF/06/08/ES.

¹⁸³ V. DE BROECK, “*Holistic approach on Workplace Health Promotion (WHP) and older workers*”, *op. cit.*

¹⁸⁴ GARAPEN, *Guía informativa para avanzar en la gestión de la edad en las organizaciones*, Fast focusing age strategies in policy making, pp. 47-50.

¹⁸⁵ Por ejemplo: si se permite que los trabajadores de mayor edad dejen de trabajar a turnos, si se catalogan las áreas de trabajo en función de esta característica personal, si se establece un tiempo limitado de estancia en las áreas de trabajo críticas por parte de estos trabajadores, si se promueve suficientemente la salud, si se les ofrece diferentes fórmulas de jubilación... Consúltese: M. MORSCHHÄUSER/ R. SÖCHERT, “Trabajo Saludable en una Europa que Envejece Estrategias e Instrumentos para Prolongar la Vida Laboral”, *op. cit.* pp. 34 y ss.

¹⁸⁶ PRICEWATERHOUSECOOPERS LLP, *Report “Building the case for wellness”*, London, 2008, pp. 28 y ss.

que se detecten en la organización, debe alinearse con los objetivos del negocio, y sus resultados deben medirse. El seguimiento de los resultados no ha de consumir demasiado tiempo ni energía pero, para poder extraer conocimiento útil, es necesario evaluar el ámbito en el que se incardina (segmento del mercado laboral, políticas públicas, normativa...), patrones de comportamiento (jubilación o mantenimiento en el puesto de trabajo), aspiraciones (qué desean hacer los trabajadores durante la última década de su vida laboral), habilidades y conocimiento de los trabajadores de mayor edad (aportaciones críticas que pudieran perderse y posibilidades de capitalización del talento), estrategias de retención e impresiones de los grupos de interés (*checklists* para los profesionales de RRHH y salud ocupacional, directivos, mandos intermedios, sindicatos y trabajadores de mayor edad)¹⁸⁷. Así se desprende de las iniciativas más exitosas¹⁸⁸. En todo caso, cabe resaltar el surgimiento de organizaciones de expertos en la materia que se ofrecen como fuente de información, consultoría y soporte del diálogo social (ej.: TAEN¹⁸⁹), así como la publicación de buenas prácticas¹⁹⁰, incluso, por sectores productivos¹⁹¹.

Como conclusión general, los cambios demográficos y sociales empujan hacia la gestión de la edad y la focalización sobre la capacidad de trabajo, lo que constituye un gran cambio para la PRL¹⁹². Y en esta transformación, la promoción de la salud adquiere una importancia esencial, debiendo conformar un auténtico interés empresarial¹⁹³.

¹⁸⁷ S. McNAIR, (et al.), *Managing a healthy ageing workforce. A national business imperative*, op. cit., pp. 25-27.

¹⁸⁸ FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y DE TRABAJO, “*La gestión del «factor edad» en las empresas europeas*”, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, EF/06/08/ES.

¹⁸⁹ *The Age and Employment Network*, red sin ánimo de lucro, integrada por organizaciones con interés en cuestiones de edad y empleo y que trabaja con personas, agencias gubernamentales, organismos académicos, empresarios y sindicatos, con el objetivo de eliminar las barreras de edad en el empleo. Entre sus ámbito de actuación se encontraría el mantenimiento de la salud. Puede consultarse su labor e idiosincrasia en: <http://taen.org.uk/> (30/04/2015).

¹⁹⁰ La WHP centrada en la edad constituyó la quinta iniciativa de la *European Network for Workplace Health Promotion*, un organismo encargado de promover el conocimiento e implantación de buenas prácticas de WHP en los lugares de trabajo europeos que ha recibido financiación de la Unión Europea en el marco de su Programa de Salud. Esta quinta iniciativa (2004-2006) tuvo como objetivo mejorar la salud y el bienestar de una fuerza laboral que envejece, dar a conocer esta realidad y las posibles respuestas a los grupos de interés, e identificar y difundir herramientas y buenas prácticas en la materia.

¹⁹¹ Por ejemplo: EUROPEAN SOCIAL FUND, “Article 6 Innovative Measures”, Proyecto de Gestión de la Edad: “La buena práctica en gestión de la edad”, Gestión de la edad en el metal.

¹⁹² J. ILMARINEN, “Work ability - a comprehensive concept for occupational health research and prevention”, op. cit., p. 4.

¹⁹³ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO, “Introducción”, op. cit.

La extinción del contrato y las personas de edad avanzada: las causas objetivas

Juan Gorelli Hernández
Catedrático de Universidad
Universidad de Huelva

1. LA EDAD COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

De entrada cabría hacer una importante aclaración: siempre que nos referimos al cumplimiento de una edad como causa de extinción del contrato de trabajo nos referimos al cumplimiento de una edad “avanzada”. No nos planteamos en el ordenamiento jurídico laboral que la extinción pueda deberse al cumplimiento de una edad que no se caracterice por ser elevada.

Pues bien, ¿puede ser la edad causa o vía de extinción de un contrato de trabajo? La respuesta que se deduce de nuestro ordenamiento vigente es aparentemente clara: no. Si analizamos el art. 49 ET podemos llegar fácilmente a esta conclusión, pues en ninguna de las diferentes letras del apartado primero se recoge la edad como causa de extinción del contrato de trabajo, ni se menciona expresamente a la edad como causa de extinción. Ciertamente ello evidencia que el hecho de alcanzar una determinada edad no es causa de extinción en nuestro ordenamiento.

Más aún, de conformidad a la jurisprudencia constitucional, la extinción de un contrato en base al mero y simple hecho de alcanzar una determinada edad, sería contrario a la Constitución. Recordemos al respecto la STC 22/1981, que hizo frente a la redacción original de la Disposición Adicional 5ª del ET de 1980; precepto que establecía: “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”. Es evidente que esta norma suponía la extinción del contrato de trabajo por el mero hecho de alcanzar una determinada edad, los 69 años, salvo aquellos supuestos en los que el trabajador no hubiese completado en ese momento el período de carencia para acceder a la pensión de jubilación; regulación que implicaba, tanto la extinción obligatoria, como el acceso, prácticamente obligatorio, a la pensión de jubilación. El precepto dio lugar a la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad

basada en la interpretación de que esta norma suponía una limitación del derecho al trabajo, que se basaba exclusivamente en la edad del trabajador; constituyendo, además, una violación del derecho a la igualdad y no discriminación.

En su sentencia el TC reflexionó inicialmente en el sentido de estimar que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues la desigualdad viola el principio de no discriminación cuando “está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”. Cabría por tanto estimar la posibilidad de una extinción del contrato por alcanzar simplemente una determinada edad, si existiese una justificación objetiva y razonable, interpretada en el marco de que la medida (la extinción por edad) sea proporcional a los fines perseguidos por el legislador.

A tenor de este planteamiento, el TC llegó a la conclusión de que una extinción del contrato de trabajo basada exclusivamente en que el trabajador alcance una determinada edad (o lo que es igual, la fijación de una edad máxima incondicionada para trabajar), es inconstitucional.

Para llegar a esta conclusión el TC estimó que es indudable que en casi todas las actividades puede exigirse unas condiciones físicas o intelectuales, las cuales pueden menoscabarse por el paso del tiempo, es decir, por el hecho de ir cumpliendo años. Este hecho puede determinar la extinción del contrato de trabajo, siendo razonable que la disminución de facultades como consecuencia de la edad avanzada del trabajador, sea causa de extinción del contrato¹. No estaríamos realmente sino ante una extinción por ineptitud del trabajador. Ahora bien, el TC estimo irrazonable presumir que la ineptitud de los diferentes trabajadores se va a producir a una misma edad, eso sería presumir la ineptitud con carácter general y a una misma edad, todo ello con independencia de cuál sea el sector económico donde desarrolla el trabajador su actividad laboral, y el período de tiempo que haya dedicado a dicha actividad. Considera el TC que es inconstitucional presumir “*iuris et de iure*” una ineptitud o incapacidad con carácter general por el mero hecho de cumplir una determinada edad, que se predica exclusivamente de los trabajadores subordinados (no existiría dicha ineptitud si se llega a la citada edad, pero ejerciendo la actividad profesional de manera autónoma) y no del resto de la población, para alegarla como justificación a los efectos de proceder a la extinción del contrato de trabajo. Se entiende así que esta presunción general de ineptitud o incapacidad carece de base constitucional, “pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial”².

¹ Vid. FJ n° 5 de la STC 22/1981.

² FJ n° 5 STC 22/1981.

En definitiva, se afirma la inconstitucionalidad de la regulación que permite la extinción del contrato de trabajo, por el mero y simple hecho de alcanzar una determinada edad, pues implicaría entender que se ha establecido una ineptitud de alcance general, que afectaría a cualquier trabajador subordinado, con independencia de cuál sea la verdadera situación del trabajador³. O tal como afirma el fallo de la STC 22/1981: “Que es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad”. De otro lado, recordemos como el art. 17.1 ET establece la nulidad de las normas que establezcan discriminaciones basadas en la edad.

Hay que entender que, si bien la STC se refería a una norma de efectos generales que fijaba la edad de 69 años como límite para mantener la actividad laboral, las mismas conclusiones pueden aplicarse al pacto que se pueda establecer entre empresarios y trabajadores a nivel individual o colectivo, referido a concretar una edad que determine la extinción del contrato de trabajo. Por ejemplo, si en base al art. 49.1 b) ET se estableciese en un contrato de trabajo individual que el cumplimiento de una determinada edad genera la extinción del contrato de trabajo, sería también contrario a la Constitución española.

No obstante lo anterior, debe señalarse que la Disposición Adicional 5ª ET planteaba un supuesto que sí fue aceptado como constitucional por la STC 22/1981, pues este precepto planteaba que “En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”; es decir, se regulaba la posibilidad de fijar, a través de convenio colectivo, una edad de “jubilación obligatoria” (en realidad, una edad de extinción del contrato, pues la jubilación sigue siendo voluntaria para el trabajador —otra cosa es que al carecer de rentas derivadas del trabajo, no le quede en la práctica más posibilidad que acceder a las rentas derivadas de la pensión de jubilación—). Esta posibilidad ha sufrido en nuestro ordenamiento diferentes regulaciones a lo largo del tiempo, hasta llegar a la supresión de la posibilidad de este tipo de pactos (vid. Ley 3/2012); pero al margen de estas vicisitudes, ya desde un principio, la STC 22/1981⁴ admitía esta posibilidad, al entender que estaba constitucionalmente justificado el sacrificio del contenido individual del derecho al trabajo, para favorecer el contenido colectivo del mismo derecho. Ello supone, en primer lugar, vincular este tipo de mecanismo de “jubilación forzosa”

³ Téngase en cuenta que el TC también valoró que la violación del derecho al trabajo tampoco estaba amparada por la necesidad de proteger a los ciudadanos a través de mecanismos de jubilación, pues la política de protección camina en una dirección contraria a la de facilitar la obligatoriedad de la jubilación, prefiriéndose una de carácter voluntario. Sobre este tema *vid.* FJ nº 6 STC 22/1981.

⁴ *Vid.* FJ nº 9 de la STC 22/1981.

con la política de empleo; y de otro lado, con la necesidad de compensar el sacrificio del derecho individual con el acceso a la pensión de jubilación. En estos casos, el cumplimiento de una determinada edad, sí determina la extinción del contrato de trabajo (siempre y cuando esté vinculada a las necesidades de la política de empleo y el trabajador pueda acceder a la pensión de jubilación), existiendo, por tanto, una vinculación directa entre edad y extinción del contrato. En todo caso, hemos de recordar que en la actualidad, esta posibilidad de pactos en convenio colectivo que permiten la extinción por “jubilación forzosa”, han desaparecido de nuestro ordenamiento (Disp. Adic. 10ª ET en su redacción actual). Ello es consecuencia de un cambio en la política de empleo española, que como consecuencia de las directrices UE ha pasado a fomentar el envejecimiento activo; o dicho de otra manera, a fomentar que los trabajadores de edad avanzada se mantengan en lo posible en el empleo sin abandonar el mercado de trabajo.

La extinción del contrato de trabajo por cumplir una determinada edad no sólo ha sido contemplada por nuestro TC, sino que también se ha planteado problemática similar ante el TJCE: podemos remitirnos a la STJCE de 12 de enero de 2010, asunto C-341/08, la sentencia Domnica Petersen. Se trataba de la extinción de la relación entre la Administración sanitaria alemana con la Sra. Petersen, que era dentista concertado. La cuestión se planteaba pues la normativa nacional establecía la extinción de la vinculación con los médicos concertados cuando estos cumplían 68 años de edad. Lo que se planteaba es que esta extinción era contraria a la Directiva 200/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuyo art. 1º regula como objetivo “establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de (...) edad (...)”; si bien su art. 6.1 admite que “(...) las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, 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, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”.

Para el TJCE el establecimiento de una edad máxima de 68 años para mantener el puesto de trabajo como médico (dentista) concertado puede ser admisible desde el punto de vista de la tutela o protección de la salud de los pacientes, dado que una edad avanzada puede suponer una pérdida de facultades⁵. Obsérvese que se admite la extinción, ahora bien, no basándola exclusivamente en la edad, sino en la necesidad de tutelar a los pacientes, por la presunción de pérdida de facultades o capacidades del médico al cumplir una determinada edad; es decir, se podría admitir la extinción como mecanismo de protección de la salud pública.

⁵ Vid. apartado nº 52 de la STJCE de 12 de enero de 2010, C 341/08, caso Domnica Petersen, TJCE\2010\1.

Sin embargo, dado que la regulación nacional establecía que los médicos afectados por esta extinción, podían seguir desarrollando sus funciones como tales fuera del marco del concierto con la sanidad pública, atendiendo otros pacientes, estimó el TJCE que en puridad, la extinción por cumplimiento de una determinada edad no era esencial realmente para la protección de la salud pública⁶. En este sentido afirma el fallo de la sentencia que el art. 2.5 de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se opone a una regulación que “establece un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado, en el caso de autos 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”.

Por el contrario, si se admite la concreción de dicha edad como edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado, si la medida tiene como finalidad preservar el equilibrio financiero del sistema de salud pública, pues este es un ámbito que no se extiende a la salud privada. Dicho de otra manera, si la medida obedece a la necesidad de controlar el gasto sanitario (eliminar un exceso de médicos concertados que siguen ejerciendo la actividad tras cumplir una edad avanzada), la no extensión de la misma al ámbito del sistema sanitario privado no atenta contra la coherencia de la regulación, pues el sistema privado no ha de regirse por la lógica del sistema público⁷. De otro lado, la STJCE estimó conforme al ordenamiento comunitario el establecimiento de la edad máxima de 68 años como medida de política de empleo, y más concretamente como instrumento para repartir entre las generaciones las posibilidades de empleo en la actividad de dentista concertado; no obstante, ello sería así sólo si el número de dentistas concertados resultase excedentario en función de los potenciales pacientes⁸.

⁶ Tal como afirma la Sentencia “Ahora bien, una medida que admite una excepción tan amplia como la de los dentistas que ejercen fuera del régimen de concierto no puede considerarse esencial para la protección de la salud pública. En efecto, si el límite de edad controvertido en el litigio principal tiene por objeto la protección de la salud de los pacientes desde el punto de vista de la competencia de los facultativos de que se trate, hay que declarar que con dicha excepción no se protege a los pacientes”. Apartado 61 de la STJCE de 12 de enero de 2010, C 341/08, caso *Domnica Petersen*, TJCE\2010\1.

⁷ *Vid.* apartado nº 63 de la STJCE de 12 de enero de 2010.

⁸ Así, se afirma que “no parece carente de sentido que las autoridades de un Estado miembro consideren que el establecimiento de un límite de edad que conduce a que los facultativos de mayor edad abandonen el mercado laboral, pueda favorecer el empleo de profesionales más jóvenes (...) No obstante (...) cuando el número de dentistas concertados presentes en el mercado laboral del concierto no es excedentario (...), el establecimiento de un límite de edad puede no ser adecuado ni necesario para lograr el objetivo perseguido (...) ante una situación en la que exista un número excedentario de dentistas concertados o un riesgo latente de que se produzca tal situación, un Estado miembro puede considerar necesario establecer un límite de

Con esta Sentencia el TJCE se mostró en sintonía con la jurisprudencia constitucional española, pues de un lado se estima que la edad, en sí misma considerada como justificación de la extinción, puede suponer una situación discriminatoria; si bien es admisible utilizar este instrumento cuando existen necesidades propias de la política de empleo, a fin de favorecer un cierto nivel de sustitución de generaciones maduras por generaciones jóvenes.

Suprimida de nuestro ordenamiento la posibilidad de extinción por cumplimiento de una edad (o “jubilación forzosa”), que sólo era admisible constitucionalmente si ese mecanismo encajaba en el marco de una política de empleo y siempre que se respetase que el trabajador podía acceder a la jubilación, queda sin embargo un supuesto en el que se vincula la extinción del contrato de trabajo al cumplimiento de una edad. Nos referimos, como no, a la extinción del contrato por jubilación del trabajador (art. 49.1.f del ET). Requisito necesario para que se produzca la extinción del contrato es que el trabajador pueda acceder a la jubilación, para lo que se requiere el cumplimiento de la edad general de jubilación (o de la edad de jubilación anticipada cuando esta es posible). En realidad, y a diferencia de los pactos de “jubilación forzosa” antes señalados, la edad no es el causante directo de la extinción del contrato de trabajo; sino que se establece una relación indirecta o una conexión mediata entre cumplimiento de la edad y extinción: la letra f) del art. 49 ET señala que el contrato de trabajo se extinguirá, “Por jubilación del trabajador”; ciertamente la jubilación del trabajador se produce, ante todo, por cumplimiento de la edad general de jubilación, pero debemos recordar que en nuestro ordenamiento y en cuanto al Régimen General, la jubilación no es obligatoria, sino voluntaria. Dicho de otra manera, el cumplimiento de una edad, por sí mismo no determina la extinción del contrato de trabajo; sino que será la voluntad del trabajador afectado la que (en caso de cumplimiento de todos los requisitos para jubilarse) genera la extinción del contrato de trabajo. De otro lado, en puridad el trabajador no ve extinguido su contrato de trabajo por jubilación; sino que en realidad el trabajador debe extinguir el contrato de trabajo para jubilarse.

Sea como fuere es evidente la conexión entre cumplimiento de una edad-jubilación-extinción del contrato de trabajo; pero también es evidente que no hay conexión directa entre cumplimiento de una edad y extinción, pues se requiere la jubilación como elemento de enlace entre edad y extinción. De ahí que aquellos que cumplan la edad general de jubilación, pero no cumplan los requisitos de período de carencia, no verán extinguidos sus contratos al cumplir la edad, pues no pueden acceder a la jubilación. De igual manera, aquellos que cumplan la edad de jubilación, pero deseen seguir trabajando, tampoco verán extinguido su con-

edad como el controvertido en el litigio principal para facilitar el acceso al trabajo de dentistas más jóvenes”. STJCE de 12 de enero de 2010, C 341/08, TJCE\2010\1, apartados 70 y 71 y 73.

trato de trabajo. Si analizamos la situación en los casos de “jubilación forzosa” pactada por convenio, podremos comprobar cómo los términos de esa relación se invierten, de manera que el cumplimiento de la edad determina la extinción, para que, en su caso, el trabajador acceda a la jubilación para tener derecho a rentas económicas: cumplimiento de la edad-extinción del contrato-jubilación.

Pero más allá de estos supuestos y situaciones de cumplimiento de una edad y su vinculación a la jubilación, podemos detectar otro ámbito en el que el cumplimiento de la edad tiene especial relevancia para determinar la extinción del contrato de trabajo. Además, es este ámbito el que realmente nos interesa para el trabajo que desarrollamos. Recordemos, de nuevo, lo que señalaba la STC 22/1981 en su FJ nº 5: “no cabe duda de que algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar, por la que en estos casos puede presumirse razonablemente que esa disminución de facultades resulta ya patente a una edad determinada y sobre esta base establecerse la extinción de la relación laboral”. El TC rechazaba la existencia de una presunción general de incapacidad por cumplimiento de una concreta edad, incapacidad que afectase a todos los trabajadores; ahora bien, admitía perfectamente la posibilidad de que el transcurrir del tiempo y la edad, supusiera una merma de las facultades del trabajador, de manera que la prestación contratada inicialmente (y cumplida durante años) fuese insatisfactoria para el empresario. En estos casos hay que señalar que realmente no es la edad la causa de extinción del contrato de trabajo, sino la incapacidad sobrevenida del trabajador, motivada, eso sí, por la pérdida de facultades debidas a la acumulación de edad del trabajador. Estamos, por tanto, ante un supuesto en el que la extinción se vincula con la edad indirectamente, al igual que en los supuestos de jubilación, pues la edad no da lugar a la extinción del contrato de trabajo, sino que la causa directa de extinción es la incapacidad del trabajador. No puede deducirse del hecho de cumplir una cierta edad que el trabajador resulte incapaz de desarrollar su prestación de trabajo, sino que habrá que estar a cada supuesto concreto y a cada tipo de prestación de trabajo diferente, pudiendo perfectamente mantenerse la capacidad laboral pese al cumplimiento de la edad.

2. LA INEPTITUD DEL TRABAJADOR DE EDAD AVANZADA COMO CAUSA DE EXTINCIÓN

Una vez que hemos señalado las diferentes posibilidades extintivas vinculadas a la edad, debemos centrarnos en el análisis de las causas objetivas como mecanismo que permite o viabiliza la extinción del contrato como consecuencia de la edad. Entiendo que la principal de las causas de despido objetivo que podrían ser sensibles a la edad del trabajador, es la relativa a la ineptitud del trabajador. En todo caso, no pretendo, ni mucho menos, realizar un análisis de esta concreta cau-

sa de despido, sino centrarme, exclusivamente, en aquellos aspectos que pueden tener trascendencia desde la perspectiva de un despido que tenga como último fundamento la edad del trabajador y sus consecuencias.

Recordemos que el art. 52 a) ET establece que el contrato puede extinguirse por la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. En aquellos casos en los que el contrato esté sometido a un período de prueba, la ineptitud que ya existía durante el período de prueba no puede ser alegada con posterioridad al agotamiento del mismo.

Pues bien, tal como hemos señalado en el epígrafe inicial, si bien la concreción de una edad como límite para mantener la actividad laboral no era constitucionalmente aceptable, pues suponía en la práctica una presunción general de ineptitud del trabajador, lo cierto es que muchas actividades laborales requieren ciertas condiciones físicas o intelectuales, de manera que es posible que por el transcurso del tiempo y el pasar de los años disminuyan tales condiciones en los trabajadores, de manera que surja una situación de ineptitud para el trabajo. Dicho de otra manera, la edad puede tener como consecuencia que el trabajador, inicialmente apto para el desarrollo de la prestación de trabajo, pierda condiciones laborales, por lo que genere una ineptitud sobrevenida para la prestación de trabajo. En la práctica esto supone que la principal expresión de la edad como causa de extinción, al margen de la jubilación, es la ineptitud sobrevenida del trabajador como consecuencia de la pérdida de condiciones laborales a causa del desgaste físico o intelectual derivado de la edad.

Ha de tenerse en cuenta un elemento de enorme relevancia: la causa de extinción del contrato no es la edad del trabajador, sino la ineptitud del trabajador, su falta de capacidad o habilidad para poder hacer frente a la prestación laboral. Es decir, el empresario no puede hacer valer el hecho de que el trabajador ha cumplido una determinada edad, que se considera avanzada, sino que el empresario hace valer el hecho de que el trabajador carece de esa capacidad o habilidad, lo cual puede estar basado en la pérdida de facultades debida a la edad. Esta es la verdadera causa de extinción y no otra (la edad). Por lo tanto, un despido en que el empresario considerase que por el mero hecho de alcanzar una determinada edad se genera una situación de ineptitud, sería cuanto menos improcedente y con casi toda seguridad nulo por discriminación⁹. El empresario debería probar que la edad ha generado una pérdida de facultades que repercute en la reducción de la capacidad laboral. Por lo tanto, sería mejor hablar de pérdida de faculta-

⁹ Tal como se ha señalado “si bien la edad, por sí misma, no puede en ningún caso constituir una causa de despido, sí que puede llegar a ser la justificación última de la extinción del contrato de trabajo”; F. FITA ORTEGA, *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 65.

des generada por el transcurso del tiempo; más que de un despido objetivo por edad¹⁰.

La edad, en su caso, es un elemento coadyuvante en la ineptitud; pero no es elemento necesario o imprescindible para que se produzca esa ineptitud, que puede tener un origen totalmente diferente. Por otra parte, el hecho de cumplir años tampoco es elemento del que derive como consecuencia directa la ineptitud. Supone lo anterior que el hecho de cumplir una edad más o menos avanzada no implica necesariamente que los trabajadores sufran la ineptitud sobrevenida (esta situación sería la presunción general que el TC consideró constitucionalmente inasumible), sino que es perfectamente posible que tras cumplir una determinada edad el trabajador siga manteniendo suficiente capacidad para el desarrollo del trabajo (dependerá del trabajo, de la concreta actividad, de las condiciones personales del trabajador, etc.); más aún, es perfectamente posible que una ineptitud por falta de condiciones físicas o intelectuales surja mucho antes del cumplimiento de una edad avanzada. Por lo tanto, la ineptitud puede deberse a razones diferentes de la edad, y el hecho de cumplir una edad avanzada no puede suponer necesariamente la ineptitud del trabajador¹¹.

Desde esta perspectiva se entiende que la edad no es causa de extinción, sino mero elemento que puede servir como detonante o causante último de una ineptitud del trabajador, ineptitud que puede deberse a otras circunstancias o factores ajenos a la edad, o que puede deberse al juego conjunto de diferentes factores, entre ellos la edad. Lo cierto es que a la hora de enjuiciar la ineptitud, la causa u origen mediato de la misma es, en principio, indiferente; lo relevante es la existencia de esa ineptitud que implica que el mantenimiento de una determinada relación laboral supone una excesiva onerosidad para el empresario. En conclusión, se despide por ineptitud, no por edad. Por lo tanto, la edad funcionaría, en su caso, como el detonante de la ineptitud, como un instrumento mediato a la extinción.

Ha de resaltarse que escasa doctrina laboral que se ha dedicado al análisis de esta cuestión señala que el despido objetivo por ineptitud es el supuesto donde mejor puede encajar la extinción de un contrato de trabajo como consecuencia de la edad del trabajador (excepción hecha, por supuesto, de la propia jubilación como causa de extinción); por lo que entendemos que esta es la vía de extinción adecuada cuando la edad del trabajador genera una pérdida de facultades¹².

¹⁰ F. FITA ORTEGA, *op. cit.*, p. 65.

¹¹ Vid. R. QUESADA SEGURA, "Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido", *Temas Laborales* n° 16 (1989), p. 54.

¹² En este sentido *vid.* A. ARIAS DOMINGUEZ, *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2005, p. 88; C. BRIONES GONZÁLEZ, *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1995, pp. 99 y ss.; F. FITA ORTEGA, *op. cit.*, pp. 64 y ss.; J. GORELLI HERNÁNDEZ, "Ineptitud conocida o sobrevenida", en AAVV,

Debemos tener en cuenta que cuando el art. 52 ET se refiere a la ineptitud como causa de extinción, no define o no delimita que ha de entenderse por dicha causa; no hay, pues, concepto legal de ineptitud¹³. Desde mi punto de vista, la ineptitud que justifica el despido de un trabajador consiste en la falta de aptitud, habilidad o capacidad para prestar el trabajo al que está obligado el trabajador, tal como ha destacado la doctrina laboral¹⁴ (la ineptitud podría ser general para cualquier tipo de trabajo, por ejemplo, un trabajador que sufre reducciones anatómicas o funcionales totalmente incompatible con todo tipo de trabajo; pero la ineptitud a la que se refiere el art. 52 ET es para el desarrollo de la concreta prestación de trabajo para la que se ha comprometido el trabajador¹⁵).

Esa falta de aptitud ha de ser permanente y no meramente circunstancial. Se trata de una exigencia que tradicionalmente ha venido siendo señalada por la doctrina laboral española¹⁶. Pues bien, este requisito encaja de manera adecuada con los supuestos de ineptitud basados en la edad, pues se trata de una circunstancia de carácter permanente, por lo que es, incluso previsible, que la falta de capacidad que está motivada por la edad se acreciente aún más con el paso del tiempo y lejos de ser circunstancial sea totalmente permanente.

Pero la ineptitud ha de manifestarse al exterior, pues la falta de capacidad es un elemento subjetivo que ha de aflorar de alguna manera para que pueda ser considerado como una causa de despido, y la forma en la que se manifiesta no es sino la falta de rendimiento del trabajador. Dado que la edad es una circunstancia que se va acumulando poco a poco por el paso del tiempo, lo lógico es que cuando se pretende la extinción del contrato de trabajo por estos motivos, lo que se ha producido es una disminución, más o menos paulatina del rendimiento del trabajador (téngase en cuenta que la diferencia con la causa de despido discipli-

coordinados por Juan Gorelli Hernández, *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Tecnos, Madrid 2004, p. 388; R. QUESADA SEGURA, *op. cit.*, p. 54.

¹³ F. FITA ORTEGA, *op. cit.*, p. 15; R. QUESADA SEGURA, “Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre la ineptitud del trabajador como causa de despido”, *Temas Laborales* n° 16 (1989), p. 47.

¹⁴ En este sentido afirmamos tiempo atrás que “la ineptitud se configura como falta de aptitud, habilidad o capacidad del trabajador”; J. GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 377. En similares términos, J. C. ARCE, *La extinción objetiva del contrato de trabajo. Despido por causas económicas y despidos colectivos*, Comares, Granada 1997, p. 11; C. BRIONES GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 69; J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Extinción por causas objetivas”, en AAVV, dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz, *Comentarios a las Leyes Laborales. Tomo IX. Volumen 1°*, EDESA, Madrid 1983, p. 232; J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, *El despido laboral y los expedientes de crisis*, Deusto, Bilbao 1969, p. 87.

¹⁵ En este sentido S. GONZÁLEZ ORTEGA, “La ineptitud como causa de despido y su relación con los supuestos de incapacidad del trabajador para realizar la prestación laboral”, *Revista de Política Social* n° 127 (1980), p. 206.

¹⁶ J. A. ALTES TARREGA, A. BLASCO PELLICER, y L. E. NORES TORRES, *El despido objetivo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 28.

nario del art. 54.2 e ET es bastante clara, pues en el despido disciplinario ha de existir un elemento de voluntariedad en la disminución que no se requiere en el despido objetivo). Por lo tanto, elemento imprescindible para constatar la falta de capacidad o ineptitud del trabajador es la disminución del rendimiento, que, en este caso, está motivada por la edad del trabajador.

La afirmación que acabamos de realizar es de enorme importancia. Plantea que para probar la ineptitud del trabajador (circunstancia que en modo alguno se puede presumir, incluso en los casos en que el trabajador tenga una edad avanzada), el empresario deberá demostrar la existencia de un rendimiento defectuoso, ya sea desde una perspectiva cuantitativa, o bien en la calidad del resultado del trabajo; de manera que la ineptitud se manifiesta fundamentalmente como un resultado defectuoso de la prestación a la que se comprometió el trabajador a través del contrato de trabajo¹⁷. En todo caso, la falta de rendimiento, tal como hemos señalado anteriormente, si bien es imputable al trabajador (a las circunstancias personales, en el caso que nos interesa, por su edad), no es un incumplimiento voluntario o negligente del mismo, por lo que puede diferenciarse sin especiales problemas de los casos de despido disciplinario por reducción del rendimiento¹⁸.

Hemos de tener en cuenta que es difícil diferenciar entre los supuestos de ineptitud generados por la edad, de otros supuestos como la ineptitud generada por la enfermedad: la edad, en si misma, no origina la ineptitud del trabajador, sino que son las consecuencias de esta edad la que va a generar la ineptitud. De esta manera, los trabajadores, a medida que se incrementa su edad, van a ser mucho más susceptibles de sufrir enfermedades que limitan su capacidad de trabajo. En estos casos, realmente lo determinante no es la edad del trabajador, sino esas limitaciones generadas por la enfermedad. Más aún, téngase en cuenta que la enfermedad no tiene, necesariamente, que surgir con una determinada edad avanzada, pudiendo haberse producido mucho antes. Por el contrario, cuando es la edad la responsable o causante de la ineptitud, en realidad nos estamos refiriendo a situaciones en las que se produce una pérdida de facultades o un desgaste de facultades por motivos absolutamente naturales, sin que intervenga la enfermedad¹⁹.

En todo caso, tal como ha señalado la doctrina laboral, para que la edad sea causa de la extinción del contrato de trabajo por ineptitud del trabajador, será necesario que el empresario acredite que la edad es detonante o responsable de una disminución sustancial de la capacidad del trabajador²⁰. Al respecto hay que tener

¹⁷ A. ARIAS DOMINGUEZ, *op. cit.*, p. 87; C. BRIONES GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 70; GOÑI SEIN, J. L.: “La ineptitud del trabajador como causa de despido”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 11, p. 417; F. FITA ORTEGA, *op. cit.*, p. 17; J. GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 378; R. QUESADA SEGURA, *op. cit.*, p. 48.

¹⁸ A. ARIAS DOMINGUEZ, *op. cit.*, p. 87; J. GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 379.

¹⁹ J. L. GOÑI SEIN, *op. cit.*, p. 433.

²⁰ F. FITA ORTEGA, *op. cit.*, p. 66.

en cuenta la vinculación de esta causa de despido con el despido disciplinario por disminución del rendimiento: en el despido disciplinario, una vez que el empresario demuestra la existencia de una disminución de rendimiento suficientemente grave, el trabajador ha de actuar llevando al juez elementos que justifiquen la falta de rendimiento, que deben ser ajenos a la voluntad del trabajador. Pues bien, es factible que el trabajador acuda a la edad para justificar la reducción del incumplimiento, lo que puede evitar el despido disciplinario; sin embargo, evidentemente no va a evitar la extinción del contrato de trabajo, pues deja la puerta abierta a un despido de carácter objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador.

Debe tenerse en cuenta que el despido objetivo por ineptitud admite tanto la posibilidad de que esta sea sobrevenida, como originaria pero conocida por el empresario con posterioridad a la colocación del trabajador. De entrada, cabe entender que cuando nos referimos a la edad como elemento que genera la ineptitud del trabajador, lo lógico es que la edad se configure como un supuesto de ineptitud sobrevenida; es decir, la incapacidad en estos casos, tal como hemos señalado, se produce por la acumulación del tiempo y su transcurso, dando lugar a la aparición de circunstancias que reducen la capacidad del trabajador; consecuentemente, parece que no puede ser una ineptitud de carácter originaria.

Pero, ¿qué ocurre cuando el empresario procede a la contratación de un nuevo trabajador que ya tiene cierta edad? Ante este tipo de situaciones es recomendable la realización de pruebas selectivas, y sobre todo el establecimiento de un período de prueba, dentro del cual se facilitaría la extinción del contrato si el trabajador, por su edad o por cualquier otra circunstancia, no demuestra tener la capacidad necesaria o la aptitud imprescindible, para el desarrollo de la prestación de trabajo.

Si a través del procedimiento de selección se detecta la falta de capacidad, y pese a ello se contrata, posteriormente el empresario no puede despedirse válidamente por dicha falta de capacidad, pues el despido por ineptitud exige que esta sea originaria, pero conocida por el empresario con posterioridad a la contratación, o bien sobrevenida con posterioridad a la contratación. De otro lado, si se estableció un pacto de período de prueba, existe una limitación expresa por parte de nuestro ordenamiento: detectada la ineptitud durante el período de prueba, lo lógico es que el empresario proceda a la extinción en base al art. 14 ET; pero si se pretende proceder al despido objetivo por ineptitud con posterioridad al período de prueba, el propio art. 52.a) ET señala que "(...) La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento". En estos casos el despido objetivo recibirá la calificación de improcedente.

No obstante ha de tenerse en cuenta que el precepto que acabamos de señalar realmente prohíbe que si durante el período de prueba ya existe una situación de ineptitud (es originaria en el momento del contrato), dicha ineptitud no se puede

utilizar como causa de extinción posteriormente, pues el período de prueba sirve, justamente, para manifestar la ineptitud, para que ésta sea conocida por el empresario. Lo anterior supone que es posible utilizar posteriormente a la finalización del período de prueba el despido cuando la ineptitud surge con posterioridad: contratado el trabajador de edad avanzada, supera el período de prueba, pero con posterioridad surgen los achaques propios de la edad. En este caso si entendemos posible el despido objetivo por ineptitud; sin que esté impedida la extinción por haber superado el período de prueba. Ahora bien, lógicamente, en estos casos, estamos en realidad ante una ineptitud sobrevenida, no existente durante el período de prueba; y dado que el trabajador tiene una edad avanzada en el momento de la contratación, y dado que ha pasado por un período de prueba, será esencial en estos casos que el empresario pruebe que la ineptitud es sobrevenida, pues de lo contrario sería un despido improcedente. Pero, insisto, en realidad en estos casos no estamos ante una ineptitud originaria, sino una ineptitud sobrevenida. En definitiva, se confirmaría que un despido objetivo por ineptitud generada en los estragos de la edad, tendría carácter de ineptitud sobrevenida.

Sin embargo, no entiendo que deba entenderse esta cuestión como algo inmutable, de manera que sea imposible alegar ineptitud originaria. Pensemos simplemente en que, pese a ser recomendable establecer períodos de prueba en estos casos, el empresario no lo hace (es recomendable, pero no obligatorio), ¿qué ocurre si el empresario no utiliza estos mecanismos que permitirían objetivar si el trabajador mantiene o no la habilidad suficiente para el desarrollo de la prestación de trabajo? Es cierto que puede resultar posible determinar fehacientemente, en el mismo momento de la contratación del trabajador, que la edad limita de manera clara la capacidad para trabajar; pensemos simplemente en prestaciones de trabajo en los que se exige una gran capacidad física o resistencia, por lo que, a priori, sea evidente dicha ineptitud; o bien prestaciones de trabajo que requieran determinadas aptitudes que sean totalmente incompatibles con el hecho de superar una cierta edad; o bien pensemos que son evidentes los achaques o estragos de la edad en el momento de la contratación. Sin embargo, en otros casos, pese a la existencia de una determinada edad, no cabe apreciar la incapacidad del trabajador en modo alguna; de manera que es perfectamente posible la contratación del trabajador. Más aún, el rechazo a la contratación por el simple hecho de la edad podría generar un problema de discriminación. Pues bien, una vez contratado el trabajador, y una vez que comienza el desarrollo de la prestación laboral, se podría constatar la falta de capacidad. Por lo tanto, sería posible una ineptitud originaria, previa al propio contrato de trabajo, pero conocida con posterioridad a la contratación. Entiendo, pues, que si una vez que se ha contratado al trabajador, sin período de prueba, se manifiesta la falta de capacidad, el despido objetivo por ineptitud es posible. Antes he señalado que es recomendable un período de prueba, pero en ningún caso obligatorio; de manera que el empresario constatare la existencia de la falta de capacidad con el desarrollo del trabajo.

Por otra parte, ya con anterioridad hemos señalado que la ineptitud del trabajador ha de referirse a la concreta prestación de trabajo contratada. Se trata de una de las exigencias o requisitos propios de esta modalidad extintiva²¹. Dicho requisito supone tener que valorar la situación de desgaste físico o psíquico del trabajador con edad avanzada desde la perspectiva de su concreta prestación de trabajo (en virtud de la adscripción, según contrato de trabajo, a las tareas propias de un determinado grupo profesional). Ello puede dar lugar a diferentes situaciones: el trabajador con edad avanzada, en virtud de los achaques que presenta no puede realizar prácticamente ningún tipo de prestación de trabajo (ello podría conducirnos también a un supuesto de incapacidad permanente absoluta; por lo que el despido objetivo estaría reservado sobre todo para casos de inhabilidad y no de pérdidas o reducciones anatómicas o funcionales). En otros casos el trabajador resulta incapaz sólo para las tareas de su actividad profesional (lo que podría, en su caso, dar lugar a una incapacidad permanente total como vía de extinción, debiendo hacerse la misma salvedad que hemos señalado en el caso anterior sobre el ámbito característico de utilización del despido por ineptitud). En ambos casos podría estar perfectamente justificado el despido objetivo. Sin embargo, en el segundo de los supuestos, siempre podría plantearse en la negociación colectiva una solución alternativa que es característica de los casos de incapacidad permanente total: no es extraño detectar convenios colectivos que limitan la capacidad extintiva del empresario en los casos de incapacidad permanente total, imponiendo que el trabajador mantenga vivo el contrato de trabajo, si bien destinándolo a una actividad diferente, compatible con las limitaciones propias de este grado de invalidez (recordemos que en la IPT estamos ante una incapacitación del 100%, pero sólo para la profesión habitual). De la misma manera, y como tutela del trabajador de edad avanzada, podría incluirse en los convenios que en estos casos el trabajador afectado por una ineptitud limitada a su prestación de trabajo, pudiera tener derecho a un cambio en las funciones a desarrollar, siempre que fuera posible. Por último, podría ocurrir que el trabajador resulte incapaz para una actividad laboral diferente de la comprometida; en cuyo caso no sería factible la utilización de esta causa de despido. En realidad, esta situación es común a los diferentes supuestos de ineptitud del trabajador.

Otra cuestión importante a tener en cuenta es la relativa a que la ineptitud ha de referirse al trabajador y no debe estar originada en los medios de producción puestos a su disposición. En principio, ello supone que la disminución del rendimiento característica de este tipo extintivo ha de estar basada en circunstancias exclusivamente imputables al trabajador, lo cual es característico de las causas tradicionales u originarias de despido objetivo. No hay causa de despido objetivo

²¹ Vid. en este sentido J. A. ALTES TARREGA, A. BLASCO PELLICER y L. E. NORES TORRES, *op. cit.*, p. 23.

cuando la causa de la disminución del rendimiento se debe a la obsolescencia de la maquinaria o de los medios de producción. Por lo tanto, un trabajador maduro, que desarrolla su prestación de trabajo con herramientas o maquinaria obsoleta, no es (salvo que se demuestre lo contrario) un trabajador inepto. Ahora bien, qué ocurre cuando el trabajador maduro sufre en su puesto de trabajo una renovación tecnológica de los medios de producción. En este caso confluye realmente dos causas de despido diferentes: de un lado podríamos estar ante un supuesto de ineptitud sobrevenida del trabajador; pero también el art. 52 ET ha consagrado una causa de despido que recoge incluso de manera más adecuada este tipo de situaciones: la falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo. Desde mi punto de vista, dado que esta última causa de despido contiene un conjunto de requisitos (la razonabilidad de la modificación técnica, la obligación de facilitar un curso de adaptación a las modificaciones, el período que ha de facilitarse para permitir dicha adaptación), entiendo que desde una perspectiva de tutela del derecho a la estabilidad en el empleo, que deriva directamente de lo dispuesto por el art. 35 de la Constitución, esta regulación es de aplicación preferente sobre la ineptitud sobrevenida. Lo contrario podría suponer obviar lo dispuesto por el art. 52 b) ET a través de la ineptitud sobrevenida como causa de extinción del contrato de trabajo, con la evidente desprotección de los trabajadores.

En todo caso, aún cuando podemos detectar opiniones doctrinales favorables a estimar que el cumplimiento de una edad determinada puede originar un despido por ineptitud, hemos de subrayar un hecho esencial: que un análisis de la jurisprudencia en suplicación o casación sobre la ineptitud como causa de extinción evidencia que los despidos en los que se manifiesta un trasfondo de ineptitud como consecuencia de la edad son prácticamente inexistentes, por no decir directamente que no hay situaciones en las que la edad aflora como elemento determinante en la ineptitud del trabajador²². Probablemente ello se deba a dos factores: de un lado, que en realidad la edad en sí no provoca la ineptitud, sino que ésta se conecta de manera directa con supuestos de enfermedad o de accidente; supuestos que con frecuencia se reconducen a otras vías extintivas diferentes, que resultan más económicas para el empresario, como la extinción por incapacidad permanente del trabajador; o incluso dado que la enfermedad puede surgir a una edad avanzada, la jubilación se presenta también como una alternativa a este tipo de extinción. Por otra parte también es cierto que extinguir el contrato por edad resulta más complejo, pues hay que probar que la edad genera una situación de incapacidad, por lo que en la práctica es mucho más simple acudir directamente a dicha prueba obviando la referencia a la edad, pues es un tipo extintivo que puede generar un importante nivel de repulsa social, más aún, jurídicamente, tal como

²² A. ARIAS DOMINGUEZ, *op. cit.*, p. 89; A. ARIAS DOMINGUEZ, *op. cit.*, p. 103.

hemos señalado, la edad no genera una presunción general de falta de capacidad para trabajar o de disminución del rendimiento. De otro lado también existen otros mecanismos que facilitan la extinción, como el caso de las jubilaciones con edades generales de jubilación reducidas, o el hecho de que la contratación sea exclusivamente temporal.

Es probable que el escaso nivel de utilización de este mecanismo de extinción contractual justifique que el legislador no haya establecido mecanismos de tutela ante la extinción del contrato de trabajadores que alcanzan una cierta edad: recordemos que la dirección en la que camina la actual política de empleo es la de favorecer el envejecimiento activo; de manera que se favorece que los trabajadores que alcancen la edad de jubilación, o estén próximos a ella, mantengan su actividad laboral. Lógicamente una política de estas características debería haber reparado en la existencia de esta posibilidad extintiva; pero probablemente no lo ha hecho dado la escasa repercusión que tiene una extinción por ineptitud basada en la edad.

En la práctica parecería que la esta extinción estaría reservada prácticamente para aquellas actividades profesionales en las que se requieren ciertas aptitudes físicas (deportistas, estibadores, mineros, etc.). Sin embargo, pese a la existencia de alguna sentencia en la que se plantea justamente esta situación²³; ya hemos señalado que no es un fenómeno que de manera habitual podamos encontrar en la jurisprudencia.

En definitiva, la principal conclusión que podemos extraer de la utilización del despido por ineptitud del trabajador a consecuencia de la edad, es que en modo alguno es factible establecer una automaticidad entre la edad avanzada del trabajador y la ineptitud; debiendo el empresario despedir exclusivamente por la carencia de facultades del trabajador, que puede deberse a múltiples factores, entre ellos la edad, pero sin que exista una conexión necesaria y directa entre ellos. De otro lado, la principal manifestación de la ineptitud será, al igual que en la mayoría de los supuestos, la falta de rendimiento del trabajador, si bien, dicha disminución o ausencia de rendimiento no se debe a la voluntad del trabajador.

3. DESPIDO OBJETIVO POR FALTA DE ADAPTACIÓN A LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS Y TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA

Tal como ha señalado la doctrina laboral, y entiendo que la apreciación es totalmente correcta, la ineptitud del trabajador no es el único supuesto de despido objetivo en el que pueden concurrir o confluir como detonante, la edad del traba-

²³ Vid. la jurisprudencia citada por J. GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 389.

jador. En este sentido también se ha señalado como vías posibles para extinguir el contrato la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo y las faltas aún justificadas de asistencia al trabajo²⁴.

Al igual que ocurre con la ineptitud del trabajador, en estos casos el hecho de que el trabajador alcance una determinada edad (avanzada), no supone por sí sólo que el contrato de trabajo deba ser extinguido, sino que la edad puede ser una circunstancia que favorece que el trabajador sea incapaz de adaptarse a las innovaciones tecnológicas que puedan surgir.

Lo anterior tiene una importante consecuencia: no es posible despedir a un trabajador por presumir que al cumplir una determinada edad carezca de la capacidad de adaptación a las innovaciones tecnológicas. Puede decirse que un fenómeno frecuente es el de las personas mayores que no tienen capacidad para adaptarse a las nuevas realidades tecnológicas derivadas de la informática y de los instrumentos de comunicación o redes sociales; pero también es un fenómeno cada vez más frecuente encontrar personas mayores, incluso muy mayores, que sin haber tenido jamás contacto con estas tecnologías, son capaces de incorporarlas con sorprendente rapidez y naturalidad a la vida diaria.

En definitiva, el cumplimiento de la edad no es, en sí misma, causa de despido por falta de adaptación.

En cuanto al despido por falta de adaptación a las novedades técnicas, se trata en realidad, de un supuesto específico de ineptitud del trabajador: el trabajador sufre en su puesto de trabajo un conjunto de alteraciones frente a las que no puede enfrentarse, dando lugar así a una disminución del rendimiento, o incluso su total supresión de rendimiento; consecuentemente, el trabajador resulta inepto, de manera sobrevenida, para el puesto de trabajo que venía desarrollando. Esta situación puede ser característica de trabajadores de edad avanzada, que han ido perdiendo capacidad de adaptación y que son incapaces de hacer frente a novedades tecnológicas que superan sus posibilidades laborales; pero insistimos que ello no es consecuencia de la edad, sino de la carencia de capacidad de adaptación. Estamos pues una vía de extinción del contrato de trabajo de personas que han podido alcanzar una edad avanzada en el puesto de trabajo.

Aún cuando pueda considerarse que en estos casos en puridad estamos ante situaciones o casos de ineptitud del trabajador, ha de señalarse que esta es una causa de despido totalmente autónoma y diferenciada de la regulada por el art. 52 a) ET; de manera que si el empresario pretende la extinción del contrato de un trabajador de edad avanzada por falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas del puesto de trabajo, ha de aplicar las reglas y, sobre todo, las exigencias del art. 52 b) ET. Por lo tanto, la falta de adaptación ha de referirse a las

²⁴ C. BRIONES GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 103.

innovaciones técnicas que recaigan sobre “su puesto de trabajo”; por lo tanto, no puede utilizarse esta causa de despido cuando las novedades tecnológicas recaen sobre otro puesto de trabajo diferente. Cuestión diferente es que se produzcan novedades que afectan a otro puesto de trabajo (incluido en el grupo profesional del trabajador), pero el trabajador de edad avanzada de su puesto a aquel que sufre las innovaciones tecnológicas: pero recordemos que en este caso el trabajador está protegido por lo establecido por el art. 39.4 ET.

Por otra parte, los cambios introducidos han de ser razonables, lo que supone que no puede utilizarse esta causa de despido cuando los cambios carezcan de sentido desde la perspectiva productiva; es decir, seguramente en estos casos estaremos ante una actuación empresarial dirigida exclusivamente a generar una situación ficticia de falta de capacidad de adaptación para poder tener una causa de despido.

De otro lado, el empresario ha de facilitar al trabajador un curso de adaptación, sin el cual no puede ser despedido el trabajador. De nuevo se constata a través de este requisito como la edad avanzada no puede dar lugar, por sí sola, a la causa de despido, pues ha de ofrecerse al trabajador la posibilidad de que a través de este curso puede llegar a superar las dificultades adaptativas que supone todo cambio en el trabajo. En definitiva, lo esencial no es la edad, sino que tras el curso, el trabajador no tenga capacidad suficiente de adaptación: es esta ausencia de capacidad lo que determina la extinción del contrato de trabajo. El empresario está, con la actual regulación, obligado a realizar el curso, lo que implica la posibilidad de poder controlar la calidad del mismo²⁵; es decir, de poder determinar la existencia o no de justa causa en función de que el curso ofrecido por parte de la empresa tenga la calidad mínima necesaria para poder estimar cumplido este requisito y entender que a través del mismo un trabajador en condiciones normales podría haberse adaptado a las novedades tecnológicas.

De otro lado, la posibilidad de aplicar esta causa de despido a los trabajadores de edad avanzada plantea otra cuestión, que estimamos puede ser relevante: la necesidad de que el curso ofrecido por el empresario a sus trabajadores deba tener necesariamente en cuenta las necesidades de aprendizaje propias de trabajadores que tengan dicha edad avanzada. Puede ocurrir perfectamente que los cursos estén pensados para trabajador “tipo” o un trabajador estándar; es decir, sin tener en cuenta que ciertos colectivos de trabajadores pueden tener unas necesidades de aprendizaje, o unas condiciones a la hora de desarrollar el curso, diferentes a las de un trabajador estándar. Teniendo en cuenta que la actual política de empleo favorece o pretende el envejecimiento activo, de manera que los trabajadores de edad avanzada puedan permanecer en el mercado de trabajo, podría realizarse una interpretación de esta exigencia en clave de entender obligatorio que el em-

²⁵ J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales* n° 115, p. 298.

presario deba tener en cuenta las necesidades de los trabajadores de edad avanzada. A nuestro juicio esta interpretación, aún cuando no derive directamente del art. 52 b) ET, si puede sostenerse como consecuencia de un análisis transversal del ordenamiento y de los nuevos principios de la política de empleo. En todo caso, de “*lege ferenda*”, es necesario poner de manifiesto que el legislador podría regular en esta misma dirección. Por otra parte, también puede ser ésta una cuestión objeto de negociación a través del convenio colectivo, de manera que se establezca que el curso haya de tener en cuenta específicamente las necesidades formativas de aquellos trabajadores de edad avanzada

Para terminar, señala el art. 52.b) ET que el empresario podrá proceder a la extinción del contrato de trabajo una vez que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación. Con ello se establece un plazo mínimo para que el trabajador pueda demostrar su capacidad de hacer frente a las innovaciones, adaptándose al puesto de trabajo una vez que ha finalizado el curso obligatorio. Ya con anterioridad he señalado que esta regulación puede condicionar la duración del curso, pues se permite al empresario despedir una vez que han transcurrido dos meses desde la introducción de la modificación. Por otra parte, también genera dudas interpretativas en aquellos casos en los que la complejidad de las innovaciones tecnológicas implique que la duración del curso sea superior a los dos meses²⁶.

Dado que la falta de adaptación del trabajador a las innovaciones tecnológicas es una manifestación particular de la ineptitud sobrevenida del trabajador, hemos de plantearnos si es posible que, al igual que en ocurre con el despido por ineptitud, los convenios colectivos puedan establecer la obligación empresarial de no extinguir el contrato de trabajo en estos casos, destinando a los trabajadores al desarrollo de otros puestos de trabajo no afectados por estas innovaciones técnica y para los que resulten totalmente adecuados. No es una cuestión que hayamos encontrado en la negociación colectiva, si bien es una posibilidad perfectamente factible. Más aún, teniendo en cuenta la orientación de la actual política de empleo en la dirección del envejecimiento activo y la ampliación de la edad de jubilación, es perfectamente lógico que los convenios colectivos contemplen obligaciones de estas características.

4. DESPIDO OBJETIVO POR EXCESIVA MORBILIDAD Y TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA

Por otra parte, tenemos el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas, pero intermitentes cuando alcancen unos niveles determinados

²⁶ Sobre estas cuestiones *vid.* J. GORELLI HERNÁNDEZ, “La reforma (...)”, *op. cit.*, p. 299.

dependiendo del período de tiempo que se tome para medir el absentismo del trabajador; existiendo dos posibilidades: bien el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que en estos casos el absentismo del trabajador (el total de faltas de asistencia) en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles; bien el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de referencia de doce meses.

Si se superan estos niveles, el empresario podrá proceder al despido. Ahora bien, para realizar el cómputo deben tenerse en cuenta un conjunto de elementos. De entrada, las faltas que se establecen como determinantes para el despido objetivo son las faltas de asistencia al trabajo “aun justificadas”. Desde nuestro punto de vista ello supone que sólo se podrán tener en cuenta las faltas de asistencia que sean justificadas; no las faltas de asistencia injustificadas, pues estas serán, en su caso, sancionadas a través del despido disciplinario: recordemos que el despido objetivo se caracteriza por configurarse como un conjunto de causas extintivas imputables al trabajador, pero no a su voluntad. De otro lado, a la hora de computar las faltas de asistencia ha de tenerse en cuenta que no se van a tener en cuenta todo un conjunto de ausencias en las que el trabajador tiene derecho a la inasistencia al trabajo. Todos estos supuestos están recogidos de manera expresa en el párrafo 2º del art. 52 d) ET. Por lo tanto, sólo podrán computarse aquellas faltas de asistencia justificadas que no estén excluidas a tenor de esta norma. En este sentido, y este es un supuesto que nos interesa especialmente, no se computarán las faltas de asistencia al trabajo debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales “y tenga una duración de más de veinte días consecutivos”. Con ello se configura el principal conjunto de faltas a tener en cuenta: las generadas por una baja médica de carácter común (no profesional) cuando tales bajas tienen una duración reducida (menos de 20 días consecutivos).

Como es lógico no es nuestro objetivo analizar el régimen jurídico de esta modalidad de extinción del contrato de trabajo, pero sí debemos destacar esta última cuestión, pues es evidente que la edad avanzada suele tener como consecuencia un incremento de los achaques físicos o incluso psíquicos, por lo que estamos ante una población laboral que suele ser más propensa a estar afectada por enfermedades. En consecuencia, se trata de un colectivo que puede ser más susceptible de afectación por este tipo de despido.

Al igual que ocurre con los supuestos antes estudiados de la ineptitud y de la falta de adaptación, también aquí la edad no supone por sí sola una causa de extinción del contrato, sino que la edad puede tener trascendencia, por los achaques propios de la edad, para el trabajador comience a sufrir enfermedades que incrementan sus faltas de asistencia al trabajo, aún cuando estas estén totalmente justificadas.

Por otra parte, si bien la vejez suele ser una etapa de la vida plagada de enfermedades y en la que comienza a surgir todo un conjunto de achaques, éstas y éstos no tienen necesariamente que ser sólo propios de la vejez; siendo, además, evidente que hay personas mayores que pueden tener una salud envidiable. Tampoco tienen necesariamente que coincidir lo que socialmente es considerado como una persona que se encuentra en la etapa de vejez, con lo que puede ser considerado un trabajador mayor o de edad avanzada. Permítanme la poco elegante expresión: un viejo no tiene que ser igual a un trabajador de edad avanzada, de manera que esos achaques o esa falta de capacidad no tiene necesariamente que derivarse del hecho que el trabajador haya alcanzado una edad madura.

En definitiva, el cumplimiento de la edad no puede integrar por sí sola el hecho jurídico de la excesiva morbilidad del trabajador.

Es cierto que los trabajadores de edad avanzada pueden ser más susceptibles a la enfermedad que otros colectivos de menor edad. Si bien la relación entre edad y enfermedad no supone en todo caso que mientras más edad se tenga, más posibilidades hay de estar enfermo y, sobre todo, de recaer en la enfermedad; si es evidente que hay una importante relación entre la edad y el incremento de riesgo de sufrir enfermedades y de permanecer inactivo más tiempo. Por lo tanto, la extinción del contrato de trabajo por excesiva morbilidad es una causa de despido que puede afectar fundamentalmente a los trabajadores más maduros.

Podría plantearse, al igual que vimos en los casos de ineptitud del trabajador, o incluso de falta de adaptación, que el empresario, a través del convenio colectivo, pueda comprometerse en estos otros casos de excesiva morbilidad a mantener vivo el contrato, buscando una ocupación adecuada para el trabajador. Sin embargo, esta posibilidad no tendría ningún tipo de repercusión en esta causa de despido, pues no se trata de una situación en la que el trabajador puede desarrollar otra prestación: no hay una falta de capacidad del trabajador para el desarrollo de una concreta prestación, pudiendo desarrollar otra; o una falta de adaptación del trabajador a las novedades que se introducen en su puesto de trabajo, pudiendo desarrollar otro. En este caso de excesiva morbilidad, la situación de enfermedad existe para todo tipo de prestación de trabajo. Sería realmente extraño encontrar un caso en que el trabajador está enfermo para un concreto trabajo, pero no para otro. Por otra parte, si el trabajador tiene una situación de enfermedad motivada por el concreto trabajo que realiza, pudiendo desaparecer si cambia dicho trabajo, estaremos en todo caso ante una contingencia de origen profesional; y recordemos que las bajas de origen profesional no se computan en ningún caso para este despido objetivo. La concreta situación que analizamos es la de bajas médicas generadas por riesgos comunes (enfermedad común o accidente no laboral).

Cuestión diferente es que, justamente por el hecho de que el trabajador de más edad puede ser más susceptible a este tipo de extinción, debido a que los achaques de salud se plantean sobre todo con más frecuencia debido al desgaste físico de

las personas, y teniendo en cuenta la actual política de empleo favorable al envejecimiento activo, podría plantearse la necesidad de la intervención del legislador para favorecer la posición de los trabajadores de edad avanzada ante este tipo extintivo. Se podría determinar una edad concreta (por ejemplo, los 60 años) a partir de la cual se ampliaran los porcentajes de absentismo señalados (por ejemplo, pasar del 20% al 25% cuando se toma como referencia los dos meses consecutivos). Ello ayudaría a facilitar ese objetivo de la actual política de empleo que es la permanencia de los trabajadores mayores.

De otro lado en cuanto a la incidencia de la edad y su repercusión en el incremento de situaciones de enfermedad que afectan al trabajador, que pueden ser determinantes para la extinción del contrato de trabajo, hemos de tener en cuenta las últimas resoluciones de la jurisprudencia comunitaria, pues de alguna manera podrían afectar a la extinción derivada de la edad. Me refiero a la STJUE de 18 de diciembre de 2014, C 354/13, asunto FOA²⁷, en el que se plantea el despido de un trabajador, cuidador infantil, estimando el trabajador que dicho despido se debe a la obesidad que padece. Concretamente el despido se produce debido a la reducción de la natalidad, que genera la existencia de menos niños, por lo que en un determinado ámbito era preciso reducir la plantilla de cuidadores, siendo el Sr. Kaltoft despedido, considerando él que se debía a la citada condición de obeso. A partir de ahí se plantean varias cuestiones prejudiciales, la primera de ellas referente a si es contrario al ordenamiento de la UE una discriminación por motivo de obesidad. De otro lado, se plantea también si puede considerarse la obesidad como discapacidad, motivo de discriminación que sí está expresamente cubierto por la Directiva 2000/78 (no así la enfermedad).

En cuanto a la primera de las cuestiones prejudiciales, la STJUE considera que ni el Derecho originario ni el Derecho derivado consagran un principio de no discriminación por razón de obesidad²⁸; por lo que teniendo en cuenta que la jurisprudencia comunitaria se ha mostrado reacia a ampliar el conjunto de motivos de discriminación por la vía de la analogía, al tener la enumeración de los motivos de discriminación carácter exhaustivo²⁹, se estima que la “obesidad como tal no puede añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (...) debe responderse a la primera de las

²⁷ TJCE\2014\367.

²⁸ Vid. apartados 34 y 35 de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, C 354/13, TJCE\2014\367.

²⁹ Tal como señala el apartado 36 de la STJUE comentada “según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no procede ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva”, citando a continuación diferentes Sentencias. Doctrinalmente *vid.* R. M. PÉREZ ANAYA, “La obesidad como causa de despido: desde la perspectiva comunitaria”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, enero-marzo de 2015, vol. 3 n° 1, p. 144.

cuestiones prejudiciales planteadas que debe interpretarse que el Derecho de la Unión no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación”³⁰.

Las anteriores son afirmaciones, interesantes, pero que no afectan al tema objeto de nuestro trabajo (salvo que considerásemos que la obesidad es una circunstancia propia de la edad, lo cual no es cierto). Sin embargo, la segunda cuestión prejudicial si puede afectar al tema sobre el que estamos tratando, pues se resuelve si la obesidad puede entenderse como discapacidad, y lo que se está planteando en el fondo es si la situación de enfermedad, que tal como hemos señalado, puede ser una característica de los trabajadores de mayor edad, puede ser considerada como una situación de discapacidad, que como tal si está protegida por la normativa antidiscriminatoria de la UE. Pues bien, la STJUE reitera que tras la ratificación por la UE de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Decisión 2010/48/CE), a los efectos de la Directiva 2000/78 sobre discriminación, “el concepto de «discapacidad» debe entenderse como referido a una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”³¹. Desde este punto de vista se estima que la obesidad, como tal, no puede considerarse como una situación de discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78³². No obstante, se puntualiza que en determinadas circunstancias, la obesidad que acarrea una limitación por las dolencias físicas, mentales o psíquicas, y que interactúa con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones, de manera que, “si esta limitación fuera de larga duración”, podría incluirse en el concepto de obesidad³³.

Ciertamente el supuesto concreto y su supuesto de hecho, la situación de obesidad, nos es indiferente a los efectos de este trabajo. Ahora bien, desde la perspectiva que emana de la Sentencia, se está planteando la posibilidad de que enfermedades crónicas, de larga duración, pueden dar lugar, en ciertos casos y en función de las circunstancias, a situaciones encuadrables en el concepto de discapacidad; lo cual podría quedar encuadrado dentro de las situaciones protegidas por la prohibición de discriminación de la Directiva 2000/78. Todo ello en contra de la posición tradicional de entender que la enfermedad no puede entenderse como

³⁰ Apartados 37 y 40 de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, C 354/13, TJCE\2014\367.

³¹ Apartado 53, en el que se cita una amplia jurisprudencia sobre esta cuestión.

³² Vid. apartado 58.

³³ Vid. apartado 59. Con ello se reitera lo ya afirmado por la STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, HK Danmark.

situación de discapacidad, tal como ha afirmado la jurisprudencia comunitaria³⁴. Se trataría de un nuevo concepto de discapacidad³⁵.

Desde mi punto de vista es necesario seguir con atención la evolución de esta jurisprudencia, no tanto por el problema de la obesidad, sino por el hecho de que se pueda aplicar esta lógica a los supuestos de enfermedades crónicas y las consecuencias que ellas pueden suponer.

Téngase en cuenta que si bien el carácter crónico de la enfermedad no es algo estrictamente achacable a la edad; sin embargo, si suele ser consecuencia de la edad el incremento de las situaciones de enfermedad, por lo que la posibilidad de que tales enfermedades sean crónicas va a ser más alta en los trabajadores maduros que en los más jóvenes. En todo caso, teniendo en cuenta que el legislador establece que no se computan las faltas de asistencia que superen los 20 días consecutivos, parece que los supuestos de enfermedades crónicas, en buena medida quedarían fuera del ámbito de esta modalidad de despido; excepto, lógicamente, aquellos casos de enfermedades crónicas que dan lugar a bajas de corta duración, que se van reiterando a lo largo del tiempo de manera intermitente.

5. DESPIDO OBJETIVO POR MOTIVOS EMPRESARIALES Y EDAD DEL TRABAJADOR

De los diferentes motivos de extinción de carácter objetivo parecería que hemos de eliminar aquellas que tienen un carácter plural; es decir, la que están directamente vinculadas con causas de carácter empresarial (causas económicas, organizativas, productivas), incluyendo el concreto supuesto regulado en la letra e) del art. 52 ET. Debería justificarse esta exclusión en el hecho de que la edad del trabajador es una circunstancia ajena totalmente a este tipo de causa de extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, pese a que estas causas en sí (las circunstancias económicas negativas, el hecho de que haya una reorganización productiva con la consecuencia de excedencia de personal, que la introducción de nuevas tecnologías que implique la reducción del número de trabajadores, o la necesidad de reducir producción con el mismo efecto sobre la plantilla) nada tienen que ver con la edad; surge, no obstante, una cuestión que sí se vincula a la edad: la designación o determinación de los trabajadores que van a sufrir la extinción del contrato de trabajo, pues el criterio de selección de los trabajadores podría ser, justamente la

³⁴ Vid. la STJCE de 11 de julio de 2006, C-13/05, Chacón Navas. Vid. R. M. PÉREZ ANAYA, *op. cit.*, p. 149.

³⁵ En este sentido T. VELASCO PORTERO, "El despido del trabajador enfermo: ¿Imprudencia o nulidad?", *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (www.iustel.com), n° 29 (2014), p. 11.

edad de los trabajadores. Se trata, nuevamente, de un supuesto de incidencia indirecta de la edad en la extinción del contrato de trabajo

Sobre esta cuestión no hemos detectado movimientos jurisprudenciales sobre esta materia, pero sí podemos acudir a la jurisprudencia sobre el despido colectivo, donde se ha tratado el tema de la edad como criterio para incluir a los trabajadores en el ámbito de un despido colectivo. Así, podemos encontrar cómo se admite por parte de la jurisprudencia que la edad es un criterio a tener en cuenta a la hora de determinar qué trabajadores se verán afectados por el despido colectivo, de manera que aquellos que hayan llegado a una determinada edad en una fecha concreta, se verán afectados por la extinción colectiva; lógicamente ha de tratarse de una edad avanzada, que puede ser cercana a la edad de jubilación, aún cuando no necesariamente inmediata anterior a la edad de jubilación. Se llega así a afirmar que la edad (avanzada) es un criterio indiscutible de selección de los trabajadores que van a ser despedidos colectivamente, criterio que no es contrario al principio de igualdad y que no tiene carácter discriminatorio³⁶. Debe tenerse en cuenta que en otros casos se utiliza el criterio de la mayor antigüedad en la empresa, que si bien no se refiere a la edad, es evidente que indirectamente incide en la edad, pues lo lógico es que, normalmente, los trabajadores de mayor edad, también sean los de mayor antigüedad³⁷. Por el contrario, también es posible detectar supuestos en los que se utiliza el criterio de la edad de manera inversa a la señalada, de manera que se ven afectados preferentemente los trabajadores de menor edad³⁸.

Pero en otros casos, se observa cómo se utiliza la edad como criterio para favorecer a los trabajadores de mayor edad afectados por un despido colectivo a la hora de determinar las indemnizaciones como consecuencia del despido colectivo³⁹.

En definitiva, la edad puede ser un criterio objetivo para determinar qué trabajadores pueden verse afectados cuando existen causas empresariales para proceder a la extinción del contrato de trabajo. Ello puede traducirse en que los trabajadores de mayor edad puedan ser objeto preferente de este tipo de extinciones. No obstante, cabe señalar que no estamos ante una realidad fija, ni mucho menos. En ocasiones puede constatarse cómo la extinción afecta a los trabajadores de

³⁶ Puede verse en este sentido la STS de 25 de junio de 2014, RJ 2014\4763; o las SSTSJ de Canarias de 26 de febrero de 2013, AS 2003\1656 que considera adecuado a derecho fijar la edad de 59 años como un criterio objetivo de determinación de qué trabajadores se van a ver afectados por el despido colectivo; de Valencia de 24 de septiembre de 2014, AS 2015\183; Valencia de 2 de mayo de 2013, AS 2013\2002, que se refieren a una edad de 55 años.

³⁷ STSJ de Castilla y León de 24 de abril de 2014, JUR 2014\146378.

³⁸ STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2014, JUR 2014\292408.

³⁹ Sería el caso, por ejemplo de la STSJ de Castilla y León de 29 de octubre de 2014, AS 2015\204, en la que se refleja un acuerdo en el que se fija la indemnización a percibir en función de la edad (diferenciando diferentes tramos) y los años de servicio de los trabajadores en la empresa.

menor edad. En todo caso, lo normal es que se utilicen diferentes criterios que de una u otra manera moderan a la edad (responsabilidades familiares, cuantía de las retribuciones, etc.).

Entre el mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad

Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Catedrático de Universidad
*Universidad de Sevilla**
Senior Counsellor, PwC

1. PRESENTACIÓN¹

En España hablar de ERES, mientras existieron como tales (hasta 2012), era hablar de despido de trabajadores mayores. No sólo, evidentemente, pero sí principalmente. Porque fueron los trabajadores de mayor edad los que vieron predominantemente extinguidos sus contratos de trabajo por esta vía. O quizás sería más correcto decir que España vivió durante décadas un proceso de expulsión del mercado de trabajo de estas personas; y que el instrumento que se utilizó para ello fue el despido colectivo. Esta conexión se explica por la forma en que inició este proceso destructor, coincidiendo con una etapa de reconstrucción de la economía que se llevó por delante a cientos de empresas, y que supuso en la mayor parte de los casos su cierre o redimensionamiento. Fueron procesos colectivos de ajuste, de plantillas enteras, y éstos, por las razones que veremos, se cebaron especialmente en los grupos de mayor edad de éstas.

Sea como fuere, es indudable que uno de los muchos problemas que sufre hoy el mercado de trabajo español tiene que ver con el empleo de los mayores, que son expulsados del mercado de trabajo a unas edades demasiado tempranas, generalmente en contra de su voluntad, y provocando crecientes dificultades para nuestro sistema público de protección social².

En este trabajo vamos a estudiar este fenómeno, y vamos a entrar así en una línea de política del Derecho relacionada con el empleo de trabajadores de más

* Grupo de Investigación PAI SEJ-322.

¹ Este texto fue originalmente preparado como soporte para una intervención de su autor en un curso de verano de la Universidad Internacional de Andalucía; mantiene el tono oral y la escasez de soporte bibliográfico.

² Un análisis en profundidad de los problemas de empleo de este colectivo y de las políticas públicas diseñadas para afrontarlos en F. J. CALVO GALLEGO, “Los mayores en el nuevo Derecho del Empleo”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y CASTELLANO BURGUILLO, *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 333.

edad, la de su protección en el empleo³, que enlaza con otra más amplia, la del alargamiento de la vida activa⁴, con la que tiene algunas diferencias, sin embargo. Porque mientras la segunda procura asegurar que estas personas continúan activas, laboralmente hablando, la primera intenta asegurar que su edad no se convierta en un factor que les lleve a perder su empleo. En España los mayores son trabajadores precarios, en cuanto que sus puestos de trabajo lo son, y pueden perderse a las primeras de cambio, en cuanto se produzcan dificultades para la empresa o ésta intente actuar en su plantilla.

Las políticas laborales y de empleo relacionadas con los mayores tienen numerosas facetas, y pueden seguir lógicas diferentes:

- la seguridad pública⁵
- la salud y seguridad laborales⁶
- la no discriminación
- la permanencia en el empleo
- el alargamiento de la vida profesional
- el reparto del empleo
- la protección social

En los últimos tiempos el cuidado hacia las personas de edad en su faceta de integrantes de un colectivo en una situación de debilidad en el mercado de trabajo se ha incrementado, como consecuencia de una pluralidad de factores: la mayor sensibilidad hacia los derechos de estas personas, en tanto ciudadanos; el envejecimiento de la población; la pérdida de sitio de estas personas en una sociedad gobernada por nuevos valores; la tendencia hacia su separación del mercado laboral... Por todos estos motivos el empleo de este grupo social ha adquirido un marcado protagonismo, como uno de los problemas económicos y sociales más graves de nuestras sociedades⁷.

³ Un trabajo monográfico, desde una perspectiva comparada, sobre esta línea de política del Derecho en AMAUGER-LATTES y ESTEBAN LEGARRETA (dir.), *La protección del empleo de los trabajadores de edad: una perspectiva franco-española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁴ M. FERNÁNDEZ PRIETO, “Medidas recientes para favorecer el envejecimiento activo”, en CABEZA PEREIRO y FERNÁNDEZ PROL (coord.), “*Políticas de empleo*”, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 247 y ss.

⁵ Por ejemplo, para evitar posibles consecuencias negativas derivadas de una posible incapacidad sobrevenida como consecuencia del envejecimiento

⁶ M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, “Envejecimiento y prevención de riesgos laborales”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº 24, 2011, p. 17.

⁷ Entre las monografías publicadas en los últimos años podemos citar las de AMAUGER-LATTES y ESTEBAN LEGARRETA (dir.), *La protección del empleo de los trabajadores de edad: una perspectiva franco-española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; APARICIO TOVAR (dir.), *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007; CABEZA PEREIRO, BALLESTER PASTOR y FERNÁNDEZ PRIETO (dir.), *La relevancia de la*

El despido colectivo en procesos de reestructuración empresarial, en la forma en que se ha gestionado en España, ha jugado un papel muy relevante en la tendencia hacia la desubicación laboral de estas personas. De ahí que cualquier política que pretenda promover su acceso al empleo, o la conservación de un puesto de trabajo, deba considerar esta dimensión de las relaciones laborales en España⁸. Esto explica la presencia de un estudio sobre este tema en un trabajo colectivo como éste. Espero que al final de su lectura se pueda estar de acuerdo con este planteamiento.

2. DEL “MAL MENOR” AL IMPACTO INSOSTENIBLE: POLÍTICAS PÚBLICAS Y DESPIDOS COLECTIVOS DE MAYORES

En España se vivió, como se ha dicho antes, un proceso de destrucción de empleo de trabajadores de edad muy intenso, en el contexto más amplio de la pérdida de volúmenes significativos de empleo en sectores completos de actividad. Durante varias décadas, y en contextos cambiantes, este efecto se mantuvo de manera constante, estando su origen en procesos de ajuste de plantillas que concentraban sus consecuencias en los trabajadores de mayor edad. El instrumento fundamental para el reajuste de plantillas, que podía obedecer a diversas causas, era el expediente de regulación de empleo (en adelante ERE), una figura con una larga tradición entre nosotros y que fue adaptándose si no en su regulación, al menos sí en su aplicación a los cambiantes objetivos y particularidades de los procesos. Fue la llamada reconversión industrial la que generó en un primer momento este efecto de expulsión de estas personas; pero cuando se superó esta

edad en la relación laboral y de Seguridad Social, Aranzadi, Pamplona, 2009; ELORZA GUERRERO y FERNÁNDEZ ROCA (coord.), *El mantenimiento del empleo por los trabajadores de edad avanzada en Andalucía*, Marcial Pons, Madrid, 2012; MERCADER UGUINA (dir.), *Trabajadores maduros: un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex Nova, Valladolid, 2009; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y CASTELLANO BURGUILLO, *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Bomarzo, Albacete, 2014; y SEMPERE NAVARRO (dir.), *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada: análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Consejo Económico y Social España, Madrid, 2009. Muchas de ellas constituyen resultados científicos de proyectos de investigación, lo que pone de manifiesto el interés de esta cuestión para investigadores y entidades financiadoras. Sea como fuere, lo cierto es que estos problemas han recibido mucha atención de la doctrina científica, y que por tanto se dispone de mayor información y conocimiento.

⁸ Un estudio completo de las legislaciones española y francesa sobre esta cuestión en AMAUGER-LATTES, FUSTÉ MIQUELA, PASTOR MARTÍNEZ & REYNES, “El caso de las reestructuraciones: las medidas de protección de los trabajadores de edad afectados por un despido por causa económica”, en AMAUGER-LATTES & ESTEBAN LEGARRETA *ibidem*.

primera fase, y la economía española fue entrando sucesivamente en otras, este fenómeno continuó produciéndose.

El modelo que se construyó en España para llevar a cabo esta reconversión se basó sobre todo en la expulsión del mercado de trabajo de las personas ocupadas en los sectores afectados, más que en la promoción de transiciones profesionales⁹. Por una serie de motivos, que luego se verán, se prefirió despedir a aquellos de mayor edad, reteniendo los empleos que pudieran salvarse para aquellos más jóvenes. Era también característica de este modelo la asunción de parte de las cargas económicas generadas por ésta por los poderes públicos¹⁰. Estas dos notas, efecto desproporcionado sobre las personas de más edad y trasvase de costes, van a estar presentes durante todo el período, hasta hoy; y sobre ellas se va a construir este estudio.

Los de los primeros años, que fueron los que sentaron las bases del modelo de reestructuración empresarial que rigió durante mucho tiempo en España, se producían en el marco de un proceso de reconversión industrial muy duro, en el que sectores enteros de actividad industrial fueron diezmados. Como consecuencia de la conjunción de las grandes crisis mundiales de la década de los setenta del siglo XX, con la apertura de la economía española, se produce durante varios años un fenómeno de pérdida de tejido industrial muy notable.

La gravedad del fenómeno, unida al mantenimiento de una tradición de dirigismo público en la economía, produjo que los poderes públicos se involucraran directamente en la gestión de los procesos de reestructuración¹¹. Se dotaron para ello de un marco normativo diseñado específicamente para ello, que incluía la posibilidad de dotar de fondos públicos a las empresas y trabajadores afectados¹².

Desde el punto de vista de la mano de obra, se trataba de sectores maduros, con grandes plantillas relativamente envejecidas, que generaron un volumen muy importante de trabajadores excedentes, difícilmente recolocables por su edad y formación, pero también por la escasez de oportunidades en los territorios azotados por los cierres. Pensar, en este contexto, que los trabajadores de cierta edad,

⁹ Esta política dio lugar a numerosos estudios en la doctrina iuslaboralista de la época. Entre otros, destacan los trabajos de G. GARCÍA BECEDAS, *Reconversiones industriales y ordenamiento laboral*, Tecnos, Madrid, 1989; J. L. MONEREO PÉREZ, *Las Reconversiones industriales en el derecho del trabajo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1988; A. OJEDA AVILÉS, "Reconversiones industriales: Balance provisional de un privilegio", *Revista española de derecho administrativo*, N° 60, 1988, p. 531.

¹⁰ Véase al respecto la valoración de G. GARCÍA BECEDAS, "Balance y perspectivas de la política de reconversión industrial", *Relaciones laborales*, n° 2, 1993, p. 195.

¹¹ Destaca en este sentido Ley 27/1984, de 26 de julio, de reconversión y reindustrialización el Real Decreto-ley 9/1981, de 5 de junio, sobre medidas para la reconversión industrial.

¹² Un estudio muy completo y coetáneo a las propias medidas que se analizaban lo fue el de J. A. SAGARDOY Y BENGOCHEA, "Medidas laborales y de seguridad social en la reconversión industrial", *Documentación laboral*, N° 12, 1984, p. 7.

con carreras profesionales en un único sector o empresa, iban a tener oportunidades para continuar sus carreras retornando al mercado de trabajo, era ilusorio e irreal. La alternativa de buscar nueva ocupación a los trabajadores de mayor edad, con competencias profesionales poco demandadas y grandes dificultades para su reciclaje, se consideraba prácticamente imposible. Más sentido tenía pensar que su vida profesional había terminado, aunque fuera a una edad temprana; y de lo que se trataba era de buscarles una salida digna, “social”, que evitara situaciones de exclusión social en los territorios afectados.

Las políticas de empleo no estaban muy desarrolladas entonces, existiendo todavía un Instituto Nacional de Empleo burocratizado y escasamente efectivo. No se confiaba en que el servicio público de empleo estuviera en condiciones de gestionar la recolocación de estas personas. Las entidades creadas *ad hoc* para apoyar estas transiciones, como los fondos de promoción de empleo, a pesar de los recursos puestos a su disposición tampoco fueron capaces de hacerlo.

De lo que se trataba era de expulsar a trabajadores del mercado de trabajo en condiciones aceptables; cuando no por prejubilación, por unas declaraciones de invalidez bastante generosas. Era lógico que estas medidas se concentraran en el personal de mayor edad, que en muchas industrias de las afectadas por la reconversión industrial eran mayoría. La falta de sensibilidad hacia el colectivo de personas mayores en la época; y la tranquilidad que daba la garantía de rentas que generalmente se aseguraba, hacía que el impacto desproporcionado sobre estas personas no fuera considerado un problema. A ello ayudaba la conceptualización, generalizada en la época, de que la edad era una causa de extinción del contrato de trabajo *per se*¹³; eran los años de las jubilaciones forzosas pactadas en convenio, por poner un ejemplo de una manifestación extrema de esta forma de entender la situación de los trabajadores de edad.

El efecto de expulsión del mercado de trabajo tampoco era valorado como especialmente negativo, si no venía acompañado de una situación de desprotección; y éste no era el caso. El acceder prematuramente a una jubilación, con rentas públicas garantizadas en todo caso, no se consideraba un perjuicio relevante, por más que en realidad fuera una decisión impuesta a los trabajadores afectados, a los que se privaba de la oportunidad de continuar trabajando algunos años más. La calidad de algunos de los esquemas de prejubilación aplicados, en algunos casos verdaderamente envidiables, hizo que la inclusión en estos fuera en muchos casos verdaderamente voluntaria para los trabajadores¹⁴. Para los que no lo eran,

¹³ Me remito en este punto al excelente trabajo, todavía de enorme actualidad, de P. GETE CASTRILLO, *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

¹⁴ El mejor estudio de esta “no prestación” de la Seguridad Social, pues nunca llegó a serlo oficialmente, sigue siendo el de LÓPEZ CUMBRE, “*La prejubilación*”, Civitas, Madrid, 1997.

el hecho de no salir mal parados se consideraba suficiente compensación. No era raro que los mismos sujetos que negociaban estos expedientes por parte de los trabajadores se acogieran a las medidas que ellos mismos acordaban.

Se aplicaba una especie de “teoría del mal menor”, según la cual centrar en este colectivo la destrucción de empleo resultaba la opción menos gravosa en términos sociales, en cuanto era la única manera de asegurar a los afectados una continuidad de rentas¹⁵. Partiendo de que la destrucción de los puestos de trabajo resultaba inevitable, la decisión era sobre la identificación de los trabajadores que iban a quedar afectados. La ampliación de la protección social pública para estos colectivos lo permitía. Lo que explica la gran cantidad de recursos destinados a eliminar puestos de trabajo y a sacar a las personas que los ocupaban de la vida activa; dejando sin fondos, paradójicamente, a las políticas de empleo, subdesarrolladas durante décadas en nuestro país.

Estos fueron los años en los que operó el modelo tradicional de estas políticas, el del monopolio en la intermediación del Instituto Nacional de Empleo, en el que éstas operaban más sobre la oferta que sobre la demanda¹⁶. Se partía de una asunción derrotista e injustificada, pero que durante años los hechos parecían confirmar: que nuestra economía era capaz de crear un volumen determinado, reducido e inalterable, de empleo. Y que para reducir el desempleo no había otra solución que reducir las dimensiones de la población activa, para hacer una peculiar forma de reparto del empleo. Los desequilibrios en el mercado de trabajo se intentaban corregir sobre la oferta de trabajo, reduciendo ésta mediante salidas tempranas de éste. A las colectivas, vía ERE, se unía el goteo individual de despidos de unas personas a las que por su edad se consideraban poco útiles o excesivamente costosas.

La sensación de que nos encontrábamos ante un problema nacional, que afectaba al conjunto del país como consecuencia de factores exógenos que escapaban del control de empresarios y trabajadores, explicaba el papel de los poderes públicos, que asumían no sólo el protagonismo en los procesos de reconversión industrial, sino también la mayor parte de los costes de las prejubilaciones. Existía también un objetivo político de evitar la conflictividad social, que fue muy marcada y virulenta en algunos sectores. Lo cierto es que se generó la convicción social de que la responsabilidad de los poderes públicos ante empresas en dificultades era mucho mayor de la que objetivamente podía corresponderles, llegando incluso a

¹⁵ En una fórmula que se encontraba repetida en la jurisprudencia laboral se decía que “*parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas, sin que ello comporte la lesión del art. 14 CE*”. Se encuentra todavía en la última jurisprudencia, por ejemplo en la STS (Sala 3ª) de 9 de marzo de 2011.

¹⁶ Un estudio del desarrollo histórico de la intermediación y de las políticas de empleo en España en CALVO GALLEGO y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (dir.), *Colocación y servicios de empleo*, CES; Madrid, 2010.

competerles asegurarles una salida, salida digna además, a todos los trabajadores afectados por los recortes de empleo. En esta visión, el que sujetos públicos asumieran no sólo el liderazgo en la gestión sino también la mayor parte del coste de estos procesos llegó a considerarse normal¹⁷.

La situación financiera de la Seguridad Social, con una composición demográfica del mercado de trabajo aún idónea, soportaba el esfuerzo. Estos costes se trasladaban de los presupuestos de las empresas a los de las administraciones, y de éstos a los de la Seguridad Social, que acababa por ser la socia comanditaria de la empresa cuando ésta necesitaba reorganizarse.

El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social vigente se adaptó a esta situación. Para ello se alteró la regulación tanto de la protección por desempleo como de la jubilación para facilitar que se montaran estos procesos largos de transición de la vida activa a la pasiva, alargado la primera y adelantando la segunda mediante diversos tipos de subsidios y de modalidades de acceso adelantado. El convenio especial, sobre el que luego volveremos, y especialmente la prejubilación servían de puente entre ambas situaciones.

La indemnización legal por despido mutó su objeto, produciendo unos efectos paradójicos. Elevada según los estándares europeos; incrementada por la necesidad de llegar a acuerdos con la plantilla que hicieran posible la autorización administrativa; y proporcionales a la antigüedad del trabajador en la empresa, podían llegar a alcanzar cuantías considerables, conformando lo que las empresas calificaban como su “pasivo laboral”. Pues bien, estas elevadas cantidades eran fruto de un diseño del legislador laboral que pretendía tener un efecto no sólo indemnizatorio sino también disuasorio, como mecanismo de garantía del empleo. La lógica económica sugiere que se deberían haber evitado los despidos más caros, los de los empleados más antiguos; la realidad fue la contraria. En la práctica de estos años, la indemnización a la que se tenía derecho formaba parte de los fondos con los que se construía la prejubilación, incrementando la cuantía de la prestación por desempleo o de las pensiones de jubilación anticipada, o bien dando cobertura económica a los períodos de desprotección entre el disfrute de la una y de la otra.

Lo mismo le ocurrió a la prestación por desempleo, que por vía de estos mecanismos pasó de ser una protección para las transiciones entre empleos a actuar como pista de aterrizaje para la jubilación, adelantando ésta varios años mediante el encadenamiento de prestaciones y subsidios, algunos diseñados específicamente para este colectivo¹⁸; para alcanzar a una jubilación cuyo inicio se adelantaba por

¹⁷ P. ORTÚN SILVÁN, “Las ayudas e intervenciones públicas en los procesos de reconversión industrial”, *Economía industrial*, n° 259, 1988, p. 103.

¹⁸ L. CAMBEIRO RELOVA, “Prejubilación en ERE”, en CABEZA PEREIRO, BALLESTER PASTOR & FERNÁNDEZ PRIETO (dir.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de*

varias vías. Era lo que se llamaba entonces, y aún ahora, prejubilación. Ambas prestaciones se construyeron una en función de la otra, tendiendo a encontrarse en algún momento de la vida de los trabajadores despedidos. En la práctica se disuadía el retorno al empleo de sus perceptores, que afrontaban el riesgo de perder unas prestaciones generalmente generosas, y ser excluidos de un sistema que les garantizaba una seguridad continuada.

También el marco legal de los despidos colectivos promovía este tipo de actuación¹⁹. Superados a mediados de los ochenta el debate sobre si la autorización administrativa era coherente con el modelo previsto en la directiva comunitaria de 1975, la vigente cuando se produjo la adhesión de España; y siendo ésta todavía común en los Estados miembros, durante todo el período siguió siendo el elemento central de la regulación de estos despidos. No en vano se trataba de “expedientes de regulación de empleo”, de un procedimiento de toma de decisiones administrativas más que de una verdadera actuación empresarial²⁰. El papel de la Administración desbordó el que teóricamente le correspondía de autorizar la medida, para llegar a liderar ésta la búsqueda de soluciones. Lo que tuvo como efecto no deseado el de producir también un trasvase de responsabilidades, de tal modo que las autoridades pasaron a ser consideradas las responsables del destino de los trabajadores, cuando no habían sido éstas las que tomaron la decisión que llevó a la pérdida de puestos de trabajo²¹.

Esta asunción de responsabilidades por parte de las autoridades llevó a que fueran éstas las que financiaran directamente el proceso de expulsión laboral de estas personas. No se trataba ya de flexibilizar el acceso a las prestaciones sociales, sino incluso de completar éstas con unas ayudas directas a los trabajadores afectados, con los que completar los tramos en los que pudiera perderse temporalmente la protección.

Seguridad Social, Aranzadi, Pamplona, 2009.

¹⁹ En extenso M. ARETA MARTÍNEZ, “El despido en el marco de los planes de reconversión industrial y planes de reestructuración de la actividad de las empresas”, en MARTÍN JIMÉNEZ y SEMPERE NAVARRO (coord.), *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 451, de la misma autora, “Reconversión industrial y promoción industrial”, en MARTÍN JIMÉNEZ y SEMPERE NAVARRO (coord.), *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 805.

²⁰ Sobre el régimen del despido en los procesos de reconversión industrial, en extenso, C. ORTIZ LALLANA, “Peculiaridades sobre la extinción de las relaciones laborales en la normativa de reconversión industrial”, en RIVERO LAMAS (dir.), *El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80: III Coloquio sobre Relaciones Laborales*, Zaragoza, 1983, p. 369.

²¹ Sobre esta autorización, entre otros, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “Despidos colectivos y autorización administrativa”, *Relaciones Laborales*, n° 1, 2009, p. 17; En perspectiva histórica, L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, “Evolución histórica de la exigencia de autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Temas laborales*, n° 33, 1994, p. 65. Respecto de la situación vigente, J. MONEREO PÉRREZ, “La intervención administrativa en los despidos colectivos”, *Temas laborales*, n° 125, 2014, p. 261.

Encontramos una temprana manifestación de esta forma de auxilio económico en Real Decreto-ley 9/1981, de 5 de junio, sobre medidas para la reconversión industrial, para los trabajadores incluidos en procesos celebrados al amparo de la norma; que fue completado por la Orden de 15 de marzo de 1982 por la que se desarrolla un sistema de ayudas por jubilaciones anticipadas para trabajadores de Empresas no sujetas a planes de reconversión. Según esta última, *“las Empresas no sujetas a planes de reconversión industrial podrán solicitar para sus trabajadores con sesenta o más años que cesen en las mismas antes de alcanzar la edad fijada para la jubilación voluntaria, ayudas equivalentes a la cuantía de la pensión de jubilación que pudiera reconocérseles en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social”*. Se producía una colaboración en este punto entre la Administración y las empresas, de tal modo que la financiación de estas ayudas correspondía al menos, en un 60 por 100 a las Empresas solicitantes y el resto iba con cargo a la sección correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado. En la práctica se creaba un fondo para financiar el pago de las ayudas al que contribuían tanto el Estado, en aplicación de esta orden como la empresa como, de manera indirecta, los propios trabajadores, cuyas indemnizaciones por despido acababan pagando en parte los procesos de prejubilación

Esta Orden fue derogada por la de 9 de abril de 1986, que regulaba la concesión a las Empresas en crisis, no sujetas a planes de reconversión, de ayudas para la jubilación anticipada de sus trabajadores. Esta norma se dictó para adaptarla al nuevo papel asumido por algunas autoridades autonómicas en materia laboral; también para realizar algunos ajustes a partir de la experiencia adquirida con la aplicación de la Orden de 1982, y por haberse modificado la normativa aplicable a los trabajadores incluidos en procedimientos de reconversión industrial. Y ésta fue sustituida, a su vez, por la Orden de 5 de octubre de 1994, la que se regula la concesión de ayudas, Previas a la Jubilación Ordinaria en el Sistema de la Seguridad social, a Trabajadores Afectados por Procesos de Reestructuración de Empresas²².

El cambio de denominación, “ayudas a la jubilación anticipada” a “ayudas previas a la jubilación” se explica por la necesidad de aclarar que no se trataba de prestaciones de Seguridad Social, confusión ésta a la que el nombre anterior solía llevar. Y como novedad significativa extiende su ámbito de aplicación también a despidos objetivos que no se hubieran producido en el marco de expedientes de regulación de empleo. Se decía, así, que *“las subvenciones reguladas por la presente Orden tienen por objeto facilitar una cobertura económica a los trabajadores afectados por los procesos de extinción de relaciones de trabajo, por causas*

²² Un análisis de algunas de estas medidas en J. I. GARCÍA NINET, “Sobre el complemento a cargo de la empresa en la pensión de jubilación anticipada en empresas públicas sometidas a reconversión industrial”, *Tribuna social*, n° 13, 1992, p. 29.

económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que cumplan los requisitos y condiciones exigidos por la presente Orden, hasta tanto se alcance la situación de jubilación, en su modalidad contributiva en el Sistema de la Seguridad Social". Subvenciones, no ayudas, que debían someterse a la legislación común en materia de éstas. Algo que algunas administraciones no tuvieron tan claro, con las consecuencias conocidas. Por ese período se aprueba también la Orden de 5 de abril de 1995, por la que se regulan las ayudas a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración de empresas, manteniéndose así la distinción entre ambos tipos de ayudas. Ambas normas permanecieron vigentes durante casi dos décadas.

No estamos hablando de historia, en realidad, ya que estos sistemas de ayudas siguen existiendo entre nosotros. El conocido como "escándalo de los EREs" en Andalucía llevó a esta Comunidad Autónoma a aprobar una regulación de estas ayudas que superara las serias dudas que los jueces habían hecho surgir sobre su legalidad. Y a que el Estado remozara las suyas, aprobando el Real Decreto 908/2013, de 22 de noviembre, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas, y después el Real Decreto 3/2014, de 10 de enero por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas, que sustituyeron, con una gran discreción todo hay que decirlo, a las normas de la década de 1990²³.

Ni siquiera se pudo encontrar en la negociación colectiva alguna protección para las personas de edad²⁴. En éstos era frecuente que se reconociera un derecho a la prejubilación, y que esto se acompañara de incentivos económicos (como primas de jubilación y complementos por pensiones en caso de anticipación de ésta). Y que se recogiera, como compromiso contractual expreso, que se priorizara la jubilación antes de acudir a los despidos de otros trabajadores. Los mismos convenios que de manera sistemática imponían la jubilación forzosa al llegar a la edad de jubilación, por cierto.

²³ Sobre estas normas pueden verse los trabajos de F. J. FERNÁNDEZ ORRICO, "Nuevas ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por despidos colectivos", *Revista de Información Laboral*, nº 3, 3/2014; y de A. R. TRILLO GARCÍA, "Ayudas concedidas en favor de trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas: ayudas previas a la jubilación y otras ayudas extraordinarias", en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y MERCADER UGUINA (dir.), *Las reformas laborales y de Seguridad Social de la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Lex Nova, Valladolid, 2014.

²⁴ Un estudio en profundidad de la posición de los sindicatos durante este período en J. M. MARÍN ARCE, *Los sindicatos y la reconversión industrial durante la transición, 1976-1982*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 1997, *passim*.

En las décadas posteriores los procesos de reestructuración continuaron, pero cambiaron su naturaleza. La ola de privatizaciones de las grandes empresas públicas que se produce en los años noventa del siglo pasado generó masivas destrucciones de empleo cuando los gestores privados adaptaron la estructura de éstas a su nueva naturaleza. Destrucción que no se justificaba ya por el cierre de la empresa, o por la necesidad de ajustarla para mantener su competitividad, sino por la voluntad de reducir costes laborales e incrementar así los beneficios para la nueva propiedad, en manos particulares. Estas empresas neoprivadas disponían de grandes recursos económicos, y los invirtieron en decrecer sus organizaciones, dando lugar a una nueva sangría de empleos. Y también en rejuvenecer sus plantillas, lo que se consideraba entonces como algo lógico y no necesariamente negativo o discriminatorio.

Los procesos no eran tan urgentes y dramáticos; se acordaban con una representación de los trabajadores bastante proclive a firmarlos, si las condiciones eran dignas. Los ERES pasaron a ser procesos abiertos, que duraban varios años y durante los cuales los trabajadores “se apuntaban” cuando llegaban a una determinada edad; este acceso se presentaba como un verdadero derecho, ya que las prejubilaciones a las que daban lugar eran excelentes. El instrumento por excelencia era la “baja incentivada”, que se acompañaba de premios económicos en un momento en el que las autoridades fiscales y de Seguridad Social no eran especialmente celosas en controlar la verdadera naturaleza de las extinciones de los contratos de trabajo. La baja daba lugar a un período de percepción del desempleo, mejorado generalmente por la empresa; y de un acceso anticipado a la jubilación, muchas veces con apoyo económico de ésta.

A pesar de estos cambios, los nuevos ERES de la edad de la privatización mantenían dos de las notas que habían caracterizado a los anteriores, a los de la reconversión industrial: concentración de su impacto en los trabajadores de edad, algo que como hemos visto no era ni casual ni vergonzoso, sino pretendido y declarado; y la generación de importantes costes para el sector público, puesto que estas extinciones obligaban al trabajador a recibir el desempleo hasta la extinción de todos los derechos en este campo; y luego a recibir pensiones de jubilación durante un período prolongado. Costes que no se veían incrementados con ayudas públicas directas, como en la reconversión industrial, pero que aun así eran elevados.

Esto no quiere decir, por supuesto, que no siguiera habiendo ERES de empresas en crisis, similares a los de la reconversión. Ésta siguió, de hecho, durante esta década en sectores como la construcción naval y la minería. Se mantuvieron también los esquemas públicos de ayuda al cierre de empresas y a la protección social de sus empleados, algunos específicos para ciertos sectores, otros generales. De hecho, las ayudas a la prejubilación de trabajadores continuaron vigentes, y se siguieron aprobando regulaciones para hacerlas viables.

Durante esta década, y más intensamente en la siguiente, va a producirse otro tipo de ERES, con unas características peculiares que fueron valoradas de una manera muy diferente por los interlocutores sociales, las autoridades y la opinión pública: los despidos producidos en el marco de cierres de empresas por deslocalización. La globalización, en el modelo descontrolado que acabó imponiéndose en el cambio de siglo, hizo inviables a muchas empresas por no resultar competitivas en el nuevo escenario; pero en muchas ocasiones los cierres de fábricas se produjeron por decisiones empresariales de compañías multinacionales que preferían concentrar su producción en unas pocas plantas en países de bajos costes laborales. Las estrategias de separación del diseño, la gestión y la producción, enviando esta última, la que más puestos de trabajo genera, a países “baratos”, nos afectó especialmente. La industria española, competitiva durante algunos años también en este factor, lo perdió abruptamente con la liberalización del comercio mundial y la ampliación de la Unión Europea. Los efectos fueron desastrosos, y en lo que aquí importa fueron muchas las filiales españolas que cerraron sus fábricas en España. No era una cuestión de crisis o de insostenibilidad, sino de maximización de beneficios, a lo que se subordinaban unas decisiones con un impacto social muy duro.

Ante este tipo de procesos, ante los ERES de empresas privatizadas y de multinacionales que deslocalizaban, la actitud de los poderes públicos no podía ser igual a la que había venido siendo tradicional en España. La sensación de que se estaba produciendo una socialización de costes, de que el dinero público se estaba utilizando indebidamente para ayudar a que empresas solventes y poderosas hicieran unos ajustes difícilmente justificables, era generalizada.

El Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales Pimentel fue uno de los primeros en plantear públicamente la necesidad de afrontar este tipo de situaciones, abriendo un debate mediante el encargo al Consejo Económico y Social estatal de un informe sobre “Vida laboral y prejubilaciones”, que llegó a unas conclusiones muy llamativas sobre este asunto²⁵. Aparece ya en este momento un personaje que nos va a acompañar durante este estudio: la compañía Telefónica, antes nacional, privatizada durante los noventa, que se convirtió en el icono de estas prácticas, en el símbolo de la empresa con beneficios que destruía empleo con fondos públicos.

Los grandes debates de sobre la sostenibilidad del sistema público de pensiones, que comenzaron en la década de los noventa del siglo pasado y continuaron durante las primeras décadas del siguiente, tuvieron como efecto que cambiar la tendencia en cuanto a las carreras profesionales y de seguro de los trabajadores españoles pasara a ser una prioridad, exigiéndose medidas que retrasaran la jubilación y alargaran la vida activa con la finalidad de reequilibrar la duración

²⁵ Consejo Económico y Social del Reino de España, *Vida laboral y prejubilaciones*, Informe 2/2000, accesible en <http://www.ces.es/informes/2000/inf0200.pdf>.

de los períodos activos y pasivos de los ciudadanos. La expulsión prematura del mercado de trabajo pasó a percibirse como un problema, por reducir el tiempo de cotización y alargar el de percepción de prestaciones. Algo que nuestro sistema público no podía ya permitirse, por diversas razones relacionadas con la dinámica de nuestro mercado de trabajo y la demografía de la sociedad española. Despedir mayores ya no era un mal menor, era algo insostenible, que no podíamos permitirnos.

Fueron muchas las medidas adoptadas durante estas décadas para revertir esta tendencia. Por citar algunos ejemplos, podemos citar las reformas sucesivas en la jubilación parcial, dirigida cada vez más a retrasar la salida del mercado de trabajo; o los cambios en la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, que había servido de base para la jubilación obligatoria de los trabajadores en el sector privado. Su éxito fue reducido, y no se produjeron avances significativos en el objetivo general de evitar la expulsión prematura del mercado de trabajo y la discriminación de los trabajadores de edad.

No quisiera terminar esta reflexión sobre la evolución del modelo tradicional de ERE en España sin hacer referencia a un dato metajurídico, más reciente, que sin duda está llamado a tener efectos en el futuro del modelo de regulación de empleo imperante en nuestro país: el llamado, precisamente, “escándalo de los EREs” en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el que, con independencia de la valoración que cada uno pueda hacer de lo acaecido, se pone de manifiesto cómo el excesivo protagonismo de los poderes públicos en las empresas en dificultades lleva a un uso indebido de los fondos públicos, a una oportunidad para fraudes y delitos, y a una discriminación entre los mismos trabajadores. La falta de un marco jurídico adecuado, pero también de un modelo claro de intervención, está en la base de este asunto, que se ha llevado por delante no sólo la credibilidad de toda una Administración, sino que también ha puesto de manifiesto la insostenibilidad de los modelos tradicionales.

3. LA “CLÁUSULA” TELEFÓNICA: APARICIÓN Y DESARROLLO

El modelo tradicional de reestructuración utilizado en España, y que hemos visto, tenía dos efectos indeseados, que con el tiempo fueron considerados inaceptables: por un lado, el impacto desproporcionado de la destrucción de empleo sobre el colectivo de trabajadores de mayor edad; por otro, el coste económico de los despidos para el sector público, principalmente en prestaciones por desempleo y en pensiones de jubilación. Pero a esto se le podía incluir un tercero, que fue progresivamente valorado de una manera cada vez más negativa: el traslado de costes del sector privado al público, de tal manera que una parte importante de lo

que costaba un proceso de reestructuración empresarial era asumido, por éstas y otras vías, por entidades públicas. Grandes empresas, en una situación económica no necesariamente negativa, reducían plantillas mediante ERES, una parte importante de cuyo coste global corría a cargo del Estado. El caso de Telefónica era el más llamativo; pero no era el único.

Los sucesivos Gobiernos venían ya intentando, sin mucho éxito, evitar este traspaso de costes. No resultaba fácil encontrar un mecanismo adecuado para hacerlo. Dificultar a las empresas utilizar el despido colectivo no era una opción, especialmente cuando la política del Derecho del Trabajo del siglo XXI apuntaba precisamente en la dirección contraria. Tampoco lo era desproteger a los trabajadores, particularmente a los de más edad, teniendo en cuenta las dificultades para su reincorporación al mercado de trabajo en un contexto de desempleo crónico y elevado, antes y durante la crisis. Así que se recurrió a un mecanismo original (aunque su uso se venía proponiendo desde hacía tiempo), que consistía en mantener en gran medida el estatus quo en cuanto a la regulación de los despidos colectivos, pero añadiéndole un mecanismo a posteriori que compensara los gastos generados a las entidades públicas por la decisión empresarial de despedir colectivamente. La Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social fue diseñada para evitar este traspaso de costes, imponiendo a las empresas con beneficios que regulen empleo a “devolver” al Estado el coste que éste asume como consecuencia del cobro de las prestaciones por desempleo de los trabajadores despedidos²⁶.

Esta medida se introduce en el marco de una ley que intenta dar respuesta a los problemas más graves de nuestro sistema público de Seguridad Social. Problemas que tienen que ver, entre otros factores, con la expulsión prematura de los trabajadores: se decía en su Exposición de Motivos lo que sigue. *“el sistema de Seguridad Social español ha asistido últimamente a una progresiva disminución del periodo de actividad laboral (...) la tasa de participación de las personas mayores de 50 años sigue siendo insuficiente, por lo que en el Acuerdo social y económico se ha previsto la adopción de una Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad, con el objetivo de favorecer su mantenimiento en el mercado de trabajo y promover la reincorporación de quien pierde su empleo en los últimos años de su vida laboral”*²⁷.

²⁶ Sobre la introducción de esta cláusula, A. DE LA PUEBLA PINILLA, “La lenta inclusión de los becarios en el sistema de la seguridad social y otras novedades de la Ley 27/2011 (el convenio especial, la enmienda “telefónica” y la prestación de servicios domésticos a través de empresas)”, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN & MERCADER UGUINA (dir.), *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

²⁷ En esta Exposición de Motivos no se recoge explicación alguna sobre esta particular Disposición, a pesar de que se explican la mayoría del resto.

Volvemos a encontrar aquí a una vieja conocida, puesto que a ésta se le conoció desde un primer momento como la “cláusula Telefónica” por ser un ERE de esta empresa, tan visible y con tan buenos resultados económicos, la que llevó al Gobierno a impulsar esta medida; todo ello en un contexto electoral, en los últimos meses del Gobierno Zapatero y antes de las elecciones que llevaron al poder al Partido Popular. Esta disposición se aplicaba a los “*expedientes de regulación de empleo que afecten a trabajadores mayores de 50 años en empresas con beneficios*”, y suponía la obligación para estas empresas de efectuar una aportación económica al Tesoro Público, para cuyo cálculo se tomaban en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el expediente de regulación de empleo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal.

El Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, firmado el 2 de febrero de 2011, de cuya implementación se ocupa este Real Decreto-Ley ya trataba del problema del empleo de los mayores, pero no desde el punto de vista de su protección en los procesos de reestructuración empresarial, sino desde la perspectiva tradicional de las políticas de empleo, para asegurarles ocupación tras la pérdida del trabajo²⁸. De lo que se trataba era de alargar su presencia en el mercado de trabajo: “*el desarrollo de políticas de la prolongación de la vida laboral aconseja la adopción de nuevas medidas también en el ámbito del empleo que proporcionen oportunidades de empleo durante toda la vida activa y, por tanto, que contribuyan a aumentar la edad en la que los trabajadores abandonan el mercado de trabajo y acceden a la jubilación*”. Todo lo más encontramos una referencia a que resultaba necesario “*adoptar una visión más integral de las políticas públicas a desarrollar que, junto a los incentivos*

²⁸ “Para mejorar la situación del empleo de los trabajadores de más edad, resulta necesario adoptar una visión más integral de las políticas públicas a desarrollar que, junto a los incentivos económicos hasta ahora utilizados, integre los valores positivos que presenta el mantenimiento de estos trabajadores en la empresa. Por otra parte, el desarrollo de políticas de la prolongación de la vida laboral aconseja la adopción de nuevas medidas también en el ámbito del empleo que proporcionen oportunidades de empleo durante toda la vida activa y, por tanto, que contribuyan a aumentar la edad en la que los trabajadores abandonan el mercado de trabajo y acceden a la jubilación, lo cual debe redundar tanto en un mejor funcionamiento del mercado de trabajo que aproveche la experiencia y cualificación de los trabajadores de mayor edad, como en la mayor sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social. Teniendo presente lo anterior, las partes firmantes acuerdan que el Gobierno, previa consulta y negociación con las organizaciones empresariales y sindicales firmantes, elabore, con anterioridad al 30 de septiembre de 2011, una Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad, que incluya medidas en materia de empleo, formación y condiciones de trabajo, con los objetivos de favorecer su mantenimiento en el mercado de trabajo y promover la reincorporación al mismo de aquellos que pierden su empleo en los últimos años de su vida laboral.”

económicos hasta ahora utilizados, integre los valores positivos que presenta el mantenimiento de estos trabajadores en la empresa”. El enfoque era todavía otro.

Esta cláusula, así, fue idea del Gobierno, no de los interlocutores sociales. Seguramente éstos no hubieran podido llegar a acuerdo alguno respecto de una iniciativa de este tipo, que encontraba una fuerte oposición de los empleadores y de sus organizaciones. Supuso un cambio de planteamiento respecto de la relación entre los poderes públicos y las empresas que redujeran plantilla, con un doble objetivo: fomentar el uso de medidas alternativas a los despidos, en línea con lo que era la política laboral del Gobierno de la época; pero también desviar el punto de mira de las empresas a la hora de despedir, concentrado hasta entonces inmisericordemente en los trabajadores que superaban los cincuenta años. El cambio de filosofía era evidente: de promover su inclusión en los EREs, haciéndose cargo de parte del coste de su prejubilación; a intentar evitarlo, elevando el coste de su despido. Y ello sin limitar la libertad empresarial de adoptar decisiones extintivas, y de negociarlas con los representantes de los trabajadores. Tampoco se incrementaba la indemnización por despido. Sólo se introducía un nuevo elemento en el diseño y en la negociación de los EREs, incrementando la cantidad a abonar en caso de que la decisión afectara a este tipo de empleados.

Esta obligación de reingreso surgía cuando se producían las siguientes circunstancias:

- a) Que los ERES fueran realizados por empresas de más de 500 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores.
- b) Que afectaran, al menos, a 100 trabajadores en un período de referencia de tres años, con independencia del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados.
- c) Que, aún concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen y la razonabilidad de la decisión extintiva, las empresas o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo. A estos efectos, se considera que una empresa ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal como se define en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, sea positivo.
- d) Que los trabajadores de 50 o más años de edad afectados no hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo.

La conexión entre el deber de pago y el coste producido por el despido para el sector público era evidente y expresa: para el cálculo de esta aportación económi-

ca se consideraba el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el ERE, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal.

La Disposición Adicional Decimosexta preveía un desarrollo reglamentario; éste fijaría el importe de la aportación, que se determinaría según una escala en función del número de trabajadores de la empresa, del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido colectivo y de los beneficios de la empresa; así como el procedimiento, la forma y el momento en que debía hacerse efectiva la aportación. También se remitía a esta futura norma reglamentaria el destino de los créditos obtenidos con este procedimiento, que podrían utilizarse total o parcialmente a la financiación de políticas activas de empleo de los trabajadores de más edad.

Un aspecto especialmente controvertido de esta medida fue el de su régimen transitorio: según el apartado 4º de esta Disposición, lo previsto en ella sería de aplicación a los expedientes de regulación de empleo iniciados a partir del 27 de abril de 2011. Esta fecha, aparentemente arbitraria, sin conexión alguna con la de la aprobación de la norma en que se incluía, tenía sin embargo su explicación: era de la de entrada en vigor del último ERE (hasta la fecha) de la empresa Telefónica, el que justificó la adopción de la medida. De ahí que la denominación de “cláusula Telefónica”, que comenzó a utilizarse desde que se aprobó, estuviera bastante justificada.

La reforma laboral del Partido Popular, como era previsible, supuso una modificación del mecanismo de reingreso. El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, modificó la redacción de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, fundamentalmente para establecer por ley los elementos esenciales para determinar la cuantía de la aportación, tanto la escala para fijar el tipo como los conceptos sobre los que el mismo se aplica. Asimismo, se redefinió algunos de los requisitos para que las empresas estuvieran obligadas a realizar la aportación. Ante la falta de desarrollo reglamentario se amplió el contenido de la disposición para regular otros aspectos de la aportación, como la posible adopción de medidas cautelares para asegurar el pago de la aportación o el destino de, al menos, un 50% de las cantidades recaudadas a los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal para financiar acciones de reinserción laboral para el colectivo de trabajadores de 50 o más años. La redacción de esta Disposición Adicional se vio afectada también por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que modificó los supuestos de exigencia de este pago, y modificó también la forma de cálculo de la aportación para incluir las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores de cincuenta o más años afectados por medidas de regulación temporales de empleo cuyos contratos de trabajo fueran extinguidos en el año siguiente.

Posteriormente se realizó el anunciado desarrollo reglamentario de este mecanismo, que llegó con mucho retraso, con el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

Esta nueva regulación no duró mucho, y pronto se produjo una modificación sustancial del sistema mediante nueva redacción de esta Disposición adicional, que se introdujo en dos fases: primero se dio modificó el texto de su primer apartado por el artículo 5 del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores; y después se introdujo una redacción completa de este precepto por el artículo 10 del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo²⁹.

La cláusula Telefónica fue objeto de numerosas críticas desde diversos sectores, y por razones muy distintas. Por un lado, la aplicación práctica de este mecanismo resultó altamente insatisfactoria, al menos durante los primeros años, por el retraso en el desarrollo reglamentario, la complejidad de los cálculos necesarios para poder aplicarla y la falta de criterios claros en la propia administración laboral. Todo ello, unido a las particularidades de los procesos de reestructuración de la época, llevó a que durante los dos primeros años su capacidad recaudatoria fuera prácticamente inexistente. Fue atacado así por todos los sectores sindicales y cercanos a éstos por su escasa eficacia y la falta de compromiso de las autoridades laborales para aplicarla³⁰.

Los sectores empresariales, por su parte, atacaron directamente esta medida. Primero por su oportunidad, porque consideraron que encarecía considerablemente los procesos de ajuste de plantilla, que en muchos casos seguían afectando a los trabajadores de más edad. Segundo, por su incoherencia con un “nuevo” Derecho del Trabajo, el de la reforma de 2012, entre cuyos objetivos se encontraba precisamente el de facilitar estos ajustes.

Por otro lado, se le criticó el que fuera una legislación “*ad personam*”, realizada para afrontar una situación concreta y para ser aplicada directamente a una empresa individual. Esto no podía negarse: la medida fue una reacción inmediata al aviso de Telefónica S.A., gran empresa con numerosos beneficios, de proceder

²⁹ Para un estudio en detalle de la evolución normativa relativa a esta obligación de aportación véase S. DEL REY GUANTER, “Despido y protección de los trabajadores de mayor edad: sobre la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, sus sucesivas modificaciones y la necesidad de su redefinición”, *IUSLabor*, nº 3, 2014.

³⁰ Hay que recordar que fue una medida adoptada por el Gobierno Zapatero, en una clave claramente electoral; pero que le correspondió aplicarla al Gobierno Rajoy.

a una importante reducción de plantilla utilizando para ello el instrumento del ERE; y la fecha fijada por el legislador para el inicio de sus efectos, el 27 de abril, indicaba claramente se trata de una medida diseñada a la medida de un ERE concreto. Se trataba por ello de una medida “anti-Telefónica”, lo que la deslegitimaba como norma jurídica al carecer de la voluntad de generalidad que se predica de la ley. Más aún, al haber sido articulada teniendo en mente una situación concreta, no se tuvieron en cuenta los posibles efectos para otras empresas que pudieran incurrir en su ámbito de aplicación.

Se le acusaba también de suponer la aplicación retroactiva del mandato de esta Disposición Adicional que, aun no siendo estrictamente una disposición sancionadora, sí produce una restricción de los derechos de las empresas afectadas, lo que contradiría al artículo 9.3 de la Constitución, que como es sabido garantiza “*la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”.

También se le atacó desde el punto de vista de su pretendida naturaleza jurídica tributaria. Desde estas posiciones se afirma que aunque la Ley 27/2011 utilizar un lenguaje calculadamente impreciso, hablándose de una obligación de “efectuar una aportación económica al Tesoro Público”, eran muchos los datos que apuntan hacia esta calificación. El punto de partida era que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone en su artículo 2 que “*los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.*” Pues bien, en este caso teníamos una obligación de pago, de naturaleza pecuniaria, que se enlazaba con la celebración de un determinado hecho, y cuya recaudación se ingresaba en el Tesoro Público. Hecho imponible sería, en la terminología de la Disposición Adicional, la realización de un ERE. Sujeto obligado sería la empresa que lo ha llevado a cabo. Y el destino de las cantidades recaudadas será el de sostener los gastos públicos, puesto que a esto se dedica el Tesoro Público. Un punto que apoyaba esta calificación era el hecho de el apartado tercero de la Disposición Adicional Decimosexta afirmaba que “*las aportaciones a que se refiere esta disposición podrán, en su caso, destinarse total o parcialmente a generar créditos para la financiación de políticas activas de empleo de los trabajadores de más edad, en los términos que se determine reglamentariamente*”. Contrario sensu, se interpretaba que salvo que otra cosa se dispusiera las cantidades recaudadas por este concepto se destinarían a sufragar los gastos generales del Estado, integrándose en sus ingresos públicos.

La naturaleza tributaria de esta obligación de pago generaría una serie de consecuencias en cadena. Para empezar, tenemos una reserva de Ley para el establecimiento de tributos, que el artículo 31 de la Constitución establece cuando

dispone que “*sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley*”. Y que el artículo 4.1 de la Ley General Tributaria concreta afirmando que “*la potestad originaria para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante Ley*.” Pero la reserva de Ley reconocida por la Constitución no se limita al establecimiento del tributo; de ser así, la creación del nuevo impuesto anti-Telefónica sería válida, al tener este rango la Disposición que lo estableció. Por el contrario, el artículo 8 de esta misma ley, dedicado de forma monográfica a esta “reserva de Ley tributaria”, establece que “*se regularán en todo caso por Ley: la delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, así como el establecimiento de presunciones que no admitan prueba en contrario*”. Pues bien, respecto de todas estas cuestiones la Disposición Adicional Decimosexta hacía una remisión en masa a una norma reglamentaria de desarrollo, vulnerando directamente lo mandado por la legislación tributaria en este punto.

También tiene su importancia esta calificación desde el punto de vista de su retroactividad. Aunque no puede predicarse de manera automática la imposibilidad de cualquier clase de retroactividad para una norma por su carácter tributario, sí debemos tener en cuenta que la Ley General Tributaria establece severos límites a esta ampliación del ámbito de aplicación de las normas de esta naturaleza. En general, no tendrán carácter retroactivo las normas que establezcan tributos instantáneos ni periódicos, teniendo la contribución pecuniaria impuesta por la Disposición Adicional Decimosexta el primer carácter. En concreto, el artículo 10.2 de la Ley 58/2003 dispone que “*salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo y se aplicarán a los tributos sin período impositivo devengados a partir de su entrada en vigor y a los demás tributos cuyo período impositivo se inicie desde ese momento*”.

Había una opinión generalizada de que, aun siendo una medida dirigida a atajar un problema relevante, se había introducido con una clara finalidad electoralista, sin un diseño adecuado ni un desarrollo posterior coherente, lo que había reducido considerablemente su eficacia como medida disuasoria del despido de trabajadores de mayor edad.

4. LA CLÁUSULA TELEFÓNICA: REGULACIÓN ACTUAL

Tras todos estos cambios la regulación actual del mecanismo de retorno al Tesoro de estos gastos la encontramos en el apartado 11º del artículo 51 ET; en el

RD 1484/2012, que regula esta aportación³¹; y en el RD 1483/2012, que aprueba el Reglamento de los despidos colectivos.

El artículo 51.9 ET ha dejado de contener una regulación detallada de este deber de pago, como hizo en algunos momentos de su vigencia, una vez se dispone de un desarrollo reglamentario, y hoy contiene una mera indicación de la existencia de esta obligación:

“9. Cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social.”

La Exposición de Motivos del RD 1484/2012 nos ofrece una completa justificación de esta medida: *“las razones del establecimiento de esta aportación se encuentran en la necesidad de atemperar los impactos sociales y económicos de los procesos de reajuste empresarial que provocan, de un lado, la expulsión prematura del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad, afectados estructuralmente en nuestro mercado de trabajo por una tasa de actividad por debajo de los países europeos de nuestro entorno y que tienen problemas para poder volver a incorporarse al empleo; y, por otro, un importante coste para nuestro sistema de protección por desempleo, difícil de asumir socialmente, cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos en práctica, aun habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica como la actual”*.

El ámbito de aplicación del mandato se detalla en el artículo 2º del RD 1484, e incluirá a los despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años de edad, considerándose tales los afectados por el despido colectivo que tuvieran cumplida dicha edad a la fecha de extinción del contrato, dentro del periodo previsto para la realización de los despidos que figure en la comunicación de la decisión empresarial a la autoridad laboral tras la finalización del periodo de consultas contenida en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores. Junto a este colectivo de personas incluidas en el despido colectivo, el apartado 2.b del artículo 2 añade otro colectivo, el de los trabajadores que tuvieran cumplida dicha edad a la fecha de la extinción de sus contratos por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona

³¹ Sobre el régimen contenido por esta disposición, en detalle C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “La nueva regulación del convenio especial y la Cláusula Telefónica”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 9/2013. Véase también el estudio monográfico de J. CABEZA PEREIRO, “La aportación económica al Tesoro público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficios”, *Justicia laboral*, n.º. 50, 2012, p. 15.

del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, cuando dichas extinciones de contratos se produjeran en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo. Se trata, por lo tanto, de personas no incluidas formalmente en el despido colectivo, pero cuyos contratos se han visto igualmente extinguidos durante un período de referencia en torno a la de inicio de éste. El objetivo es evitar la evasión en el pago de esta obligación, sacando a trabajadores de edad del despido pero expulsándolos igualmente de la empresa por otras vías

El plazo es verdaderamente amplio, tres años, lo que demuestra el rigor con que el RD trata esta cuestión. Por compararlo con otra magnitud equiparable, el artículo 51.1 ET contiene una regla destinada a evitar elusiones fraudulentas de los umbrales fijados por este precepto estatutario para considerar colectiva una extinción de contratos de trabajo, considerando nulos los despidos por causas objetivas en períodos sucesivos de noventa días. Este plazo, el de noventa días, es también el utilizado con carácter general para considerar colectivo a un despido, computándose todos los producidos por causas objetivas durante este período.

La única excepción que se prevé, la recogida en el apartado 1.c del artículo 49 ET, es la terminación de los contratos por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, considerando el legislador que en estos casos la causa es legítima por la naturaleza temporal del contrato.

Surgirá la obligación de pago cuando el despido, además de afectar a trabajadores de este colectivo, cuando se produzcan, de manera acumulada, las siguientes circunstancias:

- a) Que sean realizados por empresas de más de 100 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores.
- b) Que afecten a trabajadores de cincuenta o más años de edad.
- c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que los justifiquen, las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo³².

La cuantía de la aportación se calcula de acuerdo con un complejo mecanismo establecido en los artículos 3 y 4 del RD 1484/2012. Se valorará el importe bruto de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de cincuenta o

³² A estos efectos, se considera que una empresa ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal y como se define en los modelos de cuentas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, recogidos en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, sea positivo.

más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal de acuerdo con lo establecido en los siguientes apartados.

De manera coherente con lo dispuesto en el artículo 2º para determinar los trabajadores tomados en consideración a estos efectos también se incluirán los importes realizados por el SPEE por los referidos conceptos de los trabajadores mayores cuyos contratos se hayan extinguido en los tres años anteriores o posteriores al inicio del procedimiento de despido colectivo, en la forma indicada en aquél precepto.

Esta forma de determinar el importe de la cantidad a abonar pone de manifiesto la finalidad de la norma, la de compensar el coste de los despidos colectivos que se traslada al Estado en estos casos. La posible protección de los trabajadores de edad no es más que un efecto derivado de este objetivo principal, aunque no debe haber duda de que el elevado gasto que esto puede llegar a suponer tiene un efecto disuasorio claro.

Se prevé una excepción que resulta muy interesante para entender la verdadera naturaleza de esta medida: según el artículo 3.2, se excluirán del cálculo de la aportación económica, los importes de prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados que hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo. En estos casos, dado que estas personas han accedido a otro empleo, y por lo tanto han dejado de percibir la correspondiente prestación por desempleo, se considera innecesario que se realice la aportación correspondiente. Lo que pone de manifiesto que la finalidad de la norma es principalmente recaudatoria/compensatoria, buscando recuperar el gasto público generado por la actuación de la entidad empleadora.

La finalidad disuasoria, de impedir que se despidan a los trabajadores mayores, encareciendo sus extinciones contractuales, parece pasar a un segundo plano; las empresas pueden evitar pagar esta cantidad no sólo no despidiendo, sino prestando mayor atención en buscarles nueva ocupación. Desde otra perspectiva, esta previsión incentiva que los esfuerzos de la agencia de recolocación se concentren en este colectivo, el más difícil de colocar en la práctica.

En estos casos la empresa deberá solicitar esta devolución, y deberá acreditar todos los requisitos exigidos para la recolocación en la fase de alegaciones a la propuesta de liquidación aportada por el SPEE, según indica el apartado 2º del artículo 6 de este mismo RD.

El apartado 2º del artículo 3 detalla la forma en que se realizará el cálculo de la cuantía de la cantidad a devolver. Así, el importe de la aportación se determinará

anualmente mediante la aplicación de un tipo predeterminado a una cantidad resultante de la suma de tres conceptos:

- La cuantía total efectivamente abonada por el SPEE por prestaciones por desempleo de nivel contributivo de estos trabajadores, generadas total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió aquellos.
- La cuantía total efectivamente abonada por el SPEE por cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por estos mismos trabajadores, durante el periodo de percepción de las mismas.

Junto a estas cantidades, que se considerarán con carácter general para cualquier trabajador afectado por el despido que haya accedido a la protección económica por desempleo, se prevé la posibilidad de cargar una cantidad adicional para aquellos que hayan llegado a agotar la prestación y accedido al subsidio. Esta cantidad se presenta como un canon fijo a pagar por la empresa, y que corresponderá por cada trabajador que acceda al subsidio, bien porque haya agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y que comience a percibir el subsidio por agotamiento de la misma o el establecido en el artículo 215.1.3 LGSS; o bien porque no teniendo derecho al cobro de la prestación por desempleo contributiva, acceda directamente al subsidio por desempleo, como consecuencia de la situación legal de desempleo motivada por el despido colectivo o la extinción del contrato. Este canon se calculará mediante la titulización durante un periodo de seis años de la suma del coste anual del subsidio por desempleo más el de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año del agotamiento, con independencia de la duración efectiva de los mencionados subsidios, siendo suficiente que acceda a cualquiera de ellos.

Sobre la cantidad resultante de sumar estos conceptos se aplicará, como se ha dicho, un tipo. Tipo que se determinará aplicando las siguientes reglas, recogidas en el artículo 4º del RD 1484/2012:

- El porcentaje de trabajadores afectados de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores que han sido objeto de despido colectivo, se calculará año a año, dentro del periodo previsto para la realización de los despidos que figure en la comunicación de la decisión empresarial a la autoridad laboral tras la finalización del periodo de consultas, teniendo en cuenta el número total de ambos colectivos que ha sido objeto de despido colectivo, hasta el año en que se efectúa el cálculo.
- El cálculo del porcentaje obtenido en cada año no dará lugar a la revisión de la cuantía de las aportaciones económicas de los años anteriores, salvo error o falta de información en el momento de su cálculo.

- Los beneficios de la empresa o grupo de empresas se cuantificarán en función del porcentaje medio de los resultados de cada ejercicio respecto de los ingresos por operaciones continuadas e interrumpidas considerados para calcular dichos resultados, referidos a los dos ejercicios económicos inmediatamente anteriores a aquel en que el empresario comunique a la autoridad laboral la apertura del periodo de consultas que debe preceder el despido colectivo.
- El número de trabajadores de la empresa o del grupo de empresas del que forme parte se calculará según los que se encuentren en alta en la empresa o en el grupo de empresas en el momento de comunicar a la autoridad laboral la apertura del periodo de consultas que precede al despido colectivo, con independencia de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial.

En el capítulo III del RD 1484/2012 se establece el procedimiento para la liquidación y pago de las aportaciones, en el que el protagonismo lo asume el SPEE. Este dispondrá de varias fuentes de información para calcular la cuantía de la aportación a realizar por la empresa: la propia, la que le remita la autoridad laboral y la que pueda recabar con base en el control realizado directamente o a través de los mecanismos de cooperación y colaboración administrativa previstos legal y reglamentariamente.

Un papel importante se asigna a la certificación de la autoridad laboral, que deberá contener diversa información, relativa al número de trabajadores que se encuentren en alta en la empresa o empresas del mismo grupo³³, el número de trabajadores afectados por el despido colectivo; la relación de los contratos de trabajo que se hayan extinguido en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del periodo de consultas por iniciativa de la empresa o empresas pertenecientes al mismo grupo; y el porcentaje medio de beneficios de la empresa o del grupo de empresas del que forme parte respecto de los ingresos, en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en el que se inicie el procedimiento de despido colectivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.b). Esta certificación deberá ser emitida cuando la autoridad laboral reciba la comunicación de la decisión empresarial de despido colectivo por parte de una empresa en la que concurren las circunstancias que determinan la aplicación de este mecanismo.

El envío de esta certificación se suma a la obligación que pesa sobre la administración laboral de dar traslado del escrito de iniciación del procedimiento de despido colectivo, junto con copia de la documentación aportada por la empresa,

³³ A tal efecto se incluirá la relación de los códigos de cuenta de cotización de la empresa que realiza el despido colectivo y, en su caso, del resto de las empresas que conforman el grupo de empresas, con mención del número de trabajadores adscritos a cada uno de ellos al momento de la comunicación de inicio del periodo de consultas.

la administración de la Seguridad Social, según el artículo 6.3 del Reglamento de Despidos Colectivos

Una nueva obligación de comunicación surge a la finalización del procedimiento, según dispone el artículo 12 del Reglamento de Despidos Colectivos: en esta fase el empresario comunicará a la autoridad laboral competente su resultado (sin con acuerdo o no), y su decisión sobre el despido colectivo que realiza. Pues bien, si el despido afecta a trabajadores mayores se prevé que la autoridad laboral dé traslado de esta comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social, haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación.

Éste sería el canal ordinario. Existe otra alternativa, recogida en el apartado 3º de este mismo artículo 5. De acuerdo con éste, aun cuando no se haya emitido por la Autoridad Laboral la certificación, el SPEE podrá en todo caso iniciar el procedimiento de liquidación, si verifica por cualquier vía que concurre el supuesto de hecho que hace surgir el deber de ingreso,

El procedimiento de liquidación, del que se ocupa el artículo 6 del RD 1484/2012, se inicia con el envío por parte del SPEE a las empresas obligada al pago de una propuesta de liquidación, con un contenido mínimo fijado en el mismo RD (art. 7). Éstas podrán realizar alegaciones en el plazo de quince días, alegaciones que podrán ser acompañadas de las pruebas que consideren necesarias. Entre estas alegaciones podrán incluir la de haber conseguido recolocar a los trabajadores mayores de 55 años que hubieran sido despedidos.

Transcurrido este plazo el Director General del SPEE, y teniendo en cuenta si corresponde las alegaciones que pudieran haber sido presentadas, dictará una resolución de liquidación que ya incluirá el importe total de la deuda a ingresar en el Tesoro Público. Se prevé un plazo de 30 días para este pago, contado a partir de la fecha de recepción de la notificación anual. La recaudación de estas aportaciones corresponderá a las Delegaciones de Economía y Hacienda en periodo voluntario y a la Agencia Estatal de Administración Tributaria en período ejecutivo.

Esta resolución podrá ser recurrida en alzada por la empresa, ante el Ministro de Empleo y Seguridad Social. En este caso se señala en el apartado 7º del artículo 5 que la interposición de este recurso no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada salvo que se solicite por la empresa y ésta proceda a garantizar el importe de la liquidación practicada³⁴. En caso de suspensión, una vez resuelto el recurso de alzada, salvo que en la resolución se indique lo contrario, se iniciará

³⁴ Esto se hará mediante la constitución de aval bancario solidario presentado por alguno de los bancos, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizadas para operar en España, ex artículo 6.5.

el procedimiento de recaudación teniendo en cuenta el importe resultante en el citado recurso y se procederá a cancelar la garantía presentada³⁵.

Existe la posibilidad de que el SPEE revise la cuantía de las aportaciones liquidadas con anterioridad en los supuestos de error, falta de información o por indebida exclusión de algún concepto. Este organismo procederá a regularizar en la siguiente propuesta de liquidación anual o mediante una nueva propuesta la cuantía de las aportaciones de los años anteriores, revisándolas, al alza o a la baja, según proceda. El plazo máximo para revisar la cuantía de las aportaciones será de cuatro años desde la fecha de notificación de la resolución anual correspondiente. Todo esto según señala el artículo 11 del RD 1484/2012.

Se prevé igualmente en el artículo 12 del RD 1484/2012 la posibilidad de devolución de aportaciones indebidas, a lo que tendrán derecho las empresas respecto de los ingresos que se hubiesen realizado de forma indebida. Esto se hará previa resolución del SPEE, que podrá adoptarse de oficio o a instancia de parte. Dichos importes podrán ser objeto de compensación con las deudas de las empresas obligadas pendientes de pago por el mismo concepto, que se realizará en la siguiente propuesta de liquidación anual en los términos.

Algunas situaciones especiales son expresamente contempladas por el RD 1484/2012. Así, en caso de sucesión de empresas, el nuevo empresario quedará subrogado también en esta obligación de pagar la aportación económica al Tesoro Público (art. 9). Y si el despido colectivo del que trae causa la obligación de pago al Tesoro suponga el cese total de la actividad de la empresa en el territorio español, se podrán adoptar las medidas cautelares oportunas para asegurar el cobro de la deuda correspondiente a la aportación económica, aún cuando esta no haya sido objeto de cuantificación y liquidación con carácter previo (art. 8)³⁶.

5. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA “CLÁUSULA” TELEFÓNICA

Se ha producido un pronunciamiento muy relevante de un órgano que ha adquirido un inesperado protagonismo tras la reforma laboral, la Audiencia Nacional, cuya Sala de lo Social, emitió la sentencia de de 5 junio de 2015, n°100/2015,

³⁵ Lo que ocurrirá en el plazo de dos meses desde que se haya notificado la resolución del mismo.
³⁶ El artículo 8 del RD 1484/2012 dispone que para hacer posible la adopción de estas medidas cautelares el SPEE comunicará al órgano competente, en el plazo más breve posible, la estimación de la aportación económica a abonar por la empresa en función de todos los datos conocidos que puedan influir en la determinación de la aportación económica que la empresa obligada debe satisfacer.

en la que tuvo ocasión de pronunciarse expresamente sobre la validez de esta obligación legal³⁷.

Ya hemos tenido ocasión de analizar las principales críticas que surgieron con la introducción de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011. Pues bien, muchas de ellas se plantearon a lo largo de este procedimiento, y la Audiencia Nacional tuvo ocasión de analizarlas y de darles contestación.

En la demanda la empresa, entre otros asuntos, cuestiona la inclusión en el cómputo de los trabajadores despedidos a aquellos que lo fueron en los tres años anteriores al inicio del período de consultas del despido colectivo, considerando que esto supone un “*manifiesto atentado contra la seguridad jurídica y comporta la aplicación retroactiva de una norma restrictiva de derechos*”, que no estaba vigente al producirse los despidos. Un segundo reproche de la demanda es que finalmente que la aportación exigida resulta “manifiestamente desproporcionada”, pues superaba los beneficios anuales de la empresa.

Comenzando por el primero de éstos, la acusación de haberse aplicado la norma con efecto retroactivo, la Sala considera que la norma examinada prevé expresamente su aplicación a las extinciones de contratos producidas en los tres años anteriores o posteriores al inicio del período de consultas, por lo que es la misma norma la que permite este efecto. Se ajustaría por ello a lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil, que impide la aplicación retroactiva de las leyes, salvo que las mismas dispusieran lo contrario.

Si la ley dispone su aplicación retroactiva a las extinciones producidas con anterioridad al inicio del período de consultas del despido colectivo, así como las producidas en los tres años posteriores, su aplicación se ajusta a lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución. Se descarta por ello que las resoluciones recurridas vulneren la seguridad jurídica de la empresa demandante, así como el principio de irretroactividad de las normas, por cuanto en el momento de iniciarse el período de consultas ésta sabía que la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011 era aplicable a los despidos, conociendo, por consiguiente, que debía tener en cuenta las extinciones anteriores al inicio del período de consultas.

Concluye la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional afirmando lo siguiente “*así pues, como ejecutó el despido colectivo en el marco legal referido, cuando*

³⁷ Un primer estudio de esta sentencia en C. ARAGÓN GÓMEZ, “La aportación económica al Tesoro Público prevista en la DA 16ª Ley 27/2011, fruto de la conocida «Enmienda Telefónica», al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2015”, *Revista de Información Laboral*, nº 9, 2015. Véanse también las siempre lúcidas reflexiones de E. ROJO TORRECILLA, “¿Dónde empieza y dónde acaba la protección de los trabajadores de edad avanzada en los procedimientos de despidos colectivos? A propósito de recientes sentencias del TC, AN y TSJ de Andalucía (y III)”, *El Blog de Eduardo Rojo*, accesible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/06/donde-empieza-y-donde-acaba-la_70.html.

podría haber recurrido a otras opciones menos costosas, deberá soportar las consecuencias de su decisión”.

Respecto del segundo reproche de la demanda, el carácter “manifiestamente desproporcionado” de la obligación de pago, la Audiencia responde realizando una reflexión sobre la finalidad de cláusula telefónica. Ésta resulta especialmente interesante, y por ello se reproduce en parte: *“la finalidad de la norma examinada es la protección de los trabajadores mayores de cincuenta años, por cuanto el legislador comprende que, en un contexto económico recesivo, donde el desempleo se ha convertido en el primer problema nacional, son un colectivo especialmente vulnerable, puesto que la pérdida de su empleo comportará su inclusión en el grupo de parados de larga duración, que no encontrará probablemente otro empleo. Por consiguiente, la norma pretende blindar a este colectivo de su inclusión en los despidos colectivos, así como de otras extinciones contractuales producidas por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, salvo los supuestos del art. 49.1.C ET, proyectando dicho blindaje tres años atrás de inicio del procedimiento de despido colectivo y tres años después, entendiéndose por el legislador que ese es el mejor modo de asegurar el empleo a estos trabajadores”.*

Además de esta finalidad, la Audiencia encuentra otras razones para aceptar la legitimidad de esta obligación: *“dicho aseguramiento no es absoluto, porque se impone únicamente a las empresas, o grupos de empresa que emplean a un número relevante de trabajadores, en las que, aun cuando concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo”.* Además, *“la medida controvertida no impide a las empresas promover despidos colectivos, cuando concurren causas para ello, puesto que pueden excluir a los trabajadores mayores de cincuenta años, cuando consideren que su inclusión dispara los costes del despido”.*

Otros dos aspectos son considerados por la Audiencia Nacional para validar la imposición de la cláusula Telefónica: que la empresa, por un lado, puede promover medidas de flexibilidad interna, en lugar de acudir al despido objetivo; y que, por otro, la forma de cálculo de la aportación, ya que la norma *“pondera los beneficios de la empresa con arreglo al número de trabajadores mayores de cincuenta años afectados por la medida, así como el número de trabajadores de la empresa y la relación entre ingresos y beneficios, estableciendo una graduación ajustada a la circunstancia concreta de cada empresa”.*

Todo esto lleva a la Audiencia a descartar que la norma examinada sea injusta y desproporcionada, *“por cuanto persigue un objetivo socialmente loable, que procura evitar que el impacto de la crisis económica se proyecte sobre los trabajadores mayores, cuando la empresa o el grupo en el que se integra tiene beneficios*

en un período relevante y puede, como anticipamos más arriba, aplicar la medida extintiva a otros trabajadores, cuando concurren causas para ello, o promover medidas de flexibilidad interna para mejorar su competitividad y productividad”.

Finalmente, se dice que si la empresa aún así procede a despedir trabajadores mayores, “*a sabiendas de la voluntad de legislador, deberá asumir las consecuencias de despedir a los trabajadores mayores, evitando, de este modo, la socialización de los costes de su decisión*”. Con estas pocas palabras la Audiencia Nacional explica de manera brillante para qué sirve y porque se introdujo la cláusula Telefónica en nuestro Derecho del Trabajo: para evitar la socialización de los costes de los despidos. Ojalá se hubiera hecho antes³⁸.

6. TRABAJADORES DE EDAD Y REGULACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO

Coincidiendo prácticamente con la introducción de la cláusula Telefónica en nuestro Derecho se promulga el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos³⁹. Esta norma desarrolla las novedades introducidas en nuestro ordenamiento por las reformas laborales de 2010, que como es sabido afectaron especialmente a la regulación del despido en general, y del colectivo en particular. Este despido colectivo, instrumentalizado todavía a través de un Expediente de Regulación de Empleo⁴⁰, se mantiene como mecanismo fundamental de reestructuración para las empresas en un contexto de crisis.

³⁸ El último comentario de jurisprudencia sobre esta cláusula publicado a la fecha de cierre de este trabajo es el de I. GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, “Trabajadores de cincuenta o más años incluidos en un despido colectivo y aportación económica al Tesoro Público: finalidad de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 y contratos extinguidos en los tres años anteriores”, *Trabajo y Derecho*, n° 10, 2015, p. 145.

³⁹ Un completo estudio de esta regulación en C. MOLINA NAVARRETE, “El nuevo procedimiento de regulación de empleo: ¿una vuelta de tuerca más en la liberalización del despido?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, n° 341-342, 2011, pp. 53 ss. Del mismo autor, “Crisis, empresas en reestructuración y Derecho Social al empleo: entre la “razón mercantil” y la “razón laboral”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ (coord.), *Reestructuraciones de empresas. XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2012, p. 127. También el estudio de J. CRUZ VILLALÓN, “El nuevo reglamento de los procedimientos de regulación de empleo”, *Temas laborales*, n° 111, 2011, pp. 35-48.

⁴⁰ En detalle A. BLASCO PELLICER, *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. También J. L. MONEREO PÉREZ y J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *El despido colectivo en el Derecho Español*, Lex Nova, Valladolid, Pamplona, 1997.

En el párrafo quinto de la Disposición Final Tercera de la Ley 35/2010 se habilitó al Gobierno para proceder a actualizar la regulación reglamentaria de los ERES para actualizarla con las novedades que esta misma ley introducía. Pero esta habilitación se hacía ya con un sesgo particular: “*con anterioridad al 31 de diciembre de 2010, el Gobierno aprobará, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, un Real Decreto para la modificación del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, para su adaptación a lo dispuesto en esta Ley, con particular atención al contenido del plan de acompañamiento social de los expedientes de regulación de empleo como instrumento para favorecer la recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de su empleabilidad*”. Como se ve, no se trataba de una mera cuestión técnica de adaptación reglamentaria a unos cambios legales importantes; se pretendía también poner énfasis en un aspecto particular de los ERES, el llamado “plan de acompañamiento social”. Este aspecto de los procesos de despido es un aspecto central en el modelo reestructuración socialmente responsable, que luego veremos. Y es el espacio para tratar de los efectos de éstos sobre los trabajadores de edad.

Lo cierto es que, paradójicamente, el RD 801/2011 es todavía muy tímido respecto de éstos, sin realizar una verdadera opción por la defensa de su empleo en este tipo de situaciones, para romper con aquellas prácticas tan consolidadas en nuestro sistema de relaciones laborales. No se percibe la voluntad de recoger un tratamiento específico para éstos, que apenas aparecen mencionados. En la Exposición de Motivos del RD 801/2011 encontramos una pequeña referencia, vinculando el plan social con la protección de los trabajadores de edad “*como instrumento que debe contribuir a evitar la expulsión indeseada y prematura de los trabajadores del mercado de trabajo*”. Esto podría hacer esperar una especial sensibilidad al colectivo; nada de ello se ha producido, sin embargo, como veremos.

De acuerdo con la habilitación legal, el Real Decreto 801/2011 presta una atención particular a las medidas que se puedan adoptar para mitigar los efectos de los ERES en los trabajadores afectados, y al plan social como documento en el que se recogen los compromisos asumidos por la empresa respecto de sus empleados afectados por el proceso de reestructuración⁴¹. Este plan se presenta como el elemento central del proceso, y debe ser elaborado con participación de la plantilla: aunque debe ser presentado por el empresario a la iniciación del procedimiento de regulación de empleo, será en realidad el resultado de la negociación con la

⁴¹ Sigue siendo de gran utilidad el estudio de J. M. SERRANO GARCÍA, *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, Valladolid, 2002

representación de sus trabajadores, y así estará sujeto a cambios como resultado de las consultas efectuadas por aquél con éstos⁴².

El artículo 9 del Real Decreto define lo que es este “plan de acompañamiento social”: “*en las empresas de cincuenta o más trabajadores, el empresario deberá acompañar en todo caso a la documentación iniciadora del procedimiento de regulación de empleo un plan de acompañamiento social que contemple, con concreción y detalle, las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir sus efectos, las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, así como las medidas para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial*”⁴³.

En los siguientes apartados se enumeran posibles medidas a incluir en este plan, de los tres tipos que se citan en el primero: las adoptadas o previstas para a evitar o reducir los efectos de la regulación de empleo, las necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, y las que se adopten para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

La escasa atención que este Reglamento de despidos colectivos presta todavía a los trabajadores de edad se observa en la práctica ausencia de referencias expresas a su situación y necesidades específicas en la enumeración de las medidas que pueden incluirse en el plan social de acompañamiento. No se exige adoptar medidas directamente dirigidas a proteger sus puestos de trabajo, a pesar de que ésta era ya una prioridad de las políticas laborales y de empleo del momento. El plan que diseña esta norma reglamentaria está lejos de ser el “*instrumento que debe contribuir a evitar la expulsión indeseada y prematura de los trabajadores del mercado de trabajo*” que se pretendía.

Especialmente llamativa resulta esta falta de atención en el artículo 16, que se ocupa de los “derechos de permanencia en la empresa”, afirmando que “*conforme a lo establecido en el artículo 51.7 y 68.b) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el expediente de*

⁴² El apartado 5 del artículo 9 dispone que “*el plan de acompañamiento social presentado en la iniciación del procedimiento deberá contener medidas efectivas adecuadas a su finalidad conforme a lo previsto en los apartados anteriores. Ello sin perjuicio de que, a lo largo del período de consultas, se concrete y amplíe su contenido, que deberá ser presentado al finalizar dicho período*”. Además, en el artículo 11.4 se señala que en la comunicación que el empresario haga a la autoridad laboral sobre los resultados del periodo de consulta se incluirá “*el contenido definitivo del plan de acompañamiento social y, en su caso, de las medidas a aplicar*”.

⁴³ Un estudio de esta regulación en R. QUESADA SEGURA, “Planes sociales”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ (coord.), *Reestructuraciones de empresas. XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2012, p. 127.

regulación de empleo. La empresa deberá justificar en el procedimiento de regulación de empleo la afectación de los representantes legales de los trabajadores o de cualquier otro trabajador a los que una norma con rango legal o un convenio colectivo pueda otorgar este derecho". Son éstos los únicos empleados que reciben un tratamiento especial dentro del Reglamento, aquellos que ya lo tengan garantizado por una norma anterior, legal o convencional.

Algo más de un año después de la entrada en vigor del RD 801/2011 el Gobierno aprueba una nueva ordenación de los despidos colectivos, mediante el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada⁴⁴. Norma que se aprueba, y es importante recordarlo, el mismo día que el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. Podemos esperar una mayor implicación en la defensa del empleo de los trabajadores de edad, para ser coherente con cuanto el Gobierno del Partido Popular estaba haciendo en este campo.

Este Reglamento encuentra su origen en la Disposición Final decimonovena, apartado 2, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que encomendó al Gobierno la aprobación de un real decreto sobre el reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y de reducción de jornada que desarrollara lo establecido en la misma, haciéndose eco de los profundos cambios introducidos por esta norma en su re-

⁴⁴ Sobre este Reglamento, entre otros, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, "El nuevo Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada", *Relaciones Laborales*, 2012; A. A. MONTOYA MELGAR, "Continuidad y cambio en el nuevo reglamento de los despidos colectivos", *Revista española de derecho del trabajo*, n° 157, 2013, p. 11; V. SEMPERE NAVARRO, "La reglamentación del despido colectivo (notas al Reglamento aprobado por RD 1483/2012)", *Aranzadi Social Doctrinal*, n° 8, 2012, p. 15; C. SAN MARTIN MAZZUCCONI, *El nuevo reglamento de los despidos*, Civitas, Madrid, 2012; GARCÍA-PERROTE ESCARTIN y REYES HERREROS, "Guía de los procedimientos de despido colectivo, de suspensión de contratos y de reducción de jornada", Lex Nova, Madrid, 2012; M. ALAMÁN CALABUIG y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "La regulación de los despidos colectivos. Primeros comentarios al RD 1483/2012", *El Laboralista*, n°1, 2013; C. MOLINA NAVARRETE, "El nuevo procedimiento de regulación de empleo: ¿Una nueva vuelta de tuerca más en la liberalización del despido", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n° 341-342, 2011, pp. 53 ss.; M. A. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, "El nuevo procedimiento de despido colectivo tras el Reglamento de desarrollo. Algunas reflexiones", *Temas laborales*, n° 118, 2013, p. 95; J. R. MERCADER UGUINA y A. M. DE LA PUEBLA PINILLA, *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013; PRECIADO DOMÈNECH y PURCALLA BONILLA, "Comentarios de urgencia al RD 1483/2012, de 29 de octubre, regulador de los procedimientos de despido colectivo, suspensión contractual y reducción de jornada", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 33, 2013.

gulación. Se debía prestar una especial atención a los aspectos relativos al periodo de consultas, la información a facilitar a los representantes de los trabajadores en el mismo, las actuaciones de la autoridad laboral para velar por su efectividad, así como los planes de recolocación y las medidas de acompañamiento social asumidas por el empresario⁴⁵.

Como uno de sus objetivos la Exposición de Motivos del RD 1483/2012 indicaba el de *“regular el plan de recolocación externa de los procedimientos de despido colectivo como obligación legal e indeclinable del empresario, dotando al mismo de efectividad y asegurando su cumplimiento como medida indispensable para permitir transiciones rápidas y adecuadas entre empleos y para mantener a los trabajadores en el mercado de trabajo el mayor tiempo posible, evitando su indebida expulsión del mismo”*⁴⁶. Encontramos aquí una primera referencia, aunque no expresa a este colectivo. En la misma línea, debemos decir, de cuanto decía su antecesor, el RD 801/2011. En su articulado vamos a encontrar nuevas referencias, esta vez con algún contenido normativo.

En el nuevo modelo el centro del procedimiento de despido colectivo lo ocupa el período de consultas, que antecede la decisión empresarial de extinguir los contratos, unilateral o pactada⁴⁷. De acuerdo con el artículo 7 del Reglamento aprobado por el RD 1483/2012, *“el periodo de consultas tendrá por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La consulta deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”*.

Otra novedad del Reglamento vigente respecto del anterior es la sustitución del plan social de acompañamiento por unas “medidas sociales de acompañamiento”, que son en gran parte similares a las previstas en el RD 801/2011 para aquel plan que en éste se imponía a las empresas que recurrieran a un despido colectivo. Se distinguían, como entonces, las medidas para evitar o reducir los despidos colectivos y aquellas otras destinadas a atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados. En cuanto al listado de medidas, no hay grandes novedades respecto de cuanto se decía en el Reglamento anteriormente vigente; aunque, claro es, materialmente hubiera cambios importantes al tratarse de la nueva regu-

⁴⁵ Un estudio monográfico, a partir de su aplicación práctica en F. DURÁN LÓPEZ, “Exigencias formales y procedimentales para los despidos colectivos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º. 109, 2014 p. 135.

⁴⁶ El subrayado es del autor.

⁴⁷ J. L. MONEREO PÉREZ, “Los expedientes de regulación del empleo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 34, 2013.

lación de estas figuras, la de la reforma de 2012, en la que los poderes empresariales aparecen notablemente ampliados.

Una novedad de la reforma laboral de 2012 en materia de despidos colectivos es la introducción de una nueva obligación para las empresas que despidan de manera colectiva, la de ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación. De acuerdo con el apartado 10 del artículo 51 ET, “*la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de seis meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo (...)*”⁴⁸. Este plan se ofrece, como es lógico, a todos los trabajadores, sin que pueda considerarse en modo alguno como un mecanismo de defensa de su empleo. El desarrollo reglamentario de esta disposición legal, empero, sí recalca esta función: el artículo 9 del Reglamento, en efecto, establece en su apartado 2º que “*el plan deberá garantizar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, con especial extensión e intensidad a los de mayor edad*”⁴⁹, *una atención continuada por un periodo mínimo de seis meses, con vistas a la realización de las acciones a que se refieren los apartados siguientes*”⁵⁰. Esta referencia no parece dotada de una especial fuerza vinculante, en línea con lo habitual en una norma reglamentaria plagada de recomendaciones y ejemplos, más propios del *soft-law* que de una norma jurídica tradicional. Al menos supone una llamada de atención, la expresión de una preocupación del legislador por este grupo de trabajadores, a los que los procesos de ajuste seguían afectando de manera cruel. Es interesante recordar que, de acuerdo con la Exposición de Motivos de esta norma reglamentaria, el instrumento para proteger a los trabajadores de la expulsión prematura del mercado de trabajo es el plan de recolocación, que sustituye en esta tarea al plan social de acompa-

⁴⁸ Existen numerosos estudios sobre esta actividad, entre otros los de C. SÁEZ LARA, “Espacio y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas Laborales*, nº 107, 2010. p. 337; y C. GALA DURÁN, “Crisis, reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores: ¿Una oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social*, nº 56, 2011, p. 103.

⁴⁹ El subrayado es del autor.

⁵⁰ Un estudio completo de la situación actual de este compromiso en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “*El nuevo marco para la formación, contratación e inserción laboral*”, *Relaciones Laborales*, nº12, 2013. Véase también A. PÉREZ GARCÍA, “Reforma laboral y planes de recolocación externa”, *Anuario de relaciones laborales en España*, nº. 4, 2013, p. 129; E. GUERRERO VIZUETE, “El plan de recolocación externa de los trabajadores excedentes: un nuevo instrumento de lucha contra el desempleo”, en CABEZA PEREIRO y FERNÁNDEZ PROL (coord.), “*Políticas de empleo*”, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 85; y M. E. TERRADILLOS ORMAECHEA, “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, nº 64, 2013, p. 61.

ñamiento de la regulación anterior. Tampoco parece que su efectividad se haya incrementado mucho.

Probablemente donde más se note esta mayor atención del legislador a los trabajadores de edad sea en el artículo 13 del Reglamento, dedicado a la prioridad de permanencia en la empresa para ciertos trabajadores. Ya vimos antes lo que decía al respecto el artículo 16 del RD 801/2011. Su sucesor hoy vigente, tras recoger los derechos de los representantes de los trabajadores, dispone que “*dicha prioridad de permanencia favorecerá igualmente a los trabajadores pertenecientes a otros colectivos cuando así se hubiera pactado en convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad⁵¹ o personas con discapacidad*”. Las diferencias con respecto a su antecesor son relevantes: la referencia expresa a los “trabajadores mayores de una determinada edad” es ya de por sí significativa; más aún lo es el hecho de que se prevea que las prioridades de permanencia para las personas de mayor edad en la empresa puedan acordarse no sólo en convenio colectivo, sino también en el período de consultas del mismo procedimiento de despido, algo que no se preveía en el régimen anterior. Teniendo en cuenta la centralidad de esta fase de consultas en el nuevo modelo, esta previsión merece ser subrayada

6. EL CONVENIO ESPECIAL CON LA SEGURIDAD SOCIAL

El convenio especial es un instrumento tradicional en nuestro sistema de Seguridad Social, destinado a facilitar el acceso a la protección social de personas que por diversas circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico han salido de la protección del mismo o tienen dificultades para acceder a determinadas prestaciones⁵². Se articula, por lo general, mediante acuerdos celebrados entre los trabajadores y la Tesorería General de la Seguridad Social con el objetivo de generar, mantener o ampliar, en determinadas situaciones, el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. Los supuestos que se prevén en nuestra legislación son numerosos y variados; y de los que se han previsto es el convenio especial de

⁵¹ Subrayado, de nuevo, del autor

⁵² Existe una numerosa bibliografía sobre esta figura; MAGALLÓN ORTÍN y PÉREZ ALONSO, “*El convenio especial en el sistema de la Seguridad Social*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; C. GALA VALLEJO, “*El convenio especial y sus modalidades en la seguridad social*”, Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2005. Más recientemente I. BAJO GARCÍA, “Los convenios especiales en la reforma de la seguridad social 2011”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2012.

empresas y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo uno especialmente utilizado⁵³.

En los términos en los que está actualmente regulado, este convenio sólo podrá ser celebrado por personas que figuen incluidos en el despido colectivo, siempre que tengan más de 55 años de edad y no tengan la condición de mutualista a 1 de enero de 1967.

Esta modalidad presenta alguna particularidad⁵⁴, destacadamente su carácter obligatorio y que y el acuerdo se suscribe por la empresa y el trabajador de una parte, y la Tesorería General de la Seguridad Social de otra. Cuando lo normal es que las partes del convenio sean el trabajador y la Tesorería, sin participación de la empresa.

El régimen de cotización es también peculiar, en cuanto la obligación de cotizar es compartida: el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla los 65 años. En efecto, en este caso las cotizaciones serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 61 años de edad; y del trabajador a partir del cumplimiento por éste de esta edad. Cuando la cotización corre a cargo del empleador se prevén dos formas de ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social: en un pago único, que deberá hacerse dentro del mes siguiente al de la notificación por parte de ésta de la cantidad a ingresar; o bien, como alternativa, en pago fraccionado. En este caso la empresa deberá garantizar el importe pendiente mediante aval solidario o a través de la sustitución del empresario en el cumplimiento de la obligación por parte de una entidad financiera o aseguradora, con consentimiento de la Tesorería. Mientras es el trabajador el obligado al pago, las aportaciones se harán de manera periódica hasta el cumplimiento de la edad de 65 años o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada.

Para determinar la cuota se utiliza el promedio de las bases de cotización del trabajador en los últimos 6 meses de ocupación cotizada, aplicándole un tipo de cotización previsto en su normativa específica. De la cantidad resultante, se deducirá la cotización, a cargo del Instituto de Empleo, Servicio Público de Empleo Estatal, correspondiente al período en el que el trabajador pueda tener derecho

⁵³ Me remito de nuevo al excelente trabajo de C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, “La nueva regulación del convenio especial y la Cláusula Telefónica”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 9/2013; véase también A. V. SEMPERE NAVARRO, “El Convenio especial en EREs extintivos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10/2012.

⁵⁴ En extenso R. POQUET CATALÁ, “Convenio especial con la Seguridad Social para trabajadores incursos en expedientes de regulación de empleo”, *Actualidad Laboral*, n.º 1, 2011, p. 28.

a la percepción del subsidio de desempleo, calculando la misma en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial.

Desde un punto de vista fiscal las cotizaciones por Convenio Especial con la Seguridad Social tendrán el tratamiento de gastos fiscalmente deducible de los rendimientos del trabajo, pudiendo resultar el rendimiento neto negativo, si el contribuyente no obtiene por este concepto ingresos íntegros que superen las cuotas abonadas⁵⁵.

Este convenio se convierte en una verdadera obligación para los supuestos de despidos colectivos que afecten a trabajadores de edad. Así lo recoge el artículo 51.9 del ET cuando señala que *“cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social”*.

En estos convenios la finalidad es claramente tuitiva, en la medida en que se fijan como objetivos asegurar que el trabajador no pierda la protección del sistema público, actual y futura, como consecuencia de haber perdido su puesto de trabajo en un despido colectivo. Se mantiene aquí la lógica del “mal menor” que hemos visto en los modelos tradicionales de gestión de las reestructuraciones colectivas de plantilla en nuestro país. Pero el hecho de que el legislador laboral los haya hecho obligatorios para este colectivo puede tener un efecto disuasorio, puesto que incrementan el coste de los despidos cuando éstos afectan a empleados de mayor edad. Dado que una parte del convenio, los primeros años además, van a ser a cargo de la empresa, que generalmente los ingresa como un pago único, el convenio se convierte en un elemento significativo en el cálculo de las cantidades a abonar en caso de despido colectivo. Su obligatoriedad, y el efecto de desincentivación que esto supone, alinea esta medida con la cláusula Telefónica en cuanto a sus finalidades y mecánica operativa. Se trata de encarecer el despido de los trabajadores mayores de 55 años, con la idea de disuadir su elección cuando se trate de extinciones colectivas.

Para asegurar el cumplimiento de esta obligación RD 1483/2012 introduce un mecanismo de comunicación entre la administración laboral y la de Seguridad Social, de tal modo que la información sobre el despido colectivo que le llegue a aquélla termine llegando también a ésta. Según su artículo 6.3 *“cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores respecto de los que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores,*

⁵⁵ Consulta de la DGT 126433-C

la autoridad laboral remitirá a la Administración de la Seguridad Social copia de la comunicación a que se refiere el artículo 2, incluyendo la documentación común a que se refiere el artículo 3". A la finalización del proceso el artículo 16.5 de este mismo RD establece que *"la autoridad laboral dará traslado de la comunicación empresarial a que se refiere el apartado 1 a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores respecto de los que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores, haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación"*.

7. DESPIDOS COLECTIVOS DE MAYORES Y NO DISCRIMINACIÓN

Podría pensarse que este cambio de actitud del legislador laboral, pasando de adoptar una postura favorable a la expulsión anticipada del empleo de los trabajadores mayores a otra restringiendo ésta, por su insostenibilidad, llegaría a producir una línea de política del Derecho que afectara a todas las vertientes de éste. Podría pensarse que la mayor atención a la discriminación por razón de edad, reflejada en el plano normativo, hubiera tenido este mismo efecto. Podría pensarse que la preocupación por los cambios demográficos y su impacto en la sostenibilidad del sistema de pensiones habría llevado también a los jueces a ser sensibles a la necesidad de proteger el empleo de los mayores. Sin embargo ello no ha sido así, y en medio de todas estas actuaciones legislativas se ha producido un fallo judicial que contraría su intención, legitimando los despidos de trabajadores mayores por razón de su edad, y dando un inesperado soporte jurídico a esta doctrina a la que hemos denominado en ese trabajo como "del mal menor". Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional Sentencia núm. 66/2015, de 13 abril de este mismo año⁵⁶. En esta sentencia la Sala Segunda del Alto Tribunal resuelve un recurso de amparo promovido por unos trabajadores que habían perdido su

⁵⁶ Se han publicado diversos comentarios a esta sentencia. Entre otros, los de E. ROJO TORRECILLA, "¿Dónde empieza y donde acaba la protección de los trabajadores de edad avanzada en los procedimientos de despidos colectivos? A propósito de recientes sentencias del TC, AN y TSJ de Andalucía", en "El blog de Eduardo Rojo", accesible en http://www.eduardorojo-torrecilla.es/2015/06/donde-empieza-y-donde-acaba-la_18.html; I. BELTRÁN DE HEREDIA, "Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La "edad" es un criterio no discriminatorio?", en su blog "Una mirada crítica a las relaciones laborales, accesible en <http://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/>; L. GARCÍA, "La edad como criterio de selección en un despido colectivo", en <http://blog.garrigues.com/la-edad-como-criterio-de-seleccion-en-un-despido-colectivo/>

puesto de trabajo durante un despido colectivo, al verse incluidos en éste sólo por su edad, mayor que la del resto de la plantilla⁵⁷.

El supuesto de hecho analizado era uno nada original, que se correspondía con la práctica generalizada en los EREs primero, y de los despidos colectivos después, en nuestro país durante décadas: unas personas trabajaban para una empresa pública de la Comunidad Valenciana que se vio sometida a un proceso de despido colectivo que afectó a la mayoría de su plantilla, vigente ya el nuevo modelo de éste introducido por la reforma de 2012. El procedimiento terminó con acuerdo con la representación de los trabajadores, en el que se estableció la extinción de 211 contratos de trabajo, de acuerdo con una serie de criterios de selección incluidos en el mismo acuerdo⁵⁸.

Entre estos criterios se incluía uno basado en la edad de los trabajadores, que decía así: “*Con el objetivo de establecer una nueva estructura de la plantilla que se mantenga a largo plazo en su nuevo dimensionamiento, y de ocasionar el menor perjuicio para el trabajador, se aplicará como criterio en la selección de trabajadores afectados el de aquellos trabajadores que se encuentren en una situación más próxima a la jubilación. El IVVSA suscribirá el correspondiente convenio especial con la Seguridad Social en aquéllos casos en que sea preceptivo*”. El resultado fue que todos los trabajadores de 55 o más años, fueron despedidos.

Los demandantes reclamaron contra su despido ante el Juzgado de lo Social correspondiente primero, sin éxito, y en vía de recurso ante la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana, que tampoco dio satisfacción a sus pretensiones. En ambas instancias la pretensión se basaba en la pretendida existencia de una discriminación por razón de edad contra ellos, por haber sido el hecho de tener más de 55 años el único factor que explicaba su inclusión en el despido colectivo.

⁵⁷ Sobre la evolución de esta jurisprudencia, véase A. MORALES PLAZA, “La protección de los derechos fundamentales de la persona en el proceso contencioso-administrativo: el principio de igualdad y los expedientes de regulación de empleo”, *Actualidad Administrativa*, 2001, Ref. XXXVIII, p. 1033.

⁵⁸ La cuestión de la legitimidad de los criterios de selección empleados en los procedimientos de reestructuración de empresas para identificar a los trabajadores que van a verse afectados por las diferentes medidas adoptadas es uno de gran complejidad y especialmente crítico, habiendo generado numerosa jurisprudencia. Un estudio monográfico en R. POQUET CATALÁ, “Criterios de selección de los trabajadores afectados por despido colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n° 7/2013. También GINÉS I FABRELLAS, “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”, *Aranzadi Social*, n° 14, 2010.; y SEMPERE NAVARRO y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, “Selección de trabajadores afectados por un ERE (Criterios prácticos)”, *Boletín Gómez-Acebo & Pombo*, enero 2014, accesible en <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/seleccion-de-trabajadores-afectados-por-un-ere-criterios-practicos.pdf>.

Llegados a la fase de amparo constitucional, la demanda de amparo se fundamentó en la vulneración del derecho a la no discriminación por edad reconocido en el art. 14 de la Constitución Española. En la demanda de amparo se incluyen varias líneas de argumentación: la jurisprudencia constitucional en materia de discriminación por edad; el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que ha incluido la edad entre las razones por las que se prohíbe toda discriminación; los cambios legislativos en España, en donde desde 2012 se han declarado nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que prevengan la jubilación forzosa por cumplimiento de la edad de jubilación⁵⁹, y donde se ha aprobado también una Estrategia global de para empleo de los trabajadores y trabajadoras de más edad 2012-2014, que al decir de los demandantes “recoge el actual consenso de empresarios y sindicatos en la materia”.

Las recurrentes reconocen que a pesar de estas novedades subsiste un criterio jurisprudencial que admite la selección de los trabajadores en los despidos colectivos en atención a su mayor edad, y citan en apoyo de esta afirmación la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011, en la que se afirma que “*parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas, sin que ello comporte la lesión del art. 14 CE*”.

Pues bien, las recurrentes consideran que este criterio constituye un caso evidente de actuación discriminatoria, por lo que su despido debía ser declarado nulo. Para soportar esta calificación aportan una serie de argumentos bien ordenados y desarrollados, que paso a resumir.

En primer lugar, alegan que no hay una previsión legal que ampare el uso del criterio de la edad en decisiones como ésta. En segundo lugar, que el Tribunal Supremo ha afirmado que la libertad empresarial de selección del personal afectado en un despido colectivo no legitima actuaciones discriminatorias. En tercer lugar, que la actuación empresarial impugnada carece de justificación objetiva: no hay razón por la que el personal mayor de 55 años no pueda continuar trabajando con normalidad, máxime cuando le faltan muchos años para alcanzar la edad legal de jubilación, cada vez más retrasada y, en todo caso, voluntaria. Ni tampoco hay razón alguna para suponer una vinculación temporal futura mayor al personal menor de 55 años cuando no existe ningún pacto de permanencia y ese personal menor es el que, en realidad, más cambia de trabajo. En cuarto lugar, que se trató de una medida indiscriminada, ya que afectaba a todo el personal mayor de 55 años sin diferenciar según el puesto de trabajo que ocuparan. En

⁵⁹ Véase al respecto S. PÉREZ AGULLA, “Las cláusulas de jubilación forzosa de origen convencional: estado de la cuestión”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 31, 2012.

quinto lugar, que el sacrificio que se impone con el despido al personal mayor de 55 años es desproporcionado, ya que se le priva de trabajo y con una cobertura limitada de desempleo, complementada sólo, durante un corto período de tiempo, a una edad en que sus perspectivas de ocupación son notablemente peores que las de los trabajadores más jóvenes. A las ahora demandantes no solo se les priva de la retribución por el puesto de trabajo cuando aún les restan muchos años para la jubilación, sino que además se les perjudica notablemente en la cuantía de las mismas, como consecuencia del despido, a lo que se añade que, a su juicio, no se les haya ofrecido la menor garantía en relación a una pensión mínima.

Finalmente, las recurrentes alegan la especial trascendencia constitucional de la cuestión que se plantea en este recurso. Y encuentran cuatro razones para justificar esta trascendencia:

- Por la relevante y general repercusión social de la temática planteada en un momento en que la crisis económica se traduce en cientos de miles de despidos, articulados en muchos casos a través de despidos colectivos, en los que se establecen criterios de selección del personal que en la realidad descargan por diversas razones de manera más intensa sobre las personas de más edad.
- Porque la problemática planteada en este recurso no ha sido tratada por este Tribunal que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre diversos supuestos de discriminación por edad, pero no en el marco de los despidos colectivos.
- Porque en los tribunales competentes perduran unos criterios que chocan con los criterios generales de este Tribunal, en aplicación de la Constitución y la normativa internacional.
- Porque la problemática planteada en la demanda de amparo ha sido objeto de importantes novedades, tanto legales a nivel internacional y nacional, como judiciales, que requieren de la intervención del Tribunal Constitucional desde su especial perspectiva de definidor de los derechos constitucionales.

La defensa de la Comunidad Valenciana y la Fiscalía contrarrestan estos poderosos argumentos con otros igualmente bien explicados. Resumiéndolos, afirman que existe un criterio consolidado jurisprudencialmente según el cual es razonable incluir como trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo a aquellos que se encuentren más próximos a la jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas, sin que ello comporte lesión del art. 14 de la Constitución. Alegaron también que los trabajadores de mayor edad eran “más gravosos para la empresa” (sic) por estar más próximos a la edad de jubilación, lo que determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje. Y también alegaron que *“la medida era la que causaba menos perjuicio a los trabajadores por encontrarse en una situación más próxima a la jubilación, lo que determinaría que la empleadora suscribiera el convenio correspondiente con la Seguridad Social en los casos en*

que fuera preceptivo legalmente". La doctrina, de nuevo, del "mal menor", mantenida como argumento jurídico en la segunda década del siglo XXI.

Junto a este argumento, el Ministerio Fiscal aporta otro: que el colectivo de trabajadores mayores de 55 años cuenta en los supuestos de despidos colectivos con una mayor protección social que los demás trabajadores y que con la suscripción de convenios especiales se posibilita acceder a la jubilación anticipada, eso sí con los coeficientes reductores pertinentes. Y añade otro ciertamente sorprendente: si te despiden con esta edad tu situación es peor que la que tendrías si continuaras en tu puesto de trabajo, pero es mejor que la de los trabajadores despididos de menos edad. Y ello porque, dice literalmente, deben "*relativizarse las dificultades de acceso al trabajo de los trabajadores de más de 55 años*". Esto es así, siempre según el Ministerio Fiscal, porque "*de un lado, existen medidas legales para favorecerlo y así se recoge en la demanda y por otra parte en las actuales circunstancias dichas dificultades afectan a gran parte de los trabajadores, por lo que no puede compartirse el criterio de la demanda de que el sacrificio que se les impone sea desproporcionado*". Por ello, concluye su argumentación, "*la elección de los trabajadores que cuentan con mayor protección social que se ha producido en este supuesto cumple los requisitos de justificación y proporcionalidad exigidos constitucionalmente*".

Una vez analizadas las posiciones de las partes, el Tribunal Constitucional centra la pretensión de las recurrentes en estos términos: "*las demandantes de amparo imputan a las resoluciones impugnadas la vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de edad (art. 14 CE). Afirman que la utilización del criterio de la edad superior a 55 años como factor determinante para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo constituye un caso evidente de actuación discriminatoria. Consideran que la utilización de este criterio carece de justificación objetiva y supone un sacrificio desproporcionado para el personal mayor de 55 años, ya que se les priva de trabajo con una cobertura limitada de desempleo —complementada solo durante un corto período de tiempo— a una edad en que sus perspectivas de ocupación son notablemente peores que las de los trabajadores más jóvenes*".

En conclusión, la cuestión que debe determinar en este recurso de amparo el Tribunal Constitucional es "*si la selección de los trabajadores despedidos en virtud de este último criterio constituye, como sostienen las recurrentes en amparo, una discriminación por razón de edad*". La cosa está clara.

El punto de partida del análisis del Tribunal Constitucional de esta cuestión es que la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo constituye una facultad del empresario que debe ejercerse dentro de unos límites: respetando la preferencia legal de los representantes de los trabajadores, las garantías que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores en general y los condicionantes establecidos en el convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el período

de consultas, sin que en ningún caso pueda incurrirse en fraude de ley o abuso de derecho y sin que la actuación empresarial pueda estar guiada por móviles discriminatorios.

Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, se recuerda que la jurisprudencia constitucional ha considerado que se trata de una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto. Se cita como apoyo de esta posición, además del citado precepto constitucional, el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de la edad, alcanzando esta prohibición el carácter de principio general del Derecho de la Unión⁶⁰.

Teniendo en cuenta que la utilización del criterio de la edad supuso el despido de todos los trabajadores de la empresa que tenían 55 o más años de edad⁶¹, por lo que su impacto en el colectivo fue indudable, hay que determinar si este criterio tuvo una justificación razonable y proporcionada. Lo que supone valorar si las razones alegadas por la empresa constituyen un sacrificio proporcionado o si por el contrario carece de la necesaria proporcionalidad para dar cobertura a la decisión empresarial desde el punto de vista de la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 de la Constitución Española. Dos fueron estas razones, y ambas fueron analizadas por el Alto Tribunal desde esta perspectiva.

La primera razón alegada es que la permanencia de los trabajadores más próximos a la edad de jubilación resultaba más gravosa para la empresa, pues habían de cesar antes en su actividad laboral, lo que determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje. Para el Tribunal, esta razón carece de envergadura suficiente para justificar la diferencia de trato dada a las recurrentes por razón de su edad. Y ello porque los costes de formación derivados de la jubilación de cuatro trabajadores son escasamente significativos si se evalúan dentro de un procedimiento de despido colectivo que afecta a 211 trabajadores. Y porque que el mero ahorro de estos costes futuros es un criterio de selección insuficiente, ya que no guarda proporción con el perjuicio que la situación de desempleo supone para los trabajadores afectados. Una selección de trabajadores realizada exclusivamente en atención a dichos costes entrañaría un sacrificio desproporcionado que no podría considerarse objetiva y razonablemente justificado.

⁶⁰ Cita en este sentido la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de enero de 2010 (TJCE 2010, 3) asunto C 555/07, *Küçükdeveci c. Swedex GmbH*.

⁶¹ En concreto resultaron afectados 35 trabajadores de un total de 211 despedidos. La empresa tenía originalmente 235 empleados.

La segunda razón alegada es que esta medida era la que menos perjuicio podía ocasionar a los propios trabajadores, pues los que respondieran a aquel criterio se hallarían en una situación más próxima a la jubilación y tal circunstancia determinaría que la empresa suscribiera el convenio especial correspondiente con la Seguridad Social en los casos en que fuera preceptivo legalmente. Pues bien, en este caso este órgano entiende que esta circunstancia sí puede convertir la edad próxima a la jubilación en un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, siempre que se cumplan determinadas exigencias.

En apoyo de esta posición el Tribunal acude a la doctrina sentada en relación con la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo. Respecto de ésta se dijo que el sacrificio personal y económico impuesto a determinados trabajadores por razón exclusiva de su edad sólo podía ser legítimo si se veía compensado de forma efectiva, de modo que no supusiera una lesión desproporcionada en relación con los fines que persigue la medida adoptada. Siguiendo este razonamiento, la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo en función del menor daño o perjuicio que la situación de desempleo conlleva para determinados sectores de edad, sólo puede considerarse legítima y proporcionada si se ve acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación.

De esta manera, la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es “*un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral*”. Y este caso dichas medidas existieron:

- la celebración de un convenio especial con la Seguridad Social que permitió a los trabajadores afectados generar el derecho a las prestaciones de Seguridad Social aunque no estuvieran trabajando;
- la posibilidad abierta a estos trabajadores de acceder a un subsidio por desempleo una vez agotada la prestación por esta contingencia, hasta cumplir la edad para acceder a la pensión de jubilación;
- el establecimiento por la empresa de algunas mejoras voluntarias de la prestación por desempleo para los trabajadores de mayor edad, que incrementaban su duración cuanto mayor fuera la edad del trabajador, que pretendía evitar que los trabajadores afectados sufrieran un perjuicio desproporcionado respecto de su situación en activo;

La existencia de medidas efectivas llamadas a minimizar el perjuicio ocasionado al trabajador próximo a la edad de jubilación hace que el criterio de la edad resulte en el presente caso proporcionado, lo que lleva al Tribunal a concluir que

la utilización de esta actuación de la empresa no vulneró el art. 14 CE al no constituir una discriminación por razón de edad, y a desestimar el recurso de amparo. Con lo que éste consagra la tesis del mal menor a nivel constitucional, afirmando que el despido supone un menor perjuicio para los trabajadores de más edad, dada la mayor protección social brindada a los mayores de cincuenta y cinco años; y que por lo tanto está justificado que éstos lo sufran de manera desproporcionada en relación exclusivamente al dato de su edad.

Curiosamente, prácticamente coincidiendo con este fallo se ha dictado otro del Tribunal de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, 23 de febrero de 2015, en la que se llega a una conclusión completamente diferente. Había alguna diferencia entre los supuestos de hecho, ya que en este caso la empresa utilizaba un criterio distinto para justificar el haber seleccionado para ser despedidos a los trabajadores de mayor edad: como se indica en los hechos probados, *“la medida de extinción colectiva afectó a cinco telefonistas de los ocho que venían prestando servicios en dicho departamento, y respecto a los mismos se indicaba que la Cooperativa había decidido conservar a los empleados del centro de trabajo de Algeciras más jóvenes, por ser susceptibles de adaptarse mejor a los cambios tecnológicos que en dicho departamento se dieran...”*, es decir, se utilizaba respecto a ese grupo genérico el criterio de selección de la mayor edad, sin acudir a otros, bajo la presunción de que los más jóvenes se adaptarían mejor a los cambios tecnológicos que en los mismos se pudieran producir, presumiendo la mayor dificultad de adaptación de los de más edad, prescindiendo de las características personales de cada trabajador”. En resumen, que la selección en razón de la edad se había hecho por la mayor dificultad de esas personas para adaptarse a los cambios tecnológicos que se pudieran producir

La Sala de lo Social parte de que *“parece claro que aquella alusión genérica a la mayor edad como criterio de selección de los trabajadores incluidos en el despido colectivo dentro del grupo de telefonistas es un indicio suficiente de que se ha producido discriminación por razón de edad”*. Con esto hace operar al mecanismo de inversión de la carga de la prueba común en los procesos en los que se alega discriminación, pesando sobre la empresa la obligación de justificar la razonabilidad y objetividad de la medida. Pues bien, para el Tribunal Superior de Justicia *“ante ese indicio, la empresa no ha aportado prueba alguna sobre la justificación objetiva y razonable de esa medida”*. Su razonamiento es rotundo: *“presumir, como hace la empleadora, que un grupo genérico de trabajadores, por razón de la mayor edad, tienen mayores dificultades o menor capacidad para adaptarse a unos hipotéticos avances tecnológicos no concretados, supone una discriminación prohibida por los preceptos ya citados, al igual que la supondría si esa presunción viniera determinada por razón de sexo, raza, etc. No es que se haya tenido en cuenta la mayor edad como criterio de selección de los trabajadores como instrumento para disminuir los efectos perjudiciales del despido, posibilitando e incentivando*

su prejubilación. Es que, sin ninguna individualización, se ha deducido su menor capacidad de adaptación a no se sabe qué cambios”.

La consecuencia es la vulneración de un derecho fundamental de ese grupo de trabajadores y la declaración de nulidad, respecto a los mismos, del despido colectivo.

En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 12 de mayo de 2015, sin embargo, la Sala sigue un razonamiento similar al del Tribunal Constitucional, y llega a una misma conclusión. Aunque el supuesto de hecho incluyera una notable particularidad: se trataba de trabajadores que reclamaban contra su no inclusión en el despido, no lo contrario, que es lo habitual. Uno de los criterios de selección acordados durante el período de consultas era el denominado de “Mayor edad”, que decía así: *“en este sentido, con el objetivo de ocasionar el menor perjuicio para los trabajadores, la empresa aplicará el criterio de edad y antigüedad en la afectación de los trabajadores que se encuentren próximos a un reconocimiento de prestación pública de jubilación, anticipada o reglamentaria”*. Tras haber analizado la aplicación práctica de esta regla, el Tribunal Superior de Justicia concluye, citando su propia doctrina anterior, que *“la fijación de criterios de selección en función de la edad fruto de la negociación colectiva con el objetivo de establecer una estructura de plantilla que se mantenga a largo plazo y de ocasionar un menor perjuicio para el trabajador, no supone discriminación”*. Añadiendo como argumento adicional que esta conclusión se reforzada *“cuando consta que a los trabajadores afectados por el criterio de la edad, se les reconocen determinados beneficios con la finalidad de que no vean perjudicado su derecho a acceder a la pensión de jubilación. Lo que no es posible con otros de menor edad a los que su despido les ocasiona, en principio y a salvo de supuestos concretos, un mayor perjuicio”*. Conclusión: *“el hecho de que finalmente se desafectara del despido colectivo a cuatro trabajadores que como el actor superaban los 56 años de edad, no supone, en principio y a salvo de prueba que no se ha practicado, ningún indicio de discriminación”*.

8. CONCLUSIONES

La evolución del Derecho del Trabajo español en las últimas décadas pone de manifiesto que se ha producido un importante cambio de tendencia en cuanto al tratamiento de los trabajadores de edad en los procedimientos de reestructuración empresarial que producen despidos de carácter colectivo. Durante décadas se aplicó un modelo que priorizaba su despido, respecto del de otros colectivos, provocando la expulsión a edades tempranas de miles de trabajadores y la asunción de importantes costes por parte del sector público, al que se le trasladaba la carga financiera de los procesos de reestructuración empresarial. Esta forma de entender el reparto de las consecuencias de las dificultades de las organizaciones

productivas se generó en un contexto de reconversión industrial, percibida como un problema nacional que requería soluciones colectivas. El despido de los trabajadores en razón exclusivamente de su mayor edad era considerado un mal menor en un contexto de sacrificios generalizados; en la práctica supuso convertir a los mayores en un colectivo de activos precarios, permanentemente amenazados por la pérdida de esta condición a edades cada vez más tempranas; en unos trabajadores discriminados sólo y sólo por la edad a la que habían llegado.

Esta política ha sobrevivido hasta otros momentos en los que los despidos colectivos eran el resultado de situaciones de privatización, en entidades con beneficios, para volver a producirse, en los últimos años, en un contexto de crisis. Pero el tiempo transcurrido ha hecho que esta forma de actuar haya pasado a ser considerada inaceptable, rechazándose las dos notas que la caracterizaban.

El trasvase de los costes a los presupuestos públicos no es una opción, porque en muchos casos las empresas pueden asumirlos; y porque las finanzas públicas no lo soportan, tanto en los fondos directamente transferidos a trabajadores y empresas, como en el acceso prematuro a las prestaciones del sistema de Seguridad Social. Como tampoco lo es la concentración de la destrucción de empleo en el colectivo de empleados de mayor edad, por costosa para éstos y por discriminatoria.

Este cambio de actitud no se ha traducido sin embargo en un abandono completo de las posturas que, ante un despido colectivo, siguen considerado mejor afectar a las personas más cercanas a la edad de jubilación, ignorando el impacto real que esta medida puede suponer. Los sujetos negociadores de los despidos colectivos siguen recurriendo a esta solución, con el apoyo de los tribunales laborales, mientras el legislador laboral sólo ha actuado tímidamente al respecto, habiendo establecido alguna medida disuasoria del despido de mayores y la necesidad de tener en cuenta su situación en la adopción de estas decisiones empresariales.

La realidad es que estos trabajadores son los que más sufren en caso de despido colectivo, porque son los que mayores dificultades afrontan para poder culminar una transición profesional que les lleve a ocupar un nuevo empleo⁶². En su caso, la expulsión del puesto de trabajo, un daño importante, tiene muchas posibilidades de convertirse en una expulsión definitiva del mercado de trabajo, un daño irreparable⁶³. No es sólo desproporcionado, es que es también injusto,

⁶² Me remito al completo Informe del Consejo Económico y Social de España nº 2/2014, *La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*; CES, Madrid, 2014.

⁶³ Un verdadero colectivo desfavorecido en el mercado de trabajo, según S. OLARTE ENCABO, “Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos”, en CABEZA PEREIRO, BALLESTER PASTOR y FERNÁNDEZ PRIETO (dir.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

una clara forma de discriminación por un motivo, la edad, expresamente vetado por el ordenamiento jurídico⁶⁴.

De hecho, las construcciones que pretenden diseñar estos procesos de acuerdo con criterios de responsabilidad social, en el marco de la llamada “reestructuración socialmente responsable”⁶⁵, tienen en consideración también las particularidades de cada grupo de trabajadores a la hora de afrontar las consecuencias de estos procesos. Mujeres, personas con responsabilidades familiares y aquellas de mayor edad son considerados como colectivos necesidades de una especial atención, no sólo en cuanto al tratamiento de las consecuencias de las medidas que puedan adoptarse, sino también, y especialmente, cuando se trata de decidir qué personas van ser afectadas directamente por éstas⁶⁶.

Lo cierto es que la nueva sensibilidad hacia la posición de las personas de mayor edad en el mercado de trabajo, que enlaza con la mayor preocupación por las políticas de empleo que les afectan, tiene todavía que traducirse en reformas de mayor calado que eviten que las prácticas de “mal menor” continúen vulnerando sus derechos.

⁶⁴ Y. MANEIRO VÁZQUEZ, “La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad”, en CABEZA PEREIRO, BALLESTER PASTOR y FERNÁNDEZ PRIETO (dir.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

⁶⁵ Véase la monografía de A. LÓPEZ CABALLERO, *Reestructuraciones socialmente responsables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

⁶⁶ Me permito remitirme a mi estudio RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Responsabilidad social de los empleadores y crisis económica”, en el volumen coordinado por CASTELLANO BURGUILLO y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Estudios sobre Derecho y responsabilidad social en un contexto de crisis*, CINCA, Madrid, 2012, p. 247.

La jubilación forzosa en perspectiva favorable

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN

Se ha escrito mucho sobre la jubilación forzosa laboral y su evolución normativa; tanto que, sin exageración, resulta posible afirmar que muy pocos ius-laboralistas no han realizado alguna aportación a esta espinosa cuestión. Y digo “espinosa” porque todo lo que es forzoso en las relaciones entre privados siempre produce una cierta rebeldía y malestar. Y si la imposición procede del Orden público laboral y su destinatario directo es el trabajador, la pacífica aceptación se complica al no dilucidarse con claridad su carácter tuitivo. ¿Qué derecho está protegiendo la jubilación forzosa?

Pues bien, junto con el marchamo de “poco amable” que lo “forzoso” parece conllevar, decía que prácticamente toda la doctrina ha escrito sobre este tema, pues las perspectivas que ofrece son múltiples tanto si se enfoca su análisis desde el Derecho del Trabajo como desde la Seguridad Social. En relación con el primero, las cuestiones son diversas: el contenido esencial del derecho al trabajo, las políticas públicas de mayor empleo, la extinción del contrato por ineptitud o por edad, la protección del trabajador maduro, etc. En relación con la segunda tampoco son menores: la edad ordinaria de jubilación, las mejoras voluntarias, la jubilación flexible, la especial a los 64 años, la anticipada, etc. Es decir, que es un tema claramente transversal, buen argumento para acreditar que el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social no están tan separados como a veces se entiende y se defiende; y todo ello sin asomarnos a la perspectiva sociológica o psicológica-psíquica, que rodea igualmente al trabajador de edad avanzada y a la que se le ha ido prestando una mayor atención en estas últimas décadas¹. Algo desde esta perspectiva habrá que decir también en este estudio, si bien se presenta ante el lector, fundamentalmente, como de carácter jurídico laboral y de seguridad social.

Como punto de partida, y sin abandonar todavía el apartado introductorio, parece necesario recordar que el legislador estatutario de 1980 tiene el siguiente

¹ R. M. MCCAANN, *Discriminación laboral por razones de edad*, Edit. UOC, Barcelona 2013; VVAA (BROWNELL, P., y KELLY, JAMES J., Editors.), *Ageism and Mistreatment of Older Workers. Current Reality, Future Solutions*, Edit. Springer Netherlands 2013; VVAA (J. R. MERCADER UGUINA, Dtor.), *Trabajadores maduros: un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Edit. Lex Nova, Valladolid 2009.

planteamiento de la vida laboral: un inicio relativamente temprano —a los 16 años²— con modalidades contractuales formativas, la continuidad en el propio empleo con un contrato indefinido o fijo, salvando los cambios imprescindibles que las circunstancias del mercado obliguen a efectuar y la finalización del contrato a los 65 años³ (relacionando aquí Estatuto y Ley General de Seguridad Social), momento en el que se considera que las fuerzas del trabajador están ya mermadas y que merece ampliar su tiempo libre, descansar de lo mucho trabajado, dedicarse a otras actividades —muchas veces familiares— y ser sostenido económicamente por los trabajadores activos mediante una pensión llamada “de jubilación” (júbilo como alegría por la culminación y final de esa vida laboral). Éste es su planteamiento que podemos denominar “ordinario” y que no ha cambiado pese al transcurso de los años. En otro orden de cosas, cabe afirmar que el paro y la crisis económica suelen ser circunstancias más o menos habituales del mercado laboral.

La propia regulación de la prestación por desempleo confirma dicho planteamiento, pues ya la Orden de 5 de mayo de 1967⁴ consideraba causa de extinción de la misma que el trabajador pasara a ser pensionista de jubilación⁵, lo que podía suceder cuando alcanzara la edad de 65 años y reuniera el periodo mínimo de cotización exigido⁶.

Ahora bien, la aprobación del ET de 1980 sorprendió con dos incorporaciones de interés:

- Como causa de extinción del contrato de trabajo: la “jubilación del trabajador” (art. 49.Seis);
- Entre sus disposiciones adicionales, la que hacía el número 5 y que decía lo siguiente:

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

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

² Art. 7 ET.

³ Art. 154.1.a) Decreto 2065/1974, 30-5, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, norma vigente cuando se aprueba el ET de 1980.

⁴ BOE núm. 119, 19-5-1967. Pocos meses después de la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores se aprueba la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, en cuyo Título II se regulará la prestación por desempleo. Su art. 22.Tres.e) indicaba el pase del trabajador a pensionista de jubilación como causa de extinción de dicha prestación.

⁵ Art. 14.1.e) O. 5-5-1967.

⁶ Art. 154.1 LGSS (74).

2. LA INTERPRETACIÓN LITERAL DEL ET DE 1980 Y LA REINTERPRETACIÓN DE LA STC 22/1981⁷

He querido mencionar literalmente el texto estatutario porque considero que todas las dificultades posteriores que ha planteado la cuestión de la jubilación forzosa proceden de un tratamiento muy deficitario del legislador de esta materia tan compleja. Es cierto que resulta de gran dificultad una lectura del artículo y la disposición mencionada desde la perspectiva del legislador originario; de ahí que MELLA MÉNDEZ considere que la jubilación como causa extintiva del contrato tiene un sentido ambiguo y puede referirse tanto a la voluntaria como a la forzosa⁸.

Por mi parte, con carácter previo, considero que son diversos los factores que influyen en la regulación de la jubilación y en su carácter obligatorio o no para el trabajador laboral:

- A) La presencia de la jubilación forzosa en la normativa preconstitucional donde ha afectado al contrato laboral. Un repaso de las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo⁹ de los años cuarenta permite constatar que no son muchas las que expresamente regulan disposiciones relativas a la jubilación, debido a que remiten la cuestión al Montepío o Mutualidad laboral cuya creación se indica en la propia Reglamentación. Pero cuando se regula dicha pensión, los supuestos en donde se establece la jubilación como forzosa aumentan. Entre las Reglamentaciones que tratan la cuestión, se observa que aquéllas relativas a empresas de servicio público distinguen claramente entre jubilación voluntaria o forzosa¹⁰ (con cierta similitud al régimen

⁷ 2-7-1981 (Cuestión de inconstitucionalidad 223/1980).

⁸ *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Edit. Lex Nova, Valladolid 2002, p. 37.

⁹ El art. 1º Ley 16-10-1942, por la que se establecen normas para regular la elaboración de las reglamentaciones de trabajo (BOE 23-10-1942) define así la Reglamentación: “regulación sistemática de las condiciones mínimas a que han de ajustarse las relaciones laborales concertadas entre los empresarios y su personal en las distintas ramas y actividades”, añadiendo que “será función privativa del Estado, que se ejercitará, sin delegación posible, por el Departamento ministerial de Trabajo, y dentro de éste, en las condiciones que se establecen en la presente Ley, por la Dirección General de Trabajo”. Su rango era el de un Reglamento: eran aprobadas por Orden Ministerial. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN las considera reglamentos autónomos (*Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Edit. MTSS, Colecc. Tesis Doctorales, Madrid 1987, p. 56).

¹⁰ Arts. 230-233 RNT Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles. RENFE (O. 29-12-1944, B.O. 14-1-1945); art. 49 Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S.A. CAMPSA (O. 5-4-1945, B.O. del 13); arts. 146-148 Explotación de Ferrocarriles por el Estado (O. 15-3-1946, B.O. del 22); art. 51 Compañía “Tabacalera, S.A.” (O. 28-6-1946, B.O. 4-7).

funcionarial), otras veces lo hacen de un modo más implícito¹¹; y junto a éstas también las hay de actividades económicas privadas que contemplan la posibilidad de jubilación forzosa del trabajador¹². Desde luego, la suelen establecer aquellas Reglamentaciones que establecen un régimen de previsión a cargo de la empresa con carácter supletorio a la falta de constitución del Montepío¹³; lo que puede entenderse ligado al hecho de que, al ser la propia empresa la que costea la pensión, tiene libertad para establecer el carácter forzoso del “productor” (término que suele aparecer en lugar de trabajador en bastantes ocasiones). No se ha de olvidar que la previsión de las Reglamentaciones-Montepíos/Mutualidades venía a conceder unas prestaciones con carácter complementario a las de los seguros sociales cuya normativa de vejez arroja también visos de obligatoriedad¹⁴. En la jubila-

-
- ¹¹ Con la siguiente expresión que tomo del art. 87 de la RNT en las Industrias de producción, transformación, transporte y distribución de energía eléctrica (O. 22-12-1944, B.O. del 30) y que entiendo contempla la opción empresarial de extinción automática del contrato (jubilación forzosa, por tanto): “Todo productor tendrá *derecho* a que se le conceda jubilación, y la Empresa, *a decretarla*: a) A los sesenta y cinco o más años de edad, con veinte como mínimo de servicios en la Empresa. b) A los sesenta años de edad, con treinta y cinco de servicios. c) En cualquier edad y con veinte o más años de servicio cuando, previa justificación suficiente, se viese imposibilitado para ejercer sus funciones por enfermedad, agotamiento físico o accidente incluso del trabajo...”. De manera análoga en: art. 88 Industria de producción y distribución del gas (O. 8-3-1946, B.O. del 10); art. 86 Industria de conservas vegetales (O. 20-9-1947, B.O. 1 octubre) y otras.
- ¹² Art. 85 Industrias dedicadas a la captación, elevación, conducción y distribución de agua (O. 28-8-1946, B.O. 3 septiembre); art. 37 y DT 2ª Banca Privada (O. 20-9-1946, B.O. del 27); art. 85 Fábricas de azúcar y de alcoholes de melaza, en las refinerías de azúcar y en los talleres de comprimido y estuchado de azúcar (O. 30-11-1946, B.O. 2 diciembre); arts. 104 y 110 Industria Maderera (O. 3-2-1947, B.O. del 9); art. 52 Industria Resinera (O. 14-7-1947, B.O. 5 agosto); art. 86 Industria de conservas vegetales (O. 20-9-1947, B.O. 1 octubre).
- ¹³ Industrias de producción, transformación, transporte y distribución de energía eléctrica (O. 22-12-1944, B.O. del 30), Industria de producción y distribución del gas (O. 8-3-1946, B.O. del 10), Industrias dedicadas a la captación, elevación, conducción y distribución de agua (O. 28-8-1946, B.O. 3 septiembre), Industria Maderera (O. 3-2-1947, B.O. del 9).
- ¹⁴ La regulación del subsidio de vejez establecida en la Ley de 1 de septiembre de 1939 (B.O. 9-9-1939; Diccionario de legislación Aranzadi, Ar. 17398) y en su Orden de desarrollo de fecha 6-6-1939 (Dicc. Legislación Aranzadi, nº 17399) invita a pensar en un retiro obligatorio a los 65 años, siempre que el trabajador hubiera completado el periodo de cotización (art. 1 O. 6-6-1939). Aunque el fundamento del carácter forzoso del retiro no es del todo firme, ayuda a entenderlo así el hecho de que, como señala POSADA, “después de las edades que determina el artículo 7º de la O. 2-II-1940, el patrono no tiene obligación de seguir cotizando”, salvo que el trabajador hubiera alcanzado la edad de retiro pero no cumpliera el periodo mínimo de cotización exigido, en cuyo caso se le permite continuar trabajando “sometido a las cotizaciones reglamentarias viniendo, en consecuencia, obligado el patrono a efectuar los abonos correspondientes *hasta que complete dicho periodo*” (cfr.: Art. 7º, 2º, pfo. 2º O. 2-2-1940) (C. G. POSADA, *Los seguros sociales obligatorios en España*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1943, p. 130).

ción se observa que de la pensión que deriva de la Reglamentación se suele deducir la oficial del seguro, lo que da idea de su notable mayor cuantía. Todo esto me lleva a pensar que la jubilación forzosa no era algo tan infrecuente como se pudiera pensar. Es cierto que una Orden Ministerial de 1953¹⁵ trata de poner fin a esas jubilaciones forzosas, pero también lo es que se ha discutido mucho sobre su posible derogación por las Reglamentaciones posteriores, al ser una y otra normas de idéntico rango y que, a los dos años de la publicación de la de 1953, otra Orden Ministerial¹⁶ establece algunas excepciones, permitiendo la jubilación forzosa en determinadas empresas.

- B) La situación de crisis económica y de alto desempleo que el Gobierno se ve obligado a atajar y que el Ministerio de Economía propone encauzar mediante diversas medidas, entre las cuales se mencionan explícitamente la jubilación forzosa a los 69 años y la jubilación anticipada, con sustitución del trabajador, a partir de los 60 años¹⁷.
- C) Dos ideas-fuerza que, de manera dialéctica, influyen en el primer Gobierno democrático a la hora de elaborar el ET y que estarán presentes en los correspondientes debates parlamentarios, tanto del Pleno de las Cámaras como de las Comisiones: una a favor de considerar la jubilación forzosa como algo necesario dada la situación de crisis económica y el alto nivel de paro existente en el país y otra, completamente opuesta, favorable a la defensa de la voluntad del trabajador como única causa posible de extinción del contrato por edad¹⁸.
- D) La influencia en la norma laboral del régimen administrativo del cese de los funcionarios públicos por jubilación forzosa. Algo que considero se da, por lo menos, desde la época de las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo. Lo que sucede es que transposición de la jubilación forzosa funcional al ámbito laboral no es posible porque mientras en el Derecho Administrativo, alcanzada por el funcionario la edad prevista, se produce automáticamente

¹⁵ De 1 de julio de 1953, por la que se regula la jubilación, por edad, de los trabajadores de acuerdo con la vigente Ley de Contrato de Trabajo, unificando los distintos criterios de las Reglamentaciones de Trabajo en esta materia.

¹⁶ De 18 de enero de 1955, por la que se aclara la de 1 de julio de 1953.

¹⁷ Ministerio de Economía, *Programa a medio plazo para la economía española*, Edit. Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía, Madrid 1979, p. 59.

¹⁸ Véanse las enmiendas siguientes al Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores: n° 188 del Grupo Mixto y la defensa que de la misma hace el diputado BANDRÉS MOLET en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados núm. 57, celebrada el 20 de diciembre de 1979; n° 300 del Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana; y n° 743 y 802 del Grupo Andalucista (cfr. J. F. MERINO MERCHÁN, *Estatuto de los Trabajadores. Trabajos Parlamentarios*, Edit. Servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid 1980, pp. 111, 148, 306, 324 y 974, respectivamente).

su cese y la concesión de la pensión (sin solicitud), en el Derecho del Trabajo siempre debe el trabajador solicitarla. De lo contrario, no la percibirá. De ahí que, técnicamente, la jubilación laboral nunca puede ser forzosa: sí lo será, por automática, la extinción del contrato de trabajo pero no el acceso a la pensión, ya que siempre estará en la decisión del trabajador solicitarla o no, pudiendo optar por retrasar su percepción e iniciar una actividad por cuenta propia. Lo que sí aporta el término “jubilación forzosa” al Derecho del Trabajo, como sucede en el Derecho Administrativo, es la idea de que la extinción del contrato de trabajo por edad siempre ha de ir acompañada de la percepción de una pensión sustitutiva de las rentas dejadas de percibir.

- E) El nuevo marco que el art. 37 CE otorga a la autonomía colectiva, a la negociación y al convenio, así como la cuestión de las materias regulables por esta fuente del Derecho del Trabajo. En un plano no menos importante: la relación entre fuentes del Derecho del Trabajo; en especial, entre ley y convenio.
- F) La puesta en marcha del Sistema de Seguridad Social, ya iniciado en 1963, pero que se va consolidando y que será también objeto de atención preferente de los primeros Gobiernos de la democracia. Para que su funcionamiento sea visible es necesario un alto número de cotizantes; de ahí también la preocupación del Ejecutivo por evitar que el número de éstos disminuya.

Pues bien, si tenemos presentes esta serie de factores, podemos entender que el legislador estatutario:

- Establece legalmente la jubilación forzosa (cese automático con acceso seguro a pensión) a los 69 años pero lo hace una manera poco clara: en una disposición adicional en lugar del art. 7 ET, que hubiera sido su lugar natural.
- La presenta al trabajador como ventaja, más que como renuncia: “La capacidad para trabajar... tendrá el límite de edad que fije el Gobierno *en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo...*”. Es decir, la jubilación forzosa como “merecido descanso”, siempre que la Seguridad Social se lo pueda permitir, teniendo en cuenta también los trabajadores que se mantengan activos.
- Interviene en la autonomía colectiva marcando al convenio colectivo un papel ciertamente confuso: “En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos.”

Es una interpretación la que realizo a la que califico de hipotética porque asumo de inmediato que no resulta plenamente satisfactoria. De hecho, las críticas surgen en seguida: ambigüedad de la consideración de la jubilación forzosa como ventaja o como renuncia; la dudosa legalidad de la autorización al Gobierno, a la vista del art. 53.1 CE, para disminuir la edad de jubilación forzosa si las causas

de extinción del contrato forman parte del derecho al trabajo; el empleo del giro “de cualquier modo”, que conduce a desvincular los 69 años de la política gubernativa (hubiera sido mucho más claro emplear “en todo caso” si el deseo del legislador era considerar la DA 5ª ET como un bloque de Política de Empleo); el propio papel de la negociación colectiva, que no se entiende en su clásica función de “mejora de condiciones laborales mínimas”, salvo que la jubilación forzosa sea una ventaja y el convenio pueda adelantar dicha edad de jubilación, lo que sólo podrá hacer si en la Seguridad Social se permite la jubilación anticipada —lo que no ocurría por entonces, con carácter general—, etc.

De ahí que cuando el TC tiene que pronunciarse sobre dicha DA 5ª ET lleve a cabo una auténtica reinterpretación de la jubilación forzosa en el marco de la norma estatutaria y asiente los presupuestos y premisas ya conocidos en la doctrina y que extenderá en su STC 58/85 a las cláusulas de jubilación forzosa en convenios colectivos. Brevemente son éstos (extraídos de los FFJJ 5º, 10º y 11º STC 22/81):

- “la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud *“iuris et de iure”* carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial”;
- “la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo; es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo”;
- “la disposición adicional quinta tiene su razón de ser dentro del contexto de una política de empleo”; y
- “la disposición adicional quinta tiene el sentido de autorizar, bien al Gobierno para establecer un límite de edad cuyas consecuencias son análogas a las de la jubilación forzosa aplicada a todo tipo de relación laboral sujeta al Estatuto de los Trabajadores, bien a las partes que intervienen en la negociación colectiva para establecer edades de jubilación en sectores productivos concretos... Pero en la autorización concedida al Gobierno se establecen dos condicionamientos. El primero... “en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo”... Ese segundo condicionamiento... cualquiera que sea la edad que se fije tendrá que respetarse la posibilidad de que el trabajador complete los períodos de carencia para la jubilación.”

3. LA JUBILACIÓN “ESPECIAL” A LOS 64 AÑOS: CAMINO EXPEDITO PARA LA JUBILACIÓN FORZOSA

Pocos meses después de la STC 22/1981, el Gobierno lleva a cabo una acción ciertamente peculiar. Haciéndose eco del Acuerdo Nacional sobre Empleo de 9 de junio de 1981 firmado por el Gobierno, CEOE-CEPYME, CCOO y UGT (en adelante ANE-81), aprueba el RDL 14/1981¹⁹ en el que anuncia una modifica-

¹⁹ De 20 de agosto, sobre jubilación especial a los sesenta y cuatro años en la Seguridad Social.

ción de la LGSS con el objetivo de reconocer el derecho a la pensión de jubilación con sesenta y cuatro años cumplidos (a la que denomina “jubilación especial”) a “aquellos trabajadores pertenecientes a Empresas que, en virtud de Convenio Colectivo o pacto, se hayan obligado a sustituir a cada uno de aquéllos simultáneamente a su cese por jubilación por otro trabajador que sea titular del derecho a cualquiera de las prestaciones económicas por desempleo o joven demandante de primer empleo”²⁰. El paso siguiente, y también sorprendentemente, será no modificar el texto de la LGSS sino aprobar un Real Decreto “de desarrollo” del Real Decreto-Ley 14/1981, el RD 2075/1981²¹, en el que regula de manera autónoma la jubilación especial a los 64 años.

Resulta una intervención legislativa extravagante, no sólo por el sistema de fuentes empleado, sino por el hecho de no dejar lo suficientemente claro si se estaba o no imponiendo la jubilación forzosa a la edad de 64 años en el marco de una política de empleo en el sentido perfilado por el TC, es decir, exigiendo la no amortización del puesto de trabajo del jubilado y su sustitución por un trabajador desempleado o demandante de primer empleo. La ambigüedad puede explicarse porque, cuando se firma el ANE-81, la STC 22/81 está a punto de publicarse, lo que no impide que se pudiera ya conocer el borrador de la misma, que dejaba inalterado el segundo párrafo de la DA 5ª ET, relativo a la jubilación forzosa pactada en convenio. De ahí que, en el contexto, me inclino a pensar en la posibilidad de que ésta fuera la intención del legislador: el establecimiento de la jubilación forzosa a través de la negociación colectiva a los 64 años, cuidando el respeto de las condiciones establecidas por la STC 22/81: proporcionar una oportunidad a un trabajador en paro (política de empleo) y garantizar al trabajador el acceso a la pensión. Y es que, en el fondo, poco ventajosa sería la medida para la empresa —y poco eficaz, por tanto— si no pudiera imponerla al trabajador. Igualmente, tampoco resulta atractiva para el trabajador, salvo incapacidad, pues, pese a lo augurado por el RDL 14/81, la pensión se percibe reducida²². De ahí que la segunda de las condiciones establecidas por el RD 2075/1981 y que reproduzco a continuación pueda ser interpretada, a mi juicio, como el derecho de la empresa

²⁰ Art. Único.Uno RDL 14/1981.

²¹ De 19-10, por el que se desarrolla el artículo único del Real Decreto-ley 14/1981, de 20 de agosto, sobre jubilación especial a los sesenta y cuatro años.

²² La Exposición de Motivos del RDL 14/81, siguiendo lo acordado en el Acuerdo Nacional de Empleo, indicaba que el sistema permitiría la jubilación “con el cien por cien de los derechos pasivos (obsérvese la terminología funcional) de los trabajadores”. No será así finalmente, como refleja el art. 4º RD 2705/81: “La cuantía de la pensión se determinará, aplicando a la base reguladora el porcentaje que proceda en función de los periodos de cotización acreditados por el interesado en la fecha del hecho causante, conforme a lo establecido en las disposiciones vigentes”; sin ofrecer la opción de considerar cotizado el año que falta para alcanzar la edad ordinaria de jubilación.

a jubilar forzosamente al trabajador que alcanza los 64 años y cumple el periodo de cotización necesario para la pensión, siempre y cuando lo sustituya por otro:

“Pertener (el trabajador) a una Empresa que, en virtud de Convenio Colectivo o pacto, esté obligada a sustituir, simultáneamente, al trabajador que se jubila por otro trabajador que sea titular del derecho a cualquiera de las prestaciones económicas por desempleo o joven demandante de primer empleo”.

La doctrina iuslaboralista, respecto a la calificación como forzosa o voluntaria de esta jubilación, se ha mostrado dividida, con cierta opción preferencial por la voluntariedad: unos, considerándola en todo caso como voluntaria; otros, manteniendo el carácter inicial de voluntaria, salvo que el convenio colectivo la determinara como forzosa; quien, calificándola sin ambages de forzosa y hasta una posición que considera forzosa la del primer estadio (el representado por el binomio RDL 14/81-RD 2075/1981) pero voluntaria la regulada en su norma sucesora (el RD 1194/1985)²³. Junto a lo anterior y, al poco tiempo de ponerse en marcha el curioso sistema jubilación-sustitución, la impresión —tanto del legislador como de la doctrina— es de fracaso²⁴. Así se explica la aprobación del RD

²³ A favor de la voluntariedad, si bien con un análisis más centrado en la norma que yo considero sucesora —el RD 1194/1985, de 17-7-1985 (BOE núm. 173, 20-7)—: R. SASTRE IBARRECHE, “La aplicación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la negociación colectiva”, *Tribuna Social*, n.º 94, octubre 1998, p. 42; A. ROLDÁN MARTÍNEZ, “La jubilación especial a los sesenta y cuatro años: una figura confundida y desconocida”, *Revista Foro de la Seguridad Social*, n.º 2/2000, p. 12; J. A. MALDONADO MOLINA, *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 240, y M. B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *La jubilación un año antes de la edad ordinaria como medida de fomento del empleo*, Edit. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2010, pp. 48-49. Considerándola inicialmente voluntaria, salvo que el convenio la convirtiera en forzosa: S. GONZÁLEZ ORTEGA, “La anticipación de la edad de jubilación”, *Revista de Seguridad Social*, n.º 36, octubre-diciembre 1987, pp. 12-13. Calificándola de forzosa: J. LAHERA FORTEZA, “Vigencia del Real Decreto 1194/1985 con la posibilidad de establecer en convenio colectivo jubilaciones forzosas a los 64 años”, *RL*, 2005-I, p. 1387. Distinguiendo el primer estadio del segundo: J. GARCÍA ORTEGA, “La jubilación especial para mayores de 64 años”, en L. López Cumbre, (Coordra.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Edit. Iustel, Madrid 2007, nota n.º 44 a pie de p. 1181 y p. 1178, respectivamente. Para SALIDO BANÚS, que no hace un análisis explícito de la normativa, el ANE-81 estaba pensando indubitadamente en una jubilación forzosa a los 64 años (“La jubilación forzosa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (recurso electrónico de editorial Iustel)*, n.º 29-30/junio 2012, pp. 143-144.

²⁴ B. GONZALO GONZÁLEZ, F. FERRERAS ALONSO, E. GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ Y J. I. TEJERINA ALONSO, hablan de “discutible eficacia en orden al evidente propósito de fomento del empleo juvenil y de colocación de trabajadores en desempleo subsidiado”, confirmada por la estadística, “que muestra que, a lo largo de todo un año, sólo 163 trabajadores han obtenido pensiones anticipadas por este procedimiento. Se debe su inoperancia a la imposibilidad que afecta a las empresas para sustituir en todos los casos a los jubilados por nuevos contratos temporales o a tiempo parcial. Y, ciertamente, constituye una figura erróneamente más rígida que otras previstas, con finalidad semejante, en algunos convenios colectivos, los

1194/1985, que trata de hacer algunos ajustes que permitan un incremento del número de contratos de sustitución.

En la negociación colectiva de los años ochenta vamos a encontrar tanto convenios que establecen la obligatoriedad de la jubilación a los 64 años, siguiendo lo establecido en el RDL 14/81-RD 1194/1985²⁵ como otros que la establecen a dicha edad pero con carácter voluntario²⁶ y también los hay que contienen una cláusula de jubilación forzosa a los 69 años o inferior, acogiéndose a la DA 5ª ET²⁷. En una perspectiva de conjunto y teniendo en cuenta diversos artículos doctrinales, puede concluirse que los convenios colectivos o bien mejoran el régimen jurídico existente de la jubilación, concediendo ayudas complementarias a una jubilación voluntaria “anticipada” y que o bien se inclinan, unida o no a la opción que se acaba de señalar, por establecer la jubilación forzosa a edades diversas: los 69 ó 65 años o, más minoritariamente a los 64 años con sustitución del trabajador. Esto puede estar influido por dos motivos: la STC 22/81 no resultó especialmente clara en cuanto a las posibilidades de jubilación forzosa en la negociación colectiva y tampoco lo fue el RD 1194/1985 al referirse a la jubilación especial a los 64 años.

cuales hacen jugar de tal modo a la condición sustitutoria que no impide —a plazo determinado— la amortización del puesto de trabajo; así, por ejemplo, aceptan la sustitución mediante un trabajador interino cuyo contrato se mantendrá durante el tiempo (un año siempre en el caso de referencia) que reste para que el trabajador sustituido alcance la edad de jubilación mínima (sesenta y cinco años).” (“Las jubilaciones anticipadas: panoramas general y comparado”, *Revista de Seguridad Social*, nº 16/1982, pp. 313-314).

²⁵ Art. 96 V Convenio Colectivo de la Empresa “Aviación y Comercio, S.A.” (AVIACO) y su personal de tierra (BOE núm. 213, 6-9-1982); art. 40 Convenio Colectivo Interprovincial para la Industria textil de elaboración de pelo de conejo y fabricación de fieltros y sombreros (BOE núm. 214, 7-9-1982); cláusula 14 IV Convenio Colectivo de ámbito nacional de la Empresa “Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles” (BOE núm. 100, 27-4-1983). Una descripción general de las cláusulas de jubilación en los convenios colectivos firmados en 1982 en I. ALBIOL MONTESINOS, “La jubilación en la negociación colectiva de 1981 y 1982 (líneas de tendencia)”, *Revista de Seguridad Social*, nº 16/1982, pp. 366-373.

²⁶ Art. 11 Convenio Colectivo de ámbito nacional para la actividad de distribución cinematográfica y sus trabajadores (BOE núm. 119, 19-5-1982); art. 13 Convenio Colectivo de la Empresa “Tabacalera, S.A.” (BOE núm. 139, 11-6-1982); DA 6ª Convenio Colectivo de la “Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, Sociedad Anónima” CAMPSA (BOE núm. 222, 16-9-1982); art. 45 II Convenio Colectivo único del Ministerio de Cultura y su personal laboral (BOE núm. 194, 14-8-1982); art. 80 II Convenio Colectivo modificado Aviación Civil y su Organismo autónomo “Aeropuertos Nacionales” (BOE núm. 152, 26-6-1984).

²⁷ Art. 11 Convenio Colectivo de ámbito nacional para la actividad de distribución cinematográfica y sus trabajadores (BOE núm. 119, 19-5-1982); art. 16 Convenio Colectivo de la Empresa “Tabacalera, S.A.” (BOE núm. 139, 11-6-1982); Art. 56 Convenio Colectivo de la “Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, Sociedad Anónima”. CAMPSA (BOE núm. 222, 16-9-1982); cláusula 10ª XI Convenio Colectivo de la Compañía Telefónica Nacional de España y su personal (BOE núm. 181, 30-7-1982).

En fin, como decía, en 1985 se aprueba un nuevo reglamento —el RD 1194/1985— bastante peculiar, como tendré ocasión de exponer a continuación. Lo primero que sorprende es su título en relación con su contenido. En cuanto a lo segundo, es la misma jubilación especial a los 64 años pero con pequeños reajustes. Pues bien, el título del Reglamento es éste: Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, por el que se acomodan, al amparo de lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, modificada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, las normas sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo. Ni rastro de la “jubilación especial”. Lo segundo es su disposición derogatoria, que reproduzco: “Quedan derogados el Real Decreto-ley 14/1981, de 20 de agosto, y el Real Decreto 2705/1981, de 19 de octubre”.

De nuevo, una norma extravagante y sorprendente: extravagante, porque sigue regulando una modalidad de jubilación fuera del texto de la LGSS; sorprendente por los siguientes dos motivos:

- A) No se llega a comprender cómo puede un reglamento derogar un decreto-ley; mejor dicho, tal derogación es ilícita por insuficiencia de rango, lo que conlleva que el RDL 14/1981 no quede derogado. Sí es admisible la derogación del RD 2705/1981 y lógica porque esta norma que comentamos viene a sustituirlo y mejorarlo.
- B) La DA 7ª ET, tras la reforma de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores no puede ser la norma de cuyo desarrollo se ocupe el RD 1194/1985, porque la finalidad de aquella es —como literalmente se indica— “acomodar la legislación vigente sobre pensión de jubilación *en el sistema de Seguridad Social*”; es decir, hace una llamada al Gobierno para que modifique la LGSS y dé entrada en su articulado a la jubilación parcial (resultado de la combinación contrato parcial-contrato de relevo que la ley 32/84 introduce en el art. 12.5 ET) y a la jubilación especial a los 64 años con sustitución del jubilado. Como resulta evidente, el RD 1194/1985 no afecta para nada a los artículos de la LGSS reguladores de la pensión de jubilación: ni modifica artículos existentes ni los introduce nuevos. La única explicación plausible sería que el legislador trata de eliminar el RDL 14/81 porque entiende que no es correcto que un reglamento desarrolle un Real Decreto-ley y, de seguido, busca una ley que sí pueda ser el origen de donde parta el desarrollo reglamentario. No quiere acudir a la DA 5ª ET, que vuelve a ser objeto de enjuiciamiento ante el TC, en esta ocasión sobre la posibilidad de que las cláusulas de convenios colectivos puedan fijar jubilaciones forzosas y opta por recurrir —erróneamente— a la DA 7ª ET. De ahí que el siguiente paso sí resulte más coherente: me refiero a la aprobación

del Texto Refundido de la LGSS de 1994²⁸, cuya DF 4ª vuelve a hacer esa llamada de adaptación de los artículos de la pensión de jubilación de dicha norma y deroga la DA 7ª ET²⁹, a mi juicio lógicamente porque el ámbito de reforma es la normativa de Seguridad Social (y, en concreto, de la pensión de jubilación) y no el ET ni un espacio autónomo “en tierra de nadie”.

Pues bien, esto ha sido escasamente comentado por la doctrina, que, en general, ha aceptado la vinculación entre el RD 1194/1985 y la DA 7ª ET, sin mayor objeción³⁰.

A mi juicio, el carácter forzoso de la jubilación regulada por el RD 1194/1985 está más relativizado que en su antecedente, lo que no será óbice para que la negociación colectiva siga funcionando con flexibilidad en este punto, a la vista también del ámbito de actuación que le va a permitir la STC 58/1985, de 30 de abril³¹. De este modo, la jubilación especial a los 64 años se mantendrá como una

²⁸ RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

²⁹ DD.c) LGSS.

³⁰ Esa aceptación en: J. LÓPEZ GANDÍA, *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 111; A. ROLDÁN MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 8; A. V. SEMPERE NAVARRO, Y BARRIOS BAUDOR, G. L., *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, Edit. Aranzadi, Elcano (Navarra) 2000, nota nº 494 a pie de p. 222; M. B. FERNÁNDEZ COLLADOS, *La jubilación un año antes de la edad ordinaria como medida de fomento del empleo*, Edit. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2010, p. 41, y J. GARCÍA ORTEGA, “La jubilación especial para mayores de 64 años”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (Coordra.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Edit. Iustel, Madrid 2007, pp. 1169-1170. Las únicas dudas y críticas a la defectuosa regulación que he encontrado proceden de RODRÍGUEZ CARDO: “Esa medida no tuvo el éxito esperado inicialmente, y por ello se reconfiguró a través del Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, todavía vigente (téngase en cuenta la fecha de esta cita), aunque sin un apoyo legal claro. No en vano, esta norma no es un desarrollo reglamentario del Real Decreto-Ley de 1981, sino que explícitamente derogó tanto el Real Decreto 2705/1981, como, curiosamente, una norma de rango legal, ese Real Decreto-Ley 14/1981. La técnica legislativa es, desde luego, poco ortodoxa, aunque parece justificarse por la introducción de una DA 7ª en el ET por medio de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, que facultaba al Gobierno para “acomodar la legislación vigente sobre pensión de jubilación” en relación con “los supuestos en los que la edad establecida con carácter general para tener derecho a dicha pensión haya de ser rebajada en desarrollo de medidas de fomento de empleo, siempre que las mismas conduzcan a la sustitución de unos trabajadores jubilados por otros en situación de desempleados”. No parece, en cualquier caso, que esa previsión —que hoy se contiene en la DF 4ª de la LGSS— fuera lo suficientemente nítida —no procedía a una deslegalización en sentido estricto— como para permitir que un reglamento derogase una norma con rango de Ley; de lo contrario se estaría defendiendo que la propia DF 4ª de la LGSS habilitaría al Gobierno derogar mediante un mero reglamento la regulación legal vigente sobre jubilación parcial (cursivas mías, cfr. *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, Edit. Lex Nova, Valladolid 2010, pp. 56-57). Coincido plenamente con él, salvo que considero el RD 1194/1985 desarrollo reglamentario del RDL 14/1981.

³¹ Cuestión de inconstitucionalidad 170/1983.

opción autónoma que sabrá navegar en medio de los vaivenes de la validez o nulidad de las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva (sustitución de la DA 5ª ET por la DA 10ª ET, derogación de ésta en 2001, reposición en 2005 de dichas cláusulas pero con edad limitada a los 65 años) hasta su derogación por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, que pone así el punto y final a este modesto intento de política de empleo.

4. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

4.1. Jubilación forzosa y derecho al trabajo

4.1.1. ¿Puede delegarse en el Gobierno el establecimiento de una edad de jubilación forzosa?

Los términos del problema son bien conocidos: si el derecho al trabajo se ubica en el art. 35.1 CE queda afectado por el art. 53.1 CE, luego “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse” su ejercicio. Si partimos de que esa ley es el Estatuto de los Trabajadores y consideramos que los aspectos esenciales de la extinción del contrato no admiten una norma diversa de la ley, ¿cómo dice la DA 5ª que “la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad *que fije el Gobierno...*”? ¿Puede la propia ley aprobada por el Parlamento “deslegalizar” una materia que sólo a ella le está encomendada regular? ¿Puede la ley “defraudarse” a sí misma? Si bien fue una cuestión que se planteó la doctrina recién aprobado el Estatuto³², la STC 22/81 la obvió de forma ciertamente asombrosa³³.

³² Algunos Magistrados de Trabajo consideraban que la DA 5ª ET establecía los 69 años como causa de extinción del contrato de trabajo, sin necesidad de marco alguno de política de empleo: E. DE LA FUENTE GONZÁLEZ y J. A. LINARES LORENTE, “La extinción del contrato de trabajo. Especial alusión a la extinción por causas económicas o tecnológicas y por causas objetivas”, en VVAA, *El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de estudio de los Magistrados de Trabajo*, Edit. Instituto de Estudios Sociales. Ministerio de Trabajo, Madrid 1980, pp. 180-182. Por su parte, ALBIOL MONTESINOS consideró también la fijación de los 69 años como edad máxima para trabajar por cuenta ajena y que, por debajo de esa edad, se permitiría que la negociación colectiva estableciera jubilaciones anticipadas voluntarias (cfr. “Comentario al artículo 49 ET” en I. ALBIOL MONTESINOS, C. BLAT MELLADO, *et alii*, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo*, Edit. Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1981, pp. 369-371). En todas estas opiniones se objeta la posible inconstitucionalidad de la DA 5ª ET por no respetar la habilitación al Gobierno la reserva de ley del art. 53 ET o por la posible colisión de la determinación por ley de una edad máxima para el trabajo asalariado con la prohibición constitucional de discriminaciones (art. 14 ET).

La respuesta se podría responder con un “no” rotundo, pero la redacción de la DA 5ª presenta algunas aristas que exigen un paso más cauteloso. Me refiero, en primer lugar, a que en su literalidad es perfectamente entendible que es el legislador quien regula la edad de la jubilación forzosa: 69 años. Por tanto, cabría aceptar que, con independencia de lo que el Gobierno pueda hacer o haga y de lo que más tarde diremos sobre la negociación colectiva, la regulación legal existe y es operativa *per se*. Ni que decir tiene que así lo entendieron algunas empresas que procedieron a jubilar a los trabajadores con esa edad y que los Tribunales admitieron la validez de dichas extinciones hasta que el TC se pronunció sobre el tema en la STC 22/1981, que “suspendió” la jubilación forzosa legal y la conectó con una actuación gubernativa de futuro. Pero volviendo al inicio de mi reflexión: originariamente, cabe interpretar la DA 5ª en el sentido de que establece una jubilación forzosa a los 69 años. Lo que sucede es que el legislador autoatribuye a dicha disposición el carácter de norma mínima —algo propio en las relaciones leyes-bases de trabajo o leyes-reglamentaciones nacionales de trabajo o, incluso, leyes-convenios colectivos sindicales—, pero poco frecuente en relación con una intervención del Gobierno, que, de acuerdo con la Constitución, será probablemente a través de reglamento. Pues bien, presentándola como ventaja social o conquista de derechos por los trabajadores, la mentada disposición “otorga” al Gobierno la opción de fijar la edad de jubilación forzosa por debajo de los 69 años siempre que el mercado y la Seguridad Social lo permitan. Esto sí que es inconstitucional: no resulta posible remitir a un reglamento, deslegalizando, por tanto, la edad máxima para celebrar un contrato de trabajo³⁴. A mi juicio, ha-

³³ Acepta estar ante una “autorización” o “habilitación” al Gobierno (FJ 10º) para, en el momento precedente al Fallo, justificar su omisión en que se trata de una cuestión no relevante para la decisión que el Magistrado de Trabajo adopte: “Es evidente que de la constitucionalidad de una política de empleo que utilice como instrumento la jubilación forzosa no se deriva directamente la constitucionalidad de la disposición adicional quinta, pues ésta exige además el análisis de la base constitucional de la habilitación al Gobierno y de la fijación de edades de jubilación forzosa a través de la negociación colectiva en relación con el ámbito de la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 de la Constitución. Este análisis, pese a su trascendencia jurídica, no será objeto de nuestra consideración, pues como el mismo Abogado del Estado advierte y entiende también el Fiscal general, atañe a cuestiones nuevas que, por otra parte, no son relevantes para la decisión que el Magistrado de Trabajo adopte en el caso que ha dado origen al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad” (FJ 11º). Una crítica clara y contundente al modo de resolver la cuestión en J. GARCÍA BLASCO, “En torno a la problemática jurídica de la disposición adicional 5ª de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y la incidencia de la doctrina del Tribunal Constitucional: la Sentencia de 2 de julio de 1981” en VVAA, *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80. III Coloquio sobre Relaciones Laborales (Jaca, 23-25 de septiembre, 1982)*, Edit. Instituto Universitario de Relaciones Laborales, Zaragoza 1983, pp. 117-118.

³⁴ No es el único caso polémico que ha planteado la regulación estatutaria: piénsese, por ejemplo, en la regulación por Real Decreto de las relaciones laborales especiales del art. 2 ET, de acuerdo con la DA 2ª ET o la ampliación de jornada por encima del máximo legal, remitida al Go-

brían cabido dos opciones distintas que no deberían haber merecido reproche de inconstitucionalidad: a) indicar en el art. 7 ET una edad máxima para contratar con carácter general (y esto también merecerá una explicación posterior); o b) haber redactado la DA 5ª en otros términos: “A partir de los 69 años y hasta los 75, que actuará como edad de jubilación forzosa en todo caso, el Gobierno podrá establecer una edad máxima para celebrar el contrato de trabajo”.

En segundo lugar, desde el punto de vista de la delegación legislativa en el Gobierno prevista en nuestra Constitución (Real decreto legislativo a partir de una ley de bases o con finalidad refundidora)³⁵, me parece que el caso diverge completamente de estas funciones, pese a que la doctrina ha decidido también considerarlas, para concluir negándolas como vías admisibles. Igualmente, si atendemos a lo que es la “deslegalización”, ésta no debe tener lugar precisamente por la propia ley reguladora, ni tampoco se corresponde con su prístino sentido —disminuir el rango de lo que anteriormente estaba regulado por ley— si atendemos a que la jubilación forzosa venía regulada previamente a la CE en una Orden Ministerial de 1953. Tampoco resulta admisible una deslegalización de aspectos relativos al ejercicio de un derecho del Capítulo II del Título I de la Constitución³⁶.

De este modo, y sólo si el legislador fija una “horquilla” de edades máximas para trabajar, podría entenderse admisible la intervención del Gobierno, pues cabría recurrir aquí a la tesis de DE OTTO de la estructura vertical de la reserva, defendida por VALDÉS DAL-RE, que permitiría dar espacio a la norma reglamentaria cuando lo esencial queda salvado por la regulación legal³⁷.

bierno por el art. 34.5 ET (versión original; actualmente en art. 34.7 ET). La STC 26/84, 24-2, abordó la problemática de las relaciones laborales especiales, si bien el litigio se centraba en la especial del servicio doméstico, concluyendo que el ET había deslegalizado el régimen jurídico de dicha relación laboral (FJ 5º), lo que no deja de ser llamativo. En la doctrina, una síntesis de las posiciones sobre la naturaleza de la DA 2ª ET en A. BLASCO PELLICER, “La extinción del contrato de trabajo en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en VVAA (A. V. Sempere Navarro (Dtor.) y R. Martín Jiménez, (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid 2003, pp. 440-441.

³⁵ Art. 82 CE. No existe ningún otro supuesto más: cfr. O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid 1978, pp. 546-549; BERMEJO VERA, J., “Las fuentes del Derecho en la Constitución Española de 1978”, en M. Ramírez Jiménez (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Edit. Libros Pórtico, Zaragoza 1979, pp. 248-249.

³⁶ J. GARCÍA BLASCO, *op. cit.*, pp. 117-118; C. SÁEZ LARA, “La jubilación forzosa: las previsiones del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia constitucional y ordinaria”, *Revista Española Civitas de Derecho del Trabajo*, nº 25, enero-marzo 1986, pp. 129-131. Con carácter general, sobre la distinción entre “delegación legislativa”, “remisión” y “deslegalización” puede consultarse E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª edic., Edit. Civitas, Madrid 1998, pp. 176 y ss.

³⁷ “Atendida la función que desempeña la reserva de ley en nuestro sistema constitucional, fácilmente se comprende que ésta se infringe con el simple hecho de que el legislador se pronuncie formalmente sobre la materia reservada. Si la finalidad del principio es, tal y como se ha ex-

El TC, repito, cerró en falso “esta puerta”, pues, aunque parece que derogó la jubilación forzosa a los 69 años, realmente la colocó como límite a la posible intervención del Gobierno —cuando ésta se produjera y en las condiciones indicadas por la Sentencia 22/81— y, como efecto en cadena, dicha edad sirvió también de límite a algunos convenios colectivos que la consideraron como máxima para celebrar un contrato de trabajo. Pero, como he dicho, de la función de la negociación colectiva trataré más adelante.

puesto, asegurar la activa intervención del legislador, la reserva de ley no se satisface en modo alguno con regulaciones formales que difieran al Gobierno, mediante remisiones en blanco, incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, la elección de las opciones políticas básicas que norman la materia reservada. La reserva de ley tiene así un “valor sustancial”, exigiendo un contenido normativo a la ley cierto y concreto, coincidente con la materia reservada”. VALDÉS DAL-RÉ se desmarca de la postura de aquéllos (TORNOS MÁS, DE LA CRUZ FERRER) que defienden que hay dos tipos de reserva de ley —una, absoluta o cualificada; la otra relativa— de modo que “el primero... (“solo por Ley”)... comprende los supuestos que inciden en un derecho fundamental o en una posición de libertad”, casos en los que el reglamento “sólo es posible como ejecución, como organización de la actividad administrativa” precisa para garantizar el derecho, teniendo vedada la potestad reglamentaria introducir opciones políticas. En los otros supuestos, por el contrario, la reserva de ley (relativa) busca exclusivamente la decisión del legislador “para impulsar la actividad administrativa”. A la ley corresponde, en este segundo tipo, “fijar los objetivos, el procedimiento y la organización”, defiriendo al Reglamento su concreta articulación.” Y comparte la tesis de DE OTTO, para quien “la mayor o menor extensión vertical de la reserva de ley no puede hacerse depender de la naturaleza de la *materia* sobre la que versa la reserva”. De este modo —suscribe VALDÉS— “atendiendo a su estructura, DE OTTO... diferencia las reservas de ley con distribución horizontal y con distribución vertical. En las primeras, la reserva de ley recae sobre un *sector* de una materia, de suerte que todas las normas que afecten a dicho sector habrán de tener rango legal; en las segundas, en cambio, la reserva es tan sólo predicable de las normas de “cabecera”, reguladoras de los aspectos básicos de una materia, siendo admisible la regulación por Reglamento de la normativa no incluida en el ámbito reservado a ley”. “Es en las reservas de ley de estructura vertical en las que es dable plantear el problema de la extensión en profundidad de la reserva y en las que, por lo mismo, cobra pleno sentido la posibilidad de realizar remisiones reglamentarias, dentro de las limitaciones ya indicadas. Respecto de este segundo tipo de reservas, no cabe hablar de potestad reglamentaria autónoma. Ello se debe a la circunstancia de que, al haber atribuido la Constitución a norma legal la regulación de los aspectos básicos de una determinada institución o materia, la preexistencia de la ley es condición necesaria para el ejercicio del poder reglamentario, que queda abierto tan sólo a partir del momento en que la ley haya sido promulgada, satisfaciendo además el objeto de la reserva. Sin embargo y en razón de la verticalidad a la que responde la reserva, el Reglamento no tiene que limitarse a actuar como mero ejecutante de la ley: también puede y debe regular aquellos aspectos no básicos.” (F. VALDÉS DAL-RÉ, “La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral”, VVAA (A. Montoya Melgar, A. Martín Valverde y F. Rodríguez Sañudo Coordres.), *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Edit. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colecc. Encuentros, nº 10, Madrid 1990, pp. 358-362).

4.1.2. El mero cumplimiento de una edad como causa de extinción del contrato de trabajo

La STC 22/1981 admisible la limitación del derecho al trabajo si existen razones de política de empleo. Y sostiene que cabe distinguir en el derecho al trabajo tanto una perspectiva individual como otra colectiva. Es ésta última la que permite limitar la primera. Lo dice así:

“El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma.

La política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo, y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. A través de ella se limita temporalmente al primero el ejercicio del derecho individual al trabajo mediante la fijación de un período máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo el ejercicio de ese mismo derecho. La limitación del derecho que la política de empleo a través de la jubilación forzosa lleva implícita no tiene, por consiguiente, su origen y justificación en la realización de una política económica de pleno empleo; de aquí que no pueda afirmarse que con ella se limita un derecho reconocido en el artículo 35 de la Constitución en aras de un principio orientador de política económica recogido en el artículo 40 de la misma.

Esta política de empleo supone la limitación de un derecho individual consagrado constitucionalmente en el artículo 35, pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.2 —el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás—, y se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (artículo 9 de la Constitución).”³⁸

Bastantes años después de esta sentencia, resulta interesante constatar la construcción de la tesis limitativa de derechos. De ella nos da noticia MEDINA GUERRERO, quien indica el principio de proporcionalidad como la “clave de bóveda” que el TC deberá considerar cuando tenga el deber de armonizar entre sí derechos fundamentales, libertades y bienes constitucionalmente protegidos. En su opinión, “durante largo tiempo (hasta la STC 66/1995) el Tribunal Constitucional hizo un uso incompleto o fragmentario del principio que nos ocupa, por cuanto no tendía a aplicar de modo sistemático los tres subprincipios o reglas que, de acuerdo con su formulación más depurada, integran el principio de proporcionalidad,

³⁸ FFJJ 8º y 9º.

a saber, el principio de adecuación, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto”. Siguiendo a este mismo autor, el principio de adecuación “exige que la restricción que sufre el derecho fundamental sea verdaderamente útil para alcanzar la finalidad que justifica el límite del derecho. Habida cuenta de que únicamente se puede limitar un derecho cuando con ello se pretenda salvaguardar otro derecho o bien de naturaleza constitucional, con este principio se trata de evitar que baste la mera invocación formal de cualquier bien o derecho previsto en la Constitución para que pueda justificarse la limitación del derecho”. Por su parte, el de necesidad o indispensabilidad “supone que, siempre que haya alguna alternativa que satisfaga con la misma eficacia la finalidad que justifica el límite del derecho, deban desestimarse aquellas otras que resulten más gravosas para el objeto de la limitación”. Finalmente, el que llama principio de proporcionalidad “en sentido estricto” (tercer subprincipio) “reclama que ha de existir una armonía entre el sacrificio que inflige a los titulares de los derechos el límite adecuado e indispensable y el beneficio que el mismo genera para la colectividad”, o, en palabras de la STC 66/1995 (FJ 5º), la restricción de un derecho puede considerarse proporcionada en sentido estricto si es “ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”³⁹.

Una aplicación práctica de este juego de principios la tenemos en sendos Votos Particulares que en dos recientes SSTC —la 119/2014 y la 8/2015⁴⁰—, relativas a la reforma del mercado laboral de 2012, formula el Magistrado VALDÉS DALRÉ, en esa ardua tarea de fijar los límites que el legislador debe respetar a la hora de afectar al derecho de negociación colectiva.

Volviendo a nuestro objeto de estudio, cabe decir que en la STC 22/81 una cierta aplicación de estos mismos principios es utilizada para justificar la limitación del derecho al trabajo. Lo verdaderamente anómalo es que la armonización que hace esta sentencia es dentro de un mismo derecho, en dos facetas que, con cierta artificialidad, construye el Alto Tribunal: se trata del derecho al trabajo, del que se afirma tiene un doble aspecto —individual y colectivo—. Ni la política de empleo ni la jubilación forzosa son derechos constitucionales, sino instrumentos que, en la dimensión colectiva del derecho, permiten armonizar el derecho al trabajo de un grupo de personas con ese mismo derecho de otro grupo de individuos. Pero, en el fondo, se está revistiendo dicha política de pleno empleo del carácter de de-

³⁹ M. MEDINA GUERRERO, “Comentario al art. 53.1 CE. La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador”, en M^a E. Casas Baamonde Y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Comentarios a la Constitución Española*, Edit. Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid) 2008, pp. 1169-1171.

⁴⁰ De 16-7-2014, Rec. n.º 5603/2012, y de 22-1-2015, Rec. n.º 5610/2012, respectivamente. VP formulado a la STC 119/2014, apartado 8 y VP formulado a la STC 8/2015, apartado 2. Cuarto. A sendos Votos Particulares se adhirieron los Magistrados Asua Batarrita y Ortega Álvarez.

recho o, dicho de otra forma, el principio de pleno empleo del art. 40.1 CE está adquiriendo un forzado carácter de bien constitucionalmente protegido⁴¹. De este modo y, prescindiendo de la tesis rigorista que excluye la aplicación de los principios mencionados por MEDINA GUERRERO cuando no se trata de derechos fundamentales (no lo serían, en tal caso, ni el derecho al trabajo ni el derecho a la negociación colectiva, por su ubicación en la Sección II, Título I, Capítulo II CE), podemos identificar su aplicación en el FJ 9º de la sentencia objeto de comentario:

- a) El principio de adecuación: “Esta política de empleo supone la limitación de un derecho individual consagrado constitucionalmente en el artículo 35, pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 29.2 —el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás—, y se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (artículo 9 de la Constitución); ...dicha limitación puede quedar también justificada por su contribución al bienestar general —otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que puede ir unidas al paro juvenil”.
- b) Principio de necesidad: no aparece explicitado en la Sentencia. Se da por supuesto.
- c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto: la limitación que supone la jubilación forzosa del derecho al trabajo “debe ser objeto de compensación, pues para que el tratamiento desigual que (ésta) supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito; es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. Este es el sentido que ha de atribuirse a la compensación prevista en la disposición adicional quinta al asegurar que el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación”.

Como puede verse, la justificación del TC no es del todo satisfactoria. En mi opinión, como ya había adelantado, considero que la jubilación forzosa es perfectamente constitucional si tenemos en cuenta que el trabajo existente en nues-

⁴¹ Crítico con el razonamiento de la Sentencia y discrepante con la faceta colectiva del derecho al trabajo: M. R. ALARCÓN CARACUEL, “Jubilación: ¿anticipar o postergar?”, en VVAA (J. Agustí Juliá y J. Fargas Fernández, Coordres.), *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*, Edit. Bomarzo, Albacete 2010, pp. 239-240.

tro país es limitado⁴² y que el derecho a la vida (art. 15 CE), entendido como la disponibilidad de los recursos suficientes para sostenerse a uno mismo y a su familia (art. 32 CE: matrimonio e, implícitamente familia), requiere la liberación de puestos de trabajo por los mayores, que podrán sostenerse con su pensión de jubilación y cuyas necesidades familiares serán, probablemente, más exiguas que las propias de personas de menor edad. Ésos son los dos derechos que hay que armonizar: el derecho a la vida como sostenimiento material y el derecho al trabajo como permanencia en el mercado de trabajo. Y es que no debe olvidarse que quien se ve obligado a abandonar el mercado de trabajo por jubilación forzosa siempre le quedará también la doble opción de disfrutar de la pensión de jubilación o de iniciar una actividad por cuenta propia, ámbito que sí sería adecuado dejar sin limitación de participación por razones de edad⁴³.

4.2. Jubilación forzosa, derecho de igualdad y no discriminación por razón de edad

La doctrina iuslaboralista ha analizado con más detenimiento la polémica entre la jubilación forzosa y la discriminación por edad a partir de la Directiva 2000/78/CE y diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Prueba de ello es que la primera monografía de referencia sobre igualdad y no discriminación en nuestro país no presta una especial atención a la edad como realidad fáctica causante de un trato diferencial⁴⁴. No obstante, cabe decir que la cuestión es algo más antigua, pues se presenta ya en la propia STC 22/81. El recurrente por despido improcedente, cuyo caso da lugar a la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve la Sentencia, había alegado ante la Magistratura de Trabajo que la DA 5ª ET, si señalara una edad de jubilación forzosa, “vulneraría el artículo 14 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad y la no discriminación, e iría en contra de los artículos 7 y 17 del Estatuto de los Trabajadores”⁴⁵. De este modo, cuando el Alto Tribunal español descarta, por

⁴² En una perspectiva más global, la aguda descripción de factores expuesta por M. ALONSO OLEA, *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Edit. Civitas, Madrid 1995, pp. 17-30.

⁴³ A mi juicio, el art. 35 CE se refiere fundamentalmente al derecho al trabajo por cuenta ajena, pese a la mención de la libre elección de profesión, que podría llevar a pensar en profesiones liberales o en el trabajo autónomo. Me lleva a pensar esto la mayoritaria presencia de elementos del trabajo en régimen de ajenidad en dicho precepto: “promoción a través del trabajo”, “remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”, prohibición de discriminación por razón de sexo, “estatuto de los trabajadores”. Soy consciente de que mi postura es minoritaria en la doctrina.

⁴⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Y M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Edit. Tecnos, Madrid 1986, pp. 242-246.

⁴⁵ Antecedente 2.

inconstitucional, el establecimiento general de una edad máxima para contratar no está haciendo otra cosa que plasmar brevemente el siguiente razonamiento: resulta discriminatorio considerar que *toda persona*, alcanzada una *edad determinada*, tiene mermadas sus facultades físicas y psíquicas y no es apta, por tanto, para el trabajo. Y es una discriminación por razón de edad, ya que éste es el único criterio adoptado para justificar el trato diverso, pues no se fija ningún sistema de comprobación de la capacidad de trabajo. De ahí que concluya en estos términos: “En cualquier caso, la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud “*iuris et de iure*” carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial”⁴⁶.

Algo parecido ocurre a nivel internacional y comunitario. En este sentido, la Recomendación n° 162 de la OIT de 1980 sobre los trabajadores “de edad”⁴⁷ anima en su apartado 21, siempre que sea posible, a adoptar medidas dirigidas a garantizar “que, en el marco de un sistema que permita una transición progresiva entre la vida profesional y un régimen de actividad libre, el paso de un trabajador a la situación de retiro se efectúe voluntariamente”, así como que la edad de admisión a la prestación de vejez sea flexible. Pocos años después, la Recomendación del Consejo de 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación⁴⁸, invita a los Estados Miembros a implantar un sistema de jubilación flexible, entendiendo por tal el derecho del trabajador a decidir libremente el momento de su jubilación, lo cual implica, básicamente, no limitar el acceso a la pensión a una edad determinada. Se entiende, lógicamente, que la jubilación forzosa se aparta de esta línea de libertad de terminación del contrato que quiere impulsar el Consejo. Igualmente, el Convenio n° 158 de la OIT de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo⁴⁹ entiende que la extinción del contrato debe estar basada en una justa causa relacionada con uno de estos tres aspectos: capacidad del trabajador, su conducta o las necesidades de funcionamiento de la empresa (art. 4). Resulta también de interés su art. 5, que viene a señalar condiciones, cualidades, aspectos o circunstancias del trabajador que no podrían alcanzar el carácter de justa causa: son numerosas y, en general, puede entenderse que su utilización por el empresario como causas de extinción podrían dar lugar a un despido discriminatorio. Lo que me resulta llamativo es que no se menciona la edad del trabajador en esa larga lista⁵⁰.

⁴⁶ FJ 5°

⁴⁷ www.ilo.org.

⁴⁸ DOCE n° L 357/27, 18-12-1982.

⁴⁹ www.ilo.org.

⁵⁰ Mientras que sí se citan: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales, tanto fuera de las horas de trabajo como durante el mismo, en este caso con consentimiento del empresario; el desempeño del puesto de representante de los trabajadores en la empresa

Más cercanos en el tiempo se encuentran el art. 13 del TCE, en su redacción dada por el Tratado de Ámsterdam (1997), la Directiva 2000/78/CE del Consejo⁵¹ y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)⁵². En los tres se menciona la edad como posible condición de discriminación. Por su carácter de derecho comunitario más específico, me centraré en la Directiva que es la que también ha sido objeto de mayor atención por la doctrina iuslaboralista española y que también ha constituido —lógicamente— el argumento jurídico empleado por la jurisprudencia comunitaria. Como es conocido, la Directiva marca con claridad su objeto en su art. 1º: “luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”. Su art. 2º identifica el principio de igualdad de trato con la ausencia de toda discriminación directa o indirecta, definiendo a continuación ambas. Quizá el mayor interés radique en el concepto de “discriminación indirecta”: “existirá... cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

Es el art. 6º de la Directiva el que ha suscitado mayor análisis porque descende a aspectos concretos vinculados a la condición “edad” que los Estados miembros pueden considerar y establecer en sus políticas sin que se produzca discriminación; lógicamente, respetándose la finalidad legítima y la justificación objetiva y razonable, que actúan como premisas de partida. De esos elementos que se mencionan, cabría destacar los siguientes (la Directiva parece mencionarlos a título orientativo, pero su peso específico es importante):

- a) las políticas de empleo y del mercado de trabajo;
- b) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en... la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación; y

o, incluso, el de mero candidato en elecciones de este tipo; haber demandado, en distintas modalidades, al empresario por violación de leyes o reglamentos; la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; y, finalmente, la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

⁵¹ DOCE L 303/16, 2-12-2000.

⁵² DOCE C 364/1, 18-12-2000.

- c) la determinación de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas.

A mi juicio, la jubilación forzosa entraría sin dificultad en este artículo de la Directiva, amparada en la política de empleo y del mercado de trabajo. Incluso el propio precepto recuerda lo que en el derecho español de Seguridad Social es una realidad: no se ha considerado discriminatorio el hecho de que la edad de acceso a la pensión de jubilación sean los 65 años y no otra superior o inferior y lo mismo en otras prestaciones que tienen de igual modo presente la edad del trabajador para algún aspecto concreto (por ejemplo: la prestación de incapacidad permanente cualificada, que se otorga con, al menos, 55 años; o la pensión de viudedad; o la pensión no contributiva de invalidez, que exige los 18 años como mínimo y se extiende hasta los 65 como máximo; o la no contributiva de vejez, a partir de los 65 años, etc.). También resulta curiosa la posibilidad que se contempla de no contratar a quien no va a poder causar la pensión de jubilación.

En fin, como puede verse, el planteamiento de la Directiva es bastante abierto. Queda considerar, y a ello paso a continuación, los pronunciamientos judiciales más destacados que, tanto a nivel comunitario como interno, se han producido en relación con la jubilación forzosa y la discriminación por edad. Adelanto que, a nivel interno, me limitaré a la jurisprudencia del TC.

El primero que sugiero considerar, por su relación directa con el tema de este estudio, es el Asunto C 411/05 Félix Palacios de la Villa vs. Cortefiel, S.A.⁵³. Es de gran complejidad su comprensión porque el juez nacional plantea al Tribunal de Justicia la compatibilidad con la Directiva 2000/78/CE de la DT Ley 14/2005⁵⁴.

⁵³ STJUE 16-10-2007. Con posterioridad se planteó el Asunto C 87/06 Vicente Pascual García vs Confederación Hidrográfica del Duero, pero, al versar sobre la misma cuestión prejudicial que el Asunto Palacios de la Villa y resolverse éste último previamente, se desistió del recurso y se archivó por el Tribunal.

⁵⁴ De 1-7, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Venía a reponer en el ET la DA 10ª, que había sido derogada en 2001, en nueva versión: “Disposición adicional décima. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo. b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir con los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.” Su DT única indicaba el régimen a seguir con las cláusulas de jubilación forzosa de convenios colectivos que no explicitaban la medida concreta de política de empleo y que no

Sin tratar de hacer un análisis exhaustivo de la misma, que desbordaría el objetivo de este estudio, y que, por otro lado, ha sido realizado por la doctrina⁵⁵, cabe apreciar que el Tribunal de Justicia no entra al detalle —como es habitual, por otra parte— de pormenores en las legislaciones de derecho interno. Reconduce, de alguna manera, la cuestión prejudicial al hecho de considerar si la jubilación forzosa establecida en un convenio colectivo respeta la prohibición de discriminación por razón de edad establecida en la Directiva mencionada. Y, tras declarar que se trata de una cláusula calificable como condición de empleo y, por tanto, incluíble en el ámbito material de la Directiva, responde afirmativamente, pues, de alguna manera, considera que si la norma que permite esta posibilidad a los convenios colectivos ha sido impulsada por los agentes sociales (sindicatos y asociaciones empresariales), va de suyo el motivo de “política de empleo”, que, *ex art.* 6 de la Directiva, justifica diferencias de trato por motivos de edad, sin necesidad de una mención o concreción explicitada al mínimo⁵⁶.

El segundo es el Asunto C 388/07 *The Queen, The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) vs Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*⁵⁷, que sigue la línea marcada por el anterior y que, de nuevo, admite la jubilación forzosa siempre y cuando exista una finalidad objetiva y razonable. Y se insiste en que esa finalidad puede

habían sido declaradas nulas por sentencia: “Las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en las que se hubiera 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 tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Lo dispuesto en el párrafo anterior no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor.” Ciertamente, sorprende que el juez nacional no plantee la cuestión de inconstitucionalidad por falta de manifestación de la garantía de mantenimiento del empleo a la luz de lo señalado por SSTC 22/1981 y 58/1985. También llama la atención que esté considerando discriminatorio el hecho de una jubilación forzosa con política de empleo explícita y otra con ausencia de este segundo aspecto, sin matización alguna. ¿Realmente la discriminación se produce porque en unos convenios se va a garantizar la no amortización de puestos de trabajo y en otros no?, ¿no hubiera sido preferible focalizar la discriminación en que el mero hecho de cumplir 65 años no puede ser un motivo que justifique la extinción automática del contrato de trabajo?

⁵⁵ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, “Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho Comunitario”, en VVAA (F. Camas Roda Coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Edit. Bosch, Barcelona 2009, pp. 34-37; y L. F. DE CASTRO FERNÁNDEZ, “Jubilación anticipada y jubilación forzosa: análisis jurisprudencial”, en VVAA (J. Agustí Juliá, y J. Fargas Fernández, Coordes.), *op. cit.*, pp. 220-221.

⁵⁶ No comparto el juicio que hace RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER cuando sostiene que “dada la ambigüedad de los razonamientos de la sentencia, no ha quedado del todo clara la legitimidad “comunitaria” de la jubilación forzosa.”

⁵⁷ STJUE de 5 de marzo de 2009.

extraerse, como ya hizo el Tribunal en el Asunto Palacios de la Villa del contexto y de los documentos oficiales del Estado Miembro. En este caso, aunque no aparezca citado explícitamente en la Sentencia, en las Conclusiones del Abogado General se mencionan las notas enviadas por el Ministerio de Comercio e Industria de Reino Unido que indican que la norma británica tiene por finalidad la “planificación del mercado laboral”, así como neutralizar cualquier impacto negativo que pueda afectar a las pensiones y demás beneficios relacionados con el trabajo⁵⁸. Es cierto que se trata también de una Sentencia que responde a cuestiones de carácter un tanto general porque no se trata de un caso de aplicación de la norma británica a un trabajador/a concreto/a y, además, como observa el Abogado General, el Reino Unido plantea las cuestiones no sobre la norma interna de aplicación directa (Ley de 1996 sobre los derechos de los trabajadores) sino sobre la norma que podemos considerar intermedia (Employment Equality (Age) Regulations 2006, SI 1031/2006, denominada “Reglamento”) entre la Directiva y la Ley de 1996⁵⁹.

El tercero —y la respuesta del Tribunal de Justicia se va consolidando— es el Asunto C-45/09 Gisela Rosenbladt vs *Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*⁶⁰, de gran importancia porque se asimila bastante a la realidad del caso español. El TJUE viene a reconocer la compatibilidad con la Directiva de igualdad de trato y, por tanto, a negar la discriminación por razón de edad de las cláusulas de convenios colectivos que establezcan la jubilación forzosa en el momento en que el/la trabajador/a cumpla la edad ordinaria de jubilación. Para ello, el convenio colectivo debe estar habilitado por una ley nacional y tanto ésta como aquél deben responder a una finalidad legítima, acorde con el ya mencionado art. 6 de la Directiva. En este caso, la Sala entiende que vuelve a estar presente en el ánimo

⁵⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Ján Mazák, presentadas el 23 de septiembre de 2008, apartado n° 67.

⁵⁹ “20. Aun cuando, como ha subrayado *Age Concern England* en sus observaciones, la sentencia que se dicte en el litigio principal puede revestir gran importancia para el sistema de jubilación vigente en el Reino Unido y afectar de modo decisivo a un gran número de casos que, en materia de jubilación forzosa, se hallan pendientes ante los tribunales del Reino Unido, la presente petición de decisión prejudicial tiene en realidad un alcance bastante limitado. 21. En particular, en su resolución de remisión la *High Court of Justice* se ha abstenido deliberadamente de preguntar al Tribunal de Justicia si las normativas nacionales de las características de la controvertida en el litigio principal, que permite a los empleadores extinguir la relación laboral por jubilación cuando el trabajador haya cumplido los 65 años, son compatibles con la Directiva 2000/78. En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente no ha facilitado al Tribunal de Justicia informaciones relevantes que pudieran permitirle determinar si tales normas pueden quedar justificadas con arreglo al artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva. Tampoco las partes del litigio principal se han pronunciado en detalle sobre los posibles objetivos de la normativa nacional controvertida ni sobre si estas medidas son o no proporcionales (cfr. Conclusiones del Abogado General Sr. Ján Mazák).

⁶⁰ STJUE de 12 de octubre de 2010.

del Gobierno alemán la intención de que tal medida sirva para la distribución del empleo y la contratación de trabajadores jóvenes. Se trataba, en concreto, del convenio colectivo aplicable a los trabajadores por cuenta ajena del sector de la limpieza industrial. Es necesario también que en esa misma finalidad legítima se auspicie el propio convenio. De nuevo, vuelve a aparecer el argumento ya conocido de que no es precisa la mención explícita de la finalidad en la norma o en el convenio, *bastando con la deducción de la misma de otras normas o del contexto político-social*. Tampoco considera el TJUE que deba estar previsto en el convenio colectivo la sustitución de cada trabajador concreto que se jubila, siendo suficiente la consideración de que las partes firmantes (representantes de trabajadores y empresarios) prevean que esas jubilaciones forzosas dinamicen el mercado y produzcan que las empresas del sector lleven a cabo nuevas contrataciones. Por su interés transcribo el apartado 43 de la Sentencia:

“En el marco del procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno alemán destacó, entre otros extremos, que la conformidad a Derecho de las cláusulas (convencionales)⁶¹ de extinción automática de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que han alcanzado la edad de jubilación, reconocida asimismo en numerosos Estados miembros, constituye el reflejo de un consenso político y social que persiste en Alemania desde hace muchos años. El referido consenso descansa, ante todo, en la idea maestra de repartir el trabajo entre las distintas generaciones. La extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores en cuestión beneficia directamente a los jóvenes trabajadores, al favorecer la inserción profesional de estos últimos, que resulta problemática en un contexto de desempleo persistente. Por otra parte, los derechos de los trabajadores de más edad son objeto de adecuada protección. En efecto, la mayor parte de ellos desea dejar de trabajar tan pronto como nace su derecho a la jubilación, pues la pensión obtenida les proporciona una renta de sustitución tras la pérdida del salario. Para concluir, el Gobierno alemán afirma que la extinción automática del contrato de trabajo encierra el mérito añadido de no compeler a los empresarios a despedir a los trabajadores basándose en que ya no son idóneos para el trabajo, lo que podría resultar humillante para los trabajadores de edad avanzada.”

El cuarto y último, por el momento, en el ámbito comunitario, es el Asunto C-141/11 *Torsten Hörnfeldt vs Posten Meddelande AB*⁶² y añade un aspecto novedoso, al declarar el TJUE conforme a la mencionada Directiva la jubilación forzosa a los 67 años prevista, con carácter general, por una ley sueca. Como siempre, exige que la finalidad sea legítima y que los medios empleados sean razonables. De nuevo, se recurre al contexto para encontrar en él la referencia a la política de empleo. Acudiendo a la resolución de remisión, señala el TJUE que los trabajos preparatorios de las leyes suecas de protección del empleo, condiciones laborales y no discriminación “ponen de manifiesto varios objetivos referidos a la política de empleo y del mercado laboral. La regla de los 67 años pretende mejo-

⁶¹ Paréntesis mío.

⁶² STJUE de 5 de julio de 2012.

rar, en particular, el importe de la pensión futura permitiendo trabajar después de los 65 años de edad, así como compensar la escasez de mano de obra que habrá de producirse con las próximas oleadas de jubilaciones. Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente señala que, a juicio del *Diskrimineringsombudsmannen* (mediador en materia de discriminación), la regla de los 67 años se justifica porque permite liberar puestos para los jóvenes en el mercado laboral”⁶³. La ley de protección del empleo y de las condiciones laborales es interesante por varios motivos: 1º) porque prohíbe a los convenios colectivos y a los contratos de trabajo establecer la jubilación forzosa antes de los 67 años; 2º) porque parece carecer de carácter absoluto, en el sentido de que la jubilación no operaría si el empresario no la impone al trabajador; y 3º) porque, pensando quizás en aumentar el importe de la futura pensión de jubilación, permitiría, a discreción de empresario, el pacto de contratos de trabajo temporales con el/la trabajador/a de 67 años.

Ya en el ámbito del derecho interno, la STC 280/2006⁶⁴ considera no discriminatoria por edad la cláusula de un convenio colectivo que impone la jubilación forzosa, pues se constata que puede enmarcarse en una actuación de garantía de empleo, pues un artículo de dicho convenio señala que, durante su vigencia, “todos los trabajadores fijos que actualmente se hallen en activo, tienen derecho al mantenimiento de su empleo”. Además, el puesto del trabajador jubilado es ocupado por un nuevo trabajador. De ahí que se rechace el amparo solicitado basado en dicha discriminación. Pese a que la Sentencia menciona la Directiva 2000/78/CE, no hay una especial profundización en los artículos ni criterios de la misma. En sentido análogo, la STC 341/2006⁶⁵, que deniega el amparo por considerar que el convenio colectivo respeta la garantía de empleo si bien en artículo diverso a aquél que establece la jubilación forzosa a los 65 años, ya que “prevé la suscripción de contratos de fomento de la contratación indefinida para la transformación de contratos temporales (incluidos los formativos, sea cual sea la fecha de realización del contrato temporal)”⁶⁶.

4.3. Jubilación forzosa y negociación colectiva

Quien lea hoy día la DA 10ª ET y desconozca la historia de la jubilación forzosa en nuestro país, seguramente se quedará un tanto perplejo. Dice así la mentada disposición: “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”.

⁶³ Apartado 25.

⁶⁴ De 9-10-2006. Recurso de amparo núm. 43/2003.

⁶⁵ De 11-12-2006. Recurso de amparo núm. 750/2004.

⁶⁶ FJ 3º

Sorpresa, digo, porque no suelen abundar en el ET disposiciones en las que de manera tan contundente se prohíba al convenio colectivo contener cláusulas relativas a aspectos laborales, si tenemos en cuenta la amplitud con que se pronuncia el art. 85 ET⁶⁷.

Se hace preciso, por tanto, estudiar los motivos que han conducido al legislador a introducir una disposición de ese cariz aprovechando la ocasión de la reforma laboral de 2012. Para ello, será necesario analizar tanto la relación ley-convenio colectivo desde la perspectiva del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, como conocer si es posible hablar de una presencia de la jubilación forzosa en las normas de autonomía colectiva y, en caso afirmativo, determinar desde cuándo se da dicha presencia, así como, por último, realizar un recorrido por los precedentes legales de la DA 10ª ET.

Conviene advertir al lector que esta disposición en la que ahora nos detenemos fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, resuelto por la STC 8/2015, que declaró “que la consagración constitucional del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) determina que el recurso a la edad de jubilación como causa extintiva de la relación laboral opere como una fórmula racional conforme a la cual, en la medida de lo posible y siempre que las circunstancias socio-económicas lo permitan, sea ejercitada como una opción voluntaria del trabajador y no como una imposición del legislador” y que no queda conculcada la autonomía colectiva porque la disposición que se enjuicia sirve tanto al ejercicio del derecho individual al trabajo como a la protección del interés general prevalente (la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones)⁶⁸.

4.3.1. Dos cuestiones con carácter previo: una histórica y otra de Seguridad Social

a) *¿Cabe sostener que la jubilación forzosa fue sustraída de la negociación colectiva a partir de una Orden de 1953?*

Dos respuestas distintas pueden darse a la cuestión que planteo y con la que pongo en duda la tesis mayoritaria en la doctrina iuslaboralista española que acepta, sin especiales reparos, que la Orden del Ministerio de Trabajo de 1 de julio de 1953 prohibió que la jubilación pudiera tener carácter de forzosa en las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo entonces vigentes.

⁶⁷ “Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales...”

⁶⁸ El recurso tiene el nº 5610/2012. La Sentencia es de fecha 22 de enero de 2015. El entrecomillado y la afirmación posterior se extraen del FJ 10º a).

La primera —la que desarrolla la tesis mayoritaria a que me acabo de referir— entiende que, en efecto, hubo una etapa preconstitucional en donde las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo acogieron, entre sus cláusulas, la jubilación forzosa, tal como hemos explicado *infra*. Pero que en dicha etapa se produce un punto de inflexión con la aprobación de la Orden de 1 de julio de 1953 ya citada⁶⁹, de acuerdo con la cual la regulación de la jubilación forzosa por dichas Reglamentaciones pasa a estar prohibida, prohibición que perdura hasta la aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, cuya DA 5ª, como es sabido, vuelve a permitir la presencia de dichas cláusulas en los convenios colectivos, que vendrían a ser los “sucesores” de las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo. Esta tesis, por tanto, considera que la jubilación forzosa desde 1953 al ET es materia que queda definitivamente sustraída a la negociación colectiva, de manera que sólo el legislador puede levantar dicho veto a la regulación convencional. En una perspectiva más próxima a nuestros días, la aplicación de esta tesis justificaría que cuando el legislador derogara la norma habilitante de la jubilación forzosa en convenio, decaería la eficacia de la cláusula extintiva.

La segunda parte más bien de la nueva etapa que la Constitución de 1978 viene a implantar en nuestro país y rehúsa atender en exceso a los hechos pasados, de manera que *ex art.* 37.1 CE se podría defender la autonomía del convenio colectivo como fuente del Derecho del Trabajo, lo que supondría que ley y convenio estarían llamados a entenderse pacíficamente, dejando la primera un ámbito suficiente de actuación al segundo, y, aunque se aceptaría una sujeción del convenio a la ley por el principio de jerarquía, ésta estaría de algún modo relativizada por la eficacia “vinculante-normativa” que la Constitución atribuye al convenio, que se origina y despliega en un plano —el de las relaciones profesionales— ajeno en parte a la ley y de respeto por parte de ésta.

Mi postura es más bien ecléctica entre las dos opciones: a mi juicio, resulta claro que la Constitución Española supone un hito decisivo en una nueva configuración de la autonomía colectiva —y, por tanto, del convenio—, que se concretará en la aprobación del ET. En cambio, tengo algunas dudas para aceptar sin ambages que la etapa que media entre la Orden de 1953 y la aprobación de la norma estatutaria en 1980 deba ser calificada como de “secuestro legal” de la jubilación forzosa y de indisponibilidad de esta materia por el convenio colectivo. Y ello por los motivos siguientes:

- A) La pronta relativización de la propia Orden de 1 de julio de 1953. Sin llegar a cumplirse dos años desde su aprobación, una Orden de 18 de enero de

⁶⁹ Cuyo art. 1º decía: “La jubilación por edad es siempre un derecho del trabajador, quien podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan.”

1955 recupera la jubilación forzosa para determinadas Reglamentaciones de Trabajo⁷⁰ y otras Órdenes posteriores añaden nuevas excepciones⁷¹.

- B) La escasa relevancia que la jubilación forzosa presenta en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Son escasas las sentencias que tratan el tema y, si bien es verdad, y esto ha sido mencionado por la doctrina, que dos sentencias de 1966 y una de 1967 fallan en el sentido de considerar norma de obligado respeto por Reglamentaciones y Convenios Colectivos Sindicales la Orden de 1953, también es cierto que otra Sentencia de la Sala de 1965 falla en sentido contrario⁷² y que la propia Sentencia de 1967 es ambigua respecto de la posibilidad de jubilación forzosa a los 65 años⁷³. El problema realmente subyacente, y que merecería —de nuevo—

⁷⁰ “La Orden de 1 de julio de 1953 no será aplicable al personal sujeto a los Reglamentos Nacionales de Trabajo que se enumeran a continuación, y cuyas disposiciones sobre jubilación deben considerarse subsistentes en toda su integridad: Reglamentación de Trabajo de la Renfe, aprobada por Orden de 29 de diciembre de 1944; Reglamentación de Trabajo en la Explotación de Ferrocarriles por el Estado, de 15 de marzo de 1946; Reglamentación de Trabajo en la Compañía Internacional de Coches Camas y de los Grandes Expresos Europeos, y Reglamentación Nacional de Trabajo en el Banco de España, de 21 de diciembre de 1948” (art. 1º Orden de 18 de enero de 1955 *por la que se aclara* la de 1 de julio de 1953, BOE núm. 25, 25-1-1955).

⁷¹ OO 15-3-1955 Tabacalera S.A. (BOE núm. 85, 26-3-1955), 30-4-1955 Compañía Telefónica Nacional de España (BOE núm. 136, 16-5-1955), 24-1-1956 Banco Hipotecario de España y Banco de Crédito Local (BOE núm. 33, 2-2-1956) y 31-5-1965 Empresas de Seguros (BOE núm. 150, 24-6-1965). Además, la Res. Dirección General de Ordenación de Trabajo de 17-7-1961 “añade” indirectamente otro ámbito de excepción: las empresas que con anterioridad a la aprobación de la Orden de 1953 “tenían constituido un régimen de previsión complementario a su cargo” (B.O. Ministerio de Trabajo, nº10, octubre 1961, p. 1110).

⁷² La STS 4-1-1965 (Ar. 1177), omitiendo cualquier referencia a la Orden de 1953, considera que, conforme a lo dispuesto en el art. 3º de Ley de 24 abril 1958 (Convenios Colectivos Sindicales), el Convenio Colectivo Sindical de Banca Privada (19-12-1962) mejora en su conjunto la Reglamentación Nacional en Banca Privada (3-3-1950), por lo que debe aceptarse que en dicha Banca se establezca la jubilación forzosa a los 65 años en lugar de a los 70 años como prevén los Estatutos del Montepío Laboral correspondiente, a los que se remite el art. 39 de la Reglamentación mencionada. Por su parte, la STS 30-6-1966 (Ar. 3636) centra su línea argumental en demostrar que: a) la Orden de 1953 es de superior rango a cualquier Convenio Colectivo Sindical (*ex* STS 24 de diciembre de 1964, Ar. 297), b) un Convenio Colectivo Sindical no puede disponer de un derecho del trabajador reconocido como inalienable por una disposición reglamentaria, aunque ésta sea anterior a dicho Convenio, ni cabe una comparación global entre la disposición y el convenio para identificar cuál de los dos ofrece una situación más beneficiosa para el productor y c) el Convenio Colectivo Sindical que establece una cláusula de jubilación forzosa es nulo por incumplir el art. 36 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944; doctrina que hacen suya creando jurisprudencia las STS 22 de septiembre 1966 y 7 de marzo de 1967 (Ar. 3870 y 1967/1108, respectivamente).

⁷³ STS 7 de marzo de 1967. Reproduzco su Cdo. 2º: “Que en el segundo tema de casación... se denuncia infracción por interpretación errónea de la Orden de 1 julio 1953 y del art. 150 del Texto Articulado I de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social de 21 abril 1966, en relación con el art. 30 del Convenio Colectivo Sindical del “Servicio Mu-

un estudio más detenido del que habrá que prescindir por razón de espacio, es el apuntado por GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN⁷⁴: el de las fuentes y su prelación. Se discute en la doctrina judicial cuál es la relación de rango entre la Reglamentación y la Orden Ministerial, pues se discute si la Reglamentación tiene rango de ley o no; o el lugar que ocupará en el Sistema de fuentes el Convenio Colectivo Sindical, pues hay quienes consideran que, al constituir estos Convenios el desarrollo de la Ley de 1958, ostentan un rango superior al de las disposiciones ministeriales.

- C) El hecho de que, pese a los pronunciamientos judiciales de 1966, se siguen encontrando algunas cláusulas de jubilación forzosa en convenios colectivos acordados con posterioridad⁷⁵.

En conclusión: es cierto que el Gobierno de Franco trata de impedir las jubilaciones forzosas; que, además encontrará para ello respaldo en la jurisprudencia; pero llegar a afirmar que se dio una prohibición absoluta al convenio (o a la Re-

nicipal de Pompas Fúnebres”, de Barcelona, por estimar que no tiene aplicación actualmente lo dispuesto en la Orden de 1 julio 1953, y que el art. 150 de la Ley de Seguridad Social, ya referida, no se opone a lo acordado en el art. 30 del Convenio Colectivo citado; planteando, en resumen, el problema de la compatibilidad y preferencia entre lo concertado en dichos Convenios, y las Leyes, Decretos, Órdenes y Disposiciones ministeriales sobre Reglamentación del Trabajo en sus distintas modalidades; cuya cuestión ha sido ya examinada y resuelta en diferentes sentencias de esta Sala, tales como las de 24 diciembre 1964 y 7 febrero 1966 y más especialmente en la de 30 junio del mismo año, que resolviendo un caso similar al actual contiene entre otros acertados razonamientos el de que: “...las disposiciones reglamentarias de trabajo, no pueden quedar sin efecto, por lo que se acuerde en un Convenio Colectivo, que, en definitiva, tiene el valor de una estipulación acordada en pacto normativo, confirmada por la Autoridad gubernativa que no han de contrariar en ningún caso, en perjuicio del trabajador, los preceptos y normas legales que reglamentan y regulan con carácter general las condiciones de trabajo y los inalienables derechos de los trabajadores, lo que se impone por la propia naturaleza del Ordenamiento Jurídico, como lo corrobora el párrafo 1º del art. 1º del Decreto de 5 julio 1962 y lo preceptúa la propia Ley de Convenios Colectivos de 24 abril 1958 en su art. 2º, al prohibir el establecimiento de cláusulas que impliquen disminución de los derechos sociales que al trabajador corresponden”, y como con arreglo al quinto de los hechos probados de la sentencia de instancia ninguno de los demandantes alcanzaba al interponer su demanda la edad de 65 años que señala el art. 150 de la Ley de Seguridad Social, anteriormente mencionado, *para ser jubilados (lo que implica jubilación forzosa por iniciativa empresarial)*... es visto que con arreglo a lo ya razonado, el adelanto de jubilación establecido en el repetido art. 30 del no menos citado Convenio Colectivo Sindical, por disminuir y perjudicar los inalienables derechos de los actores, es nulo y nulas por tanto las jubilaciones acordadas de los recurridos...” (cursivas y paréntesis míos).

⁷⁴ *Op. cit.*, pp. 54-71. De imprescindible lectura.

⁷⁵ Art. 39 Convenio Colectivo Sindical de ámbito interprovincial para las entidades bancarias de carácter privado, 6-5-1967 (BOE núm. 120, 20-5-1967); art. 29 Convenio Colectivo Sindical Empresa Nacional Eléctrica de Córdoba, S. A. y su personal, 6-5-1969 (BOE núm. 121, 21-5-1969); art. 7 Convenio Colectivo Sindical Interprovincial para el Grupo Asegurador “Catalana-Occidente”, 14-7-1973 (BOE núm. 176, 24-7-1973).

glamentación) de poder contener cláusulas de este tipo parece excesivo, por las propias excepciones efectuadas por el Ministerio de Trabajo y por la realidad *de facto* de los convenios colectivos sindicales, que siguieron acogiendo en algunos casos cláusulas de jubilación forzosa.

b) Prohibición de que la Seguridad Social sea objeto de contratación colectiva

La segunda cuestión que conviene aclarar guarda relación con ese concepto-fusión que es la “jubilación forzosa”, en cuanto que referente a dos realidades: primera, la extinción del contrato de trabajo alcanzada una edad avanzada; y segunda, el hecho de que tener esa edad avanzada permita el acceso a una pensión de jubilación.

Cuando en nuestro país se pone en marcha el Sistema de Seguridad Social en 1963, la Ley de Bases que se aprueba en dicho año dedica la número 13 a distintos aspectos de cotización y a lo que denomina el “régimen de mejoras voluntarias”, a cargo directamente de las empresas o de otras entidades: Fundaciones, Obras Sindicales, Mutualidades de Previsión o Entidades aseguradoras de todas clases. Pues bien, como colofón a lo regulado se indica: “Sin otras excepciones que las de los apartados anteriores, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva ni de mejoras voluntarias de las empresas”. El art. 178.2 Ley de Seguridad Social de 1966, que plasma en un Texto Articulado la Ley de Bases antes mencionada, ofrece una mejor redacción, coincidente sustancialmente con lo que se acaba de indicar: “Sin otras excepciones que las reguladas en la presente Sección, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva. La concesión de mejoras voluntarias por las empresas deberá ajustarse a lo previsto en esta Sección”⁷⁶.

Pues bien, no se ha de confundir la prohibición de que un convenio colectivo pueda regular o modificar las normas de Seguridad Social, que es lo que indica el precepto 178.2 LSS, con el hecho de que pueda contener cláusulas de jubilación forzosa, ya que se entienden por tales las que extinguen el contrato de trabajo alcanzada determinada edad, pero sin afectar a los requisitos que la Ley General de la Seguridad Social establece o pueda establecer para ser beneficiario de una pensión de jubilación. Es decir, pese al uso del concepto-fusión “jubilación forzosa”, el derecho a percibir una pensión de jubilación tiene su propio régimen y

⁷⁶ Un conocimiento completo del concepto y tipos de mejoras voluntarias en sus momentos iniciales puede obtenerse con la lectura de la monografía de A. MARTÍN VALVERDE, *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Edit. Instituto García Oviedo (Universidad de Sevilla), Sevilla 1970.

procedimiento, destacando que la solicitud de la pensión la hace el trabajador, no la empresa.

Y al mismo tiempo, conviene recordar que cuando la DA 5ª ET (1980) es reinterpretada por la STC 22/1981, se exige que las acciones de jubilación forzosa que el Gobierno pueda acometer conlleven el aseguramiento previo de que el trabajador podrá acceder a la pensión de jubilación que la Seguridad Social concede, lo que supondrá el cumplimiento de los requisitos por entonces exigidos: afiliación y alta, edad pensionable, cese en el trabajo y cumplimiento de los periodos de carencia requeridos. Lo que, a su vez, nos ofrece un nuevo matiz: no sería posible establecer una jubilación forzosa por el Gobierno a edad no pensionable por el Sistema; por tanto, en 1980, nunca por debajo de los 65 años. De ahí que el sistema de jubilación especial a los 64 años tuviera que conllevar un régimen propio de jubilación aprobado por el Gobierno, como ya se vio en su momento, y que se aprobara en norma ajena a la LGSS.

4.3.2. Intermitencia de la jubilación forzosa en el ET; de resultas: crisis de la relación ley-convenio

La STC 22/1981 no cerró por completo las dudas que suscitó la DA 5ª ET. En concreto, por centrarse sólo en el análisis de la constitucionalidad de su primer párrafo y obviar todo comentario sobre la posible función de la negociación colectiva. Esto no impidió que los convenios colectivos comenzaran, ahora ya respaldados por dicha disposición, a establecer cláusulas de jubilación forzosa teniendo presentes las mismas indicaciones dadas por el TC al Gobierno: razones de política de empleo, acceso a la pensión de jubilación y no amortización de puestos de trabajo.

Pocos años después, la STC 58/1985⁷⁷ deberá pronunciarse sobre el papel del convenio colectivo en una cuestión de constitucionalidad relativa a si atentan o no al derecho al trabajo (art. 35.1 CE) las cláusulas convencionales de jubilación forzosa pactadas en convenio colectivo. En el fondo, se planteaba también qué debía entenderse por “fuerza vinculante” del convenio *ex* art. 37.1 CE. En un pronunciamiento, a mi juicio, muy discutible, el Alto Tribunal sostendrá —resumidamente, pues luego volveré sobre sus argumentos— que “siendo la Ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el Convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación por el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación”⁷⁸.

⁷⁷ De 30 de abril de 1985. Cuestión de inconstitucionalidad 170/1983.

⁷⁸ FJ 7º *in fine*.

Conviene, antes de seguir avanzando, detenerse y realizar la crítica al legislador en este momento, ya que lo que vendrá después es, a mi juicio, consecuencia del erróneo planteamiento de partida de la DA 5ª ET. Ésta debió tener otra redacción inicial, que podía haber sido el establecimiento —por ley estatutaria— de la jubilación forzosa *in genere* a los 69 años y haber prescindido de toda referencia a la intervención del Gobierno y de la negociación colectiva. De las dos implicaciones ajenas a ley, la más desacertada me parece la segunda porque obligaba a coordinar “al detalle” las distintas fuentes del derecho laboral presentes: ley, reglamento y convenio colectivo. O cuanto menos, “creaba” en el intérprete la impresión de tener que hacerlo, cuando la intención del Constituyente era otra *ex art.* 37.1 CE.

La reinterpretación (incompleta) que hizo la STC 22/1981 incurrió en el grave defecto de dejar “en suspenso” la edad de los 69 años como edad máxima para trabajar; de manera que se activaría o desactivaría según actuara o no el Gobierno. Lo correcto hubiera sido —siguiendo el planteamiento de partida que hacía el Alto Tribunal— haber declarado inconstitucional toda la DA 5ª ET y no haberla dejado “maltrecha”, que fue lo que ocurrió. El fallo de dicha sentencia —“no hay jubilación forzosa *general* a los 69 años”— conducía, en interpretación sistemática, a entender que los convenios colectivos —como por otro lado decía literalmente la disposición controvertida— tenían libertad para establecer cláusulas de jubilación forzosa a la edad que consideraran conveniente, teniendo presente lo dispuesto en la normativa de Seguridad Social, lo que suponía una vinculación permanente con la edad pensionable establecida en dicha normativa. Pero, claro, esta interpretación sistemática no era constitucionalmente viable porque no respetaba la reserva de ley al ser el convenio la norma que fijaría la edad de jubilación forzosa. De ahí que hubo otra reinterpretación doctrinal y jurisprudencial que vino a entender que el convenio colectivo tendría como tope de edad para la jubilación forzosa “los 69 años”, que sí se mencionaba expresamente en la DA 5ª ET; lo que no dejaba de ser absurdo para quien fuera contrario al cese obligatorio en el trabajo por cuenta ajena, que se encontraba a un convenio “mejorando” la norma mínima en el sentido de adelantar la jubilación forzosa cuando el contexto social no era ya de jubilación-derecho sino de jubilación-voluntariedad del cese laboral.

Así las cosas, y con esa DA 5ª ET “maltrecha”, la STC 58/85 se vio obligada a establecer la coordinación que omitió la precedente. Y lo hizo en un pronunciamiento enormemente complejo, contradictorio y problemático, como demostraría el paso del tiempo. En orden a sintetizar brevemente su argumentación, el esquema puede ser éste:

- a) la *atribución* y el *ejercicio* de un derecho no son lo mismo;
- b) “la jubilación se ha considerado siempre un derecho del trabajador” y la DA 5ª ET supera “el precedente obstáculo legal (en referencia a la Orden

- de 1953, que, lógicamente, no es una ley) convirtiéndolo en disponible por la negociación colectiva un derecho que con anterioridad no lo era”⁷⁹;
- c) *ex Constitutione* (art. 37.1), el convenio colectivo puede disponer de los derechos constitucionales, pero otra ley —distinta de la Constitución— le tiene que habilitar en cada caso para ello (en el nuestro: la DA 5ª ET)⁸⁰. Y esto no supone que entre ley y convenio colectivo se instaure una relación de norma delegada y norma delegada⁸¹; y
- d) como existe esa ley (DA 5ª ET), el convenio colectivo puede incluir estas cláusulas de jubilación forzosa, ya que los firmantes representan el interés colectivo y éste prima sobre el interés individual. Eso sí: tendrá que respetar los requisitos señalados por la STC 22/1981: política de empleo, pensión de jubilación y no amortización de puestos de trabajo⁸².

A partir de aquí, se suceden los cambios normativos y se producen las situaciones de inseguridad jurídica. En 1995, con motivo de una refundición de normas laborales, el RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el TR del Estatuto de los Trabajadores transpone la doctrina constitucional sobre la jubilación forzosa en su DA 10ª ET⁸³. Aparece ahora sí, claramente, la expresión

⁷⁹ FJ 1º

⁸⁰ “La facultad que poseen “los representantes de los trabajadores y empresarios” (art. 37.1 de la CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional” (FJ 3º); “...del texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales.” (FJ 5º); y “la “disposición adicional quinta tiene el sentido de autorizar, o bien al Gobierno (párrafo primero) para establecer un límite de edad cuyas consecuencias son análogas a las de la jubilación forzosa aplicada a todo tipo de relación laboral sujeta al Estatuto de los Trabajadores, bien a las partes que intervienen en la negociación colectiva (párrafo segundo) para establecer edades de jubilación en sectores productivos concretos” (FJ 1º, que toma el entrecomillado de STC 22/1981, FJ 10º).

⁸¹ FJ 3º

⁸² “...no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del Convenio en el terreno de los derechos o intereses individuales, pues ello... contradiría el propio significado del Convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los conceptos de los individuos que la componen, siendo en ocasiones preciso la limitación de algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos.” (FJ 6º).

⁸³ “Disposición adicional décima. Límite máximo de edad para trabajar. 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 periodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”.

“jubilación forzosa” junto a la “política de empleo” (término que tampoco recogía la disposición precedente); se elimina la referencia legal a los 69 años como edad máxima para trabajar y permanece, por lo demás, con idéntico contenido, especialmente por lo que se refiere a la negociación colectiva. El problema principal que plantea la nueva redacción radica en el incumplimiento de la reserva de ley a efectos de fijar la edad de jubilación forzosa en relación con el derecho al trabajo: se deslegaliza este aspecto al no haber fijación de edad alguna.

La cuestión se complica cuando la reforma del mercado de trabajo de 2001 opta por derogar la DA 10ª ET⁸⁴, argumentando en su Exposición de Motivos un cambio en las realidades demográficas y del mercado de trabajo. Se abre así una etapa de duda sobre el efecto de dicha derogación sobre las cláusulas de jubilación forzosa entonces vigentes y la posibilidad de seguir las pactando en el futuro. El legislador de la reforma no facilitó el camino, al no establecer disposición transitoria alguna que solucionara el problema. Como es conocido, la doctrina y la jurisprudencia se dividen entre los partidarios de que la derogación no afecta a la jubilación forzosa pactada en convenio y quienes entienden que, faltando la ley autorizante o habilitante, se producía la derogación automática de dichas cláusulas y la prohibición *pro futuro* de las mismas. Hay bibliografía suficiente sobre este tema⁸⁵ y lo más

⁸⁴ DD única.a) RDL 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. Sería reemplazado por la Ley 12/2001, de 9 de julio.

⁸⁵ L. MELLA MÉNDEZ, *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Edit. Lex Nova, Valladolid 2002; A. MONTOYA MELGAR, *Política de empleo y jubilación. Discurso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia*, Edics. Myrtia, Murcia 2002; J. L. TORTUERO PLAZA, *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Edit. Civitas, Madrid 2002; A. BLASCO PELLICER, “La extinción del contrato de trabajo en el Sistema Constitucional de Relaciones Laborales”, en A. V. Sempere Navarro, (Dtor.) y R. Martín Jiménez, (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Edit. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003; A. DE MIGUEL LORENZO, “Una defensa alternativa de la jubilación forzosa en los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, nº 26, abril-junio 2004; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La jubilación forzosa como causa de extinción contractual: balance de la regulación convencional”, en F. Pérez Amorós (Dtor.) y J. M. Fusté Miquela, (Coord.), *La extinción del contrato de trabajo*, Edit. Bomarzo, Albacete 2006; I. ALBIOL MONTESINOS, “Jubilación forzosa y convenio colectivo (la disposición adicional 10ª ET)” y J. RIVERO LAMAS, “La jubilación como medida de fomento del empleo”, en L. López Cumbre, (Coordra.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Edit. Iustel, Madrid 2007; M. S., HERRAIZ MARTÍN, “El convenio colectivo decide por mí: ¿me jubilo o me jubilan?” en J. R. Mercader Uguina, (Dtor.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Edit. Lex Nova y Universidad Carlos III Madrid, Valladolid 2009; J. L., SALIDO BANÚS, “La jubilación forzosa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (recurso electrónico de editorial Iustel)*, nº 29-30/ junio 2012.

reseñable es la STS (ud) de 9 de marzo de 2004⁸⁶, que va suponer un punto de inflexión estableciendo la prohibición de las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos que se firmen a partir de la fecha del fallo de la Sentencia. A mi juicio, no había otro camino para salir del laberinto al que la doctrina del TC había conducido. Si se aceptaba como premisa histórica la sustracción legal de la jubilación forzosa al convenio, si se admitía el carácter de norma autorizante de la DA 5ª ET como había hecho la STC 22/1981, evidentemente la aprobación del RDL 5/2001 conllevaba la prohibición *ex tunc* de las mencionadas cláusulas.

Se trata de una sentencia sólida, consistente y de sumo interés, como lo acredita que se dicta por la Sala de lo Social reunida en Sala General y por el hecho de ir acompañado el fallo de un Voto Particular discrepante firmado por tres Magistrados. Una vez más, la pluralidad de argumentos jurídicos en uno y otro sentido complican ofrecer una síntesis clara al lector. Pero lo intentaré recomendando obviamente su lectura completa y especialmente como punto de partida el FD 4º que viene a hacer una síntesis de las dos posturas encontradas: la favorable a entender que, pese a la derogación de la disposición adicional, los convenios colectivos pueden seguir estableciendo cláusulas de jubilación forzosa y la que niega esta posibilidad. La Sentencia se va a decantar por la segunda opción y acometerá también la tarea de “crear” la DT que demandaba esta postura y que la Ley 12/2001 no reguló. Esa DT no plasmada en norma alguna vendría a decir que los convenios colectivos firmados antes del RDL 5/2001, de 2 de marzo, mantendrán la vigencia de las cláusulas de jubilación forzosa hasta la llegada del término final del convenio⁸⁷. Se recurre así a la tesis del equilibrio interno del convenio⁸⁸.

Curiosamente, el argumento principal al que recurre el TS para entender que la derogación prohíbe la jubilación forzosa convenida es éste: como no se dan ya razones de política de empleo que la justifiquen, la jubilación forzosa establecida en convenio atenta al derecho de igualdad, al discriminar a los trabajadores por razón de edad. Y sobre este argumento material sitúa el formal, que sirve de refuerzo al anterior: “en la actualidad no existe norma con rango legal que autorice, por razones justificadas y razonables, la limitación del derecho al trabajo y el desconocimiento del principio de igualdad”⁸⁹. Y precisamente en el presupuesto ma-

⁸⁶ En realidad, son dos Sentencias de la misma fecha, que resuelven sendos recursos de unificación de doctrina interpuestos por AENA (Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea) contra Sentencias del TSJ Madrid. Son idénticas en su contenido salvo por el trabajador que promueve los autos. Y versan sobre la jubilación forzosa llevada a cabo por AENA a partir de lo previsto en el convenio colectivo. La base de datos de Aranzadi numera con el 873 la del trabajador y con el 841 la de la trabajadora. Yo sigo la primera de las dos.

⁸⁷ FD 7º.

⁸⁸ Cfr. A. OJEDA AVILÉS, “La doctrina del equilibrio interno del convenio”, *Revista Española Civitas de Derecho del Trabajo*, nº 31/1987.

⁸⁹ FD 5º, apartados 1-3.

terial de partida es donde incide el Voto Particular, que no comparte la afirmación de que actualmente no haya motivos de política de empleo que puedan justificar la jubilación forzosa. Lo que, a su vez, se refuerza con otro argumento formal más o menos análogo al utilizado por la Sala: “lo que ha hecho el legislador es derogar una previsión normativa sin sustituirla por otra, y de ello no puede deducirse que el legislador haya prohibido lo que antes estaba permitido”⁹⁰.

En mi opinión, es cierto que la tasa de desempleo en nuestro país es considerablemente más baja en el periodo 2001-2007⁹¹ respecto del inmediato anterior y posterior, pero no considero que sea un motivo absoluto para prohibir la jubilación forzosa, al existir todavía un buen número de parados. Pero, aun así, comparto el fallo de la STS (ud) 9 de marzo de 2004 por lo que yo llamaría la aplicación del principio de los actos propios; y me explico: es cierto que la CE reconoce un ámbito de autonomía claro a la negociación colectiva, cuya manifestación más clara es la regulación de las condiciones de trabajo dentro de un respeto general a la ley (arts. 37 CE y 85 ET); también lo es —y así lo he defendido en este estudio— que no puede sostenerse sin matizaciones que la jubilación estaba sustraída de la negociación con anterioridad a la aprobación del Texto Constitucional, pero para mí *resulta decisivo el modo en que el legislador redacta y da entrada a la jubilación forzosa en el ET de 1980*, tras la aprobación de la CE. Me refiero con ello a que *la DA 5ª ET, y más tarde la DA 10ª ET, regulan la función de la negociación colectiva en relación con la jubilación forzosa*. Hubiera sido preferible haber omitido toda referencia a la negociación colectiva y entonces me alinearía con el Voto Particular. Pero la realidad es que el legislador intervino y decidió “controlar” la negociación colectiva en este punto. Y ese control se puede traducir de diversas maneras: la ley autoriza al convenio, la ley habilita al convenio, etc. De ahí que cuando el propio legislador deroga la DA 10ª ET, sólo cabe entender por el principio de los actos propios que la ley ya no autoriza o que la ley ya no habilita; en conclusión: lo permitido pasa a estar prohibido.

La doctrina sentada por la STS objeto de comentario sería seguida por otras sentencias posteriores del mismo Tribunal⁹².

Y llegamos así al año 2005, en el que la jubilación forzosa va a volver al Estatuto de los Trabajadores. Y lo va a hacer de un modo novedoso, en parte obligado,

⁹⁰ VP, apartados segundo y tercero.

⁹¹ 13,9% (2000); 10,63% (2001); 11,61% (2002); 11,37% (2003); 10,53% (2004); 8,71% (2005); 8,26% (2006); 8,57% (2007) y 13,79% (2008). Datos tomados de: <http://upload.wikimedia.org/wikipedia/es>.

⁹² Las tomo de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *op. cit.*, notas nº 24 y 25 a pie de p. 331: SSTS 6 de abril de 2004 (Ar. 2853), 28 de mayo de 2004 (Ar. 5032), 2 de noviembre de 2004 (Ar. 8053), 2 de diciembre de 2004 (Ar. 2005/254), 9 de diciembre de 2004 (Ar. 2005/2495), 15 de diciembre de 2004 (2005/810), 20 de diciembre de 2004 (2005/1329), 1 de junio de 2005 (Ar. 6126) y 4 de mayo de 2005 (Ar. 6325).

porque la nueva DA 10^a ET procede de una ley —breve— exclusivamente dedicada a hacer posible las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos cuando el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación. Se trata de la Ley 14/2005⁹³ y para su cabal comprensión es especialmente necesaria la lectura de su Exposición de Motivos. En cuanto al texto legal, las novedades principales son dos:

- a) Se exige la mención explícita en el convenio del objetivo de política de empleo que se trata de alcanzar. Lo que corrige el criterio de algunas sentencias del TS que habían entendido con anterioridad que esto no era preciso, pues cabía entender dicho objetivo incluido en él con carácter implícito, a raíz de que el convenio tiene la política de empleo ínsita en él⁹⁴. Ahora no; se mencionan algunos motivos alegables, cuya distinción conceptual merecería algún comentario que voy a obviar: “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”⁹⁵.
- b) Se establece una DT única que convalida las cláusulas de jubilación forzosa que pudieran existir en los convenios colectivos en vigor, para las que no resulta necesaria la indicación explícita del objetivo de empleo perseguido.

La Ley en general y su Exposición de Motivos, en particular, merecerían un comentario detenido pero, de nuevo, las razones de espacio lo impiden. Apunto sólo algunos rasgos: a) se omite —creo que intencionadamente— el término “jubilación forzosa” en el título de la norma y en muchas otras ocasiones; b) el legislador da con esta Ley la razón al Voto Particular de la STS 9-3-2004, corrigiendo así el fallo de esta Sentencia; c) vincula el restablecimiento de la jubilación forzosa al hecho de que así lo han requerido los agentes sociales al hilo de la Declaración para el diálogo social 2004 “Competitividad, empleo estable y cohesión social”, tripartita, cuyo texto a mi juicio sólo permite una lectura muy entrelíneas de la jubilación forzosa como medida adoptable⁹⁶; d) se solventa la crítica de discriminación por edad recurriendo al art. 6.1 Directiva 2000/78/CE del Consejo; e) se elogia que la nueva regulación garantiza mejor el disfrute de la pensión por el jubilado forzoso, algo que no llego a entender bien; y, f) finalmente, el hecho de que la reforma se apruebe por ley garantiza, de algún modo, el cumplimiento de la

⁹³ De 1-7, BOE núm. 157, 2-7.

⁹⁴ Especialmente: STS 14-7-2000 (Ar. 6630). Con anterioridad: SSTS 10-2-1986 (Ar. 728), 26-2-1990 (Ar. 1233), 28 de febrero de 1990 (Ar. 1250), 27 de diciembre de 1993 (Ar. 10011), 7 de noviembre de 1994 (Ar. 9065) y 8 de marzo de 2000 (Ar. 2612). Tomo las citas de jurisprudencia de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *op. cit.*, notas n° 7 y 8 a pie de p. 327.

⁹⁵ Nueva DA 10^a a) Ley 14/2005.

⁹⁶ La Declaración, que es de fecha 8 de julio de 2004, puede consultarse en <http://personal.us.es/jesusacruz>.

reserva de ley a la hora de desarrollar el art. 35 CE, si bien la Exposición de Motivos vuelve al binomio arts. 35-40 CE como justificación de la jubilación forzosa. Es decir: el objetivo del pleno empleo.

Habrá que esperar seis años para que se inicie la desincentivación y, finalmente, una nueva desaparición de la jubilación forzosa del ET, y todo ello motivado por la preocupación por la sostenibilidad económica del Sistema de Seguridad Social. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social⁹⁷, aparte de retrasar la edad de jubilación a los 67 años, añade como requisito de las cláusulas de jubilación forzosa previstas en convenio el hecho de que el trabajador ha de reunir un periodo de cotización que le permita aplicar a la base reguladora de la pensión un porcentaje del 80%⁹⁸. Por lo demás, la nueva DA 10ª ET queda prácticamente idéntica a la redacción anterior. Pero el requisito que se añade supone al trabajador haber cotizado por esta contingencia, al menos, durante veinticinco años⁹⁹. Entiendo que esta exigencia, junto a garantizar al trabajador una cuantía de pensión más elevada a diferencia de la normativa anterior, juega en contra de la jubilación forzosa, al dificultar algo más el cumplimiento de los requisitos. Además, significa, por otro lado, una mayor intervención del legislador, que vendría a la postre a configurar el régimen de la pensión de jubilación identificable en el *tipo* forzosa, pues se estaría elevando también el periodo de cotización exigido, que pasaría de quince a veinticinco años. Ciertas dudas de legalidad me plantea este nuevo régimen porque, al ser incorporado en una cláusula colectiva, se podría estar conculcando el art. 39.2 LGSS¹⁰⁰. Por lo demás, no se establece ningún régimen transitorio para los convenios en vigor al aprobarse la Ley.

El “golpe de gracia” de la jubilación forzosa no tardará mucho en producirse. Se lo dará la Ley 3/2012 de Medidas Urgentes para la reforma del Mercado Laboral, cuya DF 4ª. Dos, bajo la rúbrica “Medidas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad”, prohíbe explícitamente las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos. Merece la pena reproducirla textualmente una vez más:

⁹⁷ Su Exposición de Motivos es toda una defensa del retraso de la jubilación, incompatible, por tanto, en su filosofía con las jubilaciones forzosas.

⁹⁸ DA 36ª Ley 27/2011.

⁹⁹ Téngase en cuenta que el retraso de la edad de jubilación —*ex* DF 12ª Ley 27/2011— no iniciaría hasta el 1 de enero de 2013; lo mismo sucedería con la reforma del modo de cálculo de la base reguladora y el cómputo de los años cotizados a efectos de porcentaje. Entre tanto, sigue resultando de aplicación el art. 163 LGSS en su redacción anterior y el cuadro del art. 5 RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social.

¹⁰⁰ “Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias... la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”.

“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”.

Conviene hacer algunas observaciones. Primera, que la medida es calificable como de grado máximo de intervencionismo legal en la autonomía colectiva. Como el lector deducirá, tras la evolución normativa considerada, el legislador evita una mera derogación de la disposición en cuestión para que no surjan dudas sobre la viabilidad de estas cláusulas; es decir, opta por una prohibición expresa de contenido a la negociación colectiva, algo no usual en nuestro ordenamiento. Segunda, que la prohibición se aplica *ex nunc*; es decir, no afectará a los convenios colectivos en vigor, como dispone la DT 15^a de la propia Ley 3/2012. Y tercera, que la Exposición de Motivos no hace comentario alguno de este nuevo giro en materia de jubilación forzosa, si bien el título de la DF 4^a es esclarecedor: se pasa de la jubilación forzosa como medida de fomento del empleo al mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad¹⁰¹.

6. LA JUBILACIÓN FORZOSA EN PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA: ROL DEL JUBILADO, SU NIVEL ECONÓMICO DE VIDA Y CRISIS SOCIOECONÓMICA

Anuncié que algunas consideraciones haría desde la perspectiva sociológica, lógicamente de carácter muy inicial, dada mi condición de jurista y no de sociólogo. Me parece que GETE CASTRILLO hace una interesante aproximación a la realidad del trabajador maduro y a la importancia que para él tiene su trabajo profesional, en la que llega a afirmar que “para los trabajadores de edad madura el trabajo constituye, indudablemente, la fuente principal de identidad personal, de valoración social y de obtención de ingresos. Para ellos la participación económica se convierte en un factor esencial de integración social”¹⁰².

Y es cierto que conviene valorar algunas cuestiones socio-jurídicas en relación con el tema de estudio. Desde la perspectiva individual del trabajador, la mayor dificultad estriba en que la elevada edad del trabajador jubilado forzoso puede

¹⁰¹ Obsérvese que la Ley se aleja de lo dispuesto en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 firmado por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, de fecha 25-1-2012 (BOE núm. 31, 6-2-2012): “Igualmente, debería seguirse desarrollando, a través de la negociación colectiva, la habilitación para el establecimiento de cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación, siempre que se cumplan los supuestos y requisitos legalmente establecidos” (Capítulo II. Empleo. Formación. Flexibilidad y seguridad. Derechos de información y consulta. 1. g).

¹⁰² *Op. cit.*, p. 32, si bien en general recomiendo la lectura de todo el apartado: pp. 24-32.

resultar en ocasiones un obstáculo tanto para un nuevo empleo por cuenta ajena como para el inicio de una actividad por cuenta propia. Ahora bien, el modo en que la jubilación afecta a cada persona es distinta y ahí jugará un papel importante tanto la voluntad del jubilado como la actitud familiar de apoyo y acompañamiento en una hipotética fase nueva de su vida.

Desde el punto de vista empresarial, es éticamente la posición más complicada. Sobre todo si atendemos a la realidad que puede darse de trabajadores ancianos que no optan voluntariamente por la jubilación. Es cierto que siempre podrá haber una tarea persuasiva del empresario pero sólo mediante la jubilación forzosa podrá evitarse tener que recurrir a la fórmula del despido objetivo por ineptitud, con la consecuente prueba de la misma, que podría dar lugar a situaciones incómodas y humillantes. No parece el mejor modo de terminar una relación laboral que ha podido ser estrecha y satisfactoria. Pudiera ser conveniente reformar las causas de despido objetivo y añadir una que podría denominarse: extinción del contrato por disminución de facultades por senilidad; denominación que entiendo más correcta y respetuosa que la ineptitud.

Al empresario siempre le convendrá más una regulación de la jubilación forzosa ajena al ámbito empresarial, ya sea legal o por convenio sectorial, en orden a limitarse a aplicar lo normativamente establecido. Pero, al mismo tiempo, la regulación general no admite excepciones, bajo pena de “discriminación por edad”. Sólo la consideración de la edad más la prueba de aptitud serviría para que pudieran continuar empleados los trabajadores aún capaces a juicio del empresario. Pero esta posibilidad nos situaría de nuevo en el ámbito del despido objetivo, que sería suficiente. Por último, y desde otro punto de vista, cabría reflexionar sobre hasta qué punto la jubilación forzosa no debiera ser el modo natural de reestructuración de una empresa, siempre que no fuera un hecho abusivo.

En cuanto a la perspectiva de política de empleo o social, entiendo comprensible que dado el nivel de paro de nuestro país se pueda implantar —y se haya implantado la jubilación forzosa—, pero constato que se da una paradoja nada desdeñable: la jubilación forzosa funciona correctamente cuando hay un número de cotizantes suficientes para mantener las pensiones de jubilación. Por lo que casa mal con una situación de desempleo agudo. Es ésta una cuestión más de estadística y economía que convendrá analizar más profundamente en un futuro.

Junto a lo anterior, conviene considerar que la crisis económica produce escenarios difíciles en el sostenimiento familiar. Si el hijo o la hija con familia a cargo pierde su empleo, no tendrá más remedio —y así ha sucedido, desgraciadamente— que dejar la vivienda alquilada y regresar a la casa paterna. De esta forma, padres o madres que en estos años podían haberse jubilado no lo han hecho porque el importe de la pensión que pasarían a percibir era considerablemente menor que su salario de activo. De ahí que la jubilación forzosa también case mal con pensiones alejadas de los salarios medios. La última reforma relativa al cálculo

tanto de la base reguladora como del porcentaje aplicable a ésta conduce a una disminución de la cuantía final de dicha pensión.

7. JUBILACIÓN FORZOSA Y CONTRATO DE TRABAJO

Dada la situación de presente, con la prohibición de cláusulas de jubilación forzosa en convenios colectivos, se ha planteado si sería posible que los contratos de trabajo fueran la fuente de la relación laboral donde se pudiera contener una cláusula de este tipo. Es decir, si el trabajador puede pactar individualmente con el empresario que extinguirá su contrato alcanzada la edad de jubilación.

Es una cuestión complicada. Desde el punto de vista teórico, parece conveniente dejar que sea el legislador o los agentes sociales, éstos de común acuerdo, quienes establezcan una posible jubilación forzosa. Y que el ET proteja al trabajador individual, considerando que la jubilación forzosa no puede ser objeto de cláusula contractual, porque es algo vinculado a “lo social”: a la política de empleo, ya sea a nivel legal (general) o en un sector económico concreto o en una empresa.

Pero, aparte de este comentario, nada va a impedir que el trabajador extinga su contrato cuando cumpla la edad que le permita acceder a la pensión de jubilación. Bastaría con no mencionar cláusula alguna al respecto y dimitir en tal momento. Así lo permite en la actualidad el art. 49.1.d) ET.

8. CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado, queda de manifiesto la complejidad del tema abordado. Si mi posición era inicialmente favorable a la jubilación forzosa, considero que en cuanto medida de política legislativa está en clara dependencia de factores coyunturales, que habrá que considerar, tales como: la tasa de desempleo, la posible evolución del empleo, la situación económica del Sistema de Seguridad Social, etc. Junto a esta apreciación valorativa general, añado y explico las siguientes conclusiones:

Primera. Se ha de partir del hecho de que “lo forzoso”, lo impuesto, siempre produce un cierto rechazo social, máxime cuando afecta a algo tan personal como la capacidad de trabajo. Si bien se acepta que un menor no deba acceder al mercado de trabajo hasta que se haya podido formar intelectualmente de modo suficiente, se rechaza que el trabajador de edad elevada pueda verse obligado a abandonar su puesto de trabajo. Se objeta principalmente que puede encontrarse en plenitud de facultades, por lo que se conculcaría su derecho individual al trabajo; derecho, por otro lado, que según el TC colisiona con el derecho al trabajo de los jóvenes que carecen de él y en donde el principio de pleno empleo puede ser un

argumento de validez, bajo determinados requisitos, para que prime el segundo respecto del primero.

Segunda. La jubilación forzosa como política de empleo exige un control intenso para evitar extinciones sin sustitución. Su establecimiento legal con carácter general resulta más problemático e inadecuado que si se hace a través de la negociación colectiva. La posible imposición legal de esta medida justifica que también se pueda adoptar la misma a través del convenio colectivo. Se parte, como se ha dicho, de que no hay un derecho absoluto al puesto de trabajo en una empresa, sino que éste podría ceder por razones de reparto de empleo entre los jóvenes o por disminución de facultades debido a senilidad.

Tercera. Por otro lado, se constata la paradoja de que la jubilación forzosa exige un Sistema de Seguridad Social económicamente sostenible, que no suele darse en situaciones de crisis aguda: el alto nivel de desempleo impide el número de cotizantes necesario para sostener a los jubilados. Y también la capacidad de riesgo empresarial se reduce por lo que no resulta fácil que las jubilaciones forzosas vayan acompañadas de nuevos contratos de trabajo.

Cuarta. Desde la perspectiva de la evolución normativa en España se ha pasado por todos los escenarios posibles en materia de jubilación forzosa. Si en los años ochenta asistimos a su establecimiento y encargo a la negociación colectiva por razones de política de empleo, con el aval del TC, en la segunda década del siglo XXI nos encontramos ante una actitud gubernativa de retraso de la pensión de jubilación y, consiguientemente, de desincentivación-prohibición de la jubilación forzosa. Y ello por razones de viabilidad del Sistema de Seguridad Social.

Quinta. Desde un punto de vista histórico, discrepo de aquéllos que consideran que la Orden de 1 de julio de 1953 sustrajo plenamente la jubilación forzosa a las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo. Fue una prohibición que pronto fue seguida de excepciones y que algunos convenios colectivos de empresa, al margen de esas excepciones, no respetaron. También quedaron excluidas las empresas con régimen de previsión social propio. A todo esto se añade la cuestión, aún no aclarada definitivamente, de la ordenación y prelación según el rango normativo de las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo, Convenios Colectivos Sindicales y Órdenes Ministeriales.

Sexta. Parece razonable que la extinción del contrato por causas objetivas incluyera una nueva denominada así: “por disminución de las facultades físicas o psíquicas del trabajador por senilidad”. Esto permitiría no tener que recurrir a la causa de “ineptitud” (art. 52.a) ET), de ciertas connotaciones peyorativas en la actualidad. Habría, pues, dos motivos en el apartado a) del precepto: ineptitud o disminución de facultades. Y ésta segunda debería ser probada por la empresa —con posibilidad de recurso del trabajador—, lo que, a su vez, permitiría no discriminar por edad sino por capacidad, lo que respetaría el derecho de igualdad

constitucional y el principio de no discriminación laboral por edad, tanto desde el punto de vista de la Directiva 2000/78 CE como de nuestro derecho interno.

Séptima. La jubilación del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo (art. 49.1.f) ET) debería incluir lo siguiente: “Por jubilación forzosa del trabajador cuando la ley expresamente lo permita o delegue tal facultad en la negociación colectiva”.

El tratamiento de las prejubilaciones

Lourdes López Cumbre
Catedrática de Universidad
Universidad de Cantabria

1. PREJUBILACIONES: SU EVOLUCIÓN, SU SITUACIÓN Y SU INDEFINICIÓN

1.1. *Una evolución que parte de la reconversión industrial a la reestructuración empresarial*

A) Partiendo de la definición que, en su día, se aportara —al no encontrar razón alguna que invite a abandonarla—, este estudio considerará la prejubilación como la “situación, de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación”¹.

El tratamiento de las prejubilaciones (expresión que se utiliza en plural porque, como se comprobará, existen diferentes modalidades) ha transitado por diferentes etapas; a saber, una etapa de nacimiento, durante los planes de desarrollo industrial de las décadas de los sesenta y de los setenta; otra etapa de expansión, durante las reconversiones industriales de los años ochenta; una etapa de consolidación en la década de los noventa; una etapa de pretendida contención, a finales del último siglo; y, por último, la actual, una etapa de penalización en aquellas empresas que, aun obteniendo beneficios, expulsan a los trabajadores más maduros de sus plantillas².

B) Durante la primera etapa y desde la Ley 45/1960, de 21 julio, el Fondo Nacional de Protección al Trabajo dispensó ayudas a los trabajadores próximos a la jubilación para cubrir el tiempo transcurrido entre su cese definitivo y el acceso a dicha pensión dentro del marco de los planes de inversión. Después se sucederá un largo período de reconversiones industriales. En un primer momento, la reconversión se efectúa empresa a empresa, sin configurar una política uniforme de

¹ L. LÓPEZ CUMBRE, *La prejubilación*, Madrid, Civitas-UAM, 1998, p. 86.

² L. LÓPEZ CUMBRE, “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social”, en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pp. 695-718.

medidas de protección para los trabajadores afectados por la mismas. Pero desde 1981 y, sobre todo, a partir de 1984 (Ley 27/1984, de 26 julio, de Reconversión Industrial) se realizarán todo tipo de esfuerzos para superar un sistema tan incoexo, adquiriendo por primera vez la legislación una dimensión homogénea. Las medidas sociolaborales de protección durante este período se manifiestan como antecedentes claros de algunos de los elementos que hoy identifican el régimen jurídico de la prejubilación. Ya fuera en el seno de la reconversión —a través de ayudas equivalentes a la jubilación anticipada, cuando ésta no fuera posible para los trabajadores— ya dentro del régimen del desempleo —que preveía un subsidio especial para los trabajadores mayores y hasta acceder a la pensión de jubilación (Ley 31/1984, de 3 agosto, de Protección por Desempleo)—, la contingencia generada por la situación de prejubilación se hallaba de un modo u otro cubierta.

La generalización del sistema de protección se produce con la Ley 21/1992, de 16 julio, de Industria. En ella se refleja un auténtico modelo de cobertura para la prejubilación, asentado sobre tres pilares básicos: la necesidad de que los trabajadores cesen en sus empresas como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, la exigencia de que la empresa presente un programa en el que se encuentren recogidas expresamente las medidas de prejubilación a adoptar y la limitación de estas medidas a las que se hallen insertas en el marco de la Seguridad Social pública pudiendo ser complementadas por las empresas de forma privada. De ahí que el modelo se establezca sobre una cobertura ciertamente sencilla: la obtención de una prestación por desempleo, la percepción de un subsidio por desempleo y el acceso a unas ayudas previas a la jubilación. Durante toda esta etapa se mantiene la cotización del trabajador no sólo a través de las cotizaciones derivadas de las prestaciones públicas sino mediante una cotización adicional llevada a cabo por empresas y/o trabajadores que impide mermar la cuantía de la futura pensión de jubilación.

C) La conjunción progresiva de todas estas medidas legislativas facilitaría la conformación de una fórmula, extendida —con algunos matices— hasta nuestros días. Con frecuencia, una empresa, en el marco de un despido colectivo o con un acuerdo de empresa específico, elabora un plan de prejubilación. Dicho plan garantiza al trabajador, prácticamente desde los 53 años de edad, una cobertura plena de sus ingresos, en cuantía semejante a la que obtenía hallándose en activo, así como el mantenimiento de su cotización al sistema de Seguridad Social a ese mismo nivel para evitar cualquier reducción en su posterior pensión de jubilación. La financiación de estos planes suele ser mixta: pública en tanto se basa en ciertas prestaciones sociales (prestación por desempleo, subsidio de prejubilación, ayudas previas a la jubilación, etc.); privada por cuanto la empresa se compromete a complementar estas prestaciones a través de los denominados “compromisos por pensiones” con el objetivo de mantener o, al menos, aproximarse al nivel de ingresos del trabajador cuando se hallaba en activo.

Por lo demás, el coste del mantenimiento de la cotización también suele ser mixto, la Administración de Seguridad Social abona el que corresponde a las prestaciones por ella devengadas y los sujetos privados (empresa, trabajador o ambos) completan la misma por la vía, principalmente, del convenio especial. Cuando la empresa no está presente en esta planificación pero se trata de un trabajador de más de 53 años de edad, expulsado del mercado de trabajo —si no *de iure* sí *de facto*—, entonces la financiación es exclusivamente pública, la cuantía de la prestación se reduce a la que corresponda dentro del sistema (generalmente, el subsidio de prejubilación) y la cotización se mantendrá dentro de los límites establecidos para dicha prestación.

D) Algunos sectores disponen de un especial tratamiento en materia de prejubilación y se dispensa para ellos medidas específicas. De ahí que sus trabajadores puedan beneficiarse de un régimen especial de prejubilación, no extensible al resto de trabajadores. Es el caso de la minería, la industria, de algún modo la agricultura y, ya en menor medida, la pesca. Pero el sector servicios no ha sido ajeno a estos procesos y buena parte de sus grandes empresas ha considerado la prejubilación como fórmula idónea para redimensionar pacíficamente sus plantillas. En algunos casos, con cierto abuso lo que ha provocado que los últimos Gobiernos hayan optado por “penalizar” (obligar a contribuir) a aquellas empresas que, obteniendo beneficios, deciden despedir masivamente a los trabajadores de más edad.

1.2. ¿Prejubilación o envejecer activamente? Sobre la (in)compatibilidad de políticas (i)rrreconciliables

A) Desde que se aprobara la Ley 35/2002, de 12 julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, nuestro país intenta impulsar un cambio tanto en el comportamiento empresarial como sindical en el recurso a la prejubilación, incentivando una mayor permanencia en activo de los trabajadores de más edad. Bien es cierto que la decisión histórica y trascendental en esta línea ha sido adoptada mucho más recientemente —en un momento en que la crisis económica no permitía veleidad alguna—, al elevar la edad legal de 65 a 67 años, como es sabido y por consenso con los agentes sociales, en 2011 (Ley 27/2011, de 1 agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social).

Ya desde 1997 se venía ensayando una fórmula para incentivar la permanencia en activo una vez cumplida la edad de jubilación (Ley 24/1997, de 15 julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social), otorgando desgravaciones o deducciones a las cotizaciones sociales en aquellos supuestos en los que el trabajador optara por permanecer en activo una vez cumplida la edad de 65 años. Esta norma, mantenida hoy a través de la DA 26ª LGSS y concretada en un porcentaje que oscila entre el 2% y el 4% de incremento de la cuantía de

la pensión en función de los años cotizados *ex art.* 163.2 LGSS, no ha obtenido resultados significativos en la inversión de la tendencia a acceder al retiro antes de cumplir la edad legal de jubilación, ciertamente generalizada en nuestro país aun cuando progresivamente se intente restringir su alcance³. La autorización para superar el 100% de la cuantía de la pensión si el trabajador se mantiene en activo, la reducción de la cotización tanto para el empleador como para el trabajador si así lo hiciera y la extensión de estos beneficios a otros colectivos antes no contemplados (autónomos, empleados públicos, etc) no han supuesto un incentivo lo suficientemente significativo como para modificar una costumbre sociolaboral tan arraigada. Esta última ha sido alterada en los últimos años no como consecuencia de los incentivos de permanencia en activo (poco eficaces) sino de restricción de su uso (lo que obliga a jubilarse a edades muy próximas a la ordinaria).

Según los datos estadísticos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (www.empleo.gob.es/es/estadísticas), a mediados de 2015 había un total de 9.293.100 pensiones en vigor con una media de 885.50 euros, de las cuales 5.632.000 eran de jubilación con una media de 1.020.80 euros. Las cifras proporcionadas señalan que el grueso fundamental de pensionistas se encuentra entre los 65 y los 69 años (un total de 1.458.874), entre los 60 y 64 años reciben la pensión un total de 354.118 beneficiarios, de 55 a 59 años un total de 12.058 y de 50 a 54 años, 851 pensionistas.

B) España no ha hecho más que cumplir, elevando progresivamente la edad ordinaria de jubilación y restringiendo el acceso a las jubilaciones anticipadas, la orientación común marcada por la Unión Europea. Basada en la Estrategia 2020, el objetivo de la política de jubilación europea se centra en el envejecimiento activo como mecanismo de sostenibilidad de los sistemas de protección social. El impacto de la demografía sobre los mismos aconseja la implantación de medidas que rebajen dicho efecto, entre otras, la posibilidad de prolongar la vida activa de los trabajadores (España será, según las previsiones, el país más octogenario de toda Europa a mediados de siglo pasando a tener, con esa edad, el 14.2% de la población frente al 4.9% actual). Las fórmulas pueden ser diversas: retrasar la edad de jubilación, compatibilizar esta última con el trabajo, prohibir todos o algunos de los mecanismos de jubilación anticipada o de prejubilación e incluso una combinación de éstas u otras propuestas. Aumenta la esperanza de vida, se incrementa la longevidad, la capacidad profesional se deteriora más lentamente, existen más posibilidades de desarrollo personal y laboral y todo ello contribuye a propiciar el mantenimiento de una vida laboral más prolongada.

De ahí que, ya desde el año 2012, la Unión Europea no haya dejado de insistir, a través de distintos documentos, en la necesidad de incrementar la edad legal de

³ L. LÓPEZ CUMBRE, "Jubilaciones anticipadas en extinción", *Documentación Laboral*, núm. 99, 2013, pp. 81 a 104.

jubilación —recomendación a la que han respondido la práctica totalidad de los Estados miembros— y prolongar la vida activa de los trabajadores de más edad —orientación también seguida—⁴. Sirva de ejemplo, en España, el RDL 5/2013, de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo y previamente la Resolución 14 noviembre de 2011, por la que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y Trabajadoras de más edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más), por el momento no renovada.

C) Prejubilación no tiene por qué ser incompatible necesariamente con envejecer activamente; no, al menos, si se valora como una alternativa de edad flexible de jubilación o retiro. Ya no procede analizar la jubilación como una institución uniforme y compacta ligada únicamente al derecho al descanso tras una larga profesional. Ahora se trata de una realidad plural que requiere una regulación flexible para adaptarse a la realidad de una población activa cada vez más diversa y compleja⁵.

Flexibilizar no significa más que buscar cauces para eludir una imposición rígida. Flexibilidad no es otra cosa que libertad, permitir que algo sea susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades individuales. Es cierto que cabría dotar de una acepción menos amplia a este término si referido al sistema de pensiones y considerar que la flexibilización del mismo significa únicamente la permisividad para compatibilizar la pensión —cualquiera que ésta fuera, de jubilación, de invalidez, etc.— con el trabajo por cuenta ajena pero se trataría de una consideración excesivamente “rígida” de la “flexibilidad”⁶.

La formulación clásica de los sistemas de pensiones de vejez distingue entre los sistemas rígidos (edad predeterminada, totalmente independiente de la voluntad de los sujetos), flexibles (edad dependiente de la voluntad de los interesados, dentro de ciertos límites) y libres (edad dependiente exclusivamente de la voluntad de los beneficiarios). Siguiendo esta clasificación, en los países desarrollados han ido consolidándose tradicionalmente sistemas rígidos de jubilación, con una edad

⁴ “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles” [16 de febrero de 2012, COM (2012)], “Informe 2012 sobre envejecimiento: proyecciones económicas y presupuestarias de los 27 países miembros de la UE. 2010-2060” (European Economy 2/2012), “Adecuación de las pensiones en la UE 2010-2050” (Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea y Comité de Protección Social de 23 de mayo 2012), “Recomendación para garantizar la sostenibilidad del sistema y el impulso del envejecimiento activo” (10 de julio 2012) y “Declaración del Consejo sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012): estrategia futura” [7 de diciembre 2012, SOC 948 SAN 289], entre otros.

⁵ J. CALVO GALLEGO, “La jubilación flexible”, en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al prof. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Madrid, Iustel, 2007, p. 1139.

⁶ L. LÓPEZ CUMBRE, “De la jubilación flexible a la flexibilidad en la jubilación”, en AAVV, *Los problemas del derecho a prestaciones*, Murcia, Laborum, 2005, pp. 15-142.

ordinaria de jubilación. Pero, desde una solución moderada —como es el establecimiento en la ley de un edad de jubilación y la apertura de opciones para un retiro prematuro en un arco de edad determinado— hasta la solución más radical —permitiendo acceder a la jubilación a cualquier edad con unos determinados años de cotización—, cabría todo tipo de fórmulas, entre las que también estaría comprendida la prejubilación.

2. EL RIESGO DE LA PREJUBILACIÓN: UNA CONTINGENCIA DERIVADA DE LA EDAD AVANZADA Y DEL CESE DEFINITIVO EN LA PRESTACIÓN LABORAL

2.1. *El riesgo de la prejubilación: una contingencia derivada del trabajo no recogida por el sistema de protección social*

A) La común aceptación de la prejubilación como riesgo del trabajador por razón de su edad contrasta con una falta de reconocimiento expreso sobre la misma en la Ley General de la Seguridad Social. A diferencia de la jubilación, que dispone de un régimen jurídico propio y de distintas modalidades, la prejubilación no recibe mención alguna en dicha Ley pese a su condición de *prius* respecto de la jubilación. Son otros textos, más específicos y relacionados con determinados sectores o referidos a situaciones concretas, los que sí aceptan esta necesidad como un riesgo susceptible de cobertura. El temor a que su sola mención expresa pueda potenciar el recurso a esta retirada anticipada de los trabajadores, ha podido ser un elemento de disuasión para efectuar una regulación *ad hoc* tanto de la contingencia como de su protección en nuestra norma más general de Seguridad Social.

Como se ha expuesto en anteriores ocasiones, la realidad social reconduce esta prudencia del legislador y demuestra que se trata de una laguna, resuelta con solvencia tanto por los empresarios y los trabajadores como por la propia Administración de Seguridad Social⁷.

B) La referencia legal más explícita se produjo en 2007. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, adoptaba una serie de medidas de reforma en el ámbito de la Seguridad Social y aprovechaba para incorporar un nuevo art. 161 bis a la LGSS. En su

⁷ L. LÓPEZ CUMBRE, “Las prejubilaciones”, en AAVV, *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. Instituto Nacional de la Seguridad Social. 25 aniversario. 1978-2003*, Madrid, Instituto Nacional de la Seguridad Social, 2003, pp. 137-162. Y, como manifiesta el Tribunal Supremo, “*el uso de la palabra prejubilación en el lenguaje común para hacer referencia a los trabajadores que ven extinguidos sus contratos con gran antelación a la fecha en que por edad podrían comenzar a disfrutar de dicha prestación no debe inducir a trasladar al lenguaje coloquial el técnico propio del legislador*” (STS 22 de septiembre de 2014, Ar. 5750, FJ 2).

segundo apartado se reconocía la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada a quienes cumplieran una serie de requisitos, entre otros, encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses y que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se hubiera producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. Pues bien, en virtud de dicho precepto, estos requisitos “*no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social*”.

Como podrá comprobarse, no es éste el texto legal del vigente art. 161 bis LGSS. El art. 5 de la Ley 27/2011 modificaría la redacción de este precepto haciendo desaparecer la mención a la prejubilación y recogiendo dos tipos de jubilación anticipada, uno de ellos no imputable a la libre voluntad del trabajador y en el que se precisan todos los requisitos, también hallarse inscrito como demandante de empleo y cesar como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial. En este caso, el trabajador deberá acreditar que ha percibido la indemnización correspondiente a la extinción del contrato o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de la misma o impugnación de la decisión extintiva. El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente⁸.

C) Sin embargo, y teniendo en cuenta únicamente las alusiones más recientes, muchas normas —no sólo de naturaleza social— reconocen la prejubilación (sin definirla ni regularla, sólo con su mera mención).

Es el caso de las normas tributarias. Así, la Ley 27/2014, 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades establece en su art. 11.12. que “*las dotaciones por deterioro de los créditos u otros activos derivadas de las posibles insolvencias de los deudores no vinculados con el contribuyente, no adeudados por entidades de derecho público y cuya deducibilidad no se produzca por aplicación de lo dispuesto en el art. 13.1.a de esta Ley, así como los derivados de la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 14 de esta Ley, correspondientes a dotaciones o aportacio-*

⁸ Un análisis crítico de las constantes y “desconcertantes” reformas en la materia, recientemente, en C. MOLINA NAVARRETE, “La inseguridad jurídica de las continuas reformas-recorte en las prestaciones de Seguridad Social. La “jubilación anticipada” de “derecho” a “carrera de obstáculos”, *Actum Social*, núm. 95, 2015, pp. 34-52.

nes a sistemas de previsión social y, en su caso, prejubilación, que hayan generado activos por impuesto diferido, se integrarán en la base imponible de acuerdo con lo establecido en esta Ley, con el límite del 70% de la base imponible positiva previa a su integración, a la aplicación de la reserva de capitalización establecida en el artículo 25 de esta Ley y a la compensación de las bases imponibles negativas". Recoge esta misma expresión el art. 130.1 de la citada norma en relación con la conversión de activos por impuesto diferido en crédito exigible frente a la Administración tributaria o las Disposiciones Transitorias DT 33^a y 34^a, la DF 6^a y el art. 69.1 del RD 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de este Impuesto, siempre en los mismos términos y como añadido a los sistemas de previsión social [*"y, en su caso, prejubilación"*].

Mucho más reciente es el RDL 9/2015, de 10 de julio, de medidas urgentes para reducir la carga tributaria soportada por los contribuyentes en el IRPF y otras medidas de carácter económico en cuyo art. 7.1.a). 2^o se recogen las medidas excepcionales de carácter social y voluntario a favor de trabajadores de empresas de la minería del carbón no competitiva. Como se expondrá más adelante, para acceder a dichas ayudas, los trabajadores deberán tener 52 o más años de edad equivalente, con la aplicación del coeficiente reductor que les corresponda. Se entenderá cumplido este requisito en aquellos trabajadores *"que, sin tener esta edad, tuvieran prevista su prejubilación hasta el 31 de diciembre de 2018, de haber mantenido, hasta esa fecha, el coeficiente reductor que tuviesen asignado en el momento de la extinción de la relación laboral"*.

En el ámbito social, dos normas destacan, si bien de forma discreta. Por una parte, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social al reconocer en su DA 24^a que el Gobierno realizará un estudio actuarial, en el plazo de un año, relacionado con los coeficientes reductores de la pensión utilizados en la jubilación anticipada, previstos en el apartado 2 del artículo 161 bis de la LGSS así como de los coeficientes amplificadores de la pensión utilizados en el artículo 163, al objeto de evaluar su adaptación a los principios de proporcionalidad y contributividad al sistema. En dicho estudio *"se contemplará específicamente la situación de los trabajadores que tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 y se hubieran jubilado anticipadamente a través de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos o contratos individuales de prejubilación de empresas, con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley"*.

Por otro lado, el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 (Resolución de 15 de junio de 2015) reconoce en su Capítulo II destinado a impulsar el empleo de calidad y con derechos que los Convenios Colectivos deberán asumir y desarrollar sus competencias teniendo en cuenta que las organizaciones firmantes consideran instrumentos adecuados para la consecución de aquellas finalidades, *"las jubilaciones anticipadas y medidas de prejubilación"*

ligadas a las circunstancias económicas que atraviesan las empresas incluidas en la Ley 27/2011". En este sentido, se considera que la jubilación parcial y el contrato de relevo deben seguir siendo un instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas.

D) Todo ello pone de manifiesto que existe una contingencia de prejubilación y una prestación de prejubilación, bien que no establecidas como tales expresamente por nuestro ordenamiento. Constituye la prejubilación un riesgo que amenaza la fuerza de trabajo y que recoge la situación en que se encuentra un trabajador de edad avanzada cuando es apartado definitivamente de la vida laboral activa, total o parcialmente, sufriendo por ello una correlativa reducción en su nivel de ingresos. Un estado de necesidad muy próximo al originado por el desempleo y por la jubilación, con lo que pudiera afirmarse que la prejubilación se encuentra a caballo entre estos dos riesgos y comparte con ambos algunos rasgos comunes por constituir un híbrido jurídico. La prejubilación supone así una forma dinámica para "desenganchar" al trabajador de la relación de trabajo y "engancharle" en la jubilación. Y en ese ínterin se desarrolla una protección, pública, privada o mixta, según las circunstancias de cada supuesto.

Los rasgos tanto de la contingencia como de su protección ya fueron puestos de manifiesto en anteriores estudios⁹, permaneciendo buena parte de sus elementos y adaptando a la normativa vigente algunos otros en la exposición que se desarrolla a continuación.

2.2. Rasgos de este riesgo

2.2.1. Edad avanzada del trabajador

A) Es la edad avanzada del trabajador el elemento clave de esta contingencia, provocando su retirada definitiva y prematura del mercado de trabajo. Su proximidad al momento de la jubilación permite considerar a esta etapa en la vida del trabajador como un período de tránsito definido en nuestro ordenamiento por un límite máximo (la obtención de la pensión de jubilación, ya sea anticipada u ordinaria —60, 61, 65 o más años de edad, respectivamente—) y por un límite mínimo (55 años). La concreción temporal de esta contingencia estará comprendida entre la extinción del contrato de trabajo y su cese con carácter definitivo y la obtención de la pensión de jubilación.

Por su edad, estos trabajadores conforman un colectivo de riesgo en el que a sus integrantes el paro les afecta de forma especial. Objetivamente aptos para el trabajo, ya no tienen oportunidad real de encontrar un empleo antes de alcanzar la edad de jubilación (aunque se les obligue a permanecer inscritos en las oficinas

⁹ L. LÓPEZ CUMBRE, *La prejubilación... op. cit.*

de empleo como perceptores de la prestación o del subsidio por desempleo). Y no tanto por el cumplimiento de la edad en sí, sino por las consecuencias que la madurez del trabajador puede tener directa o indirectamente en el puesto de trabajo. Junto a la salud o al desgaste físico o psíquico se une su especial vulnerabilidad por sus dificultades de recolocación o reciclaje profesional.

Cuando la empresa ya no se conforma únicamente con interrumpir la contratación sino que requiere de la reducción o, en su caso, de la amortización de puestos de trabajo, el protagonismo del desempleo masivo pasa del sector juvenil —que dejará de ser contratado— a los trabajadores de edad avanzada —que directamente serán despedidos—. La conclusión laboral parece clara: los trabajadores de más edad quedan expulsados del mercado de trabajo con escasas posibilidades de reinserción y el sistema de Seguridad Social tiene que dispensar cobertura durante más tiempo.

B) Precisamente para evitar o, al menos, paliar este tipo de comportamiento empresarial se imponen mecanismos de reciclaje o formación permanente en el empleo. Las nuevas tecnologías alteran el perfil de cualificación exigido y dificultan a los trabajadores de más edad su adaptación profesional. Los argumentos esgrimidos para justificar esta obsolescencia son de distinta naturaleza; su cualificación se ralentiza en promedio con otros trabajadores, tienen un nivel de instrucción inferior por lo que resulta más probable que se supriman sus empleos, se intuye que reaccionarán de forma diferente ante una posible actualización toda vez que la inminencia de la jubilación reduce su horizonte profesional y, en fin, el corto período de amortización que las empresas exigen a cada inversión en el ámbito de la formación no resulta favorable a los trabajadores de más edad.

No en vano, buena parte de los trabajadores de edad avanzada anticipan el final de su vida activa no tanto por voluntad propia sino por imposibilidad en la adaptación al puesto de trabajo, encontrando limitadas sus opciones de promoción, considerada esta última no sólo como evolución y desarrollo de su carrera profesional sino como la capacidad para innovar y aportar nuevos contenidos.

2.2.2. Cese definitivo en el trabajo

A) El cese definitivo y prematuro del trabajador se convierte asimismo, junto a la edad avanzada, en otro elemento definidor de esta contingencia. Los trabajadores maduros (expertos) se transforman con gran facilidad en un activo marginal, funcional a la organización de la empresa.

En situaciones de excedente de mano de obra y de flexibilidad creciente, la empresa tiene en cuenta una serie de costes indirectos relacionados con estos trabajadores y, en ocasiones, muy superiores a los costes directos: costes de productividad —por cuanto los trabajadores mayores, menos productivos, perciben un salario muy superior a la media debido a la acumulación de beneficios en

función de su antigüedad—, costes de protección —tales como descansos, permisos, ausencias, facilidad de horarios, prohibición de trabajo nocturno, etc.—, costes de adaptabilidad —lo que se traduce, por ejemplo, en que la inversión en formación del trabajador de edad avanzada sea más elevada que la de los jóvenes toda vez que su permeabilidad a las enseñanzas es mucho más lenta, bien por su escaso interés o bien por la dificultad propia del reciclaje profesional—, costes de motivación —los cuales surgen cuando una proporción excesiva de trabajadores de edad avanzada limita las expectativas de ascenso de los demás trabajadores, desmotivando a éstos y repercutiendo sobre la productividad general—, y, en fin, gastos generales, esto es, gastos originados objetiva y subjetivamente en función de su mayor edad (absentismo, enfermedad, etc.).

B) Un cese que se adopta de forma definitiva, único rasgo que sirve para diferenciar esta contingencia de la del desempleo. La práctica demuestra que los prejubilados ya no regresan al mercado de trabajo, aunque constituya ésta una realidad social ciertamente reprobable y cuya tendencia intenta romperse a través de los mecanismos de envejecimiento activo, aplicables no sólo a la prejubilación sino también a la jubilación.

Para dispensar una protección válida, el desempleo ha tenido que improvisar la cobertura de un colectivo de parados que crecía vertiginosamente por razón de su edad y que eran apartados definitivamente del mercado laboral. Se produce así una cierta “perversión” del objetivo para el que fuera creada esta cobertura, a saber, la protección limitada en el tiempo de una situación de paro también temporal y transitoria. De esta forma, los expulsados definitivamente del mercado de trabajo por razón de su edad se “cobijan” bajo el manto del desempleo a la espera de que la jubilación les abra las puertas. No otro puede ser el sentido de un subsidio, como el de prejubilación, integrado en el nivel asistencial de la protección por desempleo pero previsto para ser obtenido con una inusitada duración de más de una década (desde los 55 hasta los 65 o más años de edad).

C) Un cese, además, anticipado o prematuro, antes de lo que sería previsible, antes de la jubilación. Aun cuando la permanencia en el trabajo no se halle limitada por una edad concreta, la edad de jubilación se ha manifestado siempre como una “señal”, comúnmente admitida para abandonar definitivamente el mercado de trabajo. En el caso de la prejubilación ese indicativo se anticipa y el trabajador cesa voluntariamente —o se ve obligado a cesar— antes del momento habitual, siendo la situación laboral de los trabajadores de edad avanzada más difícil a una edad cada vez más temprana. Los efectos conjugados de una entrada en la vida activa cada vez más tardía y de una salida cada vez más precoz influyen considerablemente en la nueva configuración de la carrera profesional de los trabajadores y, en general, de la nueva configuración del mercado de trabajo. Se produce así el fenómeno contradictorio de la “especialización” por razón de edad en tanto los jóvenes pasan más tiempo intensificando su formación, precisamente porque su

edad supone inexperiencia, y la “segregación”, también por razón de edad, por cuanto los trabajadores de edad avanzada, que pueden demostrar su experiencia, son retirados prematuramente del mercado de trabajo por dificultades productivas o por falta de reciclaje profesional.

Conviene precisar, no obstante, que, con la crisis y las reformas en materia de jubilación (y en la forma de presentar los datos sobre jubilación) la situación va cambiando progresivamente. Hasta el año 2012, en España la edad media de jubilación de los varones era de 62.3 y la de las mujeres de 63.2. Desde 2013, tras las restricciones de acceso a la jubilación anticipada y los efectos del incremento de la edad de jubilación, la media se sitúa en 64.21, muy próxima a la edad ordinaria de jubilación. Eso pone de manifiesto que los españoles se mantienen en sus puestos de trabajo durante más tiempo y, por ende, que el número de jubilaciones anticipadas o prejubilaciones decrece. Con un dato significativo, digno de ser subrayado. España aparece como uno de los países con vida laboral más corta de toda Europa. Frente a los 40,6 años de media (algunos países superan los 45 años), España aparece con 34,7 años de media de vida laboral activa. En parte, porque, en algunos casos, la vida laboral no responde a la realidad existiendo años sin cotización o en economía sumergida y, además, porque las generaciones más jóvenes han tardado en acceder a un puesto de trabajo e incluyen en su biografía laboral períodos de tiempo parcial o con lagunas de cotización.

2.2.3. Extinción del contrato de trabajo

A) El cese del trabajador prejubilado ha de materializarse necesariamente mediante la extinción del contrato de trabajo. Como es sabido, no figura la prejubilación entre las causas de extinción del art. 49 LET, a diferencia de la jubilación y en contraposición a otros ordenamientos en los que supone una modalidad más de ruptura contractual. De ahí que, de nuevo, haya que amparar esta realidad en cualquiera de las modalidades recogidas por el Estatuto de los Trabajadores, siempre que éstas sirvan para alcanzar el objetivo de prejubilar a los trabajadores. Cumplen esta condición, básicamente, la extinción por mutuo acuerdo de las partes [art. 49.1.a) LET] y el despido colectivo [art. 49.1.i) LET].

El mutuo acuerdo de las partes —conocido popularmente, a estos efectos, como “baja incentivada”— motiva una resolución contractual por mutua voluntad con una indemnización pactada, caracterizada porque la iniciativa de la resolución proviene del empresario quien fijará un incentivo para garantizarse la conformidad del trabajador. Dicha oferta puede ser tanto individual como colectiva y, a su vez, general o específica. La primera dualidad se percibe en función del número de trabajadores que puede acogerse a la oferta, la segunda en virtud del colectivo de trabajadores que se beneficie de la misma. La prejubilación será, por regla general, una oferta colectiva y específica. Esto es, irá dirigida a un número

plural de trabajadores pero en relación a un colectivo concreto, los de edad avanzada. Con una gran diferencia respecto de otro tipo de medidas, y es que, en este caso, no tiene por qué mediar la intervención de los representantes de los trabajadores. Como acuerdo consensuado entre trabajador y empresario que es, no requiere la conformidad de los mismos. La práctica demuestra, no obstante, que el proceso secuencial está integrado por un momento colectivo y otro individual. El empresario propone las medidas de prejubilación, las acuerda con los representantes de los trabajadores y, con posterioridad, cada trabajador interesado acepta individualmente las condiciones de las mismas. Se garantiza, así, la iniciativa de la empresa en la extinción posibilitando el acceso a la prestación por desempleo que, de lo contrario, si se considerara un medida individual y consensuada, quedaría vedada al trabajador prejubilado al exigir para su percepción la pérdida involuntaria (nunca consensuada) del empleo.

B) Por esta razón, sigue siendo el despido colectivo, pese a su intensa reforma en los últimos años, el marco en que el que con mayor frecuencia se desarrolla la prejubilación en nuestro ordenamiento. En unos casos, el recurso es obligado porque el propio diseño legal así lo exige (por ejemplo, las prejubilaciones del sector industrial); en otros, porque la práctica empresarial se ha ido decantando por ésta y no por otras vías de extinción. En general, las empresas españolas utilizan el despido colectivo para materializar la prejubilación de sus trabajadores¹⁰. Con este finalidad, se fija un número máximo de trabajadores a los que se les aplicará el despido, concretando nominativamente el contenido del mismo *a posteriori* y una vez que se conozca quiénes aceptan la oferta de prejubilación efectuada por la empresa.

La desaparición de la autorización administrativa del procedimiento recogido en el art. 51 LET ha modificado sustancialmente la negociación con los representantes de los trabajadores en este punto que, si bien puede convertirse en un elemento nuclear del período de consultas, ya no resulta definitivo. No obstante, si se acepta la prejubilación como alternativa menos traumática al despido de otros trabajadores, deberán considerarse extinciones adoptadas a iniciativa de la empresa, aun cuando medie conformidad del trabajador con posterioridad. Se descarta, de este modo, una posible dimisión del trabajador, en tanto no es su voluntad sino la iniciativa del empresario la que provoca la ruptura de la relación contractual. Todo ello tendrá repercusión, primero, en el acceso a la jubilación, máxime si se trata de una jubilación anticipada y, segundo, para poder obtener prestaciones por desempleo que, de lo contrario, si se considerara que es el tra-

¹⁰ Sobre los efectos de la forma elegida para la extinción contractual, A. J. VALVERDE ASEN-CIO, "La calificación y efectos del pacto de prejubilación en supuestos de regulación de empleo", *Temas Laborales*, núm. 99, 2009, pp. 311-330.

bajador el que voluntariamente admite el despido, no procedería, tal y como se advirtiera en relación a la baja incentivada.

Con todo, conviene advertir que, en su mayoría, estos trabajadores optarán por la jubilación anticipada tras el período de prejubilación y, a esos efectos, resulta determinante lo previsto en el art. 161 bis LGSS. En atención al mismo, y cuando —como ocurre en el supuesto que nos ocupa— el cese deriva de una causa no imputable a la libre voluntad del trabajador [art. 161 bis.2.A) LGSS], la extinción podrá derivar de un despido colectivo, también de un despido objetivo, de una resolución judicial *ex art. 64* de la Ley Concursal, de la muerte, jubilación o incapacidad del empresario o por razones de fuerza mayor. En todos estos casos —también en el del despido colectivo—, será necesario acreditar haber percibido la indemnización correspondiente (o, subsidiariamente, haber interpuesto demanda judicial en reclamación de la misma o impugnación de la extinción).

C) Por lo demás, este tipo de extinción puede constituir una vulneración del principio de igualdad. Como es sabido, el ordenamiento jurídico no prohíbe un acto que perjudique o viole la igualdad sino que exige que dicha actuación esté vinculada a una causa concreta (raza, color, sexo, religión, etc). La edad no aparece recogida en el art. 14 CE como causa específica aunque sí en el art. 17 LET, precepto base de la igualdad en las relaciones laborales. Asimismo el art. 4.2.c) LET reconoce el derecho a no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo o una vez empleado por razón de edad. Por su parte, la Directiva 78/2000 condiciona la edad como elemento generador de desigualdad de trato injustificada en el empleo. No obstante, esta normativa admite que una diferencia de trato por razón de edad no constituye discriminación si se halla justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, siempre que los medios para lograr dicho objetivo sean adecuados y necesarios¹¹.

Con todo, extinguir contratos de trabajo por razón de edad o incluir a los trabajadores en despidos colectivos por su edad próxima a la jubilación, son actuaciones empresariales susceptibles de ser calificadas como discriminatorias. No en vano, la prejubilación supone seleccionar a estos trabajadores entre el resto de la plantilla con el objeto de extinguir sus contratos. De ahí que la única forma de salvaguardar esta quiebra constitucional sea garantizando la libre aceptación de la extinción contractual, aun cuando se imponga la distinción entre la voluntariedad en el origen de la extinción y la voluntariedad en la aceptación de la misma. Si bien el origen puede venir motivado, además de la edad, por factores externos

¹¹ L. LÓPEZ CUMBRE, “La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios-De la Villa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social internacional y comunitario*, núm. 102, 20013, pp. 319-352.

a la voluntad del trabajador (como la política de empleo, la crisis de la empresa, la reestructuración de los puestos de trabajo, la mera oferta empresarial sin que responda ésta a una causa concreta, etc.), la aceptación de dicha extinción no ha de hacerse si no es teniendo en cuenta la voluntad de aquél. Los trabajadores han de prestar su consentimiento a la extinción, pues de lo contrario se trataría de una prejubilación forzosa, no amparada por nuestro ordenamiento. La práctica demuestra, de hecho, que se trata de trabajadores “voluntarios con carácter forzoso” que optan por beneficiarse de una prejubilación en previsión de un futuro despido¹².

3. LA PROTECCIÓN DE LA PREJUBILACIÓN: LA CONJUNCIÓN PÚBLICO-PRIVADO EN SU FINANCIACIÓN

3.1. *La extensión del ámbito público de protección: medidas heterogéneas para situaciones idénticas*

3.1.1. El subsidio de prejubilación como mecanismo de cobertura generalizado

A) La protección pública de la prejubilación se compone básicamente de dos tipos de medidas, el subsidio de prejubilación y las ayudas destinadas a empresas o sectores con especiales dificultades. Dejando al margen la prestación por desempleo con la que suele iniciarse el período de prejubilación pero cuya caracterización jurídica corresponde plenamente a aquella contingencia y no a ésta, el subsidio de prejubilación constituye la medida de protección específicamente diseñada por el legislador para sostener el tránsito desde el desempleo a la jubilación, sin fisuras¹³.

Ha sido el desempleo el ámbito de protección que ha acogido a las prejubilaciones a falta de una regulación específica. Las empresas, tras el despido, completaban la prestación y, en su caso, el subsidio para garantizar una cantidad aproximada —si no exacta— a la percibida por el trabajador en activo. Este esquema no evitaba el pago de la indemnización correspondiente por el despido, si bien dicho importe podía generar diversos problemas. Entre otros, y, en primer lugar, la conversión de la indemnización en una cuantía periódica que completara la prestación por desempleo, esto es, el empresario no garantizaba un complemento sino

¹² L. LÓPEZ CUMBRE, “Discriminación por razón de edad”, en AAVV, *Los retos de la igualdad en el trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración-Fundación Francisco Largo Caballero, 2009, pp. 253-304.

¹³ Por todos, D. TOSCANI GIMÉNEZ, *El subsidio de prejubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

que aportaba con carácter periódico y no como importe a tanto alzado la cuantía correspondiente a la indemnización. Y, en segundo término, el cómputo de esta indemnización a efectos de acceder al subsidio por prejubilación en el que, inserto en los esquemas institucionales del subsidio por desempleo, se requiere obtener rentas por debajo del salario mínimo interprofesional. Con el tiempo, el legislador —y tras una práctica generalizada, la admisión de las instituciones públicas y la aceptación de los tribunales— optaría por descontar del cómputo de rentas esta indemnización, tal y como se expondrá a continuación.

B) En relación al primer aspecto destacado, y para evitar todo tipo de conivencia entre empresario, trabajador y/o representantes de este último, la DF 1ª.2 RDL 5/2013 modificaría el art. 229 LGSS exigiendo a la entidad gestora el control en el cumplimiento de los requisitos para impedir situaciones de fraude. Así, “podrá exigir” a los trabajadores que hayan sido despedidos en virtud del art. 208.1.c), d) y e) LGSS la acreditación de haber percibido la indemnización correspondiente. Curiosamente, se excluye de esta exigencia al despido colectivo —la vía más habitual de acceso a la prejubilación y recogida en el art. 208.1.a) LGSS— y se incluyen únicamente el despido, el despido por causas objetivas y la resolución voluntaria del trabajador.

En todo caso, si no se hubiera percibido la indemnización antedicha o no se hubiera interpuesto demanda judicial en reclamación de la misma o impugnación de la decisión extintiva o cuando la extinción de la relación laboral no lleve aparejada la obligación de abonar una indemnización al trabajador, se reclamará la actuación de la Inspección de Trabajo a efectos de comprobar la involuntariedad del cese en la relación laboral. A tal fin, la entidad gestora podrá suspender el abono de las prestaciones por desempleo cuando aprecie indicios suficientes de fraude en el curso de las investigaciones realizadas por los órganos competentes en materia de lucha contra el fraude.

C) Por lo que se refiere al segundo de los elementos citados, a saber, el cómputo de rentas cuyo umbral no cabe superar para acceder a este subsidio, conviene efectuar algunas precisiones. Como es sabido, este subsidio de prejubilación, tras numerosas vicisitudes legislativas y jurisprudenciales, se establece en nuestro ordenamiento para quienes cumplan los requisitos generales del nivel asistencial, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, hayan cotizado al menos seis años al desempleo durante toda su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos para acceder a “cualquier” tipo de pensión de jubilación contributiva del sistema de Seguridad Social, salvo la edad¹⁴. Los

¹⁴ Con carácter general, se deniega el acceso a este subsidio a los trabajadores emigrantes retornados por no haber sido beneficiarios de una prestación por desempleo con arreglo a la normativa española sin que pueda considerarse como período de seguro a estos efectos el tiempo de suscripción del convenio especial de Seguridad Social (SSTS 24 de enero12, Ar. 3358, 7 de

solicitantes deberán tener cumplidos los 55 años de edad, *ex art.* 215.1.3 LGSS, en la fecha de agotamiento de la prestación o del subsidio por desempleo o tener cumplida esa edad en el momento de reunir los requisitos para acceder a cualquier otro tipo de subsidios o cumplirla durante su percepción (se entiende que durante la percepción de cualquiera de los otros subsidios para, posteriormente, pasar a obtener éste específico).

Desde la entrada en vigor del RDL 5/2013, y siguiendo con el interés de limitar el cese prematuro de los trabajadores de mayor edad, el subsidio de prejubilación ha visto restringido su alcance. Tras proceder la reforma operada por el RDL 20/2012, 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad a limitar su ámbito subjetivo al incrementar la edad de acceso de 52 a 55, en 2013 se modificaría el art. 215.1.3 *in fine* LGSS. Lo hará para exigir que, además, aunque el solicitante carezca de rentas en los términos establecidos, si tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extras. Sólo se aplicará esta modificación a los nuevos derechos toda vez que aquellos subsidios que se estuvieran percibiendo a la entrada en vigor de la norma se mantendrán. Una restricción, sin duda, importante toda vez que añadir a las rentas personales las familiares reduce el ámbito objetivo de actuación de la norma, relativizando el alcance de esta prestación asistencial por desempleo.

En contraposición con las restricciones apuntadas, el art. 215.3.2 LGSS permite, ya desde la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad y como se anticipara, que este subsidio sea compatible con la indemnización legal proveniente de la extinción del contrato de trabajo que, a estos efectos, no tendrá la consideración de renta computable, independientemente de si se recibe en un pago único o de forma periódica. Precisamente constituía éste, como se advirtiera, un aspecto polémico pues los prejubilados que obtenían indemnización por parte de la empresa, tras los dos años de acceso a la prestación, quedaban fuera del sistema sin percepción y sin posibilidad de mantener su cotización al mismo. De esta forma, y a partir de los 55 años de edad, la entidad gestora quedará obligada a devengar este subsidio, y, sobre todo, a ingresar la correspondiente cotización por jubilación (art. 218. 2 LGSS) a fin de que los prejubilados se mantengan dentro

febrero de 2012, Ar. 3754, 7 de marzo de 2012, Ar. 5418 y 16 de marzo de 2012, Ar. 5548, entre otras).

del sistema cotizando y, en su caso, las empresas podrán aportar complementos si se enmarcan dentro de la cuantía prevista como indemnización legal derivada de la extinción del contrato de trabajo.

La entidad gestora solicitará la presentación de una declaración de rentas, acompañada de la documentación acreditativa que corresponda, cada doce meses desde la fecha del nacimiento del derecho o desde la fecha de su última reanudación, siempre en el plazo de los quince días siguientes a aquel en el que se cumpla el período señalado¹⁵. La falta de esta aportación implicará la interrupción en el pago del subsidio y en la cotización a la Seguridad Social. Por su parte, la aportación fuera de plazo supondrá la reanudación del devengo del derecho con efectos de la fecha en que se aporte la misma (art. 219.5 LGSS).

D) A todo ello hay que sumar la última modificación, general para todos los supuestos de acceso al nivel asistencial, y que supone la exigencia de estar inscrito y mantener la inscripción como demandante de empleo para los beneficiarios, *ex* art. 215.4 LGSS, y que, al menos formalmente, modifica la tesis del prejubilado como excluido definitivo del mercado de trabajo, si bien no deja de ser contradictorio que el legislador siga previendo una cobertura subsidiada y a nivel asistencial durante, como mínimo, diez años de duración.

Esta última, y con un carácter totalmente excepcional a cualquier medida asistencial (la duración del subsidio será de seis meses prorrogables hasta dieciocho como máximo), se extenderá hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades. No se podrá aplicar este subsidio a los trabajadores fijos discontinuos, al menos mientras mantengan esta condición (art. 216.5 LGSS). La cuantía será la general (80% IPREM), permitiendo que, durante los seis primeros meses, se aplique la escala prevista en el art. 217.2 LGSS en virtud de la cual se abonará el 80% IPREM cuando el trabajador tenga uno o ningún familiar a su cargo; un 107% IPREM cuando tenga dos familiares a su cargo y el 133% IPREM cuando el trabajador tenga tres o más familiares a su cargo. Y, finalmente, durante su percepción, la entidad gestora deberá cotizar por la contingencia de jubilación tomando como base de cotización el tope mínimo de la cotización vigente en cada momento (art. 218.3 LGSS).

¹⁵ Como señala la STS de 28 de octubre de 2014, Ar. 5850, existe una conclusión incorrecta de la interpretación del art. 215.3 LGSS cuando se considera que no se pueden obtener subsidios iniciales (a diferencia de las prórrogas) hasta que termine el año natural en que se solicita el subsidio dado que algunas rentas (por ejemplo, los rendimientos del capital mobiliario) no pueden ser calculadas hasta el final del ejercicio, algo que no resulta admisible en un subsidio de naturaleza asistencial (FJ 4).

3.2.2. Las ayudas a la prejubilación de trabajadores afectados por la reestructuración empresarial

a) *Ayudas previas a la jubilación ordinaria para trabajadores próximos a la jubilación insertos en procesos de reestructuración empresarial*

A) En los procesos de reestructuración se prevé asimismo la concesión de las denominadas “ayudas previas a la jubilación ordinaria”, previstas desde 1994. Actualizadas ahora a través del RD 3/2014, de 10 de enero, a fin de adaptarlas a las exigencias de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, a partir de 2014 se dispensan como una concesión directa de subvención a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas. La concurrencia de razones de interés público y dificultades en su convocatoria pública derivada de la naturaleza de urgencia y necesidad sociolaboral derivada de procesos de reestructuración que conlleven el cierre parcial o total de la empresa o contribuyan al mantenimiento del empleo justifican, a juicio del legislador, la concesión directa de la subvención *ex arts. 22.2.c) y 28 de la citada Ley 38/2003*, respectivamente.

Se trata de trabajadores “ceranos a la edad de jubilación”, con cuatro años menos de la edad, real o teórica por aplicación de coeficientes reductores, de jubilación, que, habiendo cumplido el período de cotización exigido para causar derecho a la pensión de jubilación contributiva, acrediten una antigüedad mínima de, al menos, dos años en la empresa o en el grupo de empresas y se hallen inscritos como demandantes de empleo en el momento de concesión de la ayuda. En el caso de trabajadores afectados por despido colectivo, no podrán transcurrir más de cuatro años entre la fecha de comunicación del acuerdo alcanzado en el período de consultas y la fecha de acceso de los trabajadores a estas ayudas.

B) La ayuda consiste en una cantidad económica mensual y en la cotización a la Seguridad Social. La cuantía inicial de la ayuda será el 75% de dividir entre siete la suma de las bases de cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las horas extras, correspondientes a los seis meses anteriores a la fecha del despido. Sólo podrá percibirse, con participación de las Administraciones Públicas, hasta un máximo de cuatro años y, en todo caso, hasta el cumplimiento de la edad legal de jubilación. Desde el segundo año, la ayuda se revalorizará con el índice aplicable a las pensiones contributivas.

Durante la percepción de la ayuda, el beneficiario será considerado en situación asimilada al alta con obligación de cotizar. Estarán excluidos, a efectos de cotización, de todas las prestaciones derivadas de contingencias profesionales y de las derivadas de contingencias comunes que no tengan la naturaleza de pensión. La cotización implica tener en cuenta la base inicial de cotización en función del promedio de las seis últimas bases de cotización por contingencias comunes anteriores a la fecha del despido, actualizada de acuerdo con los índices de revalorización de las pensiones contributivas desde el momento del despido hasta la

fecha de acceso del trabajador al sistema de ayudas previas. Se aplicará el tipo correspondiente a contingencias comunes.

La solicitud deberá ser tramitada por empresa y representación legal de los trabajadores conjuntamente incluyendo una memoria en la que consten los motivos por los que solicitan las ayudas, el número de trabajadores beneficiarios y una previsión del coste económico individualizado. En todo caso, la concesión estará condicionada “a la existencia de crédito presupuestario en el ejercicio en que haya de procederse al pago” (art. 6.3 RD 3/2014) y a la “existencia de disponibilidad presupuestaria en cada ejercicio presupuestario” (art. 10.3 RD 3/2014). El plazo máximo para resolver es de dos meses, transcurrido el cual se entenderá desestimada la solicitud.

C) La financiación de las ayudas previas corresponde en un 60% a las empresas solicitantes y en un 40% con cargo al programa correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado o de la Comunidad Autónoma cuando ésta hubiera recibido el traspaso de servicios en esta materia. La participación de la empresa podrá superar dicho porcentaje si existiera conformidad previa de la misma. A tal fin, las empresas deberán ingresar, a requerimiento del órgano instructor, en la TGSS, la aportación a su cargo, pudiendo optar entre realizar un único pago o fraccionarla en tantas anualidades como años vayan a permanecer los trabajadores percibiendo las ayudas, con un máximo de cuatro.

En el caso de que se resuelva favorablemente la solicitud conjunta de concesión, será necesaria una nueva solicitud concretando los trabajadores beneficiarios de la ayuda. A tal fin, deberá comprometerse a aportar parte de la financiación de la misma, acreditar la conformidad individualizada del trabajador de acogerse a la ayuda, certificar la edad de jubilación de cada uno de ellos por parte del INSS o, en su caso, del Instituto Social de la Marina y declarar no estar incurso en ninguna prohibición para ser receptor de subvenciones, entre otros documentos. La solicitud se presentará seis meses antes del cumplimiento de los requisitos que permiten su acceso. Si se hiciera con posterioridad, se devengará con una retroactividad máxima de tres meses. Esta nueva solicitud deberá ser resuelta administrativamente en el plazo de dos meses; de lo contrario, se entenderá denegada. El pago de esta ayuda previa se realizará por parte de la TGSS en la misma forma y plazo que las pensiones del sistema, una vez garantizada la aportación de la empresa, si bien con mecanismos de revalorización propios durante los ejercicios 2014, 2015 y 2016 (DT 2ª).

b) Ayudas extraordinarias en forma de subvención previa constitución de un plan de rentas en los procesos de reestructuración

A) El RD 908/2013, 22 de noviembre, recoge la regulación de otro tipo de ayudas, en este caso, las ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por pro-

cesos de reestructuración empresarial, también en aplicación de lo dispuesto en la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, ya citada). Con carácter más general a las anteriores pero asimismo destinadas, entre otros, a trabajadores prejubilados y desde 2013, se otorgan estas ayudas extraordinarias para trabajadores afectados por estos procesos, a fin de facilitarles una cobertura económica, en forma de concesión directa de subvenciones.

Los beneficiarios de las mismas serán los trabajadores despedidos según los arts. 51 y 52.c) LET o el art. 64 LC siempre que tengan una antigüedad mínima en la empresa o el grupo de empresas de dos años y se encuentren en situación legal de desempleo en el momento de concesión de la ayuda. De acuerdo con la norma, aquellos trabajadores que se encuentren incluidos en un plan de rentas y que estén desempeñando una actividad remunerada en el momento de la concesión, se les podrá reconocer el derecho a la misma pero su cobro quedará suspendido hasta que el trabajador se encuentre en situación legal de desempleo, iniciándose el cobro de la ayuda en ese momento pero sólo por el período que le restase por percibir. El plan de rentas podrá consistir en el pago de un subsidio o una cantidad destinada al pago por el trabajador del convenio especial con la Seguridad social, de forma conjunta o para una única de las modalidades.

A tal efecto, sólo podrán ser financiados los planes que tengan las características siguientes:

- el plan incluirá la cantidad a la que se compromete el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, la totalidad de la indemnización legal por despido o la pactada en el acuerdo alcanzado en el período de consultas del despido colectivo, de ser ésta superior, de los trabajadores incluidos en el plan de rentas y la aportación a la que la empresa se haya comprometido en el citado acuerdo;
- el importe mensual del subsidio establecido en el plan de rentas para cada trabajador no podrá superar el 75% del promedio de las bases de cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las horas extras, correspondientes a los seis meses anteriores al despido, ni el importe de la pensión máxima establecida en el sistema para el año en que tenga lugar dicha efectividad;
- la aportación del Ministerio al plan de rentas no podrá superar el 40% del importe total del mismo;
- únicamente se podrán conceder ayudas a trabajadores cuyos contratos se extingan en el plazo de dos años desde la comunicación a la autoridad laboral del acuerdo alcanzado en el período de consultas;
- el período de percepción del subsidio y de la cantidad destinada al pago por el trabajador del convenio especial con la Seguridad Social será como

máximo de seis años por cada trabajador desde el momento del despido. No obstante lo anterior, aquellos trabajadores para los que se prevea que, transcurrido el plazo descrito, tendrán cumplida la edad para acceder a la pensión de jubilación anticipada pero no tendrán cubierto el período mínimo de cotización exigido, podrán percibir la cantidad destinada al pago por el trabajador del convenio especial con la Seguridad social hasta el momento en que puedan causar el derecho a la pensión de jubilación anticipada, con un máximo de ocho años desde el momento del despido;

- no será objeto de subvención la obligación por parte de la empresa de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial con la Seguridad social respecto de los trabajadores de 55 o más años de edad a los que se refiere el art. 51.9 LET;
- y, finalmente, no será objeto de subvención las cláusulas de revalorización anual que, en su caso, sean incluidas en el plan de rentas por la empresa y la representación legal de los trabajadores.

B) Asimismo podrán concederse, directamente a los trabajadores y en régimen de pago único, ayudas extraordinarias por una cuantía equivalente a la reposición de las prestaciones contributivas por desempleo, consumidas durante los períodos de suspensión de los contratos o de reducción de jornada a que se refiere el art. 47 LET, siempre que no se tenga derecho a las mismas en virtud de cualquier otra norma. En todo caso, la solicitud de estas ayudas deberá presentarse de forma conjunta por empresa y representación legal de los trabajadores.

3.2.3. Ayudas a la prejubilación por sectores

A) La industria sigue teniendo como centro de referencia la Ley 21/1992, antes mencionada y aún no derogada, aunque sí superada por el régimen de ayudas específicas antes expuesto. Con todo, la Ley 21/1992 ha sido reformada en distintas ocasiones, la más reciente con la Ley 21/2015, de 20 de julio, (cuya entrada en vigor se prevé para octubre de 2015), recogiendo el RD 825/1993, de 28 de mayo, de medidas laborales y de Seguridad Social a las que se refiere el citado art. 6 de la Ley de Industria, la regulación sobre las mismas. En virtud de esta última norma, las medidas específicas podrán consistir en las cotizaciones adicionales a la Seguridad Social a cargo de las empresas a favor de los trabajadores que, como consecuencia de su cese en aquéllas, se encuentren en situación legal de desempleo en cualquiera de sus niveles, contributivo y asistencial, siempre que para estos mismos trabajadores el correspondiente programa contemple medidas de prejubilación. Asimismo, estos trabajadores podrán acceder, sin solución de continuidad, al cumplir la edad de 60 años al sistema sobre ayudas equivalentes a la jubilación anticipada.

De toda la industria, el principal sector con una regulación más concreta y específica ha sido el de la minería. El colectivo minero no sólo tiene edades de jubilación distintas e inferiores al resto de trabajadores por cuenta ajena sino que dispone asimismo de ayudas específicas destinadas al cese prematuro de la actividad laboral. En cumplimiento del Plan del Carbón o Acuerdo Marco de Actuación 2013-2018, el RD 676/2014, de 1 de agosto, recoge el régimen de ayudas por costes laborales destinadas a cubrir costes excepcionales vinculados a planes de cierre de unidades de producción de las empresas mineras del carbón. Se trata de ayudas dirigidas a asegurar el pago de indemnizaciones a favor de los trabajadores por la extinción de sus contratos de trabajo a causa del cierre de las unidades de producción de carbón, *ex art.* 4.3 de la citada norma. Las principales, a efectos de este análisis, son las ayudas sociales por costes laborales para trabajadores de edad avanzada (arts. 7 y siguientes de la norma).

En virtud de las mismas, los trabajadores beneficiarios, cuya relación nominal deberá consensuar la empresa con los representantes de los mismos, deberán tener un contrato indefinido, la edad de 54 o más años de edad equivalente con la aplicación del coeficiente reductor que corresponda, antigüedad de, al menos, tres años consecutivos en la empresa, a contar desde la extinción de la relación laboral que propicia estas ayudas, cotizaciones al régimen especial de la minería del carbón durante, al menos, once años y el cumplimiento del período mínimo de cotización al cumplir la edad legal de jubilación (art. 7 RD 676/2014). La ayuda será compatible con el desempeño de un trabajo por cuenta ajena y a tiempo parcial de, al menos, el 25% de la jornada a tiempo completo establecida y garantizarán el 70% de la media mensual de la retribución salarial ordinaria bruta, considerando los seis meses efectivamente trabajados anteriores a la incorporación al régimen establecido para estas ayudas con el prorrateo de pagas extraordinarias (cantidad que procede del importe del desempleo contributivo o asistencial —su denegación conlleva la pérdida de la ayuda— más el complemento aportado por la empresa, *ex art.* 9.5 RD 676/2014). Se garantiza, asimismo, que, una vez finalizado el desempleo, serán abonadas las cotizaciones a la Seguridad Social efectivas mediante la firma de los correspondientes convenios especiales hasta la edad legal de jubilación y conforme a lo previsto en el art. 161 y la DT 20^a LGSS.

B) Por lo que se refiere a la agricultura y desde el año 2001, el RD 5/2001, de 12 de enero, por el que se establece un régimen de ayudas destinadas a fomentar el cese anticipado en la actividad agraria regula la concesión de un mecanismo específico de prejubilación en el campo. Se trata de ayudas previstas para mayores de 55 años, con cotizaciones a la Seguridad Social que les permita acceder a los 65 años a la pensión de jubilación y al corriente en sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social. La norma reconoce una indemnización anual y una prima anual complementaria a los cedentes hasta alcanzar la jubilación definitiva y, co-

mo máximo, hasta el día en que cumplan los 65 años de edad. Además el cedente podrá percibir un complemento anual de jubilación desde el día en que, al cumplir los 65 años, se jubile definitivamente hasta que cumpla los 70 años de edad. En este caso, el período total de la ayuda no podrá exceder los quince años de duración. Por su parte, los trabajadores percibirán asimismo una indemnización anual hasta alcanzar la jubilación definitiva y como máximo hasta el día en que cumplan los 65 años de edad. Todos ellos permanecerán en situación asimilada al alta durante la percepción de la ayuda y, por ende, con la obligación de cotizar en el sistema correspondiente de Seguridad Social. Las cuotas deberán ser ingresadas directamente por los beneficiarios de las ayudas.

Desde la aprobación de estas ayudas hasta hoy, las CCAA han adquirido un protagonismo destacado. De hecho, la base normativa en la actualidad se encuentra en dos escenarios, distintos pero vinculados. Por un lado, los Planes de Desarrollo Rural —europeos y nacionales— y, por otro, el Reglamento 1698/2005, de 20 de septiembre, relativo a la ayuda al desarrollo rural. Aunque buena parte de las ayudas autonómicas siguen basándose en ambos instrumentos normativos, lo cierto es que el Reglamento 1698/2005 citado ha sido derogado por el Reglamento 1305/2013, de 17 de diciembre, que ya no contempla las ayudas al cese anticipado en la actividad agraria por lo que las CCAA han decidido no realizar convocatoria alguna en los próximos años¹⁶, tendiendo estas ayudas a su progresiva desaparición.

Por su parte, el sector pesquero se rige por el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca 2014-2020 recogido en el Reglamento 508/2014, de 15 de mayo y por el Plan Estratégico Nacional del Fondo Europeo de la Pesca y la Decisión de la Comisión C (2007) 6615, de 13 de diciembre por la que se aprueba el programa operativo de intervención comunitaria del Fondo Europeo de la Pesca de España. Desarrollando esta normativa, el RD 1549/2009, de 9 de octubre, establece en su art. 39 una serie de medidas de carácter socioeconómico entre las cuales se encuentran los planes para la “salida anticipada de los trabajadores del sector pesquero, incluida la prejubilación”. Los requisitos para acceder a cada una de estas medidas se recogen en el programa operativo 2007/2013 del Fondo Europeo de la Pesca. El órgano competente para la tramitación, resolución y pago de las solicitudes de estas ayudas será el de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio esté situado el puerto base del buque pesquero.

¹⁶ Sirva como ejemplo una de las últimas normas dictadas, la Resolución de 17 de febrero de 2015 de la Junta de Andalucía (BOJA, 3 de marzo) en la que se concreta la cantidad prevista por la Junta para cada una de las ayudas por cese anticipado, si bien actualizando cantidades de ayudas ya concedidas en anteriores ejercicios pero no con una convocatoria nueva.

3.2.4. Mantenimiento de la cotización durante la prejubilación: una excepción cada vez más extendida, cotizar sin trabajar y contribuir sin recibir

a) *El convenio especial de los prejubilados*

A) El éxito o fracaso de la prejubilación radica en la posibilidad de mantener la cotización hasta el momento de la jubilación, evitando así cualquier distorsión en la expectativas pensionísticas de los prejubilados. La percepción del desempleo, tanto de la prestación como del subsidio, garantiza que el beneficiario mantenga su cotización al sistema. Por su parte, la ayudas descritas suelen contemplar la posibilidad de mantener dicha cotización. Los problemas surgen al intentar completar esa cotización al mismo nivel que el trabajador mantenía en activo.

Desde la Ley 27/2011, la DA 31ª LGSS establece un nuevo régimen aplicable al convenio especial a suscribir en despidos colectivos. De este modo, las cotizaciones correspondientes al Convenio serán a cargo del empresario hasta los 63 años del trabajador, salvo en los despidos colectivos por causas económicas en los que dicha obligación se limita hasta el cumplimiento de los 61 años del trabajador, momento en que pasará a ser obligación de este último. Las cotizaciones deberán abarcar desde el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo y la fecha en que el trabajador cumpla la edad de jubilación. Dichas cotizaciones se determinarán aplicando el promedio de las bases de cotización del trabajador en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De esta cantidad se deducirá la cotización a cargo de la entidad gestora correspondiente al período en que el trabajador pueda tener derecho a la percepción del subsidio de prejubilación, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación, calculándola en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial.

Las cotizaciones deberán ser ingresadas en la TGSS bien de una sola vez, dentro del mes siguiente al de la notificación de la cantidad a ingresar por parte del citado servicio, bien de manera fraccionada garantizando el importe pendiente mediante aval solidario o a través de la sustitución del empresario en el cumplimiento de la obligación por parte de una entidad financiera o aseguradora, previo consentimiento de la TGSS. A partir de los 63 años o, en su caso, a partir de los 61 años, las aportaciones al convenio especial serán obligatorias para el trabajadores y a su exclusivo cargo, debiendo ser ingresadas hasta el cumplimiento de la edad de jubilación. El art. 20 de la Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre, reguladora del convenio especial señala, en relación a este supuesto, que si el empresario optara por efectuar un pago único, deberá manifestarlo por escrito a la TGSS y efectuar su ingreso en la misma dentro del mes siguiente de la notificación de la cantidad a

ingresar. Si optara por el fraccionamiento, se realizará en tantas anualidades como años le falten al trabajador o trabajadores para cumplir los 63 ó 61 años de edad, en su caso. De ser así, cada anualidad se ingresará en los treinta días naturales inmediatamente anteriores a la iniciación de la anualidad correspondiente.

B) La citada Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre, regula, con carácter general, la posibilidad de seguir cotizando a los trabajadores mayores de 55 años que se hallen afectados por un despido colectivo, tal y como se ha expuesto, o como perceptores del subsidio de prejubilación. Estos últimos podrán suscribir dicho convenio si bien, para la contingencia de jubilación, la base de cotización estará constituida por la diferencia entre la base de cotización elegida por el interesado y aquella por la que cotice en cada momento la entidad gestora (art. 24 Orden TAS 2865/2003). El convenio surtirá efectos en la fecha en que nazca el derecho al subsidio salvo que el interesado opte porque los efectos del convenio se inicien en la fecha de presentación de la solicitud del mismo¹⁷.

Finalmente, las personas que, teniendo suscrito este tipo de convenio especial vean extinguido su derecho al subsidio de prejubilación, podrán solicitar la suscripción del convenio especial en su modalidad ordinaria en cualquier momento. Si lo solicitase dentro del plazo de noventa días naturales a contar desde la fecha en que la citada extinción haya tenido efectos o bien desde la fecha en que la resolución administrativa o sentencia judicial haya adquirido firmeza, el convenio especial surtirá efectos desde el día en que se haya extinguido el subsidio de desempleo salvo que el interesado opte porque el convenio especial tenga efectos en la fecha de presentación de la solicitud.

b) La aportación especial de la empresa que despide a mayores de 50 años obteniendo beneficios

A) En los procesos de prejubilación, entre otras paradojas, aparecía una que resultaba ciertamente significativa. Se asumía que, empresas con beneficios, utilizaran estos mecanismos públicos (desempleo, jubilación, cotización, etc.) en interés propio, sin revertir al sistema de Seguridad Social parte del coste que este último asumía cuando la empresa quería redimensionar sus plantillas. La diferencia

¹⁷ Para computar la cantidad abonada por este convenio en las rentas a tener en cuenta para acceder al subsidio por prejubilación, el Tribunal Supremo exige que dicho importe haya sido previamente recibido por el trabajador con un propósito, el de un posterior ingreso o fin de obtener en el futuro la cobertura que el convenio especial proporciona (SSTS de 31 de enero de 2013, Ar. 2856 y de 26 de marzo de 2013, Ar. 4146). Esta interpretación es coherente con la STS de 9 de junio de 2009, Ar. 3123 en la que la deducción de las cuotas se contempla porque el trabajador recibía previamente las cantidades destinadas a ese fin en virtud de una póliza suscrita por la empresa al objeto de dar cobertura a la indemnización y al pago de las cotizaciones (FJ 2).

entre una jubilación basada en una petición voluntaria de retiro del trabajador, reclamando su derecho al descanso tras una larga vida laboral y una prolongada contribución económica al sistema, y una jubilación propuesta por la empresa por razones de viabilidad debía tener un reflejo directo en el coste empresarial de dicha decisión.

Porque la empresa, ante dificultades de supervivencia, dispone de numerosos mecanismos legales para su subsistencia que no pasan exclusiva o mayoritariamente por los trabajadores de más edad y la vinculación con la jubilación, prevista a otros efectos. Por eso, una decisión individual y voluntaria del trabajador ha de ser soportada íntegramente por el régimen público en función de los mecanismos de contributividad y reparto que lo caracteriza mientras que una decisión colectiva y forzosa incentivada por la empresa exige una participación de la misma, bien a través de una contribución adicional al sistema público —se exponía, en su momento, que podría ser a través de una escala móvil de cotización¹⁸— bien mediante una cobertura complementaria a través de planes y fondos de pensiones. En su día, y entre las múltiples propuestas posibles se planteó, a título de ejemplo, la posibilidad de aplicar un plus de cotización al sistema de Seguridad Social como principal sostenedor de la configuración financiera de la prejubilación. Allí se insistía en que el citado plus debería aplicarse a toda empresa que incentivara, promoviera y se beneficiara de un derecho, en origen individual y voluntario, convertido en colectivo y forzoso¹⁹.

B) Esa sugerencia ha sido atendida por el legislador y, tras algunas modificaciones y desde que la Ley 27/2011 lo previera (DA 16ª Ley 27/2011, DF 4ª Ley 3/2012, de 6 de julio, RD 1484/2012, de 29 de octubre, DF 7ª RDL 5/2013 y RDL 16/2013, 20 de diciembre), el ordenamiento establece la obligación de efectuar una aportación económica a aquellas empresas con beneficios que incluyan en sus despidos colectivos a trabajadores mayores de 50 años de edad. Las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el art. 51 LET deberán efectuar una aportación económica. No todas, sino aquellas que cumplan una serie de requisitos.

En efecto. Desde que en 2011 se incluyera esta medida, el ámbito de aplicación se ha ido ampliando exigiendo, primero, a empresas de más de quinientos trabajadores y, ahora, a empresas de más de cien trabajadores el cumplimiento de dicha aportación económica. Se incluyen asimismo grupos de empresas que empleen a

¹⁸ L. LÓPEZ CUMBRE,, “Escala móvil de cotización en el sistema de Seguridad Social”, en AAVV, *El accidente de trabajo en la Seguridad Social. VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social*, Barcelona, Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, 2003, pp. 61-96.

¹⁹ L. LÓPEZ CUMBRE, *La prejubilación... op. cit.*, p. 264.

más de cien trabajadores, por lo que, en principio, la previsión de aplicación es bastante amplia. Para ello deberán despedir a trabajadores a través de un despido colectivo del art. 51 LET siempre que el porcentaje de trabajadores despedidos de 50 o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de 50 o más años sobre el total de trabajadores de la empresa. A estos efectos, se computarán los trabajadores incluidos en un despido colectivo y aquellos cuyos contratos hayan sido extinguidos por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a los previstos en el art. 49.1.c) LET, cuando dichas extinciones de contrato se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo. Asimismo, y también a estos efectos, deberá considerarse la plantilla de la empresa a fecha del inicio del procedimiento del despido colectivo²⁰.

Por lo demás, y aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas que justifican el despido colectivo, deberán cumplirse alguna de las dos condiciones siguientes. Una, que las empresas o el grupo hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo. O, dos, que las empresas o el grupo obtengan beneficios en, al menos, dos ejercicios económicos consecutivos dentro del período comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha. A tal fin, se estima que una empresa ha obtenido beneficios cuando el resultado del ejercicio resulte positivo, tal y como se define en los modelos de cuentas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, recogidos en el RD 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad o en la normativa contable que sea de aplicación, en este caso, el RD 1159/2010, ya citado. Conviene subrayar, a este respecto, cómo el art. 5 RD 16/2013, 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores exime, no obstante, de esta contribución a los grupos con beneficios en el exterior pero con pérdidas en España.

C) La aportación en cuestión tendrá en cuenta el importe bruto de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones amén de estas mismas

²⁰ Vid sobre el cuestionamiento de la aplicación retroactiva de esta medida en despidos ya efectuados por la empresa, la SAN de 5 de junio de 2015, rec. 77/2015 en la que se destaca el “objetivo socialmente loable, que procura evitar que el impacto de la crisis económica se proyecte sobre los trabajadores mayores” obligando a la empresa a “asumir las consecuencias de despedir a los trabajadores mayores, evitando, de este modo, la socialización de los costes de su decisión” (FJ 3). Asimismo, y en virtud de lo previsto en el artículo 2.3 del Código Civil, estima este pronunciamiento que la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes cesa cuando la propia norma dispone lo contrario, tal y como ocurre en este supuesto.

cuantías en relación a otras extinciones de contrato no inherentes a la persona del trabajador que la empresa haya llevado a cabo en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del despido colectivo y un canon fijo por cada trabajador que haya agotado estas prestaciones. El tipo aplicable sobre la cantidad derivada de la suma de estos elementos oscila entre un 60% y un 100%, dependiendo del número de trabajadores de más de 50 años afectados y del porcentaje de beneficios de la empresa. Será el Servicio Público de Empleo Estatal el que remita en cada ejercicio a las empresas una propuesta de liquidación sobre la que podrán formular alegaciones en el plazo de quince días. La recaudación corresponde a las Delegaciones de Economía y Hacienda en período voluntario y a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en período ejecutivo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1.b) del Reglamento General de Recaudación (RD 939/2005, de 29 de julio).

Y es que, puesto que la norma califica esta obligación como “aportación económica al Tesoro Público”, aleja esta contribución de todos los parámetros propios de la financiación del sistema de Seguridad Social. Por su parte, el destino de los fondos recaudados por la misma no es otro que el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal, al menos el 50% de lo recaudado, con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de trabajadores de 50 o más años en situación legal de desempleo. El RD 1484/2012 se refiere expresamente a la naturaleza jurídica no tributaria de estas aportaciones económicas. Y, así, tendrán la consideración de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado, siéndoles de aplicación las disposiciones contenidas en el t. I, cap. II de la Ley 47/2003, de 28 de noviembre, General Presupuestaria (*ex art. 1 RD 1484/2012*).

Con la tramitación de la norma en 2011, la memoria económica de la misma preveía recaudar unos 43 millones de euros anuales (computando tanto la aportación como el ahorro de prestaciones del sistema de Seguridad Social). En estos cuatro años de vigencia, la Administración garantiza haber ingresado, por este concepto, unos 82 millones de euros en total. De hecho, una veintena de empresas han contribuido abonando este canon (Telefónica, Nokia, Pfizer, RBA, etc). Introducida esta medida por un gobierno socialista y reforzada por un gobierno popular (que procedió, como se ha expuesto, a incorporar a esta obligación legal a las empresas de más de cien trabajadores, siendo inicialmente sólo de aplicación a las de más de quinientos) no ha logrado plenamente los objetivos económicos establecidos²¹. Conviene matizar, no obstante, que la gestión fue lenta en los pri-

²¹ Manifestando las dificultades que esta aportación económica ha introducido en los procesos de prejubilación, M. GODINO REYES, “Del empleo a la jubilación en tiempos de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas”, en AAVV, *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2013, p. 139.

meros años de aplicación (sólo se había recaudado un millón de euros en los dos primeros años) pero se ha ido recuperando y normalizando con el paso del tiempo por lo que se prevé un incremento de ingresos públicos como consecuencia de esta medida.

3.2. El ámbito privado: la presencia de la empresa en los procesos de prejubilación

3.2.1. Los planes de prejubilación en las prejubilaciones programadas por las empresas como mecanismo de redimensionamiento no traumático de sus plantillas

A) La participación de la empresa en los procesos de prejubilación condiciona la tipología de un sistema con rasgos unitarios como el de la prejubilación, pero que acepta diferentes modalidades, aludiéndose de forma frecuente a las “prejubilaciones” en plural, tal y como se anticipara. Una tipología sencilla para una realidad sumamente compleja puede ser la que en su día se expusiera, distinguiendo la “prejubilación programada”, esto es, aquella situación en la que se prevé y planifica la cobertura del trabajador prejubilado con intervención de la empresa, de la “prejubilación no programada”, que opera cuando el trabajador tiene que solicitar las correspondientes prestaciones públicas sin que la empresa esté presente ni directa ni indirectamente durante el período de prejubilación del mismo²².

Pues bien, el elemento caracterizador de una prejubilación programada es la presencia de un plan en el que se recogen todas las obligaciones y derechos tanto de la empresa como del trabajador durante el proceso de prejubilación, e incluso en algunas ocasiones más allá de la propia jubilación del trabajador y hasta su fallecimiento. Las condiciones fijadas en el plan de prejubilación se basan en la autonomía de la libertad de las partes (individual o colectiva, dependiendo del origen de creación del plan) y sometidas únicamente al control de constitucionalidad y legalidad propios de todo pacto. El objetivo del acuerdo parece claro: la empresa consigue una ruptura contractual consensuada y el trabajador se garantiza una solvencia económica en su situación de inactivo y a la espera de obtener la pensión de jubilación. A su vez, esta prejubilación programada acepta dos formulaciones; la individual, si se programa para un solo trabajador y se diseña en función de sus circunstancias personales, o la colectiva, si el plan engloba a un colectivo de trabajadores y, como tal, se deriva de la negociación y el acuerdo con los representantes de los mismos. En este último caso, si las condiciones del plan son distintas para los miembros de ese colectivo, nos hallamos ante prejubilacio-

²² L. LÓPEZ CUMBRE,, *La prejubilación... op. cit.*, pp. 96 y ss.

nes plurales mientras que si se ofrecen condiciones homogéneas, entonces se trata de una prejubilación colectiva.

Con lo que el plan de prejubilación admite, al menos, tres posibilidades; la primera consiste en el establecimiento de un pacto pormenorizado y detallado del plan global de prejubilaciones de la empresa al que se adherirán los trabajadores sin posibilidad de modificar los términos del acuerdo colectivo; la segunda supone la fijación de unas indicaciones básicas y generales para llevar a cabo los acuerdos individuales de prejubilación, luego la adhesión de los trabajadores se producirá adaptando las condiciones generales a la particularidad de cada uno de ellos; y, por último, la libre determinación para que sean las partes quienes fijen los términos del acuerdo individual de prejubilación. Sólo el primero responde, en puridad, a las características de un plan de prejubilación colectivo, suponiendo los otros dos diferentes modalidades del plan individual, en el primer caso con la consecución de una serie de prejubilaciones plurales y en el segundo con el resultado de una prejubilación individual.

B) Constituye el plan de prejubilación un negocio jurídico que vincula a las partes a las que se aplica. Si el plan proviene de un acuerdo colectivo habrá de cumplir las reglas generales de la negociación colectiva; por contra, si se basa en un acuerdo individual de voluntades, estará sometido a las reglas generales de la contratación sin olvidar el origen laboral de dicho acuerdo. Para distinguir los supuestos individuales de los colectivos, se propone una diferente terminología: “contrato de prejubilación” para los acuerdos individuales, “contrato de adhesión al plan de prejubilación” cuando se lleva a cabo la aceptación de las condiciones generales ofrecidas por la empresa siempre que se efectúe la aplicación —que no la negociación— de dichas condiciones, quedando reservada la calificación de “plan de prejubilación” para el pacto colectivo. Dado que se reproducen en esta fase los mismos inconvenientes que puede tener el trabajador como parte más débil de la contratación laboral, la vía colectiva parece garantizar mejor sus intereses. Pero nada impide, aun cuando no sea frecuente, que se programe una prejubilación de forma individual.

En cualquier caso, la denominación del pacto de prejubilación no predetermina el contenido del mismo, fijándose en él las condiciones impuestas para el mantenimiento, suspensión o extinción de la cobertura, el conjunto de derechos y obligaciones que vinculan a cada una de las partes, la concreción de las reglas de gestión y financiación dispuestas para llevar a cabo los objetivos, el establecimiento de oportunos mecanismos de revisión dado el período, relativamente largo, de tiempo que se presume para esta contingencia, la precisión, en su caso, de las correspondientes indemnizaciones por el incumplimiento total o parcial de lo pactado; en definitiva, la concreción del contenido del acuerdo que sirve de base para la extinción contractual, aceptada de conformidad por el trabajador y hecho determinante para el inicio de su situación como prejubilado.

No en vano, es la prejubilación programada la que mayor complejidad encierra, pero también la que mayores garantías ofrece al trabajador. Complejidad, porque supone un amplio espectro de posibilidades debido a que son muchos los elementos que tanto por parte de la empresa como por parte del trabajador pueden ser conjugados. Garantía porque existe un negocio jurídico cuyo eventual incumplimiento desencadenará una serie de responsabilidades para el sujeto incumplidor.

Cualquier vicisitud que afecte al trabajador o a la empresa podrá anular el plan de referencia y podría, en caso extremo, hacer reconsiderar la readmisión del trabajador en los términos anteriores a la extinción por prejubilación. Así, la no obtención de las prestaciones públicas por parte del trabajador por no cumplir los requisitos, la falta de cumplimiento por parte de la empresa de completar las prestaciones públicas o de mantener la cotización del trabajador, el incumplimiento de los compromisos del trabajador de permanecer inactivo y fuera del mercado de trabajo, etc. Distinta consideración deberán tener aspectos tales como una discordancia en la cuantificación de las cantidades a abonar por parte de la empresa²³ o la calificación como activos o pasivos de los trabajadores prejubilados a determinados efectos²⁴ o el conflicto derivado de la actualización pactada para los citados complementos²⁵ o la devolución de la prestación por desempleo indebidamente percibida y la obligación de la empresa de abonar la prejubilación²⁶, que no invalidarán la eficacia de la extinción contractual y del pacto prejubilatorio suscrito²⁷. Cabe incluso admitir, como con insistencia ha reconocido la jurisprudencia, que la empresa modifique las condiciones pactadas

²³ Entre otras, SSTs de 23 de junio de 2003, Ar. 4856, de 6 de julio de 2004, Ar. 6110, de 15 de diciembre de 2004, Ar. 1495/05, de 10 de febrero de 2005, Ar. 6179, de 17 de julio de 2006, Ar. 8494, de 28 de febrero de 2007, Ar. 2114 o de 26 de marzo de 2007, Ar. 3032.

²⁴ Vid L. LÓPEZ CUMBRE, “Extinción contractual por prejubilación: prejubilados y censo electoral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 8, 2004, iustel.com, pp. 1-14.

²⁵ SSTs de 21 de febrero de 2012, Ar. 3901, de 31 de mayo de 2012, Ar. 9588, de 10 de julio de 2012, Ar. 9302, de 2 de octubre de 2012, Ar. 8322 o de 19 de noviembre de 2012, Ar. 8490, entre otras.

²⁶ Así, “*si por razón de una pluriactividad, que ejercía el trabajador con anterioridad a la extinción del contrato de trabajo, éste se vio obligado a restituir lo percibido por desempleo, corresponde a la empresa satisfacer dicha suma obtenida por desempleo y ello a fin de que no se perjudique el derecho del actor a cobrar su salario real, como si siguiera en activo, que es a lo que se comprometió la empresa en las disposiciones insertadas en el contrato de extinción del trabajador*” (STs de 18 de octubre de 2007, Ar. 9395, FJ 2).

²⁷ Por todos, J. CABEZA PEREIRO, “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, en AAVV, *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley, 2004, pp. 205-225 y “Algunas consideraciones sobre la prejubilación a la vista de la doctrina reciente”, en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación... op. cit.* pp. 1287-1302.

(en connivencia colectiva y/o individual) para adaptarse a posteriores reformas legales²⁸.

Conviene precisar, por último y en relación a este tipo de prejubilación, cómo la nueva regulación del despido colectivo evita poner de manifiesto lo que, antes de la misma, resultaba contradictorio. Así, empresas en crisis podían efectuar pactos de prejubilación de gran entidad económica sin que supusiera una objeción para tramitar el expediente administrativo (por causas económicas) dado el acuerdo existente entre empresa y representación de los trabajadores. Ahora, y como ha podido comprobarse en apartados anteriores, la obtención de beneficios por parte de la empresa, ni impide el despido, ni limita la prejubilación, aunque obligue a efectuar una aportación económica al tesoro público, tal y como se expuso.

C) Por su parte, la prejubilación no programada se caracteriza por la desvinculación total de la empresa tras el cese anticipado y definitivo del trabajador. Será él quien, ante la contingencia de prejubilación, solicitará la prestación correspondiente, sin que exista ningún tipo de planificación empresarial al respecto. El alcance de este tipo de prejubilación dependerá de las posibilidades que ofrezca cada ordenamiento. Mas si el trabajador extingue o comprueba que el empresario ha extinguido unilateralmente su contrato de trabajo, se retira o es retirado forzosa y definitivamente del mercado de trabajo, obtiene una renta sustitutiva o compensatoria del salario y mantiene su relación con la Seguridad Social, no puede sino ser considerado como un prejubilado. El cumplimiento de los rasgos que caracterizan a esta contingencia es pleno en este tipo de prejubilación.

La ausencia de la empresa en la programación de la cobertura de este período transitorio del trabajador no se traduce en la inexistencia de la contingencia sino, en su caso, en una menor cuantía de la prestación en tanto la prestación pública no será completada por una privada, pero nada más. Incluso en otros ordenamientos se facilita una prestación de prejubilación próxima al salario aun cuando

²⁸ Éste ha sido el criterio seguido en diferentes pronunciamientos del Tribunal Supremo al precisar que “*al ser modificadas dichas condiciones por disposición legal no es que la empresa y los trabajadores suscribieran un contrato fraudulento para acceder a la jubilación anticipada sino que se limitan a pactar las condiciones que permiten al trabajador acceder a la nueva jubilación anticipada*” (STS de 17 de marzo de 2014, Ar. 2405, FJ 3). En idéntico sentido, SSTS de 19 de marzo de 2014, Ar. 2411, de 20 de marzo de 2014, Ar. 2132, de 16 de junio de 2014, Ar. 3582, de 7 de julio de 2014, Ar. 5035 y de 21 de enero de 2015, Ar. 753, entre otras. El alcance del acuerdo novatorio, previamente en M. GARCÍA MUÑOZ, “La naturaleza novatoria extintiva del pacto de prejubilación”, *Temas Laborales*, núm. 67, 2002, pp. 241-254. Con posterioridad a la reforma del art. 161 bis LGSS, *vid* J. MARTÍNEZ GIRÓN, y A. ARUFE VARELA, “La prejubilación: aspectos jurídicos, laborales y de Seguridad Social, en AAVV, *Envejecimiento laboral y prejubilación: dilemas y problemas socioeconómicos*, Universidad de La Coruña, 2010, pp. 173-181 (<http://hdl.handle.net/2183/13075>) y L. LÓPEZ CUMBRE, “Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2014, pp. 199-220.

la contingencia de prejubilación se haya causado como consecuencia de la resolución voluntaria del trabajador o cuando la empresa extinga unilateralmente el contrato pero no participe en la cobertura de la misma. El hecho de que en nuestro sistema tan sólo se devengue una prestación mínima, una renta compensatoria que no alcanza el óptimo deseado para la prestación de prejubilación, no significa que no estén presentes los rasgos sustantivos tanto de la contingencia como de su prestación.

3.2.2. Los compromisos privados empresariales como complementos de financiación a la protección pública de las prejubilaciones

A) Las posibilidades de complementar las prestaciones públicas se revela como una de las claves de éxito de estos procesos. Desde la aprobación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión del seguro privado, las empresas deben externalizar los complementos destinados a completar la protección pública a través de los denominados compromisos por pensiones. Hoy, superada ya toda la transición de este proceso de externalización, las empresas que añaden dichos compromisos deberán garantizarlos, desde el momento en que se inicie el devengo, mediante contratos de seguros, planes de pensiones o varios de estos instrumentos. Una vez materializados, la obligación y responsabilidad de la empresa por los referidos compromisos se circunscribirá exclusivamente a la asumida en dichos contratos de seguro o plan de pensiones.

Los compromisos por pensiones constituyen obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias previstas en la DA 1ª RDL 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley reguladora de planes y fondos de pensiones. Podrán revestir las formas que se establezca en dicha norma y comprenderán toda prestación que se destine a la cobertura de tales compromisos, cualquiera que sea su denominación. En todo caso, la efectividad de los compromisos por pensiones y del cobro de las prestaciones causadas quedarán condicionados a su formalización en los instrumentos descritos. El incumplimiento de la empresa de formalizar estos compromisos en dichos instrumentos constituye una infracción laboral muy grave de la LISOS. Para evitar todos los inconvenientes ya experimentados en el pasado, no resultará admisible la cobertura de tales compromisos mediante la dotación por el empresario de fondos internos o instrumentos similares que supongan el mantenimiento por parte de éste de la titularidad de los recursos constituidos.

Como señala el art. 8.6 LPFP, las contingencias protegidas serán la jubilación, incapacidad permanente, gran invalidez, muerte y dependencia severa o gran dependencia. En todo caso, los planes de pensiones podrán prever el pago de la prestación a la jubilación en caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a situación legal de desempleo según los arts.

49.1.g), 51, 52 y 57 bis LET. Y, así, siempre que las especificaciones del plan lo prevea, podrá anticiparse la prestación a los 60 años de edad siempre que el trabajador haya cesado en su actividad laboral y no cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social. Asimismo podrá preverse el pago anticipado de la prestación de jubilación cuando el partícipe, cualquiera que fuese su edad, extinga su relación laboral y pase a la situación legal de desempleo como consecuencia de un expediente de regulación (hoy, despido colectivo), *ex art. 8.2 del citado Reglamento*. Los compromisos asumidos por las empresas con los trabajadores que extingan su relación laboral y pasen a situación legal de desempleo y que consistan en el pago de prestaciones con anterioridad a la jubilación podrán ser objeto de instrumentación, con carácter voluntario, de conformidad con la DA 1ª LPFP, en cuyo caso se someterán a la normativa financiera y fiscal derivada de ésta.

B) Pues bien, los complementos fijados en las prejubilaciones se ordenan o a través de este proceso —garantizando al trabajador el cobro de la prestación derivada del plan en el momento en que se produzca el hecho causante de la misma— o a través de un contrato de seguro en el que el tomador —la empresa— garantiza al beneficiario —el trabajador prejubilado— una renta periódica hasta su jubilación o con posterioridad a la misma.

Se discute si su naturaleza jurídica es extrasalarial o prestacional, admitiendo la jurisprudencia diferentes tesis en función de los pactos que, en cada situación, se realicen. Así, se ha negado la naturaleza salarial para evitar la congelación en las aportaciones de empresas u organismos de naturaleza pública²⁹. Pero también se niega que se trate de un complemento o mejora de la pensión de jubilación por entender que los pactos no pretenden dicha mejora sino una función distinta³⁰. Sin embargo, y descartada su naturaleza salarial por cuanto, efectivamente, no retribuyen trabajo por cuenta ajena alguno tras la extinción contractual, parece más conveniente la defensa de su naturaleza prestacional como complementos

²⁹ En la reciente STS de 31 de marzo de 2015, Ar. 2149, el Tribunal Supremo rechaza la calificación salarial por cuanto “*no concurre el necesario mantenimiento de la relación laboral y, por ello, no hay prestación de servicios que sea objeto de retribución —ni siquiera concurre una causa de interrupción de la obligación de prestar servicios que mantenga vivo el derecho al salario—*” (FJ 3).

³⁰ Tampoco se compadece este complemento, a juicio del Tribunal Supremo, con las aportaciones a planes de pensiones o seguros colectivos ya que estas cantidades de obligado abono por parte de la empresa “*ni se configuraron como beneficios integrables en un plan de empleo, ni se aseguraron como prestaciones análogas a la jubilación en los términos de la LPFP. Por consiguiente, no integran una mejora de la prestación de jubilación a la que se refiere el art. 22.3 LPGE/2013 cuando proscribire su incremento. El hecho de que la empresa haya asegurado esta obligación no altera la naturaleza de la misma ni la convierte en un seguro colectivo de cobertura de las prestaciones de jubilación ni siquiera de las previstas en el art. 8.6.a) LPFP*” (STS de 27 de abril de 2015, Ar. 165212, FJ 3).

privados asumidos (desde la aceptación de las mejoras voluntarias) dentro del sistema de protección social³¹.

4. RECAPITULACIÓN: UN TRATAMIENTO DE LAS PREJUBILACIONES DEFICITARIO EN SU EVOLUCIÓN Y CONTENIDO EN SU FUTURO

A) Evidentemente, en un escenario en el que la longevidad marca el coste de cualquier sistema de jubilación, la tendencia legítima ha de ser la de prolongar la vida activa. Sin embargo, en un sistema basado en una carrera de seguro, con una aportación guiada por la expectativa, asimismo legítima, de un retiro digno, jubilarse a una edad razonable ha de ser posible. En ambos casos, no parece que la prejubilación encuentre acomodo toda vez que significa un retiro prematuro, con un coste social y económico inasumibles. Al menos, aparentemente, porque la realidad reproduce algo distinto. Todas las experiencias desarrolladas desde los años ochenta hasta hoy han venido cumplido la misma finalidad, la de redimensionar de forma no traumática las plantillas de las empresas.

Como ya se ha expuesto en anteriores ocasiones, de no acertar en el contenido de un sistema flexible de jubilación puede ocurrir que se genere una “jubilación de ricos”, la de aquellas empresas que pueden integrar mecanismos privados con mecanismos públicos de protección, ofreciendo a sus trabajadores todo tipo de jubilación, prematura o prolongada; la de quienes, por disfrutar de salarios altos, rechazan una jubilación topada en su nivel máximo y que siempre estará por debajo de su salario; la de quienes, en fin, pueden dejar de trabajar a una edad temprana porque la empresa garantiza un poder adquisitivo similar al alcanzado en activo. Frente a una “jubilación de pobres”, la de quienes, por no contar con todas estas facilidades y por no poder cumplir los requisitos establecidos en el sistema público para acceder a una prejubilación, a una jubilación anticipada o a una jubilación ordinaria, no es que opten por permanecer en activo sino que no tienen otra salida si quieren seguir sobreviviendo. No es difícil imaginar una realidad en la que la prejubilación quede reservada tan sólo para trabajadores privilegiados, esto es, trabajadores de empresas con grandes recursos que pueden mantener despidos colectivos con el importante coste que supone la prejubilación. Una realidad, no querida, en la que la prolongación de la vida activa quede como mecanismo residual para los trabajadores de los sectores más depauperados (minería, empleados de hogar, construcción, etc). Una realidad, en fin, muy distinta

³¹ L. LÓPEZ CUMBRE,, “Prestaciones complementarias: un debate sobre su naturaleza retributiva o de protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho Social Internacional y Comunitario*, núm. 32, 2001, pp. 183-200.

a la que prevé el legislador español con sus reformas y muy distante a la que pretende alcanzar la Unión Europea³².

B) En el futuro —porque ya hoy en el presente lo es— la diversidad será la seña de identidad de nuestras sociedades. Y esa diversidad requerirá una mejor adaptación de la norma a las necesidades individuales si se quiere huir del fracaso normativo. Incorporar mecanismos diferentes que abarquen opciones diversas como la prejubilación o la jubilación anticipada, flexible, parcial, retrasada, compatible, especial, ordinaria, prolongada, etc., resultará clave para la sostenibilidad de cualquier sistema³³. A diferencia de lo que, *a priori*, puede parecer, una modulación flexible de la retirada progresiva o definitiva del mercado de trabajo a la edad que, individual o colectivamente, resulte más operativa, se plantea como un elemento de atracción al sistema y no de repulsión del mismo. Ahora, lamentablemente y en muchas situaciones, se opta por la economía sumergida por entender que la inclusión en el sistema ofrece pocos alicientes; una carrera gravosa económicamente para un beneficio socialmente parco. Si se añaden posibilidades —lógicamente con los resultados propios de efectuar los cálculos actuariales que todo sistema contributivo requiere—, la fuerza centrípeta la voluntad se impondrá a la centrífuga de la realidad.

Desde finales del siglo XVIII, Kant y Laplace descubrieron que el universo tiene una historia. Lejos de repetirse, como explicaba Newton, el universo es cambio: las estrellas (incluso el Sol), los planetas (incluso la Tierra) constituyen el producto de una evolución, que continúa. No basta decir, con Newton, que las partes del universo se desplazan; es necesario añadir que se transforman. Trasladado al ámbito social, también el mundo se halla en incesante movimiento y desarrollo, extinguiendo lo viejo y fortaleciendo lo nuevo, en una comprensión dialéctica y no metafísica de la sociedad. Existen realidades que, como la analizada en estas páginas, observadas en su evolución, pueden parecer superadas sin llegar a nacer.

³² L. LÓPEZ CUMBRE,, “Jubilaciones anticipadas en extinción”... *op. cit.*, p. 102.

³³ L. LÓPEZ CUMBRE,, “Reflexiones sobre la reforma de la prejubilación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2003, iustel.com.

Las jubilaciones anticipadas y su evolución

Juan Carlos Álvarez Cortés
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN

Las tasas de fertilidad decrecientes y el aumento de la longevidad son factores que asegurarán el “envejecimiento” continuo de la población mundial. Este envejecimiento de la población es un fenómeno mundial que, a lo largo del s. XXI, impondrá nuevos retos, desde la perspectiva económica y social, a todos los países. Así, por ejemplo y según CEDEFOP, en 2060, en la Unión Europea, sólo habrá dos personas en edad de trabajar (de 16 a 64 años) por cada persona mayor de 65 años¹. Ello, como es fácilmente imaginable, conlleva unas gravísimas consecuencias para la sociedad en su conjunto, ya que no se está, simplemente, ante un problema de las personas de edad avanzada al extenderse sus ramificaciones a aspectos, de suma relevancia, como la propia solidaridad intergeneracional.

En general, como es sabido, la mejora de la calidad de vida en la edad avanzada tiene una especial incidencia en los costes sociales, tanto por el alargamiento de los períodos de percepción de las pensiones de jubilación, a causa del aumento de la esperanza de vida, como por el aumento de los costes sanitarios, a causa de una mayor demanda provocada por el envejecimiento.

Con respecto a la protección social de los mayores, en la mayoría de los sistemas de Seguridad Social financiados con cotizaciones y basados en sistemas de reparto, se suscita la preocupación sobre si una mano de obra cada vez más escasa, esto es, si la disminución de cotizantes, por las elevadas tasas de desempleo, permitirá sostener a los pasivos. De hecho, los economistas y actuarios utilizan la llamada “tasa de dependencia” para pronosticar las implicaciones financieras de las políticas de pensiones.

El aumento de la esperanza de vida de los pensionistas, como se dijo anteriormente, conlleva una elevación de costes casi insostenibles para los sistemas públicos de protección social. Ello ha dado lugar a que en numerosos países se establezcan medidas de contención de gastos con fórmulas diversas respecto de la jubilación como forma de “garantizar las pensiones actuales y la posibilidad de

¹ Vid “Trabajo y envejecimiento: mejora de las condiciones ergonómicas de la actividad laboral para la promoción de un envejecimiento saludable”, *Prevención, Trabajo y Salud* nº 30, 2004, pp. 29-36.

que éstas puedan seguir cobrándose en el futuro”. Entre otras cosas, el impulso de la prolongación de la vida activa, la promoción de una jubilación más tardía y progresiva y la potenciación de la jubilación activa. Dicho de otro modo, es bueno alargar la vida laboral de los trabajadores en un marco lo suficientemente flexible para que pudiera darse respuesta a todas las especiales situaciones de este colectivo, lo que, sin duda, supone restringir las posibilidades para jubilarse a una edad inferior a la legal.

En este orden de cosas, la regulación de la jubilación como prestación del sistema de Seguridad Social pivota sobre un elemento fundamental: la edad. El establecimiento de esta frontera, entre la vida activa y la situación de jubilación pensionada, o dicho de otro modo, la determinación de la edad que permita acceder a una pensión de jubilación, es una de las cuestiones más complejas que actualmente se observan.

1.1. Respecto de la edad de jubilación.

Independientemente de la conexión entre la esperanza de vida y la edad legal de jubilación, que es algo fundamental, también parece que en las posibles futuras modificaciones en la regulación de la protección por jubilación se tengan en cuenta, de un lado, la incidencia de las carreras de seguro² y, de otro lado, la tipología del trabajo realizado por los trabajadores maduros³ en la determinación de la edad de jubilación⁴.

1.2. Respecto de un sistema de jubilación gradual y flexible⁵

La llamada jubilación forzosa, esto es, establecer una edad como límite para poder seguir trabajando, obligando al trabajador a jubilarse, afecta al derecho al trabajo que toda persona tiene. En nuestro ordenamiento se encuentra este derecho constitucionalmente recogido en el art. 35.1 de la Constitución y aunque el

² Aunque esta es una idea que se recoge por todos los analistas, lo cierto es que pertenece a una lógica de un sistema de capitalización y no de reparto como es el nuestro. Sin duda, la aportación o carrera de seguro sirve como base para limitar el derecho o reducir la cuantía de las prestaciones futuras en términos actuariales aplicados en el ámbito del seguro privado y que no tienen por qué ser trasladados a un sistema público de pensiones ya que la filosofía es distinta. Salvo que se quiera, claro está, reducir las pensiones públicas en beneficio del posible negocio que puedan hacer las compañías privadas de seguro.

³ Ya que el desgaste personal que ha sufrido el trabajador por el trabajo realizado debería permitir reducir la edad a estos colectivos.

⁴ Sobre el tema, véase, I. CAMÓS VICTORIA, *Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 56 y ss.

⁵ In extenso, sobre esta cuestión, véase J. L. TORTUERO PLAZA, *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Civitas, Madrid, 2002.

Tribunal Constitucional ha permitido situaciones de jubilación forzosa siempre que se justificaran por la aplicación de medidas de fomento del empleo por la negociación colectiva, en el momento actual, la reforma del Estatuto producida en 2012, impide que se puedan negociar medidas que impliquen la jubilación forzosa.

Por otro lado, a pesar de existir una edad legal de jubilación, aún puede considerarse, con todo, un requisito flexible ya que, de un lado, puede adelantarse o anticiparse y, de otro lado, puede fomentarse el mantenimiento de los trabajadores mayores en el mercado de trabajo tras cumplir esa edad (bien mejorando sus pensiones futuras o bien permitiendo compatibilizar las pensión de jubilación con el trabajo del pensionistas).

1.2.1. La desincentivación del abandono temprano del mercado laboral

La dulcificación de la rigidez de la edad de jubilación se ha producido a través de las posibilidades establecidas por el sistema para que el trabajador se jubilara anticipadamente. En esta situación han podido distinguirse claramente varias modalidades: anticipaciones de la edad mínima ordinaria en función de la actividad desarrollada; anticipación de la edad por la situación de discapacidad del trabajador; anticipación de la edad que se produce bien por causas no imputables al trabajador o bien por voluntad del interesado. E incluso entre esta podrían incluirse las jubilaciones parciales, antes de la edad ordinaria, como medida de reparto del empleo.

La jubilación anticipada ha podido servir como una fórmula de política de empleo al retirar del mercado de trabajo a los trabajadores de edad madura a los que les resulta ciertamente complicado encontrar, a su edad, un puesto de trabajo. Y, por supuesto, en combinación con las prestaciones de prejubilación, ha servido como eficaz fórmula para ajustar y reestructurar plantillas, en situaciones de crisis o reconversión industrial, incluso ante situaciones de simple reorganización de los recursos humanos en grandes empresas.

La experiencia ha demostrado que la liberación de puestos de trabajo por los más mayores, a causa de jubilaciones anticipadas, no ha supuesto tampoco, salvo en los casos de obligación de relevo, una solución eficaz a los problemas del desempleo. Y además la relajación en los requisitos exigidos para acceder a tales modalidades de jubilación han llevado aparejado, sin duda, un enorme aumento de los gastos en pensiones.

La escasa eficacia de la jubilación anticipada como medida de fomento del empleo y los elementos demográficos y económicos a los que anteriormente nos referimos han traído consigo la promoción de la idea de alcanzar una mayor permanencia en el mercado de trabajo de las personas en edad madura o, en otras palabras, el endurecimiento de los requisitos para jubilarse anticipadamente.

Es por ello que el legislador en estos años ha modificado en diversas ocasiones el régimen de la jubilación anticipada, buscando precisamente dificultar el recurso a la misma por parte de la negociación colectiva informal de empresa, fundamentalmente, en el marco de los expedientes de regulación de empleo, mediante la elevación de sus estándares legales. Dificultando el acceso voluntario también a esta posibilidad ya que la normativa anterior podría favorecer, en determinadas ocasiones, las decisiones de abandono temprano del mercado laboral.

Muchos se han quejado de los costes que supone en la Seguridad Social las jubilaciones anticipadas de este tipo, pero realmente no es así, y ello porque la reducción de la pensión para cada año de adelanto, siempre claro está que no haya de complementarse a mínimos⁶ y de conformidad con la esperanza de vida, supone quien se jubila con menos años percibirá a lo largo de lo que le quede de vida menos dinero de pensión que si se hubiera esperado a la edad legal de jubilación. Lo que efectivamente se produce para las finanzas de la Seguridad Social es una redistribución en el tiempo del gasto⁷.

1.2.2. La incentivación en el mantenimiento del empleo de los trabajadores mayores

Retirar a las personas del mercado de trabajo en edad madura supone privar al sistema productivo de trabajadores cualificados y capacitados o hacer notar la posible discriminación por motivos de edad en la expulsión del mercado de trabajo de los trabajadores de edad madura. Esta es una de las ideas sobre las que se sostiene el llamado “envejecimiento activo”, junto a la tan repetida “viabilidad del sistema de pensiones”.

⁶ Como se ha dicho, “la garantía de pensiones mínimas viene a desfigurar definitivamente la fórmula de prejubilación comentada, convirtiendo en cuestión próxima a la indiferencia en muchos casos —en todos aquellos en los cuales la pensión resultante no alcanza la mínima— la edad de retiro: sea cual fuere la edad elegida entre los 60 y los 65, la cuantía de la pensión será la misma, la mínima legal para menores de 65 años”, J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, y M. R. MARTÍNEZ BARROSO, en “De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social)”, *REDT* n° 81, 1997, p. 22.

⁷ Así lo indicó, A. DURÁN HERAS, en “Anticipo de la jubilación en España”, *RSS* n° 41, 1989, p. 131. También I. CAMÓS VICTORIA, y J. M. FUSTÉ MIQUELA, que indicaron que no puede desconocerse que el importante aumento de la duración de las pensiones de jubilación generado por la mayor esperanza de vida puede verse compensado en cuanto a la cuantía mediante la reducción de la pensión de jubilación anticipada; “percepción anterior en el tiempo de una pensión disminuida, con un evidente coste actual para el sistema de protección social, pero al fin y al cabo, percepción vitalicia de una prestación cuantitativamente inferior que, en el marco real de una mayor longevidad, vendrá a suponer un ahorro diferido para el sistema protector”, en “El tratamiento de la edad de jubilación en la Ley 24/1997, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social”, *RL* n° 1, 1999, p. 552.

No es baladí el que se fomente o promocióne el retraso en la edad de jubilación ya que, como se dijo anteriormente, la longevidad conlleva un aumento del gasto en pensiones que afecta a todo el sistema público de protección social. Para ello, se han establecido dos tipos de medidas: de un lado, la mejora de las pensiones de jubilación de los trabajadores que se mantengan en sus puestos de trabajo tras haber cumplido la edad legal de jubilación y, de otro lado, ampliando las posibilidades de compatibilizar las pensiones con el trabajo.

Por lo que se refiere a este segundo tipo de medidas, la llamada “jubilación parcial y flexible” ha sido establecida en nuestro ordenamiento como una forma de compatibilizar el trabajo con la pensión desde una doble perspectiva: de un lado, el activo que pretende seguir trabajando a tiempo parcial pero compaginando sus salarios (reducidos) con la pensión de jubilación parcial. Y, de otro lado, el nuevo acceso del jubilado al mercado de trabajo a través de un contrato a tiempo parcial, reduciéndose, en este caso, la pensión de conformidad al tiempo de trabajo realizado. Experiencias que, según los datos, no han tenido demasiada aceptación por las empresas ni por los trabajadores maduros. En este orden de cosas, y como excepción, el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo contempla nuevas posibilidades de las que aún no se tienen suficientes datos para valorar. Pero, en cualquier caso, se trata de cuestiones que será estudiadas con profundidad en otros momentos en esta obra.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

2.1. *Consideraciones previas*

Durante muchos años, en concreto desde 1919 con la instauración del retiro obrero, la edad de jubilación se ha mantenido en 65 años (con las salvedades producidas por las mejoras establecidas por ciertas mutualidades laborales y para colectivos especiales de trabajadores)⁸. Ha sido con la reforma de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización adecuación y modernización del sistema de Se-

⁸ Aunque la edad general de jubilación es a los 65 años, nos encontramos sectores en los que se rebaja esa edad sin que se trate de una situación de jubilación anticipada, sino simplemente de una edad distinta de jubilación por realizar trabajos peligrosos, insalubres o tóxicos. Para ello se utilizan dos fórmulas: o bien se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación en función del tiempo que se ha desempeñado una actividad de ese tipo (jubilación del personal del Estatuto Minero, personal de vuelo de trabajos aéreos, ferroviarios, trabajadores en actividades marítimo-pesqueras, bomberos y miembros del cuerpo de la Ertzaintza) o bien se establece una edad fija (determinados artistas y profesionales taurinos). Además, los trabajadores con discapacidad, ex art. 161 bis, segundo párrafo, de la LGSS, podrán ver reducida la edad de jubilación de 65 años, según el grado de discapacidad, igual o superior al 65% o al 45% siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determi-

guridad Social cuando se ha cambiado dicha edad para aquellas personas que no tuvieran 38,5 años cotizados a la Seguridad Social, a la edad de 67 años, encontrándonos en un período transitorio para el establecimiento de esta nueva edad.

Como indicaba MARTÍN VALVERDE⁹, existen varios conceptos referidos a la edad de jubilación: la edad ordinaria de jubilación (que es la edad mínima de jubilación pensionable con carácter general); la edad de retiro forzoso (que fija un límite cronológico rígido de permanencia en ciertas actividades, profesiones o puestos de trabajo¹⁰); y, finalmente, la edad de jubilación anticipada (en atención a razones diversas). De ellas, la que nos interesa es, precisamente, esta última.

Pues bien, el rasgo definidor de todos los supuestos que se incluyen bajo el calificativo de jubilación anticipada (a excepción de la jubilación parcial anticipada) es que el trabajador se retira definitivamente de la vida activa al cumplimiento de una edad determinada, anterior a la edad ordinaria de jubilación, con derecho a una pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social¹¹.

La anticipación de la edad ordinaria de jubilación integra dos situaciones bien diferenciadas. De un lado, la reducción de la edad ordinaria, que es una medida adoptada por el legislador por la cual se rebaja la edad de jubilación ordinaria a determinados colectivos y que trae su causa bien en las especiales condiciones del sector o bien en las características psicofísicas del trabajador. Más que una anticipación de la jubilación supone el establecimiento de una edad inferior, para colectivos donde los estudios indican que son trabajadores con una esperanza de vida inferior al resto, pero que por ello no ven mermada o afectada la cuantía de pensión.

De otro lado, se encuentra la “genuina” jubilación anticipada que se establece como un derecho de opción del trabajador, que cumpla los requisitos que se establezcan para anticipar su jubilación, entre ésta y la obtención de la pensión a la edad ordinaria. Tal opción lleva consigo, en caso de elegir el adelanto de edad, la aplicación de reglas de cálculo en la pensión que la reducen respecto a la que se podría obtener en caso de jubilarse a la edad legalmente establecida. Se trataría de “compensar” el mayor período de disfrute de la pensión de jubilación con una reducción de la cuantía a obtener¹².

nadas en los que concurran evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

⁹ En “El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social”, *RMTAS* n° 4, 1997, p. 50.

¹⁰ Desde luego, tras la reforma del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012, las posibilidades de establecer cláusulas de jubilación forzosa, como medida de fomento del empleo, a través de la negociación colectiva han desaparecido, quedando sólo la jubilación forzosa en el ámbito del empleo público.

¹¹ Como indicaba L. LÓPEZ CUMBRE en *La prejubilación*, Civitas-UAM, Madrid, 1998, p. 71.

¹² Así, J. L. MONEREO PÉREZ, *op. cit.*, p. 188 o L. LÓPEZ CUMBRE en *La prejubilación*, *op. cit.* p. 73, lo entienden como una “penalización”. Creemos que realmente no lo es ya que el tra-

Evidentemente, ambos casos tienen en común el que el trabajador se retira de la vida activa con una edad inferior a la ordinaria de jubilación y con su correspondiente pensión.

A partir de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social se vino a introducir con, a nuestro juicio, una desafortunada técnica legislativa el art. 161 bis de la LGSS en el que bajo el título “jubilación anticipada” se entremezcla la situación de reducción de la edad de jubilación que, en puridad, como se dijo anteriormente, no es más que el establecimiento de una distinta edad de jubilación inferior a la ordinaria para determinados colectivos con la jubilación anticipada y la “genuina” jubilación anticipada. En este trabajo, nos vamos a centrar en la que hemos llamado anteriormente “genuina” jubilación anticipada dejando de lado los supuestos de reducción de la edad de jubilación¹³.

Tampoco pueden entenderse como supuestos de jubilación anticipada, ni las ayudas para financiar los planes de jubilación anticipada (prejubilación) para trabajadores con 60 años cumplidos en empresas de reconversión (establecidos en la Ley 27/1984, de 26 de julio, de reconversión y reindustrialización y desarrollada por el RD 1990/1984), ni tampoco los programas anuales que se preveían por la Dirección General de Trabajo de ayuda para facilitar la jubilación de trabajadores de empresas en crisis no sujetas a planes de reconversión (OM de 2 de abril de 1991)¹⁴.

Además, como se recuerda, el RD 1194/1985 previó la jubilación anticipada a los 64 años, como medida de fomento del empleo, cuando el trabajador fuese sustituido por otro al amparo de cualquier modalidad contractual, salvo el contrato eventual y el contrato a tiempo parcial y siempre que la duración del mismo fuese

bajador accede a una edad inferior a la pensión; ello no le penaliza, a nuestro juicio, ya que lo que se produce es un reajuste en aplicación de elementales criterios actuariales para el cálculo de la pensión.

¹³ Insistimos, las situaciones de reducción de la edad de jubilación para determinados sectores que tienen como denominador común el desarrollo de una serie de actividades peligrosas, penosas o tóxicas o por tratarse de personas con discapacidad, no debería de entenderse técnicamente como jubilación anticipada ya que aunque el trabajador se jubile a una edad inferior a la ordinaria “no anticipa en ningún momento su jubilación ya que es ésa la edad fijada como edad ordinaria para el colectivo al que pertenece”, así lo indica con buen criterio L. LÓPEZ CUMBRE, en *La prejubilación, op. cit.*, pp. 69-70.

¹⁴ Como indican G. L. BARRIOS BAUDOR y A. V. SEMPERE NAVARRO, que “técnicamente no hay reducción de la edad mínima ordinaria de jubilación durante la percepción de ayudas equivalentes a la jubilación ordinaria o anticipadas disfrutadas como consecuencia de los procesos de reconversión y reindustrialización (Ley 27/1984)”, y es que dichas ayudas aparecen configuradas como “el puente de acceso para la adquisición definitiva de la condición de pensionista por vejez”, en *La jubilación en el régimen general de la Seguridad Social*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 54.

al menos de un año¹⁵. Ello permitía la jubilación a los 64 años, sin ningún tipo de reducción de la cuantía de la pensión, pero esta posibilidad fue eliminada por la disposición derogatoria de la Ley 27/2011, con efectos de 1 de enero de 2013.

Finalmente, no vamos a tratar la jubilación parcial anticipada puesto que va a ser examinada en otro espacio dentro de esta obra.

2.2. Evolución de la jubilación anticipada

2.2.1. Jubilación anticipada para los mutualistas¹⁶

La más antigua de las situaciones de jubilación anticipada se reguló inicialmente con la DT1^a. 9 de la Orden de 18 de enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el RGSS. Norma que posteriormente se integró tanto en la LGSS de 1974, como en la actual LGSS de 1994 en la DT 3^a.2, e iba dirigida a reducir la edad de jubilación de quienes tuvieran la condición de mutualistas a primeros de enero de 1967. Esta norma ha ido cambiando con el tiempo.

En un primer momento, se exigió que los mutualistas tuvieran cumplidos en dicha fecha la edad de 50 años, aunque dicha referencia fue suprimida tempranamente, manteniendo la posibilidad de que cualquier mutualista pudiera acogerse a la misma.

La anticipación de la edad de jubilación suponía la reducción de la cuantía de la pensión de jubilación en un 8% por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le faltase al trabajador para cumplir la edad de jubilación.

A partir de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, para este colectivo de trabajadores “mutualistas” vino a distinguirse, como situación especial, o adicional a la anteriormente citada, el acceso a la jubilación anticipada con mejores condiciones económicas para los que el cese en el trabajo no hubiese sido en virtud de “causa imputable a la libre voluntad del trabajador”. Entendiéndose por libre voluntad “la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que lo impida, decide poner fin a la misma”.

¹⁵ Sobre esta cuestión, véase B. FERNÁNDEZ COLLADO, *La jubilación un año antes de la edad ordinaria como medida de fomento del empleo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

¹⁶ No tienen derecho a jubilación anticipada los mutualistas afiliados a las mutualidades de trabajadores por cuenta propia; a la mutualidad nacional agraria; al montepío del servicio doméstico; al SOVI; o, finalmente, al retiro obrero.

En dicha norma, se estableció un coeficiente reductor de la pensión de jubilación en un 7% por cada año de anticipación para aquellos trabajadores que acreditaran 40 o más años de cotización. Esta segunda situación supuso una importante falta de sintonía con el Pacto de Toledo ya que el mismo pretendía la desincentivación de la jubilación anticipada. Antes al contrario, respecto de la regulación de 1997, aunque llegó a decirse, cosa que no compartimos, que establecía medidas disuasorias o “poderosos” estímulos negativos¹⁷, lo que realmente se produjo era el establecimiento de reglas para que los que se jubilaran anticipadamente, cuando cumplieran una serie de requisitos, pudieran obtener una pensión reducida en porcentajes inferiores a los establecidos anteriormente; por poco que sea, en cualquier caso, fue un avance respecto de la situación precedente¹⁸.

Además, hay que recordar que el RDL 5/1998 (convertido en Ley 47/1998) permitió que se pudiera anticipar la edad de jubilación en un régimen que, en sus disposiciones transitorias, no contemplaba ese beneficio, siempre que se acreditara un mínimo de cotizaciones en actividades por cuenta ajena¹⁹.

Por su parte, el RDL 16/2001, de 27 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, suavizó las condiciones para los que accedieran a la jubilación anticipada por causas no imputables a su libre voluntad. De un lado, se rebajó la carrera de seguro exigida y que debía acreditarse, a partir de ese momento serían 30 y no 40 años. Y, de otro lado, la reducción de la pensión de jubilación se produciría en función de los años de cotización acreditados, entre el 7,5 y el 6%, en una escala de 4 elementos.

¹⁷ Así, lo indicaba A. MARTÍN VALVERDE, en “El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de Consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social”, *op. cit.*, pp. 50 y 51. Creemos que ello no es así, ya que la Ley de Consolidación, además de mantener el porcentaje de reducción del 8% para los mutualistas a 1-1-1967, establece un nuevo porcentaje algo más beneficioso para trabajadores con larga carrera de seguro; lo que sí puede ser criticable, por excesivo, el período de carencia exigido para tener derecho a tal reducción, no así las causas por las que se entiende la involuntariedad del trabajador en la pérdida del puesto de trabajo.

¹⁸ Más aún, se llegó a decir que con las disposiciones referidas a la jubilación anticipada y al mantenimiento subvencionados de los mayores de 65 que “se está primando el interés por reducir costes empresariales, bien directamente, bien facilitando el recurso a la reducción de plantillas por la vía de jubilaciones anticipadas —por lo demás de tan abundante utilización empresarial como costosa para las arcas de la Seguridad Social—; o bien directamente, mediante la facilitación del mantenimiento del empleo de personas de edad, mantenibles con ‘desgravaciones o deducciones de cotizaciones sociales’”, así P. GETE CASTRILLO, en “La Ley de consolidación y racionalización: un hito ambivalente en la persona e interminable del sistema de Seguridad Social”, en AAVV, *La reforma pactada de las legislaciones laborales y de Seguridad Social*, Dir. Fernando Valdés Dal-Re, p. 446.

¹⁹ Sobre esta cuestión, véase extensamente, J. A. PANIZO ROBLES, en “El final de una polémica: las nuevas reglas sobre la anticipación de la edad de jubilación (a propósito del Real Decreto-Ley 5/1998, de 29 de mayo)”, *RTMAS* n°14, 1999, pp. 55 y ss.

La Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, vino a incluir un pequeño matiz al referirse a los años acreditados de cotización a los efectos de aplicar los coeficientes reductores, ya que exigió que los mismos fueran “completos”. Además y, a mi juicio, con buen criterio para dar claridad a la interpretación de lo que debía entenderse como “cese involuntario”, se remitió al catálogo de situaciones legales de desempleo del art. 208.1 LGSS. Aunque con una redacción algo desafortunada, puesto que dicho cese “se presumirá” de forma involuntaria, con lo cual el INSS podría denegar, como así hizo en numerosas ocasiones, jubilaciones anticipadas al presumir una “falsa involuntariedad” a pesar de ser una de las situaciones del art. 208.1.

La posibilidad de que el INSS interpretara o presumiera “a su antojo” si una situación de acceso a la jubilación anticipada era o no involuntaria vino a eliminarse con la Ley 40/2007 que cambió la presunción por “se considerará en todo caso” la involuntariedad cuando la causa de la extinción fuera alguna situación legal de desempleo. Además, esta norma aclaró, por si alguna duda hubiera podido haber, que para el cómputo de años de cotización se tomarían años completos “sin que se equipare a un años la fracción del mismo”.

En definitiva, la prestación de jubilación anticipada a obtener iba a ver reducida su cuantía aplicando una serie de coeficientes o porcentajes dependiendo de la voluntariedad o involuntariedad²⁰ de la extinción del contrato de trabajo y de la carrera de seguro demostrada.

Lo cierto y verdad es que esta situación de jubilación anticipada para los mutualistas en el momento actual carece de importancia, ya que por motivos de edad son pocas las personas que aún pueden acceder por tener la condición de mutualistas a este tipo de jubilación anticipada, estando la inmensa mayoría de ellos jubilados en la actualidad y previéndose la extinción de esta situación para finales de diciembre de 2017.

2.2.2. La jubilación anticipada de carácter general

El Acuerdo de Pensiones de 2001 previó nuevas condiciones de acceso a la jubilación anticipada, manteniendo, claro está, las anteriores²¹. Esto es, se reconoce el derecho a la jubilación anticipada con carácter general “y no sólo para los que históricamente y por motivos de Derecho transitorio han disfrutado de este

²⁰ Las consideraciones meliorativas respecto de la jubilación anticipada por extinción involuntaria de la relación laboral fueron introducidas por la Ley 24/1997 de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social.

²¹ Véase sobre el mismo, J. C. ÁLVAREZ CORTÉS, en “La protección por jubilación en las previsiones del Acuerdo de Pensiones de 2001”, *TL* n° 61/2001, pp. 373 y ss.

derecho”²². Ello vino a suponer, nuevamente, despegarse de forma importante respecto de lo establecido en la Recomendación 10^a del Pacto de Toledo donde en su apartado a) se decía que como medida correctora se desincentivaría la jubilación anticipada²³, pero lo cierto es que con la medida adoptada en el 2001 lo que se pretendió era conseguir la generalización de la jubilación anticipada.

Así pues, el RDL 16/2001, de 27 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que materializa este Acuerdo, vino a añadir un apartado 3 al art. 161 de la LGSS en el que se permitía acceder a la jubilación anticipada a los trabajadores, no mutualistas, mayores de 61 años siempre que cumplieran una serie de condiciones.

Entre las mismas se encontraban: el que estuvieran inscritos como demandantes de empleo en la correspondientes oficinas (del servicio público) durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión de jubilación anticipada; acreditar 30 años de cotización efectivos (esto es, sin que se tuvieran en cuenta los llamados “días cuota” o partes proporcionales de las pagas extraordinarias); estar incluidos en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los Regímenes Especiales que contemplaran el derecho a la jubilación anticipada²⁴; y, finalmente, que el cese en el trabajo no se hubiese producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, entendiéndose como tal la decisión de poner fin a la relación laboral, pudiendo haberla continuado, y siempre que no existiera razón objetiva que lo impidiera.

En estos casos, la pensión a obtener por la jubilación anticipada sería objeto de una reducción aplicando una serie de coeficientes que oscilan entre el 8 y el 6%²⁵ por cada año o fracción de años que le faltara al trabajador para cumplir la edad de jubilación.

Tras estas reformas empezaron a darse problemas para el acceso a la jubilación anticipada por parte de los prejubilados ya que el Tribunal Supremo en una serie de sentencias estimó que la extinción del contrato de trabajo en el marco de expedientes de regulación de empleo, con acuerdo, debía entenderse como una situación voluntaria de extinción del contrato²⁶, doctrina que fue superada o co-

²² Así lo dice J. LÓPEZ GANDÍA, en “El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo”, *RDS* n° 14, 2001, p. 39.

²³ Quizá porque el Gobierno se diera cuenta de que tales jubilaciones más que aumentar el gasto, como anteriormente hemos dicho, lo que hacían era redistribuirlo en el tiempo.

²⁴ Esto es, se excluyen a los trabajadores autónomos, agrarios y empleados del hogar.

²⁵ Tales coeficientes suponen una escala con 5 elementos que se inicia con un 8% de reducción por 30 años de cotización y que finalizan en un 6% por 40 o más años cotizados a la Seguridad Social.

²⁶ Por todas, pueden verse, las SSTS de 22 de enero de 2003, de 12 de julio de 2004, de 17 y 18 de enero de 2006.

regida, al entender tales ceses como involuntarios, por las STS de 24 de octubre de 2006 o 17 de enero y 17 de abril de 2007²⁷.

Más tarde, la Ley 35/2002, de 21 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, modificó levemente el apartado 3 del art. 161 de la LGSS, en tres aspectos: en primer lugar, al aclarar que a la edad de 61 años, de acceso a la jubilación anticipada para los no mutualistas, no le eran de aplicación los coeficientes reductores previstos por el Gobierno para rebajar la edad legal ordinaria en los supuestos de trabajos penosos, tóxicos, peligrosos o insalubres o para personas trabajadoras discapacitadas. En segundo lugar, se estableció la exención de cumplir con los requisitos de antigüedad de 6 meses como demandantes de empleo y cese por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, corrigiendo la doctrina del Tribunal Supremo señalada anteriormente, para los supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo, haya abonado al trabajador, tras la extinción del contrato de trabajo, y durante al menos los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una determinada cantidad²⁸. Y, en tercer lugar, aclarando que respecto de los años de carrera de seguro, a tener en cuenta para determinar el porcentaje o coeficiente reductor, éstos habían de ser “completos”, no cabiendo, pues, las fracciones de año.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, respecto de la jubilación anticipada viene a “mantener intactos sus aspectos esenciales”²⁹. Lo que hizo esta norma fue separar los casos de anticipación de la edad de jubilación, pasándolos del art. 161 al art. 161 bis, bajo el incorrecto título “jubilaciones anticipadas”. En dicho precepto incluyó, en su primer apartado, los casos de anticipación o reducción de la edad de jubilación y, en su segundo apartado, los supuestos de jubilación anticipada.

Las modificaciones o aclaraciones que hace esta Ley respecto de la regulación anterior son escasas: respecto de la acreditación del período mínimo de 30 años de cotización, aunque se sigue sin poder tener en cuenta los “días cuota”, sí podrán computarse como cotizados el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. En lo que se refiere al cese involuntario, se considera “en todo caso” como

²⁷ Se trataba, evidentemente, de asuntos cuyos hechos causantes eran anteriores a la Ley 35/2002 que ya contemplaba como situación involuntaria de cese en la relación laboral por “acuerdo colectivo”.

²⁸ Que, en cómputo anual, representase un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social.

²⁹ Como indica G. L. BARRIOS BAUDOR, y L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, en *Ley de medidas en materia de Seguridad Social*, Thomson-Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, p. 83

involuntarios los ceses por la causas previstas como situaciones legales de desempleo en el art. 208.1 LGSS. Aunque sigue recogiendo como cese involuntario la extinción del contrato de trabajo por acuerdo colectivo y añade “o contrato individual de prejubilación”, por supuesto, manteniendo la obligación del empresario de abonar las cantidades anteriormente previstas (ahora en “computo global” y no “anual”) en concepto de prestación por desempleo y cuotas para el convenio especial con la Seguridad Social. Más aún, este precepto tiene cierto “carácter retroactivo” puesto que la DF 3ª de la Ley 40/2007 venía a “recuperar los derechos” de los pensionistas de Acuerdos de prejubilación en expedientes de regulación de empleo que fueron afectados por la doctrina inicial del Tribunal Supremo³⁰, por ello indicaba que “las jubilaciones anticipadas causadas entre 1 de enero de 2004³¹ y la fecha de entrada en vigor de la presente Ley motivadas por ceses en la relación laboral producidos en virtud de expedientes de regulación de empleo tienen carácter involuntario”³² y permitía la revisión a instancia de parte tanto de las cuantías como de la resoluciones denegatorias por tal motivo³³. Finalmente, se produce una mejora en el porcentaje aplicable a modo de coeficiente reductor por jubilación anticipada, porque ahora su arco se establece entre el 6 y el 7,5%, según número de años cotizados de forma previa a la Seguridad Social, como se dijo anteriormente, la escala suponía que en su reducción más alta era un 8%.

³⁰ Y a reparar con ello los daños causados con una jurisprudencia que afortunadamente ha cambiado su tendencia, como indica, L. LÓPEZ CUMBRE, en “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social”, *op. cit.*, p. 713.

³¹ Fecha en la que entró en vigor, por cierto, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social en la que en su DA 2.1 entendía como cese involuntario todas las situaciones legales de desempleo a las que se refería el art. 208 de la LGSS, entre ellas, la extinción de la relación laboral por expedientes de regulación de empleo.

³² La DF 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, indica, de un lado, que “A efectos de la aplicación del requisito a que se refiere la letra d) del apartado 2 del artículo 161 bis y el párrafo tercero de la norma 2ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se considerará, en todo caso, que las jubilaciones anticipadas causadas entre 1 de enero de 2004 y la fecha de entrada en vigor de la presente Ley motivadas por ceses en la relación laboral producidos en virtud de expedientes de regulación de empleo tienen carácter involuntario.

Las resoluciones denegatorias de las pensiones de jubilación anticipada así como las cuantías de las pensiones ya reconocidas se revisarán a instancia de los interesados.”

³³ Sobre este tema vid, J. C. ÁLVAREZ CORTÉS, y I. ORDÓÑEZ CASADO, en “Acuerdo novatorio de prejubilación y jubilación anticipada”, *TL* n° 127, 2014, pp. 283 y ss.

3. LA REGULACIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA ACTUAL: ENTRE LA LEY 27/2011, DE 1 DE AGOSTO, DE 1 DE AGOSTO, SOBRE ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. Y EL RDL 5/2013, DE 15 DE MARZO, DE MEDIDAS PARA FAVORECER LA CONTINUIDAD DE LA VIDA LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE MAYOR EDAD Y PROMOVER EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO³⁴

Como se dijo en la introducción, la facilitación de ceses o extinciones de los contratos de trabajo de las personas en edad madura supone o ha supuesto un coste importante para las empresas, para la hacienda pública y, también, para el sistema de Seguridad Social. De otro lado, la cuestión demográfica y el aumento de la esperanza de vida, junto con una disminución importante de cotizantes a causa del exorbitante incremento de las tasas de desempleo durante la crisis económica, trae consigo la promoción de la idea de alcanzar una mayor permanencia en el mercado de trabajo de las personas en edad madura.

Es por ello que el legislador en estos años ha modificado nuevamente el régimen de la jubilación anticipada, buscando precisamente dificultar el recurso a la misma por parte de la negociación colectiva informal de empresa, fundamentalmente, en el marco de los expedientes de regulación de empleo, mediante la elevación de sus estándares legales³⁵ y también limitando los supuestos de acceso y elevando la exigencia de acreditación de carreras de seguros de los solicitantes.

En la renovación del Pacto de Toledo respecto de la jubilación anticipada, la Comisión se limitó a recomendar que se reserve o limite a quienes tengan carreras largas y opten voluntariamente por jubilarse y a colectivos que realicen actividades concretas y a discapacitados con menos esperanza de vida. De ahí, y de otras “recomendaciones” de la Unión Europea, las reformas últimas, que a continuación se describen sucintamente, de la jubilación anticipada.

³⁴ Vid, J. GARCÍA VIÑA, en “Pensión de jubilación anticipada a partir de los 61 años sin tener la condición de mutualista”, pp. 213 y ss., en AAVV, *La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, Ed. Laborum, Murcia, 2011.

³⁵ Vid. F. ELORZA GUERRERO, “La negociación colectiva informal en la empresa sobre jubilación: algunas reflexiones sobre el principio de igualdad y no discriminación”, XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014, p. 8.

3.1. *Las modificaciones en la jubilación anticipada producidas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*

Con causa en el Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social introdujo importantes cambios respecto de la jubilación anticipada (y en otras materias).

Además de eliminarse la jubilación especial a los 64 años establecida en el Real Decreto 1194/1985 como anteriormente se dijo, se establecían dos modalidades de jubilación anticipada³⁶ con carácter general para cualquier trabajador que cumpliera los requisitos: la voluntaria y la involuntaria.

- a) La jubilación anticipada voluntaria podría hacerse desde los 63 años, siempre que se tuvieran 33 años cotizados al menos, reduciéndose un 7,5% por cada año de anticipación (recuérdese que la edad de jubilación puede ser de 65 ó 67 años, según el período previo cotizado). En cualquier caso, no se podría acceder si acreditados los requisitos el importe de la pensión, aplicados los coeficientes reductores por trimestres, fuese inferior a la pensión mínima.
- b) La jubilación anticipada involuntaria tenía como principal elemento de referencia la extinción del contrato de trabajo en empresas en crisis, ya no se recogía una referencia a la involuntariedad que conllevan las situaciones legales de desempleo del art. 208 de la LGSS. Los únicos casos previstos son los de despidos colectivos u objetivos por causas económicas o por fuerza mayor, resolución judicial en proceso concursal, y muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual o extinción de la personalidad jurídica contratante o extinción por víctima de violencia de género³⁷.

³⁶ Sin contar con la jubilación parcial “anticipada” que sigue vigente, y aunque tiene un período transitorio para su puesta en vigor tras la reforma, creemos que es una figura que, si se nos permite el símil, esta “herida de muerte” al obligarse al empresario a cotizar por el jubilado parcial como si estuviera trabajando a tiempo completo. Ese encarecimiento de la cotización, producirá el desuso de esta figura, sin duda alguna.

³⁷ No se entiende como extinción involuntaria cualquier otro despido, ni la extinción en base a los arts. 40, 41 y 50 ET, ni expiración del tiempo convenido, ni la extinción durante el período de prueba, y, lo que resulta más llamativo, despidos objetivos o colectivos que no sean por causas económicas. En cambio, A. VICENTE PALACIO entiende que el despido colectivo por causas económicas es una expresión “en sentido genérico, omnicomprendivo de toda la variedad de causas vinculadas a la empresa que autorizan el despido colectivo del art. 51.1 ET” ya que todos los trabajadores afectados por las causas del art. 51.1 (o 52 c), en su remisión a éste) su “extinción ha sido también involuntaria y ligada o motivada por la situación de crisis de la empresa”, en “Jubilación”, AAVV, Dir. Sempere Navarro y Fernández Orrico, *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2012, p. 236.

En estos supuestos, la edad de jubilación podía anticiparse hasta los 61 años cuando se tuvieran también 33 años cotizados y aunque el coeficiente reductor era el mismo, esto es, el 7,5%, el mismo se encuentra limitado al 42% como máximo si la edad de jubilación fuese a los 67 años o al 33% como máximo si la edad de jubilación fuera la de 65 años.

Este sistema respeta los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores en EREs, ERTes, convenios colectivos o acuerdos de empresa o decisiones de procesos concursales anteriores a la firma del Acuerdo de 2011, e independientemente del momento en que se jubilen anticipadamente se les aplicará la legislación anterior respecto de la que se acordó su jubilación anticipada³⁸.

- c) Además, si alguien se jubila anticipadamente por estar topada la pensión, se aplica el coeficiente de 0,25 por trimestre a la cuantía máxima de la pensión, como método disuasorio

3.2. Una nueva vuelta de tuerca: la regulación actual tras el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo

Esta norma justifica la modificación de la jubilación anticipada, en su Exposición de Motivos, en la sostenibilidad del sistema de pensiones que precisa “*que los parámetros esenciales que determinan el acceso a la protección o la cuantía de las prestaciones se adecuen a las circunstancias y realidades sociales y económicas en que ese sistema se desenvuelve. Resulta, por tanto, esencial que la edad de acceso tenga en cuenta la variación de la esperanza de vida tanto cuando el acceso se produce a la edad legalmente establecida, como en los supuestos en que el acceso es posible a una edad inferior. En este sentido, las medidas adoptadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, resultaban insuficientes para garantizar la viabilidad del sistema en el largo plazo, al permitir un alejamiento paulatino entre la edad legal*

³⁸ LA DF 12^a de la Ley 27/2011 indica que se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta ley), a:

a) Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de la publicación de la Ley 27/2011.

b) Las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito y/o acuerdos colectivos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados o suscritos con anterioridad a la fecha de publicación de la Ley 27/2011, con independencia de que la extinción de la relación laboral se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013.

de jubilación y la edad a la que es posible acceder a una jubilación anticipada, y favorecer, en determinadas ocasiones, las decisiones de abandono temprano del mercado laboral.”

Es decir, a menos de 2 meses de la entrada en vigor de la jubilación anticipada establecida por la Ley 27/2011, se produce una serie de modificaciones de calado.

Las modificaciones respecto de la regulación de la jubilación anticipada del RDL 5/2013 mantienen la misma estructura: entre jubilación anticipada que deriva de la voluntad del interesado y jubilación anticipada “por causa no imputable al trabajador”.

a) Por lo que se refiere a la jubilación anticipada “voluntaria”, viene a modificarse la edad, puesto que ahora ya no son los 63 años, sino que se exige una edad inferior a dos años, como máximo, a la edad legal ordinaria de jubilación que corresponda. Ello se realiza de este modo ya que nos encontramos, tras la Ley 27/2011, en un período transitorio hacia los 67 años como edad de jubilación. Ello viene a limitar las posibilidades de disfrute de la misma al limitarse, exclusivamente, a dos años.

De otro lado, se aumentan en dos años, esto es, a 35 años, el período mínimo de cotización exigido para acceder a este tipo de jubilación anticipada, endureciendo, evidentemente, dicho requisito.

Finalmente, se establecen coeficientes nuevos (pasando de los dos anteriores a cuatro con esta modificación) teniendo en cuenta que para carreras de seguro inferiores a 38 años y medio se aumenta el coeficiente a un 2% por trimestre, lo cual tendrá efectos desincentivadores al obtener pensiones de jubilación más reducidas aún si cabe. El resto de tramos que se añaden sirven para seguir reduciendo cuantías ya que el coeficiente que antes se aplicaba de 1,625% por trimestre “para trabajadores con 38 años y 6 meses cotizados o más”, ahora se obtiene cuando se acredite “un período de cotización igual o superior a 44 años y 6 meses”, lo que demuestra el reforzamiento de la contributividad para la obtención de tales beneficios.

En definitiva, que las medidas establecidas, sin duda, desincentivan el acceso a tales prestaciones anticipadas.

b) Por lo que se refiere a la jubilación anticipada “involuntaria” o por causa no imputable al trabajador, también viene a modificarse la edad de 61 años mínimos para acceder a la pensión de jubilación anticipada por otro que ha de ser “inferior a 4 años, como máximo” a la edad de jubilación ordinaria. Los motivos son los mismos que expusimos anteriormente, ello es así porque estamos en un período transitorio hacia los 67 años como edad de jubilación.

También se modifican los coeficientes, en este caso mejorándolos, según carreras de seguro que demuestre o acredite la persona que se quiere jubilar anticipadamente, pasando de 2 a 4 tramos, siendo el más alto si se tiene una carrera de

seguro inferior a 38 años y medio y el más bajo si la carrera de seguros es igual o superior al 44 años y seis meses.

Importante modificación es que la involuntariedad, aun manteniendo el resto de las causas, ya no es por “crisis o cierre de la empresa” sino por “reestructuración empresarial que impida la continuidad en la relación laboral”, ello trae como principal consecuencia la inclusión de las causas organizativas, técnicas y de producción cuando se aplican los arts. 51 y 52 c) del ET a la hora de extinguir los contratos de trabajo. Exigiendo en tales casos, para poder acceder a la pensión de jubilación anticipada “el acreditar haber percibido la indemnización correspondiente por la extinción del contrato” o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha extinción o indemnización.

En estos supuestos, de extinción del contrato por aplicación de los artículos 51 y 52 c) del ET se exige como requisito que el trabajador acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato³⁹ o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de la decisión extintiva.

³⁹ Lo que se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente.

La jubilación parcial y su permanente evolución: propuestas para su activación

Fco. Javier Calvo Gallego
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN: LA JUBILACIÓN PARCIAL Y SU EVOLUCIÓN

Como hace ya tiempo señalamos, seguramente pocas instituciones proporcionan un mirador tan privilegiado desde el que analizar la evolución de las ideas fuerza que orientan la evolución reciente de nuestro ordenamiento social como la jubilación parcial y su, a veces inevitable compañero, el contrato de relevo¹. El carácter poliédrico de esta figura, en la que parecían confluír pacífica y sinérgicamente múltiples finalidades e intereses dignos de tutela —el ordenado cambio generacional en la plantilla con un adecuado trasvase de conocimientos para el empresario, el acceso progresivo y no traumático a la jubilación total para el relevado, el acceso al empleo o, como veremos, a un mejor empleo para el relevista, el posible retraso en la edad definitiva de jubilación para el sistema de Seguridad Social y el reparto del empleo para un mercado de trabajo caracterizado por un desempleo estructural²— ha hecho de la misma y, sobre todo, de su evolución un instrumento sumamente útil, no solo para detectar buena parte de estos vectores, sino también para apreciar su prelación y preeminencia, con lo que ello suponer de prioridad también en la atención a los colectivos portadores de los mismos, ya sea entre sí o en relación con los intereses generales del sistema. Cuestión distinta es si en ese equilibrio el interés de las personas de edad avanzada ha sido adecuadamente tutelado o ha sido en gran parte sacrificado en el altar del control presupuestario. Pero vayamos por partes e intentemos explicarnos³.

¹ Me remito por brevedad a lo que ya en aquel momento señalé en F. J. CALVO GALLEGO, *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Sevilla, Megablum, CARL, 2002. Un detenido análisis de la evolución histórica de esta institución en M. LÓPEZ BALAGUER “La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual” en *Lex Social. Revista Jurídica de los derechos sociales*, vol. 5, núm. 2 (2015), pp. 108 y ss.

² Para una perspectiva jurisprudencial sobre estas finalidades, véase, por todos, Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), en su muy reciente sentencia de 19 enero 2015 (RJ 2015\449).

³ En general, sobre esta institución véanse, sin ánimo de exhaustividad, los excelentes trabajos monográficos de J. LÓPEZ GANDÍA, *Jubilación parcial*, Albacete, Bomarzo, 2004; M. LÓPEZ

1.1. *La aparición del entramado institucional y la prioridad de la política de reparto del empleo: el contrato de relevo como epicentro*

Como es bien sabido, en su incorporación al ordenamiento jurídico español — como consecuencia de la Ley 32/1984 de 2 de agosto, desarrollada en este punto por el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre—, el elemento central de todo este entramado institucional fue, sin ningún género de dudas, el contrato de relevo y, por tanto, la política de fomento del empleo a través de su reparto⁴. La jubilación parcial nació así con un simple apéndice del contrato de relevo y como otro más de los distintos “subtipos” de jubilación, propios de aquel momento histórico (forzosa, anticipada por sustitución, etc..) a través de los cuales se subordinó y se funcionalizó este tradicional derecho de los asalariados al objetivo prioritario de la política de empleo, especialmente del colectivo joven, singularmente afectado por aquella crisis.

Sin embargo, y a pesar de las lógicas expectativas que esta institución generó, lo cierto que al igual que otras muchas medidas, su seguramente excesiva complejidad —sobre todo frente a otras instituciones como la jubilación forzosa y la contratación temporal como medida de fomento del empleo—, motivo un éxito ciertamente escaso de la misma, especialmente a partir de la reforma de 1994⁵. Como se observa en la Tabla 1, es cierto que hasta ese año el número de contratos nunca superó los 2700 acuerdos anuales —lo que suponía no más del 0,005% del número de pactos anuales—, pero aún más llamativo es constatar cómo a partir de dicha fecha esta utilización se hace casi residual —entre 200 y 300 contratos anuales— provocando incluso que desde 1997 —salvo error u omisión por nuestra parte— la principal publicación oficial del Ministerio de Trabajo dejara de ofrecer datos desagregados sobre esta modalidad.

BALAGUER, *Jubilación parcial en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; I. A. RODRÍGUEZ CARDO *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, Lex Nova, 2010; G. L. BARRIOS BAUDOR, J. I. DEL VALLE DE JOZ, *Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados (a tiempo parcial y de relevo)*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2010; I. A. RODRÍGUEZ CARDO, *La jubilación parcial tras la reforma de 2013*, Lex Nova, 2013 y J. LÓPEZ GANDIA, *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Bomarzo, 2014 a los que se remite para una más amplia información bibliográfica.

⁴ Baste recordar, por todos, el título del excelente trabajo de E. GARRIDO PÉREZ, *El contrato de relevo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987. Para una más amplia referencia bibliográfica, a la que nos remitimos, M. LÓPEZ BALAGUER “La jubilación parcial en España: evolución normativa...”, *cit.*, p. 111.

⁵ Nuevamente por todos, M. LÓPEZ BALAGUER “La jubilación parcial en España: evolución normativa...”, *cit.*, p. 112.

Tabla 1
Contratos de relevo (1984-1996). Total y porcentaje sobre el total de contratos

	Total	% total contratos
1984	275	s.d.
1985	1944	s.d.
1986	1171	s.d.
1987	904	s.d.
1988	1473	s.d.
1989	1565	0,03%
1990	2283	0,04%
1991	2611	0,05%
1992	2182	0,04%
1993	1582	0,03%
1994	219	0,00%
1995	238	0,00%
1996	213	0,00%

Fuente: Anuarios del Ministerio de Trabajo y elaboración propia

Seguramente por ello, y al hilo del impulso que en el año 1998 se pretendió al contrato a tiempo parcial, el RDL 15/1998, de 27 de noviembre realizó una profunda reforma de esta institución en clave flexibilizadora. Y sin embargo, no parece que esta reforma alterase ni el escaso o muy reducido éxito de esta modalidad ni la característica esencial de este primer periodo en el desarrollo de nuestra institución: esto es, y como decimos, la centralidad en el mismo del contrato de relevo, de su perspectiva ligada al fomento y al reparto del empleo.

1.2. La época “dorada”: entre la jubilación flexible y el nacimiento de la jubilación parcial postergada o independiente

Las circunstancias, sin embargo, y las finalidades presentes van a cambiar significativamente con el comienzo del nuevo siglo, iniciándose así lo que seguramente puede conceptuarse como un segundo periodo en el desarrollo de este entramado institucional.

Y ello ya que, en primer lugar, frente a la simple lógica de la creación de empleo, las reformas de 2001 van a asumir ya una clara preocupación por el impacto del envejecimiento —la “derogación” de la jubilación forzosa en la Real Decretoley 5/2001 sería sin duda el ejemplo más evidente— sobre el mercado de trabajo

y el equilibrio presupuestario de la Seguridad Social. Ahora bien, en este nuevo contexto la incorporación de esta naciente preocupación no va a provocar la desaparición ni el endurecimiento de la jubilación parcial previa a la edad ordinaria de jubilación. Lo que en cambio sí motivará es que junto a la misma se incorpore una nueva jubilación parcial, posterior a la edad ordinaria de retiro, autónoma frente al contrato de relevo⁶ y, por tanto, tendencialmente abierta a su progresiva expansión a otros regímenes de la Seguridad Social ajenos a la lógica del contrato de trabajo jurídicamente dependiente; una jubilación parcial distante, por tanto, de la lógica hasta entonces única del fomento y reparto del empleo y que en esencia se enmarca en una más amplia batería de medidas que pugnaban no solo por una jubilación más flexible, sino también, y sobre todo, por una jubilación cada vez más postergada, con todo lo que ello supone de minoración de costes para el sistema de Seguridad Social.

Además, y aunque seguramente de bastante menor importancia, no deja de ser significativo —sobre todo a la hora de delimitar las finalidades en aquel momento preponderantes en la evolución del Derecho social español— el hecho de que junto a esta mera creación de empleo, las nuevas normas prestasen también una atención singular a la calidad en el empleo. Muestra del impacto de esta lógica serían, por mencionar dos ejemplos, como, en primer lugar, y junto a la ya clásica referencia a los desempleados como parte del contrato de relevo, se permite ahora escoger como relevista a trabajadores con contratos temporales de la misma empresa, dada, como decimos, la teórica “mayor estabilidad” de este contrato; del mismo modo que, en segundo lugar, también es significativo —aunque seguramente de un valor meramente testimonial— el hecho de que en el diseño legal se recuerde además que dicho contrato de relevo puede ser, no solo temporal, sino también indefinido.

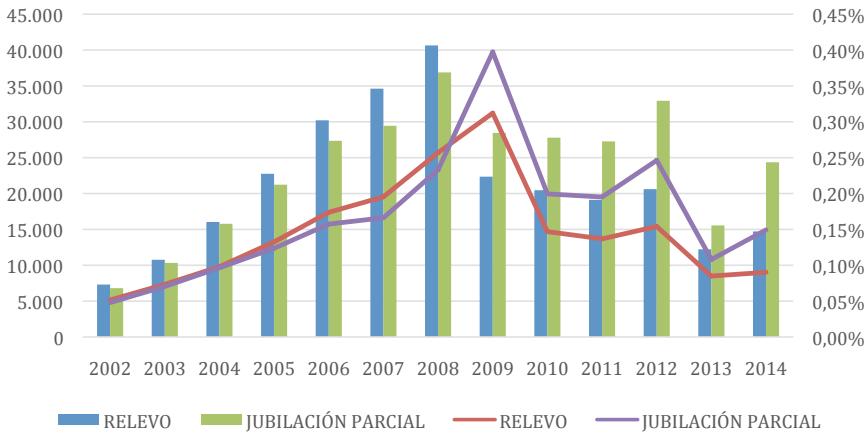
En cualquier caso, lo que sí parece claro es que estas reformas abren, si se nos permite la expresión, lo que puede considerarse la “edad dorada” de esta institución, aunque sea una edad dorada relativa, ya que, en realidad, este tipo de contratos nunca han llegado a superar el 0,5% de los acuerdos laborales estipulados anualmente en nuestro país —ver Tabla 3— ni el 14% de las altas en jubilación de nuestro sistema —ver Tabla 2—. Como puede observarse en el Gráfico 1 durante el periodo de 2002 a 2008 —y porcentualmente, hasta 2009— vamos a asistir a un notable incremento en el número de contratos de relevo y de “jubilaciones parciales”⁷ —esto es, en la terminología SEPE, el contrato novado por el relevado

⁶ De hecho, esta denominación como jubilación parcial “autónoma”, frente a la jubilación parcial “anticipada” no es extraña incluso en la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, STS de 9 diciembre 2014. (RJ 2014\6764)

⁷ Tomamos aquí a efectos didácticos la denominación asumida por el SEPE en sus estadísticas del contrato del trabajador relevado.

antes o después de alcanzar la edad ordinaria de jubilación—. A este “despegue”⁸ —volvemos a repetir, relativo— seguramente ayudó no solo la mayor flexibilidad y la ampliación del campo subjetivo incorporadas por las reformas de 2001 y 2002, sino también —y al menos a mi juicio esta es la clave fundamental— por las menores exigencias y por el mejor tratamiento que esta jubilación parcial previa a los 65 años presentaba frente a la coexistente regulación que, sobre todo a partir de 2001 —al amparo, primero del Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, y, más tarde, de la Ley 35/2002, de 12 de julio— se dio a la jubilación anticipada del entonces art. 161 LGSS. Es cierto que esta jubilación parcial clásica, previa a la edad de jubilación ordinaria, seguía presentando en aquellas fechas el mismo problema de excesiva complejidad —por su intento de conciliar todos los intereses en juego— que seguramente ha dificultado permanentemente su expansión en nuestro sistema. Pero no lo es menos que la menor edad a la que podía accederse —sesenta frente a sesenta y un años de la jubilación anticipada total—, la inexistencia de un periodo de cotización ampliado —treinta años— y el mejor tratamiento de la pensión de jubilación, entre otros aspectos, hacían que la jubilación parcial apareciera durante este periodo como un instrumento, ciertamente más complejo, pero también más beneficioso para el trabajador y, por tanto, menos conflictivo en su imposición desde los intereses empresariales, que la jubilación anticipada.

Gráfico 1
Contratos de relevo y de jubilación parcial (2002-2014). Total y porcentaje sobre el total de contratos (eje izquierdo)



Fuente: Años 2006 a 2014 SEPE; 2002 a 2005 Anuario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

⁸ Algunos datos aún más significativos pueden encontrarse en el documento de la UGT *Comentarios al Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social*, ejemplar multicopiado, pp. 36 y ss.

Y unas conclusiones similares, como decimos, podríamos alcanzar si utilizásemos los datos proporcionados por el CES y centrásemos nuestra atención en el número de altas en jubilaciones parciales, sobre todo si las contextualizamos analizando su impacto sobre el total de altas de esta prestación —excluidas, eso sí, las jubilaciones imputadas al SOVI—. Aunque como podrá apreciarse, los datos no coinciden totalmente, sí cabe apreciar —ver Tabla 2—, no solo una mayor cuantía de estas prestaciones sobre la media, sino también, o sobre todo, un claro incremento en su uso durante este periodo, llegando por ejemplo a representar el 14,1 de las altas en el año 2008.

Tabla 2
Altas en jubilación parcial 2002-2008

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Altas	6.819	10.867	15.740	20.928	27.809	28.982	35449
Importe medio	n.d.	n.d.	1.294,4	1.334,4	1.349,7	1.388,8	1452,6
% sobre total jubil.	4,0	6,2	9,0	9,8	13,1	13,5	14,1
Δ anual (%)	-	59,4	44,8	33	32,9	4,2	22,3

Fuente: CES, Informe 2/2014, La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad, Madrid, 2014

1.3. La tercera etapa: primacía de la jubilación parcial postergada y progresivo endurecimiento de la jubilación parcial anticipada

El problema, del que ya avisamos en su momento, es que así configurada, la jubilación parcial, y más específicamente la previa a la edad ordinaria de jubilación, podría “morir de éxito”⁹, sobre todo si la progresiva maduración del sistema unida a la prolongación de la esperanza de vida obligaba a una política de progresivo endurecimiento de las jubilaciones anticipadas que, en cierta medida, podría intentar ser eludida —por ejemplo, concentrando en los primeros, o incluso en el primer año de la entonces teórica jubilación parcial toda la actividad laboral del periodo de referencia— por la modalidad “clásica” y anticipada de esta jubilación parcial¹⁰.

⁹ Esta misma expresión en M. LÓPEZ BALAGUER “La jubilación parcial en España: evolución normativa...”, *cit.*, p. 110.

¹⁰ En un sentido similar, señalando como razones de las reformas de 2007 y 2011 la utilización fraudulenta de esta medida y la discriminación que tal medida suponía frente a otras instituciones vigentes, señaladamente la jubilación anticipada, L. LÓPEZ CUMBRE, “Sustitución del trabajador relevista incapacitado”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 5, Nº 3 (Jun), 2012, pp. 1 y ss. De hecho, y como recordaba oportunamente Y. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, “Trabajadores de edad avanzada: I. Jubilación anticipada y parcial (Cuestiones prácticas tras

Es aquí, por tanto, donde cabe situar el inicio de lo que podríamos denominar tercera fase en la evolución de esta institución; una tercera fase en la que el equilibrio inestable entre la finalidad propia de la legislación laboral (la creación de empleo) y de la regulación de Seguridad Social (la flexibilidad en la edad de jubilación inicialmente y, posteriormente, y de forma cada vez más intensa, el incentivo a su retraso y por tanto la reducción en el coste económico que supone para el sistema) va a dar paso a una clara preponderancia de la segunda, y más específicamente al ya señalado vector centrado en la postergación del acceso completo a la institución con el consiguiente endurecimiento, sobre todo, en el acceso a la jubilación parcial antes de la edad ordinaria de jubilación.

Este cambio de rumbo no solo va a manifestarse en una paulatina centralidad del art. 166 LGSS frente al carácter más limitado y complementario que adoptará progresivamente la previamente preponderante regulación del art. 12 ET, sino también, y si se nos permite, sobre todo, por una cada vez más clara separación entre el régimen aplicable a la jubilación parcial previa a la edad ordinaria de jubilación y la posterior a la misma. Es cierto que, como veremos, la jubilación parcial “anticipada” no va a desaparecer. Pero el endurecimiento de sus requisitos y su progresiva aproximación al régimen “general” de las jubilaciones anticipadas —de las que, si se nos permite, va a ir convirtiéndose progresivamente en un mero subtipo cualificado— va a ser tan intenso que acabará provocando su paulatina consideración como una institución muy limitada frente a la cada vez más preponderante y numerosa jubilación parcial postergada¹¹.

En este sentido, resulta evidente que el punto de partida normativo de todo este proceso es, sin duda, la Ley 40/2007, complementada por la Ley 27/2011 y, sobre todo, por el RDL 5/2013, de 15 de marzo, —estas dos últimas normas (sobre todo la de “urgencia”) bajo el impacto ya de la crisis de la deuda—. Sin poder entrar ahora en detalles que serán desarrollados posteriormente —esto es, durante el posterior análisis de la actual regulación de este entramado institucional—, baste por ahora señalar cómo en esta fase, en la que obviamente, el

la Reforma de 2013)”, en *Actualidad Laboral*, 2013, n. 9, apartado X, el informe presentado por el MEYSS al Pacto de Toledo ya señalaba como esta jubilación parcial anterior a la edad de jubilación constituía “una forma de jubilación anticipada en la que todos los costes son asumidos por el Sistema de Seguridad Social”.

¹¹ De “residual o anecdótica” habla, por ejemplo, M. LÓPEZ BALAGUER “La jubilación parcial en España: evolución...”, *cit.*, p. 118. En esta misma línea A. SELMA PENALVA se pregunta si nos encontramos ante “¿Los últimos pasos del contrato de relevo?” en *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, 2014, n. 164, pp. 87 y ss.

control presupuestario adquiere un papel preponderante¹², la mayor edad a la que se puede tener acceso ahora a esta jubilación parcial anticipada, la exigencia de una cierta antigüedad en la empresa del relevado, el endurecimiento de los márgenes de la posible reducción de jornada, el establecimiento de un muy amplio periodo de cotización previo, la reclamación de una necesaria proporción entre las bases de cotización de relevado y del relevista, unida al progresivo tratamiento de las bases de cotización del jubilado parcial van a provocar — junto a otras analizadas posteriormente— una significativa caída en el número de contratos de relevo —paralizada, no obstante en el año 2014— y que resulta especialmente significativa, sobre todo si la comparamos con la evolución, en el mismo lapso temporal, de los contratos de jubilación parcial de los relevados. En cualquier caso, debe destacarse que las complejas reglas sobre derecho transitorio y sus alteraciones pueden haber distorsionado parcialmente esta evolución¹³.

¹² Por todos, Y. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, “Trabajadores de edad avanzada: I. Jubilación anticipada y parcial (Cuestiones prácticas tras la Reforma de 2013)”, en *Actualidad Laboral*, 2013, n. 9, pp. 1112 y ss.

¹³ En este sentido quizás convenga resaltar como inicialmente, y al amparo de la DT 17 LGSS “El régimen jurídico de la jubilación parcial vigente en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social podrá seguir aplicándose a los trabajadores afectados por los compromisos adoptados con anterioridad a esta fecha, mediante Convenios y acuerdos colectivos. La referida normativa regirá, en estos supuestos, hasta que finalice la vigencia de los mencionados compromisos y, como máximo, hasta el 31 de diciembre de 2009”. No obstante dicha DT fue derogada por la Disposición Derogatoria única.1 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, debiendo tenerse en cuenta lo establecido en la DT 2 de la misma norma de acuerdo con la cual “hasta el 31 de diciembre de 2012, podrán acogerse a la modalidad de jubilación parcial establecida en el artículo 166.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en las letras b), c), d), e) y f) de dicho artículo, los trabajadores afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o por medio de Convenios y acuerdos colectivos de empresa, aprobados o suscritos, respectivamente, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, a las siguientes edades: 60 años si el trabajador relevista es contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida; 60 años y 6 meses si el trabajador relevista es contratado en otras condiciones. En relación con esta posibilidad véase la Orden TIN/1827/2010, de 6 de julio y la STS de 25 febrero de 2013 (RJ 2013\2876). Finalmente, y en relación con este mismo derecho transitorio —y sin perjuicio de otros aspectos específicos que serán abordados en otros apartados de este trabajo— tampoco debe olvidarse lo establecido en el apartado 2 de la disposición final duodécima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto en la redacción, eso sí, dada por el art. 8 del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo. Sobre las múltiples dudas suscitadas en relación con esta última norma y sus distintas redacciones véase Y. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, “Trabajadores de edad avanzada: I...”, *cit.*, apartado V. Algunas referencias a empresas y convenios que han utilizado esta posibilidad en L. FRAGUAS MADURGA “La regulación de la jubilación parcial en el Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2013, n. 35, p. 193.

Tabla 3
Contratos de relevo y de jubilación parcial (2002-2014). Total y porcentaje sobre el total de contratos

	RELEVO		JUBILACIÓN PARCIAL	
	Total	% total contratos	Total	% total contratos
2002	7.312	0,05%	6.806	0,05%
2003	10.766	0,07%	10.327	0,07%
2004	16.030	0,10%	15.780	0,10%
2005	22.751	0,13%	21.232	0,12%
2006	30.206	0,17%	27.354	0,16%
2007	34.618	0,20%	29.445	0,17%
2008	40.646	0,26%	36.884	0,23%
2009	22.350	0,31%	28.449	0,40%
2010	20.459	0,15%	27.787	0,20%
2011	19.117	0,14%	27.268	0,20%
2012	20.609	0,15%	32.929	0,25%
2013	12.225	0,08%	15.554	0,11%
2014	14.715	0,09%	24.361	0,15%

Fuente: Años 2006 a 2014 SEPE; 2002 a 2005 Anuario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

De hecho, obsérvese —ver Tabla 3— cómo el número de estos últimos contratos supera por primera vez a los de contratos de relevo en el año 2009 y como a partir de esa fecha el porcentaje de estos últimos sobre el total de contratos sufre una radical disminución, acentuada incluso durante los años 2013 y 2014, en donde retorna a niveles residuales —0,08 y 0,09%— cercanos incluso a los ya indicados —ver supra Tabla 1— en los primeros años de la década de los noventa. En cualquier caso, lo que sí resulta significativo, al menos a nuestro juicio, es la caída de estos pactos de jubilación parcial en el año 2013, en el que, además, el diferencial entre contratos de relevo y de jubilación parcial se reduce significativamente, lo que parece indicar que este descenso afectó también y especialmente a los acuerdos de jubilación parcial postergada; un descenso que quizás esté relacionado con la aparición de nuevas formas de compatibilizar el trabajo y la jubilación como la incorporada por el RDL 5/2013 de 15 de marzo

y comentada en otro capítulo de esta monografía¹⁴. Pero no adelantemos acontecimientos.

Por ahora solo nos interesa destacar como una evolución similar se detecta si nos atemos a los datos sobre altas en jubilaciones parciales aportados nuevamente por el CES y en el que, obviamente, también cabe observar —ver Tabla 4— una abrupta caída, no ya solo en el número, sino también el porcentaje que representan sobre el total de jubilaciones presentes en nuestro sistema.

Tabla 4
Altas en jubilación parcial 2009-2013

	2009	2010	2011	2012	2013
Altas	35.045	26.818	25.877	29.216	18.360
Importe medio	1.496,3	1.546,9	1.572,7	1.582,3	1.554,0
% sobre total jubilaciones	12,9	9,8	9,4	9,7	5,9
Δ anual (%)	-1,1	-23,5	-3,5	12,9	-37,2

Fuente: CES, Informe 2/2014, La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad, Madrid, 2014.

2. LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA

Pues bien, como ya hemos señalado previamente, tras las reformas de 2001, pero sobre todo tras la acaecidas en el periodo de 2007 a 2013 resulta evidente que el estudio de todo este entramado institucional requiere necesariamente distinguir entre la jubilación parcial —convertida ya en el núcleo evidente del mismo, desbancando al contrato de relevo— en función de que el relevado haya alcanzado o no la edad ordinaria de jubilación establecida actualmente en el art. 161.1.a y la DT. 20 LGSS. Y ello no ya solo por las diferentes finalidades de una y otra, sino también, y sobre todo, por las muy distintas exigencias y rigores que el ordenamiento impone en la actualidad a cada una de ellas, en un proceso que, como decimos, paulatina pero inexorablemente parece conducir a una separación institucional de ambas, sobre todo ante la progresiva atracción que sobre el ré-

¹⁴ En este sentido compartimos la opinión de Y. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, “Trabajadores de edad avanzada: II. Compatibilidad trabajo-pensión. Cuestiones prácticas tras la Reforma de 2013”, en *Actualidad Laboral*, 2013, n. 10, pp. 1260 y ss. de que ambas fórmulas serían opcionales o alternativas para el trabajador que cumpliera con los requisitos establecidos en ambos cuerpos normativos..

gimen de la previa a la edad ordinaria ejerce, como veremos, la regulación de la jubilación anticipada del art. 161 bis LGSS¹⁵.

En cualquier caso, y en esta tesitura, parece razonable comenzar nuestro breve estudio por la primera de ambas instituciones. Y ello no ya solo por su mayor antigüedad, sino también por ser la que mayores y más frecuentes problemas jurídicos ha planteado. De hecho, basta comparar las cifras ya reseñadas de estos contratos con el volumen de resoluciones judiciales emanadas sobre los mismos para comprender cómo nos encontramos ante un auténtico y prolífico semillero de problemas; un carácter este justificado no solo por lo complejo de una relación de conexión negocial que abarca cuatro sujetos o mejor posiciones —relevado, relevista o relevistas, empleador y entidades gestoras de la Seguridad Social— a través de dos —o más— relaciones laborales y una prestación de jubilación parcial, sino también por la presencia de una regulación sumamente compleja y deslavazada, formada, en ocasiones, por mera decantación histórica. Pero vayamos, pues, por partes.

2.1. El relevado o jubilado parcial: requisitos previos

Ya hemos señalado como uno de los campos en los que con mayor facilidad se aprecia el mencionado proceso de progresivo endurecimiento de las exigencias para acceder a la jubilación parcial “anticipada”, es a la hora de establecer los requisitos que ha de cumplir el relevado.

2.1.1. Trabajador por cuenta ajena: la exclusión de los autónomos, funcionarios y personal estatutario

La primera exigencia es, obviamente, que nos encontremos ante un trabajador por cuenta ajena¹⁶ que reúna los requisitos generales para acceder a la pensión de jubilación, con independencia, eso sí, de que se encuentre afiliado al Régimen General o a los subsistentes regímenes especiales —DA 8.4 LGSS, art. 10 RD 1131/2002 de 31 de octubre—. A estos efectos se equipararían los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas en los términos establecidos en la actual DA 64 LGSS.

¹⁵ Obsérvese, no obstante, que en la actualidad la jubilación anticipada y la jubilación parcial previa a la edad de jubilación siguen siendo instituciones distintas y, por tanto, separadas. De ahí, por ejemplo, que no pueda concederse a la segunda el “premio” de jubilación establecido en convenio colectivo para la primera. Véanse, por todas, STS de 30 octubre de 2012 (RJ 2012\10722) con amplia referencia jurisprudencial.

¹⁶ Sobre la posible inaplicación de esta institución a determinados trabajadores por cuenta ajena que no puedan ver minorada su jornada véase J. A. MARTÍNEZ LUCAS, “El régimen jurídico de la jubilación parcial”, en *Actualidad Laboral*, 2013, apartado 2.1.b.; G. L. BARRIOS BAUDOR, J. I. DEL VALLE DE JOZ, *Jubilación parcial y contratos...*, *cit.*, pp. 31 y ss.

En cambio, resulta evidente que esta institución sigue sin aplicarse a los trabajadores autónomos, a pesar de que en su momento la DA 34 de la Ley 27/2011 previese la presentación por el Gobierno, en el plazo de un año, de “un estudio relativo a un sistema específico de jubilación parcial a los 62 años, a favor de autónomos que cesen en su negocio o lo traspasen a otra persona a la que deben formar”¹⁷. No obstante, lo que sí es importante destacar en estos casos es que, eso sí, aplicando la legislación previa a la Ley 40/2007, nuestra jurisprudencia vino incluso a reconocer que dicha prestación podría generarse para aquellos trabajadores por cuenta ajena a los que, sin embargo, y por aplicación de las reglas de cómputo recíproco les correspondiese generar la prestación de jubilación parcial en el RETA¹⁸.

Y una exclusión similar, que no idéntica, acontece por lo que se refiere a los funcionarios públicos. Es cierto que el texto original del art. 67.4 EBEP establecía crípticamente que procedería “la jubilación parcial, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable”. Pero no lo es menos que dicho punto fue derogado por la disposición derogatoria única.4.c) del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio poniendo fin así a las conocidas discrepancias existentes en la doctrina de suplicación sobre si esta prestación era o no viable a la espera, claro está, de un definitivamente no nato desarrollo reglamentario¹⁹.

Además, el hecho de que nuestra jurisprudencia social haya declarado igualmente la inaplicación de esta misma institución para el personal estatutario, permaneciendo vigente el art. 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, y hasta el momento en que dicha previsión sea objeto de desarrollo reglamentario²⁰, nos

¹⁷ Precepto este cuya aplicación fue suspendida durante tres meses por la disposición adicional 1.3 del Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre.

¹⁸ Véase la STS de 20 de enero de 2009 (RJ 1436, 2009). En la doctrina de suplicación véase por ejemplo STSJ - C. Valenciana, de 1 de diciembre de 2010 (AS 2010\806). Más ampliamente G. L. BARRIOS BAUDOR, J. I. DEL VALLE DE JOZ, *Jubilación parcial y contratos...*, cit., pp. 44-45

¹⁹ Para una referencia a ambas doctrinas de suplicación J. A. MARTÍNEZ LUCAS, “El régimen jurídico de la jubilación parcial”, en *Actualidad Laboral*, 2013, n. 5, pp. 627 y ss, nota al pie n. 3. Sobre la situación previa a la reforma de 2012 Más ampliamente G. L. BARRIOS BAUDOR, J. I. DEL VALLE DE JOZ, *Jubilación parcial y contratos...*, cit., pp. 47 y ss.

²⁰ Por todas, SSTS de 22 de julio de 2009 (RJ 2009, 5532); de 3 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 7731) y de 6 julio de 2010 (RJ 2010. 6781). Críticamente J. I. MARTÍNEZ SÁNCHEZ-MORALEDA, “Jubilación parcial anticipada del personal estatutario de los servicios de salud”, en *Temas Laborales*, 2010, n. 103, pp. 231 y ss.; F. SALINAS MOLINA “Jubilación parcial y personal estatutario”, en *Revista Jurídica de castilla y León*, 2010, n. 22, pp. 127 y ss. Véase no obstante la opinión más matizada o incluso divergente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 9 febrero de 2010 (RJ 2010\3472), de 14 julio de 2011 (RJ 2011\6506) y 13 febrero de 2012 (RJ 2012\3968), y del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, (Sala de lo Contencioso-Administrativo,

hace sospechar que una conclusión similar se hubiera alcanzado, incluso sin modificación legal, en el caso de los funcionarios públicos²¹, sin que, por lo demás, tengamos noticia del estudio que, de acuerdo con la DA 7 Ley 40/2007 hubiera debido presentar el gobierno en el plazo de un año “sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia” incluido el personal “estatutario de los servicios de salud” y que hubiera debido abordar la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades, “las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes”²². Y todo ello, claro está, tomando en consideración “las singularidades” de estos colectivos.

2.1.2. A tiempo completo: la trascendencia de la tipicidad o no de la relación

Por otra parte, y en segundo lugar, es importante destacar como, tras no pocas dudas, la nueva redacción dada por la reforma de 2007 al art. 166.2 LGSS limitó esta posibilidad, ya sí clara y expresamente —y nuevamente en la línea restrictiva

Sección1ª) Sentencia núm. 824/2011 de 3 octubre (JUR 2011\364276) con cita de otras muchas —vid. R. SALVADOR LAGUARDA, “La jubilación parcial del funcionario público”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2010, n. 8000—. No obstante, y como recuerda nuevamente, la Sala de lo Social, Sección1ª del Tribunal Supremo, Sentencia de 13 marzo de 2014 (RJ 2014\2518), la “decisión tomada en la sentencia firme del orden contencioso-administrativo obligando al empleador público a reducir la jornada del personal estatutario solicitante y a contratar a un relevista no cabe configurarla como antecedente lógico y condicionante o vinculante de la resolución a dictar en el nuevo proceso social en cuanto a las cuestiones planteadas que ya quedaron resueltas de forma directa o prejudicial, pues, como se ha indicado, si un empleador está dispuesto, o si ha sido obligado en sentencia judicial firme, a novar de a tiempo completo a tiempo parcial el contrato de un trabajador (en este caso, empleado público con relación de servicios de naturaleza estatutaria) que entendiera pudiera acceder a la jubilación anticipada parcial y a efectuar con un tercero un contrato de relevo, ello no condiciona a la Entidad gestora a conceder al solicitante, que ofrece tal propuesta relativa a su relación de servicios, la jubilación anticipada parcial, para lo que deberá examinarse si reúne los requisitos prestacionales exigibles”, de ahí que proceda a “declarar, en aplicación de la doctrina contenida, entre otras, en las SSTs... de 22 de julio de 2009 (RJ 2009, 5532), de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2106) y 6 de julio de 2010 (RJ 2010, 6781),.. que la demandante, personal estatutario, no tiene derecho a la prestación de jubilación anticipada parcial que solicita”.

²¹ Véase, por ejemplo, STSJ - C. Valenciana, de 12 marzo de 2012 (AS 2012\2070).

²² Recuérdese, además, que la DA 6 EBEP establecía igualmente cómo “El Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos”.

ya comentada— a los trabajadores a tiempo completo, excluyendo, por tanto, a los trabajadores a tiempo parcial²³.

Más allá, en primer lugar, de las posibles dudas sobre el carácter discriminatorio que supone esta exclusión para el colectivo femenino, mayoritario entre los trabajadores a tiempo parcial²⁴, lo cierto es, en segundo lugar, que esta exclusión parece abarcar igualmente a los trabajadores fijos discontinuos cuya actividad se repita en fechas ciertas²⁵ mientras que, en cambio, no abarcaría aquellos supuestos en los que dicha repetición no se realice en este mismo tipo de fechas²⁶. Además, se incluye igualmente a los contratados a tiempo parcial cuyas jornadas, eso sí, en conjunto, equivalgan en días teóricos a los de un trabajador a tiempo completo comparable, siempre que se reúnan en los distintos empleos los requisitos de antigüedad, reducción de jornada y contratación del relevista. Finalmente, y en cuarto lugar, parece lógico considerar que esta dedicación completa debe cumplirse solo en el momento de la novación y del hecho causante, pero no durante todo el periodo previo de antigüedad que, como veremos, se reclama igualmente en la actual regulación legal.

En cambio resulta llamativo que en ningún momento se exija el carácter indefinido de la previa relación laboral de este relevado, si bien es cierto que la antigüedad reclamada —seis años como veremos casi inmediatamente— unida a la existencia de reglas que impiden la concatenación de los contratos temporales más frecuentes durante más de veinticuatro meses en un periodo de treinta o una duración del contrato de obra o servicio superior a los tres o, como máximo, cuatro años conducen, de forma indirecta, a que como regla general, esta relación sea normalmente indefinida.

2.1.3. La edad mínima y su evolución

El tercer requisito que debe cumplir el relevado se centra, obviamente, en la edad. Y también en este caso el proceso es claramente pendular, con una primera fase de notoria ampliación y una segunda de progresiva limitación y un notable

²³ Sobre la evolución de este requisito véase, por todos, G. L. BARRIOS BAUDOR, J. I. DEL VALLE DE JOZ, *Jubilación parcial y contratos...*, cit., pp. 71 y ss.

²⁴ Véase, por ejemplo, B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, “La jubilación parcial anticipada tras la Ley 40/2007: la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial”, en AAVV., *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Thomson-Reuters, 2009, pp. 248 y ss.; M. FERNÁNDEZ PRIETO “La nueva regulación de la jubilación parcial Anticipada, discriminatoria por razón de género”, en *Temas Laborales*, 2009, núm. 98, pp. 115-138.

²⁵ STS de 12 abril de 2011 (RJ 2011, 3829) y de 25 junio de 2012 (RJ 2012, 9286).

²⁶ Véase STSJ - Islas Baleares de 31 mayo de 2012 (AS 2012\1861) corrigiendo la previa posición sostenida en sus sentencias de 21 noviembre de 2011 (JUR 2011\438854) y de 13 de junio de 2011 (JUR 2011, 326235).

acercamiento —aunque lógicamente con matizaciones— al régimen “general” de las jubilaciones anticipadas.

En este sentido, ya hemos señalado como originariamente —esto es, desde 1984— la edad mínima a la que podía accederse a esta prestación era de tres años menos de la edad ordinaria de jubilación vigente en aquel momento en el respectivo régimen —art. 11 RD 1991/1984; art. Único Ley 32/1984—; esto es, normalmente 62 años. Esta regulación original paso, sin mayores modificaciones —art. 4 Ley 10/1994—, a la primera redacción del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995 sin que, además, fuera objeto de modificación alguna en las reformas de 1997.

En cambio, dicha modificación sí se produjo con la nueva regulación expansiva de 1998. El RDL 15/1998, sobre la base del Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial y Fomento de su Estabilidad —concluido el 13 de noviembre de ese mismo año— procedió a ampliar este periodo de tres a cinco años, permitiéndose, por tanto, solicitar dicha prestación básicamente a partir de los 60 años. Y esta misma edad permaneció nuevamente incólume tras la reforma del art. 12.6 ET operada por Ley 12/2001, de 9 de julio —al igual, obviamente, que tras las reformas en el art. 166 LGS operadas por la Ley 24/2001 o por la Ley 35/2002—, generándose así una cierta discordancia —al ser un año inferior— con la edad establecida ya en 2002, primero por el RDL 16/2001 y después por la Ley 35/2002 para las jubilaciones anticipadas en el entonces art. 161.3 LGSS.

Sin embargo esta edad y la propia tendencia antes descrita va a ser profundamente alterada por la reforma de 2007 que, como ya hemos avanzado, inicia un proceso restrictivo propio de la tercera etapa antes mencionada y que, como avanzábamos, conecta ya claramente esta institución —al menos a mi juicio— con la edad de las jubilaciones anticipadas ahora contempladas en el art. 161 bis LGSS. De este modo, el art. 4.1 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, procedió por primera vez a incrementar un año esta edad mínima, hasta los 61m sin que, además, pudieran tenerse en cuenta a estos efectos las bonificaciones o anticipaciones de edad. De este modo se eliminaba el diferencial antes señalado con las jubilaciones anticipadas “comunes”²⁷, del mismo modo que dicha edad se reducía a los 60 años si se trataba de los trabajadores a que se refería la norma 2^a del apartado 1 de la disposición transitoria tercera LGSS.

El último paso se produce con la reforma de 2013. Como se recordará la en este punto “non nata” Ley 27/2011 había vuelto a separar, al menos parcialmente, las edades mínimas de jubilación anticipada total y parcial al modificar solo la primera de ellas, elevando la edad de la nueva jubilación voluntaria del art. 161

²⁷ Por todos, M. LÓPEZ BALAGUER “La jubilación parcial en España: evolución...”, *cit.*, p. 115; B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, “La jubilación parcial anticipada tras la Ley 40/2007...”, *cit.*, p. 246.

bis.2.B) a los 63 años. Ello resultaba cuanto menos sorprendente en la medida en la que, de este modo, ni tan siquiera se trasladaba a la jubilación parcial anticipada el retroceso general de la edad ordinaria de jubilación prevista en aquella misma normativa.

Pues bien, la reforma operada por el RDL 5/2013 va a proceder nuevamente, y a grandes rasgos, a una cierta equiparación entre ambos tipos de jubilaciones anticipadas si bien no distinguiendo en este caso en función del carácter voluntario o no del cese del trabajador —como sucede en el art. 161bis LGSS ya que en nuestro caso, el mismo siempre es voluntario—, sino en función del periodo de cotización en el momento del hecho causante, dando lugar, así, a una cierta “gestión individualizada” de dicha edad²⁸. De este modo, y en el horizonte de 2027, si se ha cotizado más 33 años pero menos de 36 años y 6 meses la edad mínima de jubilación parcial será de 65 años, esto es, dos menos de la edad ordinaria general, al igual que lo establecido para las jubilaciones anticipadas voluntarias del art. 161 bis.2.B.a) LGSS. En cambio, si se han cotizado 36 años y seis meses o más en el momento del hecho causante —obsérvese no los 38 años y 6 meses de cotización del art. 161.1.a LGSS que permiten todavía la jubilación a los 65 años— dicha horquilla sí se ampliará —nuevamente en el horizonte de 2027— a los 63 años, coincidente nuevamente, y a grandes rasgos con la prevista para las jubilaciones forzosas por causa no imputable al trabajador en el art. 161 bis.2.A.a) LGSS. En cualquier caso, lo que sí se señala expresamente es que estas edades habrán de coincidir con la real ya que no se aplican coeficientes reductores —como de hecho, obsérvese, también se recuerda en ambas letras del art. 161.bis LGSS para la regulación de la jubilación anticipada común—.

2.1.4. Periodo de cotización específico

En cuarto lugar, e igualmente desde la nueva redacción dada al precepto por la Ley 40/2007, el art. 166.2 LGSS exige que el relevado acredite un período previo de cotización ciertamente amplio y que nuevamente se conecta, aunque como veremos con matices, con lo establecido en relación con la jubilación anticipada del art. 161 bis LGSS.

Para comprender la evolución de este requisito quizás convenga recordar cómo originariamente la jubilación parcial anticipada no establecía requisitos de cotización específicos distintos a los señalados de forma general en el art. 161 LGSS: para el acceso a esta concreta prestación, la norma únicamente exigía, al menos en sus primeras redacciones, que se reuniesen “las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la edad”.

²⁸ Vid. J. LÓPEZ GANDÍA, *La jubilación parcial... cit.*, p. 34.

Lo llamativo, al menos a nuestro juicio, es que cuando el RDL 16/2001 introduce la nueva regulación sobre jubilación anticipada en el art. 161.3 LGSS, lo hace reclamando un periodo mínimo de cotización efectiva de 30 años; un periodo este que, sin embargo, no estaba presente, como decimos, ni en la versión original del art. 166 LGSS ni, lo que resulta aún más llamativo, en la nueva redacción dada a este mismo precepto por el art. 34.6 de la Ley 24/2001 o por los arts. 2 del RDL 16/2001 y de la Ley 35/2002. Seguramente este desfase entre el régimen jurídico de ambas instituciones fue uno de los motores que impulsó esa época dorada de la jubilación parcial anticipada de la que antes hablamos y que, como ya hemos señalado, alcanza su fin —al menos en el plano normativo— con la reforma de 2007.

Y ello ya que tras la Ley 40/2007, nuestro legislador va a optar, simple y llanamente, por unificar en este punto el régimen jurídico de ambas instituciones —reguladas ahora en los artículos 161bis y 166 LGSS— exigiéndose en los dos casos un mismo periodo de 30 años —sin que, a estos efectos, se tuviesen en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias—. No obstante, esta primera equiparación —como reacción a la anterior descompensación existente— parecía olvidar la existencia de una finalidad de reparto de empleo que, estando presente en el art. 166 LGSS, no lo estaba en la jubilación anticipada completa del art. 161 bis LGSS.

Quizás por ello la reforma prevista por la non nata en este punto Ley 27/2011 optó nuevamente por disociarlas, manteniendo en el caso de la edad de jubilación parcial este periodo en treinta años (e incluso reduciéndolo 25 en el caso de personas con discapacidad o trastorno mental), mientras que, en cambio, se incrementaba la edad para los dos subtipos de jubilación anticipada total a los 33 años.

Y si bien es cierto que la última reforma de 2013 procedió nuevamente a conectar el régimen de ambas instituciones, exigiendo para esta jubilación parcial anticipada un periodo nuevamente ampliado de 33 años cotizados —25 años, repetimos, si se trata de personas con discapacidad con un grado igual o superior al 33%²⁹—, dicha equiparación —que incluye igualmente (ahora sí) el que a estos solos efectos, se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año— lo es, como decimos, con la jubilación total por causa no imputable a la voluntad del trabajador —cuando, obsérvese, esta jubilación parcial siempre es voluntaria— y no con el requisito aún más exigente —treinta y cinco años— establecida en la letra B del art. 161.bis LGSS para la jubilación anticipada por voluntad del interesado; una discrepancia esta que, al menos a mi juicio, solo es comprensible si

²⁹ Sobre la delimitación de este colectivo véase J. LÓPEZ GANDÍA, *La jubilación parcial... cit.*, p. 31.

recordamos el menor coste —al ser parcial— de esta jubilación anticipada y su conexión con las políticas de fomento, a través del reparto, del empleo.

2.1.5. Antigüedad en la empresa

Finalmente, y en quinto lugar, la actual normativa exige, seguramente para evitar ciertos comportamientos fraudulentos³⁰, que el trabajador acredite una antigüedad de al menos seis años en la empresa que, además, deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de jubilación parcial. El rigor de esta exigencia queda, no obstante, parcialmente matizado, al permitir la norma, por un lado, incluir la antigüedad obtenida en otras sociedades o empresas del mismo grupo —entendido este, al menos a nuestro juicio, en un sentido amplio que incluya no solo los grupos patológicos en los que jurisprudencialmente cabe levantar el velo societario, sino también en la acepción fisiológica del art. 42 Código de Comercio— o en aquellas empresas, centros de trabajo o entidades económicas que conserven su identidad y que hayan sido objeto de transmisión de empresas ex art. 44 ET. Y sobre todo, y en segundo lugar, al considerar como lógico el cómputo de aquellas otras situaciones o vicisitudes en los que se mantengan la obligación de cotizar o cuya duración se compute expresamente a efectos de antigüedad. De ahí que no existiera problema alguno, al menos a nuestro juicio, en computar como tales los periodos incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia, la excedencia forzosa o aquella por cuidado de hijos o familiares³¹.

En realidad, y en relación con este quinto requisito las principales dudas se han suscitado —junto a otras en los que no podemos detenernos aquí³², como la posible consideración o no a estos efectos de los periodos prestados a estas mismas empresas como trabajadores en misión o como TRADE— en relación con si dicha

³⁰ Véase un ejemplo en STSJ - País Vasco de 7 noviembre de 2006 (JUR 2007\94867). En un sentido similar, M. LÓPEZ BALAGUER “La jubilación parcial en España: evolución...”, *cit.*, pp. 115 y 121; B. FERNÁNDEZ DOCAMPO, “La jubilación parcial anticipada tras la Ley 40/2007...”, *cit.*, pp. 246-247.

³¹ Un elenco más amplio en J. A. MARTÍNEZ LUCAS, “El régimen jurídico de la jubilación parcial”, en *Actualidad Laboral*, 2013, apartado 2.2.2 En un sentido similar, STSJ - País Vasco de 14 julio de 2009 (AS 2009\2561), de acuerdo con el cual “en principio hay que considerar que cabría computar todos los que se tendrían en cuenta para incrementar la propia antigüedad (períodos de suspensión del contrato, excedencia forzosa, excedencia por guarda legal, pero no los de excedencia voluntaria)”.

³² Sobre el cómputo del período de tiempo en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilado a trabajador por cuenta ajena de los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la DA 27 LGSS, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma, véase STS de 19 noviembre de 2014.

antigüedad debe acreditarse como trabajador a tiempo completo o si, por el contrario, es posible asimilar a ella la justificada mediante contratos a tiempo parcial. A mi juicio, salvo supuestos claramente fraudulentos en los que la conversión a tiempo completo se haya realizado de forma inmediatamente anterior al hecho causante³³, el silencio de la norma obliga a equiparar ambos tipos de relaciones³⁴, del mismo modo que el hecho de que nos encontremos ante una referencia a la antigüedad y no al periodo de carencia parecen aconsejar que se interprete la antigüedad como equivalente a “vinculación o prestación de servicios ininterrumpida durante los seis años precedentes”³⁵, y se compute todo el tiempo natural desde su incorporación a la empresa sin la aplicación de porcentajes de parcialidad ni excluir los tiempos de inactividad parcial³⁶.

En cualquier caso, lo que sí queda claro es que a estos efectos son computables los años de servicio prestados a la administración empleadora en régimen funcional previo a la relación laboral en la que se solicita definitivamente la prestación³⁷, del mismo modo que seguramente también deberían computarse los periodos en los que se ha disfrutado de alguna excedencia forzosa, al no extinguirse el vínculo laboral, eliminando así toda posible tacha de fraude que, como decimos, es seguramente la razón última por la que se incorporó este singular requisito³⁸.

³³ Un supuesto en TSJ - Cataluña de 29 marzo de 2010 (JUR 2010\259802).

³⁴ *Vid* STS de 5 marzo 2013 (RJ 2013\4127). Esta era ya la posición mayoritaria en la doctrina de suplicación. Véanse en este sentido SSTSJ - País Vasco de 14 julio de 2009 (AS 2009\2561) y Cataluña de 8 abril de 2013 (JUR 2013\195072) que cita, entre otras, a las SSTSJ - País Vasco de 3 de junio de 2008 (JUR 2008, 391493), Asturias de 15 de julio de 2011 y Castilla-La Mancha 332/2011 (JUR 2011, 323741) de 18 de marzo. En contra, STSJ - Madrid de 29 marzo de 2012 (JUR 2012\168189) de acuerdo con la cual “esta antigüedad en la empresa debe entenderse vinculada a la modalidad a tiempo completo o al menos a un tiempo de servicios equiparable”.

³⁵ En palabras de Tribunal Supremo en STS de 25 marzo de 2013 (RJ 2013\4144).

³⁶ Aunque desde otra perspectiva, puede traerse aquí a colación la STSJ - Castilla-La Mancha de 26 abril de 2011 (AS 2011\2185) o STS de 21 diciembre 1995 (RJ 1995, 9320).

³⁷ Así, STS de 25 marzo de 2013 (RJ 2013\4144). Véase, no obstante, la STS 31 mayo de 2012 (RJ 2012, 8533), sobre la imposibilidad de intercomunicar cotizaciones —a los efectos de la jubilación parcial— entre el Régimen de Clases Pasivas y los distintos regímenes integrados en el sistema de la Seguridad Social. Más recientemente reiterando ambas doctrinas STS de 3 febrero de 2014 (RJ 2014\1053).

³⁸ En relación con lo excedencia voluntaria, la STSJ - Islas Baleares de 26 septiembre de 2014 (JUR 2014\292678) ha declarado que el disfrute de la misma dentro de los seis años inmediatamente anteriores a la jubilación parcial “no es óbice para el acceso a esa situación, cuando se ostenta ya una antigüedad en la empresa de seis o más años antes de la excedencia, o cuando se alcanza esa antigüedad tras el reingreso y como consecuencia de computar a la acopiada tras el reingreso la antigüedad ya perfeccionada antes del inicio de la excedencia voluntaria”.

2.2. *El hecho causante y sus requisitos: la novación contractual y el contrato de relevo*

Una vez constatados que se cumplen estos requisitos generales, el acceso a la pensión de jubilación parcial requiere, por un lado, una novación contractual de tiempo completo a tiempo parcial —el que hemos denominado, siguiendo la terminología utilizada por el SEPE, como contrato de jubilación parcial— y, en segundo lugar, la estipulación de un nuevo contrato, en este caso necesario, de relevo. Vayamos, por tanto, nuevamente por partes.

2.2.1. La novación contractual y el contrato de “jubilación parcial”: la cotización

Por lo que se refiere a lo primero, nos encontramos, al menos a nuestro juicio, ante una novación modificativa y no extintiva y que, por tanto, no altera ni debiera alterar la estructura y las condiciones, en especial la antigüedad, de la previa relación de trabajo —DA 1. 2 RD 1131/2002—, si bien habrá de formalizarse por escrito en modelo oficial. Obviamente esta novación deberá realizarse con la misma empresa, aunque parece razonable que se preste servicio igualmente con otra del mismo grupo o con la que suceda en la posición de empleador en aquellos casos en los que se produzca una transmisión de empresas o una subrogación por causa convencional.

Como tal novación, nos encontramos ante un acto claramente voluntario por ambas partes³⁹, si bien en este caso el posible papel de la norma convencional resulta seguramente diferente en función del polo de la relación que se vea afectado. Y ello ya que si bien no creemos que exista obstáculo alguno para que el empresario asuma convencionalmente la obligación de aceptar las peticiones que en este sentido realice el trabajador⁴⁰, no parece que el convenio pueda establecer en cambio esta misma obligación de novación en contra de la voluntad del empleado, máxime tras la desaparición —aparentemente definitiva— de la jubilación forzosa como consecuencias de la Ley 3/2012. Como se recordará el art. 12.4.e ET sigue exigiendo el carácter voluntario de cualquier conversión —y entre ellas, obviamente esta— de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial, sin que pueda imponerse la misma de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo y sin que el trabajador

³⁹ Nuevamente por todos, J. A. MARTÍNEZ LUCAS “El nuevo régimen jurídico...”, *cit.*, punto II.

⁴⁰ Véase STS de 13 marzo 2014 (RJ 2014\2518). Sobre las posibles limitaciones a las obligaciones convencionales derivadas de normas que impidan temporalmente la contratación en el sector público SAN de 11 septiembre de 2013 (AS 2013\278) y STS de 9 diciembre de 2014 (RJ 2014\6764).

pueda ser despedido o sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión⁴¹.

En consecuencia, y como decimos, no existiendo norma convencional alguna en el sentido antes señalado, la novación requerirá necesariamente el consentimiento de ambas partes. No obstante, lo que sí parece razonable es considerar que también en estos casos resultaría aplicable la norma estatutaria en virtud de la cual y con carácter general, estas solicitudes de novación debieran, en la medida de lo posible, ser tomadas en consideración por el empresario, debiendo en su caso ser comunicada la denegación por escrito y de manera motivada⁴².

En tercer lugar, y por lo que se refiere, ya en concreto, a la cuantía de la reducción de jornada —que deberá constar en el contrato por escrito—, ya hemos señalado como también en este punto es fácil apreciar la progresiva evolución de esta institución antes reseñada. Y ello ya que si en un principio las sucesivas reformas de finales de los noventa y principios del dos mil intentaron ampliar y dotar de flexibilidad a la rígida normativa original que cifraba necesariamente en un 50% esta reducción —abriéndola así en una horquilla que se situó inicialmente entre un mínimo de un 30 y un máximo de un 77% (RDL 15/1998) y posteriormente entre un 25 y un 85% (Ley 12/2001)— la óptica va a cambiar radicalmente en la tercera fase restrictiva previamente identificada. En ella la horquilla se va a limitar, pero no en su nivel mínimo sino en el máximo, en un intento obvio por reducir el coste que la pensión de jubilación parcial anticipada puede suponer en tales casos y de su posible utilización como un sucedáneo de la jubilación anticipada total⁴³. De hecho, este límite máximo pasará primero al 75 por 100 en las reformas de 2007 y 2011 para culminar en el 50 por 100 de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable en la de 2013 —referencia esta última que en el caso que nos ocupa solo puede entenderse si pensamos en un trabajador a tiempo completo con jornada reducida— y que sólo se podría ampliar hasta el 75 por 100 —y, no, por tanto, hasta un 85 por 100 como preveía en cambio la

⁴¹ Sin perjuicio, claro está, de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) ET pudieran adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Véase STS de 22 junio de 2010 (RJ 2010\2639).

⁴² Nuevamente STS de 22 junio de 2010 (RJ 2010\2639) y de 13 marzo de 2014 (RJ 2014\2518). En la doctrina F. SALINAS MOLINA “Jubilación parcial y personal...”, *cit.*, pp. 142-143; R. POQUET CATALÁ, “El contrato de relevo y la jubilación anticipada: puntos críticos”, en *Actualidad Laboral*, 2013, n. 7/8, pp. 932 y ss., en especial nota 7 a la que se reenvía para un mayor aporte jurisprudencial. En relación con la relativa sencillez con la que, tras las últimas reformas, el empresario podrá negarse a tal novación dado su alto coste M. LÓPEZ BALAGUER “La jubilación parcial en España: evolución normativa...”, *cit.*, p. 124.

⁴³ Sobre la distribución de las pensiones de jubilación parcial causadas en 2011 según el porcentaje de jornada laboral véase L. FRAGUAS MADURGA “La regulación de la jubilación parcial...”, *cit.*, p. 183.

normativa de 2007 y 2011— en los supuestos en los que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida.

En cualquier caso, obsérvese cómo, dentro de estos márgenes legales⁴⁴, nada impide la progresiva ampliación de la reducción inicialmente pactada —ya sea debida a sucesivos acuerdos o una programación inicial de tiempos que haga progresivo el acceso definitivo a la jubilación completa— con su consiguiente impacto sobre el contrato de relevo que, como veremos, debe cubrir al menos la parte de jornada que el relevado deja de prestar.

Sin embargo, resulta también evidente que ha sido el periodo de referencia en el que aplicar dicha reducción el que nuevamente ha suscitado mayores controversias. Y ello ya que la ausencia de toda referencia legal sobre dicho marco temporal generó notables dudas sobre si era o no posible concentrar los periodos de actividad e inactividad en ciertos días, semanas, meses o incluso años o si, por el contrario, esta reducción del tiempo de trabajo debería aplicarse uniformemente en todos y cada uno de los módulos temporales de la anterior jornada⁴⁵. A nuestro juicio, era evidente que ninguna duda se suscitaba cuando la distribución irregular de la reducción se realizaba respetándose el porcentaje global que correspondía en relación con el módulo mensual —el propio de la jubilación parcial que complementa el salario— o incluso, si se nos apura, anual. En cambio, la situación se tornaba bastante más compleja cuando se superaba dicho módulo, realizando la acumulación de actividad laboral desde una óptica plurianual, abarcando e incluyendo, por tanto, toda la debida hasta el momento de alcanzar la edad ordinaria de jubilación, aunque, obviamente, se mantuviera durante todo el periodo su alta en la empresa y la consiguiente cotización. Y ello ya que en este caso la desnaturalización de la jubilación progresiva resultaba evidente, convirtiéndose en una institución o norma cuyo resultado práctico difícilmente podía diferenciarse del que se hubiera alcanzado —con un marco normativo diferente, a pesar de la progresiva aproximación— con la jubilación anticipada, con el consiguiente riesgo de que, así utilizada, dicha norma se empleara como vía de cobertura para eludir situaciones que debieran haber estado sometidas a los requisitos del art. 161bis LGSS⁴⁶. Sin

⁴⁴ Sobre la imposibilidad de ampliar estas horquillas por convenio colectivo F. SALINAS MOLINA “Jubilación parcial y personal...”, *cit.*, p. 142.

⁴⁵ Sobre la distinta posición inicial de los diversos Tribunales Superiores de Justicia en relación con este tema, véanse, por un lado, SSTSJ - País Vasco de 14 enero de 2014 (AS 2014\479) y STSJ de Madrid de 24 de junio de 2011 (AS 2011\1947) que rechazaban esta posibilidad que, en cambio, era admitida por el STSJ - Cataluña de 3 octubre de 2013 (AS 2013\3261).

⁴⁶ De hecho, esta fue normalmente la posición mantenida por las múltiples resoluciones administrativas de diferentes órganos y organismos administrativos (Dirección General de Trabajo, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social) que abordaron directa o indirectamente la cuestión. Un elenco de las mismas en R. MARTÍN JIMÉNEZ, “Jubilación parcial y acumulación de jornada”, en *Revista de Información Laboral*, 2015, n. 5.

embargo, no parece ser esta la conclusión a la que ha llegado recientemente nuestro Tribunal Supremo⁴⁷, si bien es importante destacar cómo en este caso lo que realmente se enjuiciaba era solo el impacto que esta agregación —normalmente en los primeros meses de la relación novada— podía tener sobre la caracterización como temporal del contrato de relevo y no, por tanto, el impacto que la misma podía tener sobre el reconocimiento o conservación de la jubilación parcial.

2.2.2. El contrato de relevo, el relevista y su base de cotización: su coordinación con el contrato del relevado

Sea como fuere, y junto a esta reducción de jornada del concreto sujeto relevado, tanto el art. 12 ET como el art. 166.2 LGSS exigen en este caso la coincidente estipulación de un contrato de relevo con unas determinadas características —adaptadas, obviamente en el caso de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas⁴⁸— y que habrá igualmente de formalizarse por escrito en el modelo oficial⁴⁹ —DA 1 Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre—.

Obviamente, el hecho de que el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social quede condicionado a la celebración y condiciones de un negocio jurídico al que es ajeno formalmente el beneficiario y sobre el que, por tanto, no tiene ningún control, llevó a un cierto sector de la doctrina de suplicación a intentar reducir o limitar al máximo los incumplimientos que en la celebración de este contrato pudieran afectar a dicho reconocimiento⁵⁰. No obstante, la posición

⁴⁷ STS de 19 enero de 2015 (RJ 2015\449).

⁴⁸ En el caso, ya señalado, la DA 64 LGSS exige que la cooperativa “concierte con un socio de duración determinada de la misma o con un desempleado la realización, en calidad de socio trabajador o de socio de trabajo, de la jornada dejada vacante por el socio que se jubila parcialmente, con las mismas condiciones establecidas para la celebración de un contrato de relevo en el artículo 12.7 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y conforme a lo previsto en el artículo 166 LGSS”.

⁴⁹ Sobre las posibles consecuencias de su incumplimiento véase STSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Social de 28 enero de 2009 (AS 2009\939)).

⁵⁰ Por señalar solo un ejemplo de esta interpretación antiformalista y, al menos a mi juicio, más justa, véase STSJ Madrid de 30 junio de 2011 (AS 2011\2676) de acuerdo con la cual “el contrato a tiempo parcial del trabajador jubilado sólo está condicionado a que, simultáneamente, se suscriba otro contrato de trabajo con trabajador en situación de desempleo o con contrato de duración determinada y con el objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por aquél. Estos son los requisitos que deben ser cumplidos para determinar si el trabajador jubilado puede generar el derecho a la jubilación anticipada parcial, sin que el cumplimiento de las particularidades que debe reunir el contrato de relevo, ajenas a la persona del relevista y el objeto del contrato, deban incidir en aquél derecho ya que cualquier irregularidad que pueda observarse en la contratación del relevista deberá solventarse entre las partes que hayan suscrito aquel contrato, pero en modo alguno puede condicionar el acceso a la prestación de jubilación anticipada parcial del trabajador relevado o sustituido cuya vinculación con aquél solo lo es respecto de la jornada a cubrir y no en relación con los restantes requisitos”.

en este punto del propio Tribunal Supremo ha sido clara al señalar expresamente que “para la concesión de la pensión de jubilación parcial será necesario que se cumplan todos los requisitos previstos en la normativa antes citada, sin que exista un derecho independiente o aislado por parte del trabajador que quiere acceder a esa modalidad de jubilación, de forma que la existencia de fraude o irregularidades que pueda cometer la empresa en la contratación del relevista podrán impedir la concesión de la prestación del sistema público de seguridad social si ello afecta al cumplimiento de los requisitos legales, sin perjuicio de que el trabajador afectado que ve impedido su acceso a la jubilación parcial por ese motivo pueda formular frente la empresa la correspondiente demanda por los perjuicios que haya podido sufrir por tal motivo”⁵¹. En cualquier caso, es importante destacar que esta vinculación lo es en la construcción del hecho causante, en el nacimiento de la prestación, y que obviamente se altera, modificándose, cuando las relaciones ya han nacido y se producen eventos que afectan a algunos de las pilares de este entramado —DA 2 RD 1131/2002—⁵². Pero no adelantemos acontecimientos.

Por ahora, lo que nos interesa destacar, por lo que se refiere a los elementos personales de esta “modalidad” contractual, es, en primer lugar, que el empleador deberá ser, obviamente, el mismo con el que se pacta la reducción de jornada del relevado, si bien cabe la duda de si sería suficiente que se estipulara con otra empresa del mismo grupo de empresas, ya sea este patológico —con la ya tradicional confusión de patrimonios, plantillas, instalaciones, órganos de gobierno que sigue reclamando nuestra jurisprudencia— en el que esta posibilidad parece más clara, o incluso con un grupo “fisiológico” —cuando sin darse dichos requisitos se cumplen los tradicionalmente establecidos en el art. 42 Código de Comercio— en el que sí podrían suscitarse, como decimos, tales dudas. En cambio, lo que desde luego resulta evidente es que en estos casos no es posible —¿todavía?— su estipulación como contrato de puesta a disposición y su correlativo contrato laboral en misión a través de una ETT. Y ello ya que, a pesar de la progresiva ampliación del nicho de actividad de estas empresas a las que hemos asistido en estos últimos años, dicha posibilidad aún no aparece contemplada en el art. 6 de la Ley 14/1994⁵³.

Por su parte, el relevista deberá ser o bien un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración temporal. En este sentido, quizás sea conveniente resaltar como, a pesar de que esta medida fue inicialmente concebida como un instrumento básicamente de fomento del empleo juvenil⁵⁴, y que en varias ocasiones nuestros Acuerdos Interconfederales ana-

⁵¹ Cfr. SSTS de 6 octubre de 2011 (RJ 2011\7348) y 26 diciembre de 2011 (RJ 2012\2016).

⁵² Por todas, STS Sentencia de 18 enero de 2012 (RJ 2012\3625) con amplia referencia jurisprudencial.

⁵³ Véase A. SELMA PENALVA “Los últimos pasos...”, *cit.*, p. 105

⁵⁴ Baste recordar, en este sentido, las palabras de la exposición de Motivos de la Ley 32/1984 de 2 de agosto: “La intensidad alcanzada por el paro juvenil aconseja perfeccionar las formas con-

lizan esta modalidad como un instrumento de “rejuvenecimiento de la plantilla”⁵⁵, lo cierto es que la actual normativa legal no establece exigencia alguna en relación con la edad de este sujeto, siendo llamativo, en cambio, cómo, de acuerdo con los datos proporcionados por el SEPE, por un lado, el porcentaje de contratos estipulados con las cohortes más jóvenes —de menos de 25 años y de entre 25 a 29 años— ha ido disminuyendo con el paso del tiempo, mientras que, en cambio, y por la otra, se incrementa notablemente el porcentaje de contratos celebrados con personas de una mayor edad, especialmente con el colectivo de más de 45 años —de hecho, el porcentaje de contratos formalizados con este grupo sobre el total prácticamente se ha duplicado en el periodo entre 2006 y 2014—.

Tabla 5
Contratos de relevo por año de estipulación y edad del relevista: porcentajes sobre el total de contratos

	< 25	25 - 29	30 - 39	40 - 44	>= 45
2006	17,4%	27,6%	33,9%	9,4%	11,8%
2007	17,1%	25,1%	34,8%	9,8%	13,3%
2008	16,0%	24,2%	35,1%	10,4%	14,2%
2009	14,3%	22,5%	36,6%	10,8%	15,8%
2010	13,0%	19,4%	37,0%	12,3%	18,1%
2011	11,5%	19,9%	38,6%	11,8%	18,1%
2012	10,3%	19,7%	37,4%	12,8%	19,9%
2013	9,5%	20,2%	38,2%	12,4%	19,7%
2014	7,4%	19,2%	36,8%	13,7%	22,8%

Fuente: SEPE y Elaboración propia.

tractuales que permiten la integración progresiva de estos colectivos en el trabajo, a través de los contratos en prácticas y para la formación los contratos a tiempo parcial y la nueva figura del contrato de relevo. Todas ellas son formas ampliamente utilizadas en los países occidentales, en los que también se observa una situación de paro juvenil preocupante, como medio para que los jóvenes encuentren la posibilidad de una etapa de adaptación al trabajo a la salida del sistema educativo y para que se creen puestos de trabajo que les permitan familiarizarse con la vida laboral y completar su formación a través del trabajo”.

⁵⁵ Por mencionar solo algunos ejemplos, véanse las referencias a esta modalidad en el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007 —“La utilización de las posibilidades que para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas presentan la jubilación parcial y el contrato de relevo”— o en el I, II y III Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva —“La jubilación parcial y el contrato de relevo deben seguir siendo un instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas”—.

En cualquier caso, y comenzando por la primera de las dos posibilidades antes señaladas, resulta nuevamente llamativa la falta de concreción que, sobre todo frente a ciertos precedentes, se detecta en la actual redacción legal. Evidentemente la referencia literal a “situación de desempleo” parecería conducir a los supuestos contemplados en el art. 208 LGSS, esto es, a la situación legal de desempleo. Y de hecho, así lo interpretó alguna doctrina de suplicación rechazando por ejemplo la viabilidad de este tipo de jubilación parcial en aquellos casos en los que el relevista previamente había prestado servicios para la propia empresa, la había abandonado voluntariamente, y posteriormente era vuelto a contratar bajo esta modalidad⁵⁶. Sin dejar obviamente de rechazar fórmulas fraudulentas y la simple nulidad de hipotéticas renunciaciones de derechos, no creemos, sin embargo, que sea esta la respuesta acertada o, incluso en este caso, la argumentación correcta. Y ello ya que así interpretada, de forma general, podríamos llegar al absurdo de rechazar la posible contratación de demandantes de empleo jóvenes, inscritos en el correspondiente Servicio Público de Empleo pero que, al no haber trabajado previamente, no se encuentran técnicamente en situación legal de desempleo lo que, además, supondría al menos a nuestro juicio, una aplicación extraviada de un precepto que no debe aplicarse más allá de su concreto ámbito: el acceso a las prestaciones por desempleo⁵⁷. A nuestro juicio, el contrato de relevo no es una medida de fomento específica para cierto tipo de desempleados —los que se encuentran en situación legal de desempleo— sino una medida genérica. De ahí que, en conclusión, en estos casos debería partirse de un concepto material de inactividad que, como decimos, rechazando supuestos fraudulentos o incluso hipotéticas renunciaciones de derechos, no condicionara el nacimiento de la jubilación parcial anticipada a la necesaria pérdida involuntaria por el relevista de un puesto de trabajo previo, en ocasiones inexistente. A nuestro juicio se requeriría simple y llanamente que el futuro contratante, pudiendo y queriendo trabajar, no tuviera anteriormente una relación laboral, ya fuera porque la perdió o —también e incluso más importante— porque nunca la tuvo o la logró. Es más, y si se nos apura, también creemos que este requisito debiera ser objeto de una valoración fundamentalmente material, que lo aleje de cuestiones puramente formales o instrumentales como la propia inscripción en el servicio público ya que, ciertamente, esta exigencia tampoco se reclama expresamente en el art. 10.b) RD 1131/2002, a diferencia de lo que sí ocurría —“inscrito como desem-

⁵⁶ STSJ - Cataluña de 25 octubre de 2010 (AS 2011\972). Más recientemente, si bien en relación con un autónomo, STSJ - C. Valenciana de 11 junio de 2014 (JUR 2014\257914).

⁵⁷ En este sentido véanse las interesantes observaciones de A. VALDÉS ALONSO, “Concepto de desempleo a efectos del contrato de relevo”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2011, n. 5 paraf. 33/2011 (BIB 2011\1158).

pleado en la correspondiente Oficina de Empleo— en el ya derogado art. 7.1 RD 1991/1984⁵⁸.

Por su parte, en relación con la segunda posibilidad, ya hemos señalado cómo se trata de una incorporación posterior, propia, seguramente, de la importancia que, al menos en aquel momento, se daba al fomento de la calidad en el empleo y que buscaba quizás fomentar y facilitar también su utilización para el empresario. Con todo, es obvio que tampoco deja de suscitar ciertas dudas. La primera es que, obviamente, nada habría que objetar si esta novación —pues parece que el contrato temporal previo debiera estar vigente en el momento de su “conversión”— se realizara hacia un contrato de relevo indefinido. Pero lo cierto es que la norma nada distingue, lo que puede conducir a que lo que realmente acontezca sea un simple traspaso de un contrato temporal a otro dentro siempre de la misma empresa⁵⁹. En estos casos, creemos que la única lógica que puede intentar extraerse es la consideración por el legislador de la existencia de lo que podríamos denominar distintos tipos de precariedad, considerando que en estos casos, la duración legalmente establecida para estos contratos de relevo les daría una mayor “estabilidad” que, unida a las medidas de fomento de su conversión en indefinido, determinaría una mayor “calidad” de la contratación. De ahí que, al menos a mi juicio, esta debiera ser la lógica que guiase el análisis del operador jurídico al analizar si en estos casos se produce o no una renuncia de derechos por parte del trabajador —teniendo en cuenta, además, que es posible que se transforme un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial— lo que supondría la nulidad del pacto con su inevitable impacto sobre el propio nacimiento de la prestación de jubilación parcial. En cualquier caso, lo que sí parece claro para la doctrina judicial es que la norma no exige que el trabajador temporal preste únicamente servicios para la empresa con la que firma el contrato de relevo, permitiéndose, por tanto, su pluriempleo o el que coetáneamente desarrolle una actividad como trabajador autónomo⁶⁰, del mismo modo que na-

⁵⁸ En un sentido similar J. A. MARTÍNEZ LUCAS, “El régimen jurídico...”, *cit.* Apartado 2.2.5.1.2. De hecho esta omisión ya se produjo en los arts. 8 y 9 b del RD 144/1999 que se referían únicamente a la tantas veces mencionada “situación de desempleo”.

⁵⁹ Ya que obsérvese, la norma no permite esta contratación si el contrato temporal se mantenía con otra empresa distinta. En este sentido, R. POQUET CATALÁ, “El contrato de relevo y la jubilación...”, *cit.*, punto II.3.

⁶⁰ Como recuerda la STS de 30 mayo de 2011 (RJ 2011\5107), “no aparece en la regulación del contrato de relevo norma alguna que exija que, en el supuesto de que el trabajador tuviera concertado con la empresa un contrato de duración determinada, éste sea el único contrato que tenga dicho trabajador. En efecto, no hay previsión alguna que impida celebrar un contrato de relevo si el trabajador tuviera otro contrato a tiempo parcial con otra empresa, o desarrollara una actividad como trabajador autónomo o cualquier otra forma de prestación de sus servicios”. En esta misma línea, el STSJ - Madrid de 28 diciembre de 2010 (JUR 2010\127883); de 16 febrero de 2011 (JUR 2011\145237) y de 15 junio de 2011 (AS 2011\2337) —con cita esta última de otras varias— y de acuerdo con la cual “si el legislador hubiera querido que el

da impediría que se contratara bajo esta modalidad o un trabajador previamente contratado por la misma empresa mediante otro contrato de relevo de naturaleza, eso sí, temporal⁶¹.

Por lo que se refiere a la caracterización tipológica del contrato de relevo, resulta nuevamente significativo comprobar la progresiva y sobre todo profunda difuminación de lo que en un primer momento fueron, sin duda, sus principales rasgos distintivos e identificadores. Y ello, seguramente, como una muestra más de su progresiva pérdida de trascendencia en este entramado institucional. Intentaremos nuevamente explicarnos.

En este sentido, resulta evidente que, al menos en su versión original y prácticamente hasta 1998, el contrato de relevo aparecía normal o naturalmente caracterizado como un contrato a tiempo parcial —su inclusión en el art. 12 ET y las mismas expresiones legales y reglamentarias así lo demostraban— y como un contrato temporal que excepcionaba el principio de causalidad propio de la legislación laboral española, al menos formalmente —aunque no estuviese incluido en el art. 15 ET el texto del art. 8 RD 1991/1984 no dejaba dudas de ello—.

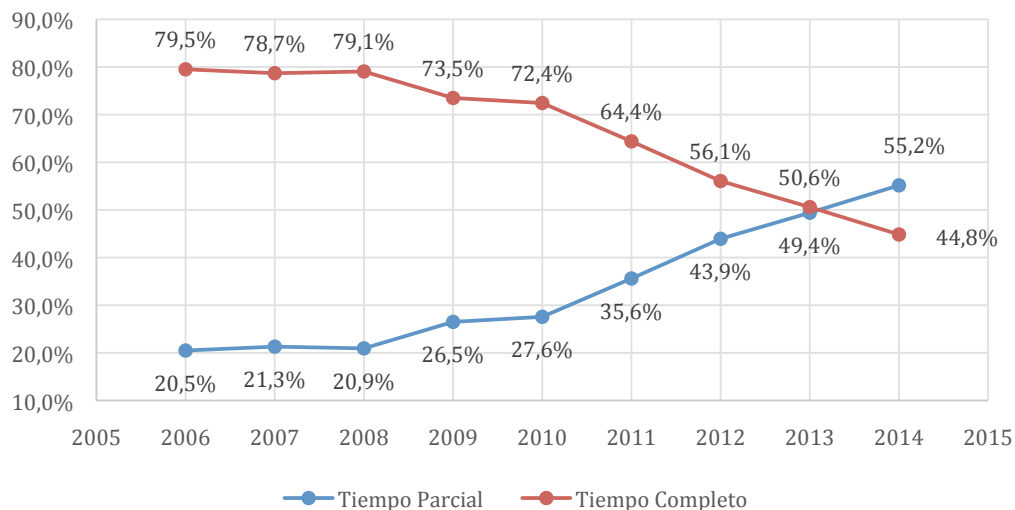
Ahora bien, tampoco escapa a nadie como esta caracterización tradicional va a ir difuminándose poco a poco, mediante la paulatina aparición de referencias legales que, lógicas por otro lado, van a ir reconociendo la —a mi juicio evidente— posibilidad de que esta modalidad pueda ser estipulada no ya solo como un contrato a tiempo completo —RDL 15/1998, provocando entonces la inaplicación del resto de apartados del art. 12 ET— sino también como un contrato indefinido más. Y de hecho esta posibilidad va incluso a incentivarse al limitarse, por ejemplo, la posibilidad de que el relevado reduzca aún más su jornada —en la actualidad hasta un máximo del 75%— a aquellos supuestos en los que el relevista sea contratado de manera indefinida y a tiempo completo⁶².

trabajador contratado para el relevo no debiera tener vinculación laboral alguna anterior con otra empresa, así lo habría dispuesto, pero los preceptos citados no realizan distinción alguna, limitándose a exigir única y exclusivamente que el contratado conste como desempleado o contratado temporal por la empresa”

⁶¹ SAN de 26 enero de 2011 (AS 2011\32) y STS de 23 enero de 2012 (RJ 2012\3627)

⁶² Una tipología esta que, como se recordará, ya había sido objeto de una cierta incentivación en otras normas como, por ejemplo, la DT 2 Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo

Gráfico 2
Porcentaje de contratos de relevo en función de su jornada (2006-2014)



Fuente: SEPE y Elaboración propia.

Tabla 6
Contratos de relevo por su duración: porcentajes sobre el total (2006-2014)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
<= 7 días	0,2%	0,2%	0,3%	0,4%	0,4%	0,6%	0,5%	0,6%	0,7%
> 7 y <= 15 días	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%	0,1%	0,1%	0,3%	0,1%
> 15 días y <= 1 mes	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,2%	0,3%	0,3%	0,5%	0,4%
> 1 y <= 3 meses	0,5%	0,6%	0,5%	0,5%	1,0%	1,2%	1,6%	1,6%	1,4%
> 3 y <= 6 meses	0,9%	1,1%	1,1%	1,0%	1,7%	1,9%	1,8%	2,8%	1,7%
> 6 y <= 12 meses	2,8%	3,4%	3,4%	3,7%	5,3%	5,1%	4,5%	6,5%	4,6%
> 12 y <= 18 meses	2,7%	3,6%	3,5%	3,8%	4,6%	5,3%	5,4%	6,1%	4,4%
> 18 y <= 24 meses	5,8%	6,6%	5,8%	5,7%	7,5%	7,2%	6,9%	5,8%	5,2%
> 24 meses	87,0%	84,3%	85,2%	84,6%	79,2%	78,2%	78,9%	75,9%	81,5%
Indeterminados	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%

Fuente: SEPE y Elaboración propia.

En cualquier caso, y desde esta perspectiva meramente normativa —ya que como se observa supra, en el Gráfico 2, estas dos modalidades parecen coexistir, si

bien con un significativo aumento en estos últimos años de los contratos de relevo a tiempo parcial—, la única conclusión posible parece ser que la identificación tipológica del contrato de relevo, su rasgo distintivo, se limitaría por tanto a su condición de tipo negocial que permite la jubilación parcial anticipada y que debe, además, cumplir dos requisitos fundamentales que se unen, obviamente, a las exigencias ya estudiadas en relación con el trabajador seleccionado.

El primero el que su jornada sea, al menos, igual a la reducción que en cada momento disfrute el relevado, cuestión esta que no plantea dudas y que no ha sufrido modificación a lo largo de su tortuosa evolución normativa⁶³. Todo lo más cabe recordar como la norma reglamentaria prevé, eso sí, que cuando esta reducción sea progresiva y se incremente con el tiempo, la negativa del relevista a ampliar en al menos esta misma cuantía su jornada obligará a la empresa a contratar, “por la jornada reducida por el jubilado parcial, a otro trabajador en quien concurren las circunstancias a que se refiere el párrafo b) del artículo 10” del RD 1131/2002, con lo que, la conexión se realizaría ahora con dos —o más— contratos de relevo por cada contrato de jubilación parcial anticipada.

El segundo, en cambio, ha sufrido una evolución bastante más tortuosa y se centra en la necesidad o no, inicialmente de una cierta relación entre los puestos de trabajo asignados al relevado y al relevista y, actualmente, y al menos a mi juicio, únicamente entre las bases de cotización de ambos. Intentaremos nuevamente explicarnos.

Como de todos es sabido ninguno de estos dos requisitos fue incorporado a la versión originaria —a estos efectos— ni del art. 12 ET ni, obviamente, del correspondiente art. 166 LGSS. De hecho, la primera mención a dicha exigencia aparece, salvo error u omisión por mi parte, en la redacción dada al art. 12.6.c) ET por el RDL 15/1998 que, novedosa y confusamente (sobre todo por el verbo utilizado), señalaba cómo “el puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal, excepto en el caso del personal directivo, el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente”. Esta misma regla, aunque sin mención ya al personal directivo —“el puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente”—, fue mantenida por la Ley 12/2001. En cualquier caso, y a pesar, como decimos, de lo confuso de estos preceptos, lo cierto es que ambas normas

⁶³ Sobre esta función del contrato de relevo como instrumento para “mantener la cobertura íntegra del puesto de trabajo... y evitar que la jubilación parcial se utilice como medio para suprimir horas de trabajo” véase el interesante trabajo de C. BLASCO RASERO, “Jubilación parcial y contrato de relevo: el deber empresarial de mantener el puesto de trabajo íntegramente cubierto”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2011, n. 17.

parecían no ya tanto autorizar sino más bien exigir esta correspondencia, con la finalidad seguramente de evitar la “sustitución” de un trabajador con una alta retribución por otro con una muy inferior, con la consiguiente merma de cotizaciones para el sistema de Seguridad Social.

Sea como fuera, la Ley 40/2007 vino a aclarar esta finalidad —al menos aparentemente— a través de la coetánea modificación de los arts. 12.7.d) ET y 166.2.e) LGSS. En su nueva redacción ambos preceptos reiteraban esta exigencia si bien también en ambos casos se permitía ya expresamente que en los supuestos en los que —se decía— debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo que fuese a desarrollar el relevista no pudiera ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial, debería existir —lo que dejaba ya clara, al menos a nuestro juicio, la finalidad de la norma— una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al relevista no pudiera ser inferior al 65% de la base por la que venía cotizando el relevado. No obstante se señalaba también que reglamentariamente se desarrollarían los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pudiera ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial; una remisión esta que, como no podía ser menos, suscitó nuevas dudas judiciales centradas en si la exigencia esencial seguía siendo la similitud de puestos de trabajo o si este requisito tradicional había quedado desplazado —antes incluso de que apareciera un, por otra parte, non nato desarrollo reglamentario—, por la “nueva” exigencia de correspondencia entre cotizaciones que seguramente respondía mejor a la finalidad real de los preceptos⁶⁴.

Pues bien, aunque tampoco con la suficiente claridad, sí creemos que de las correspondientes reformas de ambos artículos por la Ley 27/2011 y por el RDL 5/2013 cabe deducir, con algo más de seguridad, que el requisito básico es ahora la “correspondencia” entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no pueda ser inferior al 65 por 100 del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial. Y ello ya que si bien es cierto que el actual art. 12.7.d) ET sigue señalando que “el puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido”, la omisión de cualquier referencia a esta posibilidad en el art. 166.2.e) LGSS —el núcleo, como ya hemos señalado, de la actual regulación legal del entramado normativo— unida a la expresión utilizada en el propio art. 12.7.d) ET —“en todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases...”— parece conducirnos a que, en este punto, la anterior exigencia funcional-

⁶⁴ Véanse, por ejemplo, SSTS de 23 noviembre de 2011 (RJ 2012\1470), de 24 abril de 2012 (RJ 2012\5257) y de 5 noviembre de 2012 (RJ 2012\10727)

locativa no es que se haya vuelto más rigurosa —lo que no tendría sentido ya que la convertiría en un elemento enervante e injustificado que privaría de buena parte de sentido a la ratio entre cotizaciones— sino que se ha vuelto una mera posibilidad⁶⁵. En conclusión, lo que el ordenamiento exigiría ahora es que la diferencia de cotizaciones no sea alta con independencia de que la “sustitución” subjetiva en la empresa lo sea en el puesto, en otro similar o incluso, al menos a mi juicio, en otro subsumido en un grupo profesional distinto⁶⁶.

Finalmente, y más allá de recordar cómo este tipo de contrato se excluye lógicamente —dada su duración frecuentemente prolongada— de los pactos computables a efectos del art. 15.5 ET, incluso aunque se celebren como contratos temporales —esto es con una duración como mínimo igual al tiempo que en cada caso falte al trabajador sustituido para alcanzar su edad ordinaria de jubilación—, supuesto este en el que, en cambio, sí generará la indemnización de precariedad contemplada en el art. 49.1.c ET⁶⁷, seguramente el elemento más llamativo a estos efectos se centra en el tipo de relación que, en este caso, la normativa española establece entre la dinámica de la jubilación parcial, el contrato de relevo y el contrato del relevado una vez que la relación ha comenzado al reconocerse este tipo de jubilación parcial.

2.3. *La dinámica de la jubilación parcial y, en especial, algunas notas en relación con los avatares del contrato de relevo*

Y ello ya que la conexión inicial, necesaria entre ambos tipos contractuales y la prestación de jubilación parcial anticipada se altera posteriormente, estableciendo, especialmente por lo que se refiere a las dos “modalidades” contractuales, una conexión denominada “externa” y de “coordinación” —en palabras del Tribunal

⁶⁵ En este mismo sentido, o de forma similar Y. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, “Trabajadores de edad avanzada: I...”, *cit.*, apartado X; M. LÓPEZ BALAGUER “La jubilación parcial en España: evolución normativa...”, *cit.*, p. 126.

⁶⁶ En este mismo sentido parece moverse la STS de 19 enero de 2015 (RJ 2015\449) en la que se señala “Que con la institución —desde la perspectiva del contrato de relevo— el legislador ha pretendido dos objetivos; el primero, coherente con la política de empleo, es que la jubilación anticipada, aunque sea parcial, no se traduzca en la pérdida de puestos de trabajo [de ahí la exigencia de celebrar simultáneamente un contrato de relevo con al menos la misma duración que el tiempo que reste hasta la jubilación definitiva del relevado y con una jornada al menos igual al tiempo de reducción experimentada por la jornada de éste] y el segundo objetivo, es que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados [de ahí que primeramente se hubiera requerido inicialmente trabajos iguales o similares, y posteriormente —tras las Leyes 40/2007 y 27/2011— la correspondencia de cotización] (SSTS 23/11/11 (RJ 2012, 1470) —rcud 3988/10—; 24/04/12 (RJ 2012, 5257) —rcud 1548/11—; y 05/11/12 (RJ 2012, 10727) —rcud 4475/11—).”

⁶⁷ STS de 11 marzo de 2010 (RJ 2010\1481).

Supremo⁶⁸—, que, no obstante, no parece condicionar su subsistencia al mantenimiento de la vigencia del otro⁶⁹.

Así, si el contrato del relevado se extingue, dicha extinción en nada afectaría al contrato del relevista ya sea este indefinido o incluso temporal, ya que en este caso el término resolutorio solo acaecerá cuando el relevado alcance la edad de jubilación⁷⁰. La norma tan solo prevé expresamente que si trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión —supuesto este en el que no se produce la extinción de la jubilación parcial (art. 16.d in fine RD 1131/2002)⁷¹—, la empresa debería ofrecer al trabajador relevista —siempre que este no estuviese ya contratado a tiempo completo⁷²— la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada, habría de contratar a otro trabajador bajo la modalidad —nueva y llamativamente— de contrato de relevo, con una jornada como mínimo, igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción el trabajador relevado.

⁶⁸ Por todas, STS de 25 febrero de 2010 (RJ 2010\1477). Más recientemente véase STS de 24 septiembre de 2013 (RJ 2013\7477) de acuerdo con la cual “la originaria conexión —que no dependencia— entre los contratos del relevado [que pasa a ser a tiempo parcial] y el contrato de relevo, es solamente externa [de coordinación, que no de subordinación] y no determina una estricta dependencia funcional entre el contrato de relevo y la situación jubilación-empleo parcial”.

⁶⁹ O en palabras del propio Tribunal Supremo en la STS de 18 enero 2012 (RJ 2012\3625) “La doctrina sentada en estos pronunciamientos... tiene en cuenta dos principales criterios de decisión”... “la concesión inicial de la jubilación parcial queda vinculada a que el solicitante reúna la totalidad de los requisitos que el sistema público de Seguridad Social exige”, mientras que “una vez reconocida la pensión de jubilación parcial, las posibles irregularidades en la contratación del relevista no deben afectar en principio a los derechos del jubilado”. Más recientemente véase la STS de 19 enero de 2015 (RJ 2015\449).

⁷⁰ Para el supuesto de muerte del relevado véase la previamente citada STS de 25 febrero de 2010 (RJ 2010\1477).

⁷¹ Sobre la equiparación de ese supuesto de despido improcedente a “aquellos supuestos..., en el que el contrato, del mismo modo que cuando es improcedente, se ha extinguido por voluntad del empresario o por causa ajena, en todo caso, a la voluntad del trabajador”, véase, por todas, STS de 22 enero de 2013 (RJ 2013\4106) con cita de otras muchas y de acuerdo con la cual la extinción del contrato del jubilado parcial por despido colectivo de toda la plantilla es equiparable a un despido improcedente por lo que no produce la extinción de la pensión de jubilación parcial, manteniendo el derecho a su disfrute hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada. En relación con la extinción de la prestación de jubilación parcial, recientemente, la STS de 27 marzo de 2013 (RJ 2013\5125) ha declarado que no es causa de extinción de la misma el cese en la empresa del jubilado parcial cuando ese contrato inicial es sucedido por otro de la misma naturaleza parcial, con la misma jornada aunque se trate de una empresa diferente.

⁷² STS de 6 octubre de 2011 (RJ 2011\7697).

Y del mismo modo, si lo que se produjera fuera el “cese” definitivo o temporal relativamente prolongado⁷³ del trabajador relevista durante la vigencia del mismo —y obviamente antes de que el relevado alcance su edad de jubilación ordinaria—, esto en nada afectaría ni a la dinámica del contrato del relevado ni incluso a la pensión de jubilación parcial —entre cuyas causas de extinción no se encuentra este cese—.

Ciertamente, el empresario estaría legalmente obligado en tales casos —por ejemplo, y de acuerdo con nuestra jurisprudencia, en los supuestos de excedencia voluntaria del relevista⁷⁴, de excedencia por cuidado de hijos⁷⁵, de prórroga de la incapacidad temporal siempre que no exista la obligación empresarial de cotizar⁷⁶ (elemento este fundamental a mi juicio para deslindar en muchos casos de suspensión cuando existe o no “cese”)⁷⁷, o incluso cuando la extinción de ambos contratos se produce por la mera amortización del puesto⁷⁸, mientras que, en cambio dicha obligación no se generaría en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de un menor⁷⁹, cuando acontezca una subrogación del relevista en otra empresa⁸⁰ o cuando lo que se produzca sea el cierre total de la empresa y la extinción de ambos contratos al amparo de la misma⁸¹— a sustituir, como decimos, al primer relevista por otro trabajador en situación de desempleo o que

⁷³ Y ella ya que como recordaba el Tribunal Supremo en la STS de 8 julio de 2009 (RJ 2009\4561): “habrá de considerarse constitutivo de cese cualquier hecho que suponga dejar de hacer el relevista aquello que estaba haciendo, tanto si es de manera definitiva como si es de forma simplemente temporal, con tal de que esta situación de cesación en su cometido se prolongue por más de los 15 días que el apartado 3 establece”. Más recientemente recordaba, con amplia cita jurisprudencial la STS 24 septiembre de 2013 (RJ 2013\7477) que en este contexto el término cese “no es necesariamente equivalente a los supuestos de extinción de la relación laboral del art. 49 ET Puede hablarse también, en sentido amplio, de cese cuando el trabajador... deja de prestar servicios por un tiempo más o menos prolongado, produciendo... por el período de apartamiento del trabajo, una plaza vacante en el organigrama de la empresa...”.

⁷⁴ STS de 8 julio de 2009 (RJ 2009\4561).

⁷⁵ STS de 4 octubre de 2010. (RJ 2010\7999).

⁷⁶ STS de 24 septiembre de 2013 (RJ 2013\7477).

⁷⁷ Más ampliamente L. LÓPEZ CUMBRE, “Sustitución del trabajador relevista...”, *cit.*, apartado 4.

⁷⁸ STS de 22 septiembre 2010 (RJ 2010\7575).

⁷⁹ STS de 23 junio 2011 (RJ 2011\5433). Sobre el tema R. PARADA, “Jubilación parcial. ¿Es preceptiva la sustitución de la jornada vacante de un relevista que obtiene una reducción de jornada por cuidado de un menor?”, comentario a la STSJ Cataluña 3 febrero 2014 (AS 2014, 530) en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2014, n. 169 (BIB\2014\3868)

⁸⁰ SSTS de 25 enero de 2010 (RJ 2010\643); de 20 de mayo de 2010 (RJ 2010\5327) y 9 de febrero de 2011 (RJ 2011\2728).

⁸¹ SSTS de 29 mayo de 2008 (RJ 2008\3465); de 23 junio de 2008 (RJ 2008\4460); de 16 septiembre de 2008 (RJ 2008\7640) y de 19 septiembre de 2008 (RJ 2008\4461).

tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, nuevamente bajo la modalidad de relevo⁸².

Pero tanto en este caso como en el anterior, si el empresario incumpliera en el plazo de quince días⁸³ estas obligaciones de resultado⁸⁴ la única consecuencia — no punitiva sino simplemente resarcitoria⁸⁵— debería ser que este —o la empresa cesionaria ex art. 44 ET⁸⁶— abonase a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada o las cuantías correspondientes al periodo de incumplimiento si este fuera parcial al deberse solo a un retraso en el cumplimiento de dicha obligación⁸⁷. Es más, el propio Tribunal Supremo ha llegado a sostener que, a pesar de lo establecido en el art. 18 RD 1131/2002, la base reguladora del jubilado parcial que accede a la jubilación completa se calcularía teniendo en cuenta el incremento de las bases de

⁸² Sin que, por tanto, sea admisible intentar considerar cumplida dicha obligación por la contratación, dos meses antes del cese del relevista, de un trabajador de otra empresa, cuyo contrato, además, no se ajustó a las exigencias formales del contrato de relevo. En este sentido, STSJ - Navarra de 4 diciembre de 2008 (AS 2009\794). Obsérvese, no obstante que la consecuencia de todo ello, especialmente cuando se trata de cubrir el puesto del relevista durante ceses “temporales”, sería la posible creación nuevamente judicial de un híbrido de contrato de relevo e interinidad en el que el primero marcaría básicamente su jornada y la persistente obligación de cotizar mientras que el segundo fijaría su término resolutorio.

⁸³ Sobre la necesaria flexibilidad cuando se trata de una Administración Pública véase STSJ - C. Valenciana de 18 noviembre de 2014 (AS 2015\553).

⁸⁴ Sobre el rigor con el que cabe exigir el cumplimiento de esta obligación, calificada de resultado y no de medios, y en el que, por tanto, no sería diligencia suficiente por el mero “hecho de haberse procurado la contratación por la vía oficial de gestión del empleo, cuando la misma lleva a demoras que ostensiblemente superan el plazo —quince días— legalmente previsto” véase STS de 9 febrero de 2010 (RJ 2010\1435).

⁸⁵ Sobre el cambio de doctrina en este punto véase STS de 9 febrero de 2010 (RJ 2010\143) de acuerdo con la cual nos moveríamos en “términos puramente obligacionales, que no represivos”; ante un supuesto que “más bien se aproxima a un reintegro de prestaciones por parte de quien ha sido esencial sujeto determinante de que hubiese tenido lugar el reconocimiento y abono de la pensión, pero que no ha atendido a la contrapartida a que se obligaba, lo que aleja el supuesto del ejercicio del *ius puniendi*” ya que “en puridad, no se trata de la respuesta punitiva a una contravención legal, sino más bien al incumplimiento de una obligación contraída ex arts. 166.4 LGSS y 12.6 ET;”. Esta posición ya había sido avanzada por el propio Tribunal Supremo en STS de 8 julio de 2009 (RJ 2009\4561). Consecuencia de todo ello es que el mencionado precepto no habría “incurrido en exceso reglamentario alguno respecto de las leyes que desarrolla..., ni en vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, ni en el desconocimiento de las garantías que impone el Tribunal Constitucional a la actividad administrativa sancionadora”. Más recientemente véase, por mencionar solo un ejemplo, STS de 24 septiembre de 2013 (RJ 2013\7477).

⁸⁶ STSJ - C. Valenciana de 23 abril de 2009 (JUR 2009\304234).

⁸⁷ STS de 9 julio de de 2009 (RJ 2009\6084).

cotización hasta el cien por cien aunque la empresa hubiese incumplido durante un cierto lapso la obligación de sustituir al trabajador con un relevista⁸⁸.

De hecho quizás convenga recordar en este momento cómo, en los supuestos de contratos de relevo indefinidos y a tiempo completo en los que la reducción del relevado haya alcanzado excepcionalmente el 75%, el empresario deberá mantenerse el contrato de relevo un mínimo de tiempo igual al resultado de sumar dos años al periodo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación. De ahí que si este primer contrato se extinguiere⁸⁹ antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estaría obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante siendo en caso contrario responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial⁹⁰.

Por lo demás, no parece que los últimos cambios normativos hayan alterado sustancialmente las ya tradicionales normas sobre compatibilidad e incompatibilidad, extinción y demás reglas contempladas a estos efectos en los arts. 14 y ss. del RD 1131/2002⁹¹. En especial, y esto es importante, tampoco se han introducido coeficientes reductores propios de otras fórmulas de jubilación anticipada, a pesar de que esta incorporación llegó incluso a plantearse⁹². En cambio, lo que sí ha sufrido una modificación indirecta, al menos en la desaparición del impacto de fomento buscado por la misma, son las reglas que “incrementaban” las bases de cotización del relevado hasta el total que hubiera correspondido en el caso de no

⁸⁸ STS de 15 julio de 2010 (RJ 2010\7119) y de 18 enero 2012 (RJ 2012\3625).

⁸⁹ Obsérvese que en este caso el término es más claro “extinguir” y no “cesar”. En este sentido, por ejemplo, L. FRAGUAS MADURGA “La regulación de la jubilación parcial...”, *cit.*, p. 187. Sobre el tema, igualmente, M. LÓPEZ BALAGUER “La jubilación parcial en España...”, *cit.*, p. 131.

⁹⁰ Sobre algunas de las dudas que este precepto plantea véanse las interesantes observaciones de Y. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, “Trabajadores de edad avanzada: I...”, *cit.*, apartado X.

⁹¹ Sobre la compatibilidad con la prestación de incapacidad permanente total, cuando ambas derivan de trabajos diversos, véase, recientemente, STS de 28 octubre de 2014 (RJ 2014\6811).

⁹² De hecho, el propio Secretario de Estado de la Seguridad Social en su comparecencia en el Congreso de los Diputados para presentar conjuntamente los informes sobre “La situación de la jubilación anticipada con coeficiente reductor” y sobre “La jubilación parcial y compatibilidad entre pensión de jubilación y desarrollo de una actividad” —Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, sesión n. 5, año 2012, n. 207, celebrada el 8 noviembre de 2012— señaló expresamente cómo “desde luego estamos dispuestos a incorporar elementos de compensación o equilibrio financiero para el sistema, dado el coste de la figura, incluso incorporando coeficientes reductores al mecanismo de jubilación parcial”. No debe olvidarse que de acuerdo con los datos proporcionados, la pensión media de jubilación parcial fue en 2011 un 17% más alta que la media de las jubilaciones anticipadas; casi un 32% más alta que la media de la jubilación anticipada con coeficiente reductor, y casi un 28% superior a la media del total de jubilaciones.

haberse producido la reducción de jornada —art. 15 RD 1131/2002—⁹³. Y ello ya que en este punto dicha norma partía de una premisa nuevamente alterada en la misma dirección restrictiva a la que tantas veces hemos hecho ya referencia a lo largo de estas páginas⁹⁴.

Como se recordará, en su versión tradicional la cotización del relevado —tanto por parte del trabajador como por la empresa— se realizaba de la misma forma que en cualquier otra actividad a tiempo parcial, con la peculiaridad, eso sí, de que dichas cotizaciones se computaban incrementadas en el 100 por 100 de su cuantía, para la determinación de las correspondientes bases reguladoras —art. 12 y 14.1 Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre y art. 15 Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre—. Pues bien, en este caso fue el art. 6.1 de la Ley 27/2011 el que procedió a incorporar un nuevo apartado g) al punto 2 del art. 166 LGSS para señalar que “sin perjuicio de la reducción de jornada... durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa”. Y si bien es cierto que la DT 22 LGSS en la versión incorporada por la Ley 27/2011 preveía una aplicación gradual, empezando por, al menos un 30% —cercana a la mayor posibilidad “ordinaria” de reducción, de un 75%, en aquella regulación— la posterior limitación de esta reducción máxima de jornada a un 50% provocó que el art. 7 del Real Decreto-ley 5/2013 acelerará significativamente esta paulatina transición hacia la cotización a tiempo completo al instalar este mínimo para 2013 en dicho 50%, manteniendo no obstante los escalones de un 5% más por año a partir de 2014⁹⁵. En cualquier caso, el evidente incremento de costes para las empresas y trabajadores —que de acuerdo con el Plan de Estabilidad 2011-2014 casi se duplicará⁹⁶— supondrá un

⁹³ Sobre el impacto que en relación con esta regla pudiera tener la no sustitución de un relevista véase STS de 15 julio de 2010 (RJ 2010\7119): “en ningún caso puede interpretarse una normativa —que, como hemos dicho, pretende facilitar la jubilación parcial— en un sentido tal que se haga recaer sobre el jubilado parcial las consecuencias de un incumplimiento que no es suyo sino del empresario —al no sustituir al relevista cesado— y que pueden ser extraordinariamente graves en términos de disminución drástica de la base reguladora, y por ende de la cuantía final, de su pensión definitiva cuando se produzca su jubilación completa”.

⁹⁴ En un sentido similar, M. LÓPEZ BALAGUER “La jubilación parcial en España...”, *cit.*, p. 127.

⁹⁵ Sobre, nuevamente, los sempiternos problemas de derecho transitorio en relación específicamente con esta norma véase Y. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, “Trabajadores de edad avanzada: I...”, *cit.* apartado V

⁹⁶ Programa de Estabilidad España 2011-2014, p. 36: “Esto supondrá que el coste de esta figura para la empresa y el trabajador prácticamente se doblará”, disponible el 14 de agosto de 2015 en http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/29-04-11_Programa_Estabilidad_Espana_2011-2014.pdf.

factor fuertemente desincentivador, especialmente para las pequeñas y medianas empresas⁹⁷.

3. LA JUBILACIÓN PARCIAL AUTÓNOMA O TRAS ALCANZAR LA EDAD DE JUBILACIÓN

Muy diferente es, obviamente, la situación y las perspectivas con las que nuestro ordenamiento aborda la jubilación parcial cuando ya se ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación⁹⁸. Y ello ya que en este caso, tal jubilación no supone obviamente un incremento sino una reducción del coste que el jubilado supone para el sistema. De ahí que buena parte de los requisitos antes señalados, sobre todos los más incisivos, desaparezcan o acaben por transformarse en aparentes incentivos que pretenden fomentar y no limitar su utilización.

De hecho basta confrontar los dos primeros puntos del art. 166 LGSS para comprobar lo que decimos. En este caso, y en relación con los posibles beneficiarios, se omite, por ejemplo la exigencia expresa de que nos encontremos ante un trabajador a tiempo completo. Y si bien es cierto que de forma indirecta se priva de este derecho a los asalariados con una jornada igual o inferior a un 25% de la jornada ordinaria —ya que los porcentajes máximos y mínimos de reducción “se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable”— no lo es menos que en este supuesto de jubilación parcial autónoma dicha exigencia simple y llanamente desaparece. Y algo similar cabe señalar en relación con el periodo de cotización específico, la antigüedad previa en la empresa, la relación entre las bases de cotización del relevado y, en su caso, del relevista, de la misma manera que la cotización del primero sigue siendo en este caso la tradicional.

Sea como fuere, seguramente el ejemplo más claro de lo que decimos se encuentra en relación con el contrato de relevo. Y ello ya que en este supuesto el mismo deja de ser obligatorio para el nacimiento de la pensión de jubilación parcial, convirtiéndose prácticamente en un incentivo, al menos teórico, al disfrutar el empresario de un posible contrato de fomento del empleo. Y todo ello teniendo en cuenta que, obviamente, y en este caso, el término resolutorio, si existe —ya que lógicamente tampoco nada impide formalizar este contrato como indefinido— se altera con respecto al supuesto anterior, convirtiéndose sin más en un contrato

⁹⁷ Se coincide así con el voto particular de Consejeros del Grupo Primero don Luis Burgos (CIG) y don Iñaki Zabaleta (ELA) al Dictamen CES 2/2011, de 23 de marzo de 2011, p. 42. Un elenco de otras posibilidades en. M. LÓPEZ BALAGUER “La jubilación parcial en España...”, *cit.*, pp. 127-128.

⁹⁸ En relación, nuevamente, con los problemas de transitoriedad véase, por ejemplo, la DT 2 del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre

anual que, sin límite en cuanto a sus prórrogas⁹⁹, se extinguiría solo cuando finalice el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del relevado.

De hecho, lo que sin duda llama más la atención, al menos a este intérprete, es que en este caso el art. 166 LGSS haya pretendido conservar en algo la simetría de esta institución, limitando en ambos casos —tanto de jubilación parcial anticipada como tras la alcanzar la edad de jubilación— las reducciones mínima y máxima de la jornada originaria del relevado en un 25 y un 50%. Es cierto, como ya se indicó anteriormente, que en el caso de la jubilación parcial anticipada la disminución del máximo de reducción frente a la regulación anterior resultaba y resulta coherente con la finalidad de ahorro al sistema público. Pero cuando trasladamos esta misma limitación a un momento en el que el empleado ya sí tiene el derecho a la jubilación ordinaria, lo cierto es que la fijación de dicho tope solo parece servir para incentivar el camino a una jubilación total bastante más cara para el sistema que una jubilación parcial que cubriese la disminución, por ejemplo, de un 85% de la jornada. En este caso, parece que el deseo de conservar en algo el régimen jurídico unitario de la institución —ya que no parece que dicha norma resulte necesaria a efectos de gestión— habría conducido a un resultado no muy eficiente desde las lógicas que mueven a ambas instituciones.

Y por similares razones, tampoco se acabe de comprender por qué, en este caso de jubilación parcial tras alcanzar la edad de jubilación, la norma no hace mención a la posibilidad de ampliar hasta un 75% dicha reducción cuando el contrato de relevo se celebre a tiempo completo e indefinido limitando, repetimos al menos formalmente, esta posibilidad a la jubilación parcial anticipada¹⁰⁰. Si de lo que se trata es de incentivar la contratación de relevo indefinida y a tiempo completo parece tan razonable hacerlo en un caso como en el otro, sobre todo cuando en este supuesto dicha ampliación sigue suponiendo un ahorro en términos globales para el sistema.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: PROPUESTAS PARA SU REACTIVACIÓN

Pues bien, tras todo lo antes dicho estamos ya seguramente en condiciones de contestar a la pregunta con la que iniciábamos este trabajo: ¿ha sido o es la jubilación parcial un instrumento desaprovechado en nuestro ordenamiento?

⁹⁹ Lo que, por cierto, podría plantear dudas sobre su posible compatibilidad con la cláusula quinta del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada al que hace referencia la Directiva 99/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999,

¹⁰⁰ Sobre esta omisión. Y. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, “Trabajadores de edad avanzada: I...”, *cit.*, apartado X.

Al menos hasta el momento, la respuesta ha de ser, al menos a nuestro juicio, necesariamente afirmativa. Como ya hemos señalado, basta un breve repaso a los datos relativos a los contratos realizados por los jubilados parciales para constatar su escasa o muy limitada utilización en nuestro sistema. Es cierto que en los años de “mayor esplendor” —2006 a 2008 para ser más exactos— el porcentaje de altas en jubilaciones parciales sobre el total de jubilaciones llegó a ascender al entorno del 13 o 14%. Pero no lo es menos que las posteriores reformas han ido reduciendo paulatina pero significativamente esta ratio hasta llegar, por ejemplo, al 5,9 en el año 2013¹⁰¹.

Lo llamativo de todo esto es que dicha situación parece chocar de facto con los distintos documentos comunitarios o incluso nacionales que colocan estas instituciones como una de las piezas claves para mejorar la situación y las trayectorias de los trabajadores de edad avanzada en un contexto de progresivo envejecimiento demográfico¹⁰². Cómo ya señalamos en algunos trabajos anteriores de este mismo proyecto de investigación¹⁰³, estas fórmulas de transición progresiva y flexible han sido tradicional y generalmente destacadas en todos los niveles como mecanismos que, no solo facilitan una transición suave entre trabajo e inactividad, evitando los problemas psicológicos o incluso sociales que la brusca caída en la inactividad generaba, sino que también, y como alternativa a la jubilación total, permitían y, por tanto, fomentarían una cierta permanencia, aunque limitada, en la actividad de estas personas mayores, más amoldada a la situación familiar, psicológica o física del mayor y ciertamente recomendable en un contexto de envejecimiento demográfico y problemas de estabilidad presupuestaria¹⁰⁴.

De ahí que no deba extrañarnos como el CES, en un reciente informe precisamente sobre este colectivo, llegase incluso a plantear si “las restricciones introducidas, aun estando motivadas por ciertas desviaciones en la utilización de la jubilación parcial, no han desvirtuado en cierto grado el sentido original de un

¹⁰¹ Los datos están tomados del CES, Informe 2/2014, *La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, Madrid, 2014, aprobado por la Sesión ordinaria del Pleno de 23 de julio de 2014, p. 97.

¹⁰² En relación, por ejemplo, a la trascendencia dada en este instrumento en la ya extinta Estrategia 55 y más véase, por todos, L. FRAGUAS MADURGA “La regulación de la jubilación parcial en el Real Decreto Ley 5/2013, de 15 de marzo”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2013, n. 35.

¹⁰³ Más extensamente F. J. CALVO GALLEGO, “Los mayores en el nuevo Derecho del Empleo” en AAVV., *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, (dir. M. C. Rodríguez-Piñero Royo), Bomarzo, 2014, pp. 333 y ss.

¹⁰⁴ Véase, en extenso, la muy interesante aportación de Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA “Jubilación parcial: mitos y realidades. ¿Revitalización de una institución “fracasada”? ¿Soluciones coyunturalmente satisfactorias o soluciones estructuralmente adecuadas, sostenibles y seguras?”, p. 6, disponible el 1 de septiembre de 2015 en [http://eprints.ucm.es/20708/1/Jubilaci%C3%B3n_Parcial-Mitos_y_realidades_\(1\).pdf](http://eprints.ucm.es/20708/1/Jubilaci%C3%B3n_Parcial-Mitos_y_realidades_(1).pdf).

instrumento clave para la permanencia en el empleo de trabajadores cuya continuidad en condiciones ordinarias de jornada completa resulta, por razones de edad, inviable”; o que en esta misma orientación, continuase destacando cómo “sería deseable reflexionar sobre un rediseño de la jubilación parcial que dé respuesta a la necesidad de una mayor gradualidad en el abandono del mercado de trabajo por parte de ciertos trabajadores”¹⁰⁵.

Pues bien, desde esta perspectiva, creemos que cualquier intento de reconducir y dinamizar esta figura debiera partir, en primer lugar, de una posible identificación de las posibles disfunciones que pudieran haber lastrado el desarrollo de esta institución para, en función de las mismas, poder realizar, en segundo lugar, propuestas que, avanzamos, debieran ir orientadas, al menos a nuestro juicio, a favorecer precisamente esa ya mencionada gradualidad en el abandono del sistema por los trabajadores de mayor edad.

En este sentido, creo que a nadie escapa cómo uno de los elementos que, sobre todo en una fase inicial, pero aún hoy, lastra la utilización de esta institución se centra en las dudas que, especialmente para las pequeñas empresas, suscita una normativa generada por mera decantación histórica, deslavazada —baste recordar que, a pesar de las múltiples reformas legales la norma reglamentaria sigue siendo del año 2002—, compleja y técnicamente deficiente. Como ya hemos visto supra, en el primer apartado de este trabajo, mientras esta institución, o especialmente alguna de sus manifestaciones presentaron ventajas significativas —relativas a los periodos de cotización, edades, tratamiento de las cotizaciones para las prestaciones posteriores etc.— frente a otras instituciones con las que competían —las jubilaciones anticipadas, principalmente— esta mayor complejidad pudo ser compensada y, por tanto, potenciarse su uso, sobre todo el caso de las grandes empresas que contaban con asesorías cualificadas que disminuían o reducían los riesgos derivados de dicha complejidad. Pero cuando las exigencias presupuestarias redujeron o al menos limitaron estas ventajas, asimilándolas a sus “competidoras” más sencillas, la “ventaja reservada de la simplicidad” propia de las otras opciones/instituciones, orientó nuevamente hacía aquellas la opción de buena parte de operadores del sistema.

La cuestión es, por tanto, el porqué de tal complejidad. Pues bien, y nuevamente a nuestro juicio, parece razonable concluir que la causa fundamental de la misma reside, en última instancia, en el loable, pero a la vez desafortunado intento de compaginar sinérgicamente demasiados intereses o fines de política del Derecho en una única institución cuya previa regulación básica, al menos en sus elementos fundamentales, no se ha demolido sino que simplemente se ha tratado de adaptar. En este sentido, la experiencia de todos estos años demuestra cómo

¹⁰⁵ CES, Informe 2/2014, *La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64...*, cit., p. 96 y sobre todo 180.

nuestro legislador, lejos de abandonar en cada una de estas fases las formulaciones anteriores, en gran parte periclitadas ante los nuevos contextos demográficos o presupuestarios, ha ido buscando integrar y conservar al máximo los viejos ladrillos de una institución en cuyo interior se trataban de salvaguardar, si tan siquiera parcialmente, todas las lógicas, a veces dispares cuando no antitéticas, que han ido subyaciendo en este entramado institucional.

El resultado de ese loable —pero también desgraciado— intento ha sido la construcción, como decimos, de un auténtico engendro normativo, un galimatías tan exigente que solo parece plausible para muy concretos empleadores o asalariados —no es extraño desde esta perspectiva la alta frecuencia con la que este entramado es usado por estratos de población de alta cualificación, salarios y derechos de pensión— ya que por su complejidad y riesgos termina por alejar a una amplia parte de sus posibles usuarios. Intentaré explicarme de nuevo.

Como ya hemos indicado, el objetivo inicial o primigenio de todo este complejo normativo fue la política de fomento a través del reparto del empleo. De ahí la necesaria conexión establecida entre el contrato de relevo y la jubilación parcial; una conexión que, no obstante, y ante el incremento de gasto que este sistema conllevaba justificó una regulación tan compleja, tan llena de riesgos para el empleador, en especial en relación con las vicisitudes posteriores de ambas relaciones —art. 9 RD 1991/1984—, que prácticamente provocó su escasa o casi nula utilización sobre todo frente a fórmulas más sencillas y flexibles para el empresario.

Lo llamativo es que cuando a principios del nuevo siglo esta institución se observa desde una nueva óptica, la de la flexibilización de la edad de jubilación, nuestro legislador no realizó una refundición completa de este entramado institucional que lo simplificara, lo clarificara y que, sobre todo, distinguiera claramente ambas instituciones en función de la edad de jubilación y de las finalidades buscadas. Muy al contrario, la jubilación anticipada parcial siguió regulándose únicamente como un instrumento de reparto del empleo, llena de complejidades y exigencias —la DA 2 RD 1131/2002 es sin duda el ejemplo más acabado— sin que, en cambio, se previese normativamente la posibilidad de que el trabajador quisiera jubilarse parcialmente de manera anticipada aunque de forma independiente a la posible estipulación de un contrato de relevo. La jubilación parcial anticipada va a seguir así necesariamente anclada a políticas de reparto del empleo —en gran parte abandonadas progresivamente en otros ámbitos— y, por tanto, necesariamente condicionada por la misma complejidad antes reseñada sin que en cambio se plantease si quiera una jubilación anticipada, voluntaria pero parcial, cuyas exigencias, lógicamente más rígidas, solo hicieran referencia al jubilado en cuanto a sus requisitos y a su prestación, introduciendo incluso en el proceso de equiparación con la jubilación anticipada total coeficientes reductores en la cuantificación de la prestación. Y todo ello, claro está, en función de un estudio

actuarial del impacto que dicha anticipación, repetimos parcial y no total, pudiera haber tenido para la estabilidad financiera del sistema.

Además, y en segundo lugar, también llama la atención que lejos de otorgar la deseable flexibilidad e independencia a la nueva jubilación parcial postergada, el legislador optó, seguramente por simple inercia, por integrarla como parte de un única institución, la denominada jubilación parcial, con lo que ello supone, no solo de transferir parte de la complejidad y rigidez propia de la vieja figura, sino también de trasladar a la misma parte del desvalor que durante largos años esta institución había ido generando entre múltiples operadores.

Es cierto que en un principio las escasas —aunque existentes— diferencias entre los requisitos exigidos para cada una de estas dos “submodalidades” quizá pudiera haber justificado tal opción. Pero no lo es menos que, al menos a nuestro juicio, la misma resulta ciertamente criticable, cuando, sobre todo a partir de 2007, tales diferencias se acrecientan de forma exponencial. A nuestro juicio, y como ya hemos avanzado, las diferencias entre ambas “submodalidades”, tanto en sus finalidades como en sus regímenes jurídicos, son actualmente tan intensas que cualquier intento, como el actual, de abordarlas unitariamente genera más ineficiencias y complejidades que beneficios y utilidades. Baste pensar, por recordar algunas cuestiones, lo incomprensible, al menos en mi opinión, de limitar la reducción máxima de la jornada —y, por tanto, la cuantía de la pensión— al 50% en la pensión de jubilación parcial postergada cuando en este caso la alternativa es ya el disfrute total de la misma; en la omisión, en este tipo de jubilación parcial autónoma de la posibilidad de ampliar dicha reducción al 75% cuando se estipule un contrato de relevo indefinido y a tiempo completo; o a la exigencia en todo caso —y por tanto, también para la jubilación parcial postergada— de que la jornada del relevista cubra la reducción del relevado cuando en este segundo caso dicho contrato es voluntario.

En definitiva creemos que las progresivas diferencias en su régimen jurídico no solo debieran hacernos dudar de la eficacia de intentar mantener una institución jurídica única e integradora. Yendo un paso más allá, creemos que este progresivo e inexorable alejamiento entre ambas instituciones y su no menos claro acercamiento al régimen jurídico de otras “modalidades” de jubilación, debiera conducirnos, en primer lugar, a disociar definitiva y completamente estos dos tipos de jubilaciones parciales, y, por el otro, a reconducir a cada una de ellas al tipo o “modelo” que, si bien con ciertas matizaciones, le ha ido sirviendo cada vez más de inspiración o con el que inevitablemente “compiten” a la hora de decidirse o no su utilización por parte de los operadores del sistema.

Ello conduciría, como es fácilmente comprensible, a un sistema o modelo en el que, una vez desaparecida la jubilación parcial como institución unitaria, se integrara, por un lado, la solicitada antes de alcanzar la edad ordinaria de jubilación como una —o dos, según se quiera o no conservar la modalidad conectada a las

políticas de reparto del empleo— de las jubilaciones anticipadas del art. 161bis LGSS. Estas englobarían así a todos los subtipos de jubilaciones anticipadas involuntarias o voluntarias, y estas últimas totales o parciales. En cambio, el tradicional segundo subtipo, la jubilación parcial una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación, podría ya, libre de ataduras y encorsetamientos históricos, integrarse, complementando y confrontándose —por ejemplo, en un nuevo art. 165 o 166 LGSS— a las restantes fórmulas que progresivamente permiten compatibilizar esta prestación con el trabajo ya sea a tiempo completo (arts. 1 y ss. RDL 5/2013) o, como en este caso, a tiempo parcial (jubilación flexible, art. 165.1 in fine LGSS).

A nuestro juicio, basta comparar, como decimos, los dos primeros puntos del art. 166 LGSS entre sí, y cada uno de ellos con los arts. 161bis LGSS, por un lado, y con los art. 5 y s. Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, y 1 y s. del RDL 5/2013, por el otro, para comprobar como las similitudes seguramente facilitarían la opción que aquí proponemos; una opción que, además, permitiría a nuestro juicio una mejor técnica normativa al ofrecer al administrado un cuadro normativo más real y actualizado, que, centrado en estos dos nuevos núcleos institucionales, facilitase la comprensión de sus opciones, requisitos y consecuencias de una opción que dependería así, básicamente, de la edad del administrado y del grado de intensidad que quiera conservar en su prestación laboral.

En definitiva, las propuestas que en relación con este tema realizamos en el marco de nuestro proyecto de investigación se centrarían en los siguientes aspectos:

- A) Esta institución o instituciones no pueden albergar tantas finalidades de manera correcta o eficiente. En el momento actual su finalidad debiera ser, al menos a nuestro juicio, convertirla en un instrumento presupuestariamente viable y neutro que, en el nuevo contexto demográfico, dote de la deseable flexibilidad a la edad jubilación, convirtiéndola de este modo en una opción a los distintos tipos de jubilación total que actualmente presenta nuestro sistema.
- B) Ello conlleva, al menos a nuestro juicio, desligarla en primer lugar, de forma completa y en casi todos los casos del contrato de relevo¹⁰⁶, reconduciéndola siempre, normativa y visualmente, a ser la alternativa parcial a la jubilación total. Allí donde haya una posible jubilación total debe coexistir la opción de una jubilación parcial, incluso fomentada frente a aquella —eso sí, conforme a previos estudios actuariales que garanticen su efecto neutro

¹⁰⁶ En esta misma línea parece moverse, si bien de forma más matizada Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA “Jubilación parcial: mitos y realidades...”, *cit.*, pp. 7 y 8, tras haber resaltado previamente -p. 2- la desnaturalización y distorsión que provocó el mantenimiento en las sucesivas reformas legales de esta conexión entre jubilación parcial y fomento del empleo

sobre la estabilidad económica del sistema¹⁰⁷—, ya sea en sus requisitos — solo ligados al trabajador relevado—, en la prestación, o en los efectos de estos periodos de trabajo parcial sobre las posteriores o coetáneas prestaciones del sistema.

- C) Ello conllevaría una mayor seguridad y sencillez que no solo fomentaría su hasta ahora escasa utilización, sino que, además, permitiría su expansión a otros regímenes al mismo tiempo que facilitaría la permanencia —aun parcial— en la actividad de empleados que hasta ahora se han inclinado mayoritariamente por las jubilaciones totales.
- D) Desde una perspectiva de técnica normativa, esta propuesta exigiría que la jubilación parcial anticipada saliera del art. 166 LGSS para incorporarse definitivamente a los supuestos de jubilación anticipada, como una fórmula de la jubilación voluntaria, aunque seguramente algo mejor tratada que su correspondiente jubilación anticipada voluntaria total, al ser sus efectos económicos menos gravosos para el sistema.
- E) Con todo, esta propuesta tampoco impediría que, si así se quisiera, pudiera mantenerse igualmente el actual modelo de jubilación anticipada ligada a la política de empleo, si bien, como decimos, solo como otra opción para empleador y empleado, aunque eso sí con un mejor trato por el ordenamiento que la parcial desligada de este reparto —relevo—, al seguir incluyendo un factor positivo de política de empleo.
- F) Por su parte, la jubilación parcial postergada debiera, por un lado, reconducirse y coordinarse con otras nuevas formas de coordinación del trabajo y la jubilación, a tiempo completo y a tiempo parcial, incluso en un nuevo y refundado art. 166 LGSS, disociándose completamente de la jubilación anticipada y otorgándole una enorme flexibilidad en la medida en la que provocaría siempre un ahorro para el sistema de Seguridad Social
- G) Finalmente, y como lógico correlato de la eliminación de obligaciones de permanencia y/o estabilidad que el anterior sistema imponía al empresario en la jubilación parcial anticipada sin fomento del empleo, cabría incluso plantear la posibilidad de que legalmente se impusiera la obligación —salvo que supusiera una carga o gravamen excesivo— de que el empleador tuviera que aceptar la solicitud del trabajador que tendría así abierta a su petición no solo la jubilación completa sino también parcial.

En definitiva, creemos que solo una auténtica reconstrucción desde sus mismas raíces de esta institución, demoliendo el inútil y alambicado modelo anterior, y centrándolo en estas premisas —quizás más modestas en el número de fines, pe-

¹⁰⁷ Nuevamente de amplio interés son las reflexiones de Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA “Jubilación parcial: mitos y realidades...”, *cit.*, pp. 11-12.

ro mucho más ambiciosa en cuanto a sus metas—, facilitaría, como decimos, el despegue de esta reconstruida institución, a nuestro juicio ciertamente relevante si queremos potenciar un envejecimiento activo que incentive la permanencia, aún parcial de aquellos trabajadores que, en la actualidad, se están viendo abocados a una jubilación total, anticipada u ordinaria, pero siempre más cara para el Sistema que la deseable jubilación parcial correctamente configurada.

La compatibilidad de la incapacidad permanente y la jubilación con la actividad productiva

Carolina Gala Durán

Profesora Titular de Universidad (acreditada a Cátedra)

Universidad Autónoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

Aun cuando en un principio podría pensarse que no es así, la normativa de Seguridad Social recoge fórmulas que permiten compatibilizar el trabajo —ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo completo o parcial— con el cobro de una pensión por incapacidad permanente (que puede reconocerse a cualquier edad pero que, en todo caso, exige haber desarrollado una actividad laboral o profesional) o de una pensión de jubilación¹ (a la que, lógicamente, sólo pueden acceder los trabajadores de edad avanzada). Es más, ambas vías de compatibilidad se han ampliado en los últimos años, particularmente en el marco de la jubilación como consecuencia del fomento del denominado envejecimiento activo y sus efectos beneficiosos para la propia sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Un ejemplo de esto último es precisamente, como veremos más adelante, el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo².

Envejecimiento activo que implica, entre otras cosas, crear mejores oportunidades para que las mujeres y los hombres de más edad puedan participar en el mercado laboral y, a tal fin, adaptar las condiciones laborales, luchar contra los estereotipos negativos relacionados con la edad y contra la discriminación por razón de edad, mejorar la higiene y la seguridad en el trabajo, adaptar los sistemas de aprendizaje permanente a las necesidades de una mano de obra de más edad y garantizar que los sistemas de protección social sean adecuados y proporcionen incentivos correctos³.

¹ En este capítulo nos centraremos, exclusivamente, en la compatibilidad entre las prestaciones por incapacidad permanente y jubilación contributivas y el trabajo, no entrando, pues, en sus modalidades no contributivas.

² En adelante RDL 5/2013.

³ M. E. CASAS BAAMONDE, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y F. VALDÉS DAL-RÉ, “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *Relaciones Laborales*, nº5/2013, p. 2. Sobre el envejecimiento activo, concepto originario de la OMS, vid también, entre otros, Unión Europea: “La aportación de la UE al

Ahora bien, ¿cómo se articula esa compatibilidad y qué efectos tiene para el beneficiario de la pensión? Al tratarse de prestaciones que responden a una lógica y a parámetros distintos (supuesto de hecho, perfil del beneficiario, requisitos, alcance de la protección...) es necesario tratarlas de forma diferenciada.

2. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE

2.1. *Principio general: La plena compatibilidad*

Desde hace años, la lógica que subyace en la regulación de la pensión por incapacidad permanente es la de facilitar la compatibilidad entre el cobro de la prestación y el desarrollo de una actividad productiva (a tiempo completo o parcial, por cuenta ajena o por cuenta propia), fundamentándose tal opción en la voluntad de fomentar el mantenimiento en el empleo o la reinserción laboral de las personas que son declaradas incapacitadas, conforme a lo previsto en el artículo 35 de la Constitución. E, incluso, esa lógica se ha consolidado con la reforma que, para el caso de la incapacidad permanente total, se llevó a cabo en el artículo 141.1 de la Ley General de la Seguridad Social⁴ por parte de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁵ (que entró en vigor el día 1 de enero de 2013).

A lo que cabe añadir que ese planteamiento legal de plena compatibilidad se ha visto avalado y ampliado por parte de la jurisprudencia, llevándolo incluso más allá, como veremos, en los casos de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez a partir de la STS de 30 de enero de 2008⁶. También cabe señalar que la jurisprudencia ha mantenido en esta cuestión posiciones uniformes a lo largo del tiempo, aun cuando no siempre claras, especialmente en el ámbito de la pensión por incapacidad permanente total.

Por otra parte, no podemos olvidar que esa regla de compatibilidad responde al propio principio general subyacente en la LGSS, por cuanto, para ésta, la incapacidad permanente se delimita únicamente en función de la “capacidad laboral”, no bastando la existencia de una incapacidad sino que ésta debe afectar, y, además, en un determinado grado, a la concreta capacidad laboral del beneficiario. Así se recoge en el artículo 136.1 de la LGSS cuando define precisamente la incapacidad permanente como la situación del trabajador que, después de haber

envejecimiento activo y a la solidaridad entre las generaciones”, 2012; y Observatorio de Relaciones Laborales: “Envejecimiento activo: el empleo de los trabajadores de edad avanzada”.

⁴ En adelante LGSS.

⁵ En adelante Ley 27/2011.

⁶ RJ 1984.

estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas “que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

Sin embargo, cabe tener presente que, como veremos más adelante, el grado de compatibilidad entre la prestación y el trabajo es diferente según se trate de una pensión por incapacidad permanente total o de una pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez⁷, al estar sometido a ciertos límites vinculados en el caso de la pensión por incapacidad permanente total al desarrollo de “funciones que no coincidan con las anteriores”⁸, o a que se trate de un trabajo no perjudicial o inadecuado para el estado de la persona incapacitada en el supuesto de la incapacidad permanente absoluta y gran invalidez⁹. Límites en cuya configuración ha jugado un papel muy importante la jurisprudencia, aunque no están del todo bien definidos en el primer caso y en el segundo, la incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, resultan, a nuestro entender, excesivamente laxos.

Finalmente, cabe tener en cuenta que nos encontramos ante una cuestión que no sólo tiene una perspectiva de Seguridad Social sino también una vertiente laboral, centrada en determinar las consecuencias que una declaración de incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez tiene sobre la vigencia de la relación laboral (suspensión o extinción del contrato de trabajo) así como en fijar las condiciones en que la persona así declarada puede continuar prestando sus servicios para la misma empresa o para otra distinta. Aquí cabe citar los artículos 48.2 y 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores¹⁰ y 24.3 y 4 de la Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el régimen general de la Seguridad Social. Y, en fin, también se sitúan aquí los artículos 24.1 y 25.1 de la Ley de infracciones y sanciones del orden social¹¹.

⁷ Al tratarse de una indemnización y no de una pensión no trataremos el caso de la incapacidad permanente parcial; aunque, como es sabido, la percepción de la misma es plenamente compatible con el trabajo y no es causa de extinción del contrato de trabajo.

⁸ Artículo 141.1 de la LGSS.

⁹ Artículo 141.2 de la LGSS.

¹⁰ En adelante ET.

¹¹ En adelante LISOS.

2.2. *El alcance de la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y el trabajo*

2.2.1. Elementos de los que se deriva la compatibilidad

En este ámbito, la plena compatibilidad entre el cobro total de la pensión y el desarrollo de un trabajo (ya sea a tiempo completo o parcial, por cuenta ajena o por cuenta propia¹²) se deriva, con total claridad, de los siguientes elementos¹³:

- a) En el artículo 141.1 de la LGSS se declara que en el caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, la pensión vitalicia es compatible con la remuneración que pueda percibirse en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquéllas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.
- b) Cabe tener presente que se cobra el 55 por 100 de la correspondiente base reguladora, no el 100 por 100 y, por tanto, ya se parte inicialmente de que el pensionista tendrá que buscar, al menos en la mayoría de los casos, ingresos adicionales a la pensión que recibe a cargo de la Seguridad Social. Obviamente, tales ingresos cotizarán y se tendrán en cuenta a los efectos de prestaciones futuras de la Seguridad Social (por ejemplo, prestaciones por incapacidad temporal, incapacidad permanente o jubilación). A lo que cabe añadir que, en el supuesto de incapacidad permanente total cualificada, precisamente se suspende el pago del complemento del 20 por 100 cuando el pensionista está trabajando¹⁴.
- c) En el artículo 143.2 párrafo 2º de la LGSS se establece que si el pensionista por incapacidad permanente total está desarrollando cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el INSS, puede, de oficio o a instancia de parte, promover la revisión del grado, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo fijado en la correspondiente resolución administrativa. Con ello se está asumiendo que el pensionista puede estar trabajando.

¹² En el caso del RETA, el artículo 82 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, señala que la pensión por incapacidad permanente de dicho régimen es compatible con el ejercicio de aquellas actividades y trabajos, sean o no lucrativos, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

¹³ Sobre esta cuestión, G. MOLINER TAMBORERO, “Compatibilidad entre prestaciones y trabajo u otras percepciones o ingresos. Un estudio de jurisprudencia”, *Diario La Ley*, nº 7692/2011, pp. 3-4; y M. FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, “Compatibilidad trabajo-pensión de incapacidad: evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad Laboral*, nº 2/2013, pp. 184 y ss.

¹⁴ Artículos 141.1 párrafo 2º y 139.2 párrafo segundo de la LGSS.

- d) El artículo 24.3 de la, aún vigente, Orden de 15 de abril de 1969 prevé expresamente que la pensión por incapacidad permanente total es compatible con la percepción de una retribución, en la misma empresa o en otra distinta.
- e) En la misma línea anterior, el artículo 2.1 del RD 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de incapacidad permanente en la Seguridad Social, establece que el pensionista por incapacidad permanente total que simultanee su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta propia o ajena, debe comunicarlo al INSS. De ello se deriva, sin duda, la idea de plena compatibilidad entre trabajo y pensión.
- f) Por último y como ya señalábamos, la compatibilidad ha sido ampliamente corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵, elaborándose al respecto una doctrina consolidada que se fundamenta en los siguientes argumentos:
- El legislador podía haber estimado que, puesto que se reconocía una pensión vitalicia, tal circunstancia era incompatible con el desempeño de determinados trabajos. Sin embargo, ha optado por un criterio general de compatibilidad del cobro de la pensión con la remuneración correspondiente a un trabajo distinto, si bien sólo en los términos previstos reglamentariamente.
 - El desarrollo reglamentario, aunque insuficiente, se encuentra en el artículo 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969, inequívocamente expresivo, como hemos visto, de la compatibilidad de la percepción de la pensión con una remuneración por un trabajo distinto, aunque se desarrolle en la misma empresa. Es más, este precepto, con el objetivo de incentivar el empleo de este colectivo, autoriza a la empresa a reducir el salario del pensionista hasta un determinado importe (no más del 50 por 100 de la cuantía de la pensión), si bien sólo en ciertos casos, como analizaremos más adelante.
 - Y, como consecuencia de lo anterior, para el Tribunal Supremo nuestra normativa no incompatibiliza el cobro de la pensión por incapacidad permanente total con el desarrollo de trabajos propios de profesiones distintas a aquélla para la que se ha sido declarado incapacitado. Y ese trabajo puede desarrollarse en la misma empresa o en otra distinta, tal y

¹⁵ Entre otras: SSTs de 2 de marzo de 2004 (RJ 2430), 16 y 29 de octubre de 2004 (RJ 7025 y 7612), 19 y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746 y 1226), 19 de abril de 2005 (RJ 4535), 10 de octubre de 2005 (RJ 10142), 20 de marzo de 2006 (RJ 4829), 12 de enero de 2007 (RJ 1002), 6 de febrero de 2007 (RJ 988) y 13 de junio de 2007 (RJ 5478).

como manifiestan los artículos 141.1 de la LGSS y 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969 y han ratificado los propios Tribunales¹⁶.

2.2.2. Condiciones para el desempeño del trabajo por parte del declarado incapaz permanente total

Ahora bien, ¿en qué condiciones va a desempeñarse ese “nuevo trabajo” tras la declaración de incapacidad permanente total? En torno a esta importante cuestión, cabe realizar varias consideraciones.

En primer lugar, cabe tener en cuenta que, a pesar de lo señalado en los preceptos antes mencionados, el pensionista por incapacidad permanente total no sólo puede prestar un trabajo compatible por cuenta ajena en la misma empresa en la que estaba antes de ser declarado en tal situación o en otra distinta, sino que también puede realizar un trabajo por cuenta propia que le resulte compatible. En todo caso, debe comunicar, con carácter previo¹⁷, el inicio de esa actividad profesional o laboral al INSS, estará en situación de alta en la Seguridad Social y cotizará, lo que tendrá relevancia, tal y como ya hemos manifestado, a los efectos de posibles prestaciones futuras. Se trate de una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, tal obligación de comunicación corresponde exclusivamente al propio pensionista y, en el caso de la incapacidad permanente total cualificada, implicará también la suspensión del cobro del correspondiente complemento del 20 por 100 que se venía percibiendo.

Si se incumple esa obligación de comunicación se incurrirá en una infracción leve, según el artículo 24.1 de la LISOS, que califica como tal no facilitar al INSS datos necesarios. La sanción aplicable es la pérdida de la pensión durante un mes¹⁸. Si se trata de un pensionista por incapacidad permanente total cualificada, junto a la sanción, se le reclamará la devolución del complemento percibido indebidamente mientras desarrollaba la actividad laboral. Cabe tener presente, por último, que aunque se incurra en una infracción, los Tribunales han señalado que tal circunstancia no tiene ninguna repercusión en relación con el cobro de la pensión por incapacidad permanente total, al tratarse de cuestiones totalmente distintas¹⁹.

En segundo lugar, no podemos olvidar que, conforme al artículo 49.1.e) del ET, la incapacidad permanente total constituye una causa de extinción del contrato de trabajo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 48.2, según el cual

¹⁶ Entre otras: SSTS de 16 de octubre de 2004 (RJ 7025), 19 y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746 y 1226), 19 de abril de 2005 (RJ 4535), 20 de marzo de 2006 (RJ 4829) y 12 de enero de 2007 (RJ 1002); y SSTSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2005 (AS 1040) y del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

¹⁷ Artículo 2.1 del RD 1071/1984.

¹⁸ Artículo 47.1.a) de la LISOS.

¹⁹ STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2007 (AS 2008/224).

cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, subsiste la suspensión del contrato, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declaró la incapacidad permanente. Por tanto, con el límite —de delimitación compleja— de lo fijado en el citado artículo 48.2, una empresa puede dar por extinguido el correspondiente contrato cuando uno de sus trabajadores es declarado en situación de incapacidad permanente total. Cabe tener muy presente, no obstante, que no se trata de una obligación, por lo que la empresa puede decidir no extinguir el contrato recolocando al trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su situación, y puede decidirlo porque sí o bien porque así se deriva de un compromiso de recolocación fijado en el convenio colectivo aplicable), con el único límite de cumplir lo previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales²⁰ y, especialmente, lo recogido en su artículo 25 en relación con la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos.

Obviamente, de darse la situación anterior, el pensionista continuaría trabajando en su empresa anterior, aunque desarrollando funciones distintas —conforme a lo previsto en el artículo 141.1 de la LGSS—, ya que, de no ser así, se incurriría en un fraude.

En tercer lugar, y con la finalidad evidente de fomentar el mantenimiento del empleo de los pensionistas por incapacidad permanente total, el artículo 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969 establece que, cuando desarrollando funciones distintas en la misma empresa, la incapacidad afecta a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, el pensionista puede acordar con el empresario que su remuneración se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad laboral, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión. En relación con esta posibilidad cabe realizar algunas reflexiones:

- Se trata sólo de una posibilidad, no de una obligación.
- Se requiere el acuerdo del pensionista; procediéndose, procedimentalmente, a una novación contractual, ya que aquél pasará a desarrollar funciones distintas y que, en consecuencia, no pueden estar incluidas en el mismo grupo profesional.
- La reducción retributiva requiere de una reducción efectiva de la capacidad laboral exigida, con carácter general, en el nuevo puesto de trabajo. Y, lógicamente, esa reducción de la capacidad debe poder ser probada por el empresario, y resultará difícil de calibrar —y probar— en bastantes supuestos (a tales efectos se podrán tener en cuenta elementos como los informes

²⁰ En adelante LPRL.

médicos, la evaluación del puesto de trabajo, etc.), ante la propia dificultad de delimitar cuál es la capacidad general exigida para desarrollar ese puesto de trabajo.

- La reducción retributiva no puede exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión que se percibe; solución legal que plantea algunas reflexiones: a) con este sistema, el pensionista puede estar realizando un trabajo a tiempo completo y percibir un salario bastante inferior al previsto, con carácter general, para ese puesto de trabajo; b) el parámetro para delimitar el máximo de la reducción aplicable es el importe de la pensión que se recibe, con el límite del 50 por 100 y, cabe entender, con el límite también de la cuantía del salario mínimo interprofesional; c) resulta discutible la opción de utilizar como referencia el importe de la pensión que se está percibiendo ya que aquél depende exclusivamente de lo previamente cotizado por el pensionista o de su remuneración anterior, sin que tenga nada que ver con el desarrollo del nuevo puesto de trabajo, provocando, además, resultados más desfavorables cuando más elevado es el importe de la pensión; y, d) no cabe olvidar que si se reduce la remuneración por esta vía, también se minora la correspondiente cotización a la Seguridad Social, con los consiguientes efectos negativos sobre las prestaciones futuras (especialmente en caso de jubilación).
- Esta vía permite que una persona incapacitada permanente total pueda emplearse incluso en trabajos para los que tiene afectada su capacidad laboral, siempre que desarrolle funciones diferentes a las anteriores y no se ponga en riesgo su seguridad y salud laborales, según lo previsto en la LPRL y particularmente en su artículo 25. Solución que ha sido avalada por el propio Tribunal Supremo²¹.
- La adecuada aplicación de esta medida está sujeta al control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; y,
- Finalmente, esta medida, incorporada, no lo olvidemos en 1969, debería actualizarse; habiendo sido criticada por la doctrina al considerarse que estamos ante un sistema muy discutible en el que la pensión se convierte en un elemento para justificar una reducción salarial que no se aplica a la persona incapacitada no pensionista, con lo que la regla no puede verse sólo como un ajuste entre rendimiento del trabajo y remuneración²².

²¹ Entre otras, SSTS 16 de octubre de 2004 (RJ 7025), 19 y 26 de noviembre de 2004 (RJ 2005/746 y 1226), 19 de abril de 2005 (RJ 4535), 10 de octubre de 2005 (RJ 10142), 20 de marzo de 2006 (RJ 4829), 12 de enero de 2007 (RJ 1002), 6 de febrero de 2007 (RJ 988) y 13 de junio de 2007 (RJ 5478).

²² Desdentado Bonete, A., "Incapacidad permanente y trabajo", Diario La Ley, n° 7121/2009, p. 2.

Por último, cabe señalar que si la declaración de incapacidad permanente total comporta la extinción del contrato y el pensionista inicia una nueva actividad compatible en otra empresa, ni la normativa ni la jurisprudencia prevén ningún tipo de límite ni condicionante, salvo, lógicamente, que se desarrollen funciones distintas a las que determinaron dicha declaración y el respeto a lo previsto en la LPRL. Es más, en este caso la nueva empresa también podría acudir a la rebaja de la remuneración prevista en el artículo 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969.

2.2.3. Compatibilidad con trabajos en los que se realicen distintas funciones

Para finalizar el análisis de la regla de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente total nos queda tratar una última cuestión, que constituye precisamente la clave de dicha regla: como hemos visto, es compatible el trabajo con la pensión siempre que, conforme al artículo 141.1 de la LGSS, se desarrollen funciones distintas, esto es, que “no coincidan con aquéllas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”. Pero, ¿cómo podemos interpretar esos términos?, incorporados, como señalamos al principio de este capítulo, con efectos de 1 de enero de 2013. En relación con esta compleja cuestión cabe señalar lo siguiente:

- a) Si el pensionista desempeña funciones distintas a las anteriores no es posible valorar si las secuelas que fueron tenidas en cuenta para la declaración de incapacidad permanente total también le inhabilitan para la realización de las nuevas funciones, centrándose el elemento clave en que se trate efectivamente de funciones distintas.
- b) La nueva redacción del artículo 141.1 no resulta suficientemente clara y, en consecuencia, cabrá tener en cuenta la interpretación judicial. Se trata, en todo caso, de una nueva redacción claramente restrictiva, señalando la doctrina que, aunque lógica y coherente con el concepto mismo del grado de incapacidad permanente total, parece más una modificación racionalizadora del gasto²³.
- c) El elemento esencial es que el parámetro a tener en cuenta son las “funciones que dieron lugar a la incapacidad permanente total”, lo que supone que la comparación para determinar la posible compatibilidad no se efectúa entre profesiones, como antes de la reforma del artículo 141.1, sino entre funciones, por lo que si las funciones nuevas son iguales o semejantes a las que dieron lugar a la declaración de incapacidad permanente existirá

²³ S. OLARTE ENCABO, “Las pensiones de incapacidad permanente: balance del marco jurídico-positivo vigente tras la Ley 27/2011 y del más reciente tratamiento jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, nº 4/2012, p. 4.

incompatibilidad. En otras palabras, la pensión sólo es compatible con el trabajo cuando las nuevas funciones sean suficientemente distintas de las anteriores, incluyéndose en estas últimas todas las posibles, se ejerciesen o no en la práctica por parte del trabajador²⁴. Nos encontramos, pues, ante un criterio más restrictivo que el anterior a la reforma, ya que, tratándose de profesiones distintas pero de funciones semejantes —parcialmente, incluso—, no podría declararse la compatibilidad con el nuevo trabajo.

- d) Y, finalmente, cabe tener presentes las consecuencias que tendría el desarrollo de un trabajo que no cumpliera los parámetros anteriores y, por consiguiente, resultara incompatible. En este caso, se incurriría en una infracción grave según el artículo 25.1 de la LISOS, consistente en la realización de trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena durante la percepción de una prestación cuando existe una incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida. La sanción aplicable consiste en la pérdida de la pensión durante un período de 3 meses²⁵, así como la reclamación de lo cobrado indebidamente y, de tratarse de una pensión por incapacidad permanente total cualificada también se reclamaría la devolución del complemento adicional del 20 por 100. Cabe tener en cuenta, sin embargo, que la propia redacción del mencionado artículo 25.1 dificulta su aplicación práctica, al exigir que la incompatibilidad esté prevista legal o reglamentariamente y, como hemos visto, precisamente ocurre lo contrario, ya que la LGSS parte de la plena compatibilidad entre el trabajo y la pensión. Así mismo, en el supuesto de trabajo por cuenta ajena, al empresario le resultaría imputable una infracción grave o muy grave, conforme a lo previsto en los artículos 22.14 y 23.1.a) de la LISOS, sancionadas con el pago de una multa de 626 a 6.250 euros y de 10.001 a 187.515 euros²⁶.

2.2.4. Otras cuestiones

Dos últimas cuestiones en torno a la compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente total: de un lado, el INSS no puede suspender el abono de la pensión en el curso de un proceso de revisión de la incapacidad²⁷, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar que se deje sin efecto la pensión por la vía del procedimiento de oficio regulado en el artículo 146 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social²⁸; y, de otro lado, el desarrollo de un trabajo justifica que

²⁴ STS de 10 de octubre de 2011 (RJ 7269).

²⁵ Artículo 47.1.b) de la LISOS.

²⁶ Artículo 40.1 de la LISOS.

²⁷ Artículo 143.2 de la LGSS y RD 1300/1995, de 21 de julio. Vid también STC 205/2011, de 15 de diciembre.

²⁸ En adelante LRJS.

el INSS inicie el expediente de revisión, en tanto que es un indicio razonable de que el estado incapacitante ha mejorado, pero en forma alguna comporta que el grado de incapacidad permanente reconocido haya de ser dejado sin efecto, ya que esta consecuencia únicamente puede producirse si efectivamente se constata una mejoría que justifique tal declaración, y la misma exige conceptualmente no sólo comparar dos situaciones patológicas —la que determinó la declaración de incapacidad permanente total y la existente cuando se lleva a cabo la revisión— y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias y, sobre todo, a que esa variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del pensionista, en tanto que alcance a justificar la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la cualificación inicial. Por tanto, si se mantienen sustancialmente las mismas secuelas iniciales, el desarrollo de un trabajo por cuenta propia o ajena no permite la revisión del grado de incapacidad permanente total por posible mejoría²⁹.

2.3. La compatibilidad entre el trabajo y las pensiones por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez

Igual que en el caso de la incapacidad permanente total, la regla general en el caso de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez es la plena compatibilidad con el trabajo, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo completo o parcial. A lo que cabe añadir que, en este ámbito en concreto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ampliado, a partir del año 2008, aún más los límites de dicha compatibilidad.

2.3.1. La perspectiva legal

La regulación se encuentra en el artículo 141.2 de la LGSS, donde se establece que la percepción de una pensión vitalicia —recordemos que del 100 por 100 de la base reguladora y con el cobro de un complemento adicional cuando se trata de una gran invalidez—, no impedirá el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de la revisión. En el mismo sentido se manifiestan los artículos 24.4 de la Orden de 15 de abril de 1969 y 2.1 del RD 1071/1984, de 23 de mayo.

Sin embargo, tal y como veremos en el apartado siguiente, el elemento clave se centra en cómo interpretar la referencia que en el artículo 141.2 se hace al ejercicio de “actividades... compatibles con el estado del inválido”; términos que han

²⁹ Entre otras, STS de 22 de diciembre de 2009 (RJ 2010/383).

sido objeto de una interpretación muy amplia por parte del Tribunal Supremo a partir del año 2008.

Por otra parte, desde la perspectiva laboral también resultan aplicables los artículos 48.1.e) y 48.2 del ET, en los mismos términos ya vistos para el supuesto de la incapacidad permanente total. Y también, tal y como ocurría en ese caso, el pensionista puede continuar trabajando en la misma empresa o bien desarrollar su actividad en otra distinta o por cuenta propia. Sin embargo, en estos grados de incapacidad permanente no resulta aplicable la fórmula del descuento salarial prevista en el artículo 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969.

2.3.2. La perspectiva judicial

a) Como en el caso de la incapacidad permanente total, un elemento esencial es el ámbito material de la compatibilidad de la pensión con el trabajo, esto es, qué tipo de actividades laborales, por cuenta propia o ajena, puede desarrollar el pensionista ya que, según la propia LGSS, las lesiones o reducciones que padece le impiden desarrollar tanto su profesión habitual como cualquier otra (grado de incapacidad permanente absoluta) o bien requiere incluso la ayuda de otra persona para el desempeño de las tareas más esenciales de la vida (gran invalidez).

Ésta es precisamente la cuestión que ha centrado la labor de los Tribunales en los últimos años. En efecto, en una primera aproximación y teniendo en cuenta los términos legales, cabría pensar que las actividades laborales o profesionales que un pensionista de estos grados de incapacidad pudiera desarrollar serían de carácter marginal o residual, desde una vertiente temporal y/o económica. Ello supondría que sería posible el desempeño de tales actividades —con efecto beneficioso para el pensionista y fundamentado en los propios artículos 35 y 49 de la Constitución—, pero se entendería que tales actividades tendrían un alcance muy limitado. E incluso se interpretaría que de permitirse una actividad laboral o profesional sin límites se estaría contradiciendo la propia concepción y definición legal de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez.

Y, de hecho, la anterior ha sido la interpretación tradicional de los Tribunales, manifestándose, por ejemplo, que las actividades del pensionista y la aptitud para desarrollarlas no podían comprender el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualesquiera que fueran, ya que a todos afectaría el grado de incapacidad permanente absoluta³⁰; que la percepción de la pensión sólo era compatible con el ejercicio de determinadas actividades ciertamente marginales, que no entrañasen el ejercicio de una profesión u oficio, pues no debían manifestar un cambio en la

³⁰ Entre otras, SSTS de 19 y 26 de diciembre de 1988 (RJ 9864 y 9915).

capacidad de trabajo³¹ o que las funciones que se podían desempeñar debían ser de carácter adjetivo o marginal³².

Sin embargo, esa interpretación ha variado sustancialmente a partir de una STS de 30 de enero de 2008³³, de tal modo que se ha pasado a la solución contraria, es decir a una interpretación muy amplia y favorable a la compatibilidad de la pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con la actividad laboral o profesional; basándose en los siguientes argumentos:

- a) La delimitación de las actividades compatibles en este ámbito se enfrenta a dos preceptos —artículos 137 y 141.2 de la LGSS— que literalmente se muestran de difícil conciliación entre sí. Así, la norma define la incapacidad permanente absoluta como la referida a toda profesión u oficio, de lo que se deriva que la actividad compatible con la pensión habría de considerarse la que se corresponda con la capacidad de trabajo que resta al pensionista y que —por la propia definición de la incapacidad permanente absoluta—, no integre cualquier profesión u oficio, pero, muy contrariamente los amplios términos del artículo 141.2 invitan a considerar que el maximalismo de la definición de la incapacidad permanente absoluta se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo³⁴.
- b) El derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en una situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, porque así lo reconocen los artículos 35 de la Constitución, 141.2 de la LGSS, 2 del RD 1071/1984 y 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996.
- c) Con lo establecido en el artículo 141.2 el propio legislador relativiza en apreciable medida el riguroso concepto de incapacidad permanente abso-

³¹ STS de 26 de enero de 1989 (RJ 302).

³² STS de 7 de julio de 1986 (RJ 3967). O, en fin, se manifestaba que sólo eran posibles los trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser de mínima significación y relieve porque otra interpretación rompería de manera frontal con todo el sistema y conduciría al absurdo (STS de 20 de diciembre de 1985, RJ 6166); o que los únicos trabajos compatibles son los de carácter marginal y de poca importancia que no requiriesen darse de alta ni cotizar a la Seguridad Social, es decir, los residuales mínimos y limitados y en manera alguna, los que constituyen la propia profesión u oficio con pleno desenvolvimiento (STS de 13 de mayo de 1986, RJ 2546).

³³ Vid también SSTS de 23 de abril de 2009 (RJ 3115), 14 de octubre de 2009 (RJ 5730), 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010/370) y 14 de julio de 2010 (RJ 7109); y J. C. ÁLVAREZ CORTÉS, Y E. ALONSO RUSSI, “Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena”, *Temas Laborales*, n.º 106/2010, pp. 254 y ss. Sobre la evolución judicial, vid M. FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, “Compatibilidad...”, *ob. cit.* pp. 192 y ss.; y F. MORENO DE VEGA Y LOMO, “¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?”, *Aranzadi Social*, n.º 4/2013 (BIB 2013/1512), pp. 1 y ss.

³⁴ SSTS de 30 de enero de 2008 (RJ 1984) y 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

luta que proporciona la propia LGSS y que apuntaría a la imposibilidad jurídica de realizar trabajos en tal situación.

- d) No existe ninguna disposición legal que señale que las actividades desarrolladas por el pensionista por incapacidad absoluta o gran invalidez deban ser superfluas, accidentales o esporádicas.
- e) La literalidad del artículo 141.2 apunta a la plena compatibilidad entre el trabajo y la pensión, al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible ex artículo 35 de la Constitución. El citado artículo 141.2 se orienta a una noción flexible de la compatibilidad, así que lo que se valora a efectos del régimen de compatibilidad no son las rentas —la de la pensión y la del trabajo—, sino la relación entre el trabajo y el estado del incapacitado, de forma que lo que se prohíbe es el ejercicio de aquellas actividades que no sean compatibles —en el sentido de inadecuadas o perjudiciales— con el estado —no con la pensión— del beneficiario.
- f) La solución contraria llevaría a hacer de mejor condición al pensionista por incapacidad permanente total que al declarado incapacitado permanente absoluto o gran inválido —al que se le negaría toda actividad e ingresos extramuros de la marginalidad—. Así mismo, mientras que el pensionista incapacitado absoluto perdería su pensión por un trabajo concurrente, esto no sucedería en el supuesto del incapacitado permanente total.
- g) La incompatibilidad entre la pensión y el trabajo tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en una situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo tendrían eficacia respecto de prestaciones futuras de la Seguridad Social, lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo —psico-físico— por parte del pensionista.
- h) Las nuevas tecnologías consienten pluralidad de actividades laborales a quienes se encuentran en situaciones de incapacidad, de manera que la compatibilidad representa un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida.
- i) No cabe la suspensión de la pensión por desarrollar una actividad laboral, ya que la base reglamentaria para ello, el artículo 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996, se considera ultra vires respecto de la manifestación legal de compatibilidad que establece el artículo 141.2 de la LGSS —que no se remite a desarrollo reglamentario alguno— y por lo mismo ineficaz.

Esta nueva posición del Tribunal Supremo, que permanece en la actualidad, comporta que, siguiendo el artículo 141.2 de la LGSS, resulta plenamente compa-

tible una pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con un trabajo por cuenta propia o ajena a tiempo completo o parcial, con el único límite que la actividad desarrollada no sea perjudicial o inadecuada para el estado del incapacitado. A lo que cabe añadir que el desempeño por el pensionista de actividades no perjudiciales da lugar, no a una incompatibilidad con la pensión, sino a una posible revisión por mejoría o por error de diagnóstico³⁵.

Para el Tribunal Supremo en tal sentido cabe interpretar la referencia del artículo 141.2 de la LGSS a que la actividad desarrollada no represente “un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”. En palabras de la STS de 1 de diciembre de 2009³⁶: “...el sistema legal ha partido de una reducción muy amplia de las posibilidades de empleo del incapacitado absoluto, pero no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas de trabajo. La incompatibilidad queda reducida a las actividades no adecuadas para el incapacitado, debiendo resolverse las demás a favor de la compatibilidad o de la revisión del grado...”. Esta posición del Tribunal Supremo ha permitido admitir como compatible la pensión con la labor de concejal³⁷, las funciones de administrador de una sociedad³⁸, la labor de trabajador social³⁹ o de diseño de planos⁴⁰.

b) Aun cuando esta solución judicial resulta claramente favorable para el pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, a nuestro entender presenta algunos interrogantes y puede resultar incluso discutible, por los motivos siguientes:

- a) Resulta innegable que el derecho al trabajo —artículo 35 de la Constitución— también resulta claramente predicable para estos pensionistas, pero cabe añadir dos matices: 1) resulta defendible respecto de todos los pensionistas por incapacidad permanente, por lo que resulta sorprendente que sólo se cite en el caso de estos grados de incapacidad; y, 2) es diferente admitir el derecho a desarrollar una actividad laboral o profesional en función de la capacidad que asumir, como hace el Tribunal Supremo, que una persona que cobra el 100 por 100 o más de la correspondiente base reguladora por estar incapacitado puede desempeñar, a la vez, un trabajo a tiempo completo identificado plenamente con el ejercicio de una profesión u oficio y percibir el correspondiente salario.
- b) El Tribunal Supremo afirma que de no permitirse a los pensionistas por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez desarrollar una actividad

³⁵ SSTS de 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010/370) y 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

³⁶ RJ 2010/370.

³⁷ STS de 14 de julio de 2010 (RJ 7109).

³⁸ STS de 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010/370).

³⁹ STS de 14 de octubre de 2009 (RJ 5730).

⁴⁰ STS de 30 de enero de 2008 (RJ 1984).

laboral se les estaría dando un peor trato que a los pensionistas por incapacidad permanente total que sí pueden hacerlo. Pero se ignora un dato muy relevante: los segundos cobran el 55 por 100 de la correspondiente base reguladora precisamente porque se presume que pueden desarrollar funciones diferentes a las anteriores, por el contrario, a los pensionistas en el grado de absoluta y gran invalidez se les abona una pensión del 100 por 100 de la base reguladora o más precisamente por el hecho de que se presupone que no van a poder desempeñar otras funciones que les permitan recibir ingresos adicionales.

- c) Para el Tribunal Supremo parece existir un conflicto entre el concepto de incapacidad permanente absoluta y la regla de compatibilidad con el trabajo recogida en el artículo 141.2 de la LGSS, pero al hallarnos en el marco de la normativa de Seguridad Social, debe prevalecer lo establecido en el artículo 137 de la LGSS —incapacidad permanente para el desarrollo de cualquier profesión u oficio— frente a lo previsto en el artículo 141.2. A nuestro entender, si una persona con reducciones anatómicas o funcionales que determinan una declaración de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, puede desarrollar una actividad laboral a tiempo completo su situación choca con lo establecido en el artículo 137 de la LGSS —y con la propia lógica contributiva del sistema de Seguridad Social— y, en consecuencia, o modificamos la definición de los grados citados de incapacidad permanente o articulamos, como señalaremos más adelante, una fórmula de reducción temporal del importe de la pensión vitalicia, pero no se trata, como parece entender el Tribunal Supremo, de un simple problema de “compatibilidad” con el trabajo. Es más, podríamos entender que el presunto conflicto entre los artículos 137 y 141.2 de la LGSS lo ha creado el propio Tribunal Supremo y desaparece simplemente interpretando que el artículo 141.2 regula exclusivamente la compatibilidad entre el trabajo y la pensión, pero sólo cuando dicho trabajo se encuentra dentro de los parámetros —muy estrictos— fijados en el artículo 137 de la LGSS. De hecho, como vimos antes, ésta era la interpretación tradicional del Tribunal Supremo.
- d) Si bien las nuevas tecnologías facilitan el desarrollo de actividades laborales por parte de este tipo de pensionistas, también ocurre respecto a otros grados de incapacidad, y lo relevante no es impedirles que desempeñen una actividad productiva sino adecuar a ese hecho (reduciéndolo temporalmente) el importe de la pensión que se venía percibiendo. Y, en todo caso, el hecho de que se utilicen las nuevas tecnologías no esconde el hecho de que está desarrollando una profesión una persona declarada incapacitada permanente para toda profesión u oficio.
- e) El Tribunal Supremo incurre en un doble rasero según el grado de incapacidad permanente del pensionista: como hemos visto, si es incapacidad per-

manente total esa persona sólo podrá desarrollar funciones distintas ya que otra cosa constituye un fraude. En cambio, si se trata de una persona con una incapacidad permanente absoluta se le permite desarrollar un trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial, por cuenta ajena o por cuenta propia, con una interpretación muy favorable para el pensionista. Esa diferencia resulta difícilmente admisible, ya que si bien encontrar un empleo puede ser más difícil en el caso del pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, el hecho de que finalmente lo encuentre debería condicionar el cobro de la pensión.

- f) Es cierto que no existe una norma concreta que establezca que los pensionistas por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez han de desarrollar actividades marginales o esporádicas, pero, a nuestro entender, no es necesaria, ya que esa realidad deriva de la interpretación conjunta de los artículos 137 y 141.2 de la LGSS.
- g) No puede separarse, como hace el Tribunal Supremo, el estado del pensionista y la pensión en sí para justificar la compatibilidad de aquélla con todo tipo de trabajo, ya que es precisamente el grado de incapacidad para desarrollar cualquier tipo de profesión lo que determina el cobro de la pensión y si se puede desarrollar alguna profesión, necesariamente debe verse afectado el cobro de la pensión.
- h) La posición del Tribunal Supremo diluye la frontera entre la incapacidad permanente total y la incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, ya que en ambos supuestos tendríamos a personas que desarrollan otras funciones distintas a las anteriores pero cobrando de forma diferente.
- i) Es cierto que si un pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez sabe que va a perder la pensión no iniciaría una actividad laboral, lo que le desanima en el momento de su reinserción laboral. Pero, a nuestro entender, pueden buscarse fórmulas alternativas en las que se respete la lógica de fondo de esos grados de incapacidad y del propio sistema contributivo de Seguridad Social y, a la vez, no se desincentive el desarrollo de una actividad laboral o profesional por parte de la persona incapacitada.

En definitiva, tal y como hemos afirmado, creemos que la postura del Tribunal Supremo si bien resulta muy favorable para los pensionistas por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez rompe con la lógica de fondo de este tipo de pensiones por lo que, a nuestro entender, debería producirse una reforma del artículo 141.2 de la LGSS que clarificase y concretase el grado de compatibilidad con el trabajo que resulta admisible. Y esa nueva regulación podría consistir en partir de la compatibilidad del desarrollo de un trabajo por parte del pensionista (por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo completo o parcial), compatible con su estado, pero con la consecuencia inevitable de ver reducida su pensión, de forma temporal y en proporción al tiempo de jornada desarrollada en relación

con un trabajador a tiempo completo comparable y siempre con el límite de tener derecho a percibir el 55 por 100 de la base reguladora de la pensión (para mantener una equivalencia con el grado de incapacidad permanente total), cotizando a la Seguridad Social de una forma limitada (en la línea de lo previsto, en materia de jubilación, en el capítulo I del RDL 5/2013, que sólo prevé una cotización de solidaridad del 8 por 100). Esta reducción de la pensión tendría carácter temporal vinculado al desarrollo de la actividad laboral o profesional, recuperándose la totalidad de la pensión, con las consiguientes revalorizaciones, una vez cese dicha actividad. Las cotizaciones realizadas, por su escaso importe, no tendrían incidencia en el importe de la pensión.

Esta opción no supondría difuminar las fronteras entre la incapacidad permanente total y la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez ya que, desde la perspectiva de las lesiones o reducciones, un grado de incapacidad es más elevado que el otro, y, teniendo en cuenta ese factor y la mayor dificultad para encontrar un empleo en el segundo supuesto, se percibiría precisamente una pensión más alta mientras no se está desempeñando una actividad laboral o profesional.

Y también cabe tener presente que si el pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez desarrolla una actividad de carácter marginal, que no implica, por su propia naturaleza, el alta en el sistema de Seguridad Social, si tiene carácter lucrativo sería plenamente compatible con la percepción de la totalidad de la pensión.

2.3.3. Los compromisos formales y las posibilidades de suspender la pensión

Como en el supuesto de la incapacidad permanente total, en este caso si el pensionista inicia una actividad laboral, por cuenta ajena o por cuenta propia, tiene la obligación de comunicarlo él mismo al INSS⁴¹, cotizará a la Seguridad Social y este elemento tendrá consecuencias en las futuras prestaciones de la Seguridad Social.

Igualmente, si el pensionista incumple dicha obligación de comunicación incurriría en una infracción leve conforme al artículo 24.1 de la LISOS, sancionable con la pérdida de la pensión durante un mes. Y, así mismo, la no comunicación al INSS no tiene ninguna trascendencia en relación con la percepción de la pensión.

En cambio, si el pensionista inicia una actividad incompatible con su situación incurriría en la infracción grave recogida en el artículo 25.1 de la LISOS, sancionada con la pérdida de la pensión durante 3 meses⁴². Lógicamente, también debería devolver el tiempo de pensión percibido indebidamente. Así mismo, en

⁴¹ Artículo 2.1 del RD 1071/1984.

⁴² Artículo 47.1.b) de la LISOS.

el caso de trabajo por cuenta ajena, la empresa contratante incurriría en una infracción grave o muy grave⁴³, sancionadas con una multa económica de hasta 187.515 euros⁴⁴. Sin embargo, cabe tener presente que, tal y como afirmamos al tratar de la incapacidad permanente total, resulta muy difícil aplicar en la práctica la infracción establecida en el artículo 25.1; dificultad que incluso se incrementa en este caso.

Por otra parte, cabe preguntarse si iniciada una actividad laboral o profesional el INSS puede suspender el pago de la pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, fundamentándose en los artículos 143.2 de la LGSS y 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996. Esta posibilidad, que había sido admitida tradicionalmente por los Tribunales, queda descartada a partir de la STS de 30 de enero de 2008, ya citada, donde se declaró el carácter ultra vires del mencionado artículo 18.4⁴⁵. En definitiva, el INSS ante el desempeño de una actividad por parte de un pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez que no sea perjudicial o inadecuada para su estado no puede suspender el pago de la pensión, ya que se incumpliría la plena compatibilidad establecida en el artículo 141.2 de la LGSS.

Finalmente, cabe destacar que el trabajo de un pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez justifica que el INSS inicie un expediente de revisión, en tanto que es un indicio razonable de que el estado incapacitante ha mejorado, pero en forma alguna comporta que el grado de incapacidad reconocido haya de ser dejado sin efecto, ya que esta consecuencia únicamente puede producirse si efectivamente se constata una mejoría que justifique tal declaración, y la misma exige conceptualmente no sólo comparar dos situaciones patológicas —la que determinó la declaración de incapacidad permanente y la existente cuando se lleva a cabo la revisión— y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias, sino, sobre todo, que esa variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del declarado en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, en tanto que alcance a justificar la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación del grado de incapacidad permanente. Por tanto, si el cuadro patológico que determinó la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez no ha variado, la revisión del grado por mejoría es inviable.

⁴³ Artículos 22.14 y 23.1.a) de la LISOS.

⁴⁴ La infracción grave con una multa de 626 a 6.250 euros y la muy grave con una multa de 10.001 a 187.515 euros.

⁴⁵ Dicha sentencia manifiesta que: "...estas disposiciones reglamentarias han de ser consideradas ultra vires de la manifestación legal de compatibilidad que establece el artículo 141.2 LGSS «recordemos que no se remite a desarrollo reglamentario alguno» y —por lo mismo— ineficaces...".

En definitiva, el INSS puede iniciar el procedimiento de revisión de oficio por el hecho que el pensionista esté desempeñando un trabajo, pero esa revisión, como en el supuesto de la incapacidad permanente total, es inviable si las dolencias no se han modificado y la única solución sería entonces entender que se da la incompatibilidad con el trabajo prevista en el artículo 141.2 de la LGSS, vía que también va a tener escaso o nulo éxito, dada la forma en que interpreta el Tribunal Supremo dicho precepto. En todo caso, esa vía debería articularse a través del procedimiento judicial de oficio establecido en el artículo 146 de la LRJS, solicitando la modificación del acto administrativo de reconocimiento de la pensión, por error en la calificación del grado de incapacidad permanente⁴⁶.

2.3.4. Los efectos derivados de alcanzar la edad de jubilación

En el artículo 141.3 de la LGSS —en vigor desde el 1 de enero de 2014— se prevé que el disfrute de la pensión por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación es incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 165.1 de la LGSS.

En este ámbito cabe destacar, en primer lugar, que tales términos legales recogen nuevamente la idea de la plena compatibilidad entre cualquier tipo de trabajo y el cobro de la pensión, aun tratándose del grado de absoluta y gran invalidez, siguiendo la misma lógica presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los últimos años, ya vista.

En segundo lugar, cabe tener en cuenta que, tal y como hemos venido manifestando, si el pensionista⁴⁷ desarrolla un trabajo, las cotizaciones realizadas se tendrán en cuenta a la hora de determinar su futura pensión de jubilación, una vez alcanzada la edad correspondiente según lo establecido en el artículo 161.1.a) y la disposición transitoria 20^a de la LGSS o, si cumple los requisitos previstos, cuando acceda a la jubilación anticipada. Y esas cotizaciones tendrán relevancia tanto respecto al cálculo de la base reguladora como en relación al porcentaje aplicable a la base. Cabe tener presente, sin embargo, que si ambas pensiones se causan en el régimen general de la Seguridad Social se aplicará lo previsto en el artículo 122⁴⁸ de la LGSS y, en consecuencia, el pensionista deberá optar por una

⁴⁶ Criterio 2010/5 del INSS.

⁴⁷ Cabe tener presente que la solución es la misma ya se trate de un pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

⁴⁸ O la norma equivalente si la situación se produce en el marco de un régimen especial.

de ellas. Por el contrario, si las pensiones corresponden a regímenes diferentes, se tendrá derecho a percibir las dos.

En fin, si el pensionista por incapacidad permanente no ha desarrollado ninguna actividad laboral o profesional que determine su alta en el sistema de Seguridad Social, al alcanzar la edad de jubilación será considerado pensionista de jubilación, manteniéndose la cuantía de su pensión⁴⁹.

Y, en tercer lugar, respecto a la forma de interpretar los términos, antes citados, del nuevo artículo 141.3 de la LGSS, cabe señalar lo siguiente:

- a) Este precepto responde a la lógica de ir equiparando progresivamente las reglas aplicables a las pensiones por incapacidad permanente y jubilación.
- b) El disfrute de la pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación ordinaria es incompatible con el desarrollo de un trabajo, por cuenta ajena o propia, que determine la inclusión en el sistema de Seguridad Social, en los mismos términos previstos para la pensión de jubilación en el artículo 165.1 de la LGSS.

Ello supone que el pensionista podrá acceder, ya como jubilado, a la jubilación flexible y, en consecuencia, desempeñar un trabajo a tiempo parcial por cuenta ajena con la reducción proporcional de su pensión mientras lo desarrolle. Por tanto, no resultará admisible ni un trabajo por cuenta ajena a tiempo completo ni un trabajo por cuenta propia.

- c) El pensionista puede seguir desarrollando aquellas actividades que no determinen el alta en el sistema de Seguridad Social.
- d) El precepto no hace referencia al caso de la pensión por incapacidad permanente total aun cuando, a nuestro entender, es posible interpretar que, al ser considerados pensionistas de jubilación se les aplicaría el régimen general de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo recogido en el artículo 165 de la LGSS y en el capítulo I del RDL 5/2013.
- e) Y, al realizar el artículo 141.3 de la LGSS una remisión únicamente a lo previsto en el artículo 165.1 de la LGSS, los pensionistas por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, a pesar de tener la condición de jubilados no podrán acudir a las fórmulas de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación recogidas en el artículo 165.4 de la LGSS y en el capítulo I del RDL 5/2013 (reducción de la pensión de jubilación al 50 por 100 y compatibilidad con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo completo o parcial).

⁴⁹ Artículo 143.4 de la LGSS.

2.4. Conclusiones finales sobre la compatibilidad entre la pensión de incapacidad y el trabajo

A modo de conclusión y sin reiterar lo ya señalado, sí cabe hacer hincapié en tres aspectos:

- a) Resulta necesario evaluar críticamente el régimen vigente en materia de compatibilidad entre el trabajo y la pensión por incapacidad permanente, adoptando una visión de conjunto que logre un adecuado equilibrio entre el necesario fomento de la inserción laboral de los pensionistas por incapacidad permanente y el hecho de que perciben una pensión a cargo del sistema de Seguridad Social, que, además, en el caso del grado de absoluta y gran invalidez es del 100 por 100 de la base reguladora o superior. Tal y como hemos señalado, a nuestro entender, en el marco de la pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez no resulta admisible compatibilizar el trabajo sin reducir, en algún porcentaje, la pensión que se está percibiendo. Partiendo, pues, de la regla general de la compatibilidad, sí resulta necesario redefinir algunas de sus condiciones.
- b) Es necesario concretar legalmente aspectos actualmente confusos en este régimen de compatibilidad, desarrollando reglamentariamente aspectos tan importantes como la definición de “funciones distintas” en el marco de la incapacidad permanente total o el grado real de compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, teniendo en cuenta la amplia interpretación judicial que, como hemos visto, se ha llevado a cabo. No resulta de recibo que el desarrollo reglamentario, claramente parcial y obsoleto, provenga, además, de normas de 1969 y 1980. Debería ampliarse y concretarse suficientemente, pues, lo recogido en los artículos 141 y 143 de la LGSS; y,
- c) Deberían concretarse los aspectos procedimentales y formales vinculados con la compatibilidad del trabajo y la pensión, en relación con cuestiones, entre otras, como la posible reforma del sistema de revisión del grado de incapacidad por parte del INSS, la posibilidad de aplicar realmente las sanciones previstas en la LISOS cuando el pensionista incurre en una actividad laboral o profesional incompatible, etc.

3. LA COMPATIBILIDAD ENTRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y UNA ACTIVIDAD PRODUCTIVA

3.1. Aspectos generales

Al igual que en el caso de la pensión por incapacidad permanente e incluso con mayor intensidad, en los últimos años se ha fomentado claramente en el ámbito

de la pensión de jubilación la compatibilidad con el trabajo⁵⁰, rompiendo con lo que había sido la regla general. En efecto, no podemos olvidar que, tal y como señala todavía el artículo 165.1 de la LGSS, el disfrute de la pensión de jubilación contributiva es incompatible con el trabajo (por cuenta propia o ajena) del pensionista “con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen”. La misma idea se recoge en el artículo 16 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967 y, en consecuencia, tradicionalmente si un pensionista de jubilación decidía volver a trabajar tenía que suspender totalmente su pensión, previa comunicación al INSS⁵¹; pensión que volvía a recuperar, con las consiguientes revalorizaciones, una vez cesaba en su actividad laboral o profesional. Es más, las cotizaciones realizadas durante ese período no modificaban la correspondiente base reguladora de la pensión, teniendo trascendencia exclusivamente a los efectos de determinar el porcentaje aplicable a dicha base y/o para neutralizar el coeficiente reductor en el supuesto de jubilación anticipada. La razón de fondo de esta opción legal es que no podemos olvidar que la pensión de jubilación actúa como regla general como una renta de sustitución por el cese en el trabajo al alcanzar una determinada edad.

En la misma línea de incompatibilidad, los apartados 2º y 3º del citado artículo 165 declaran incompatible la percepción de la pensión de jubilación con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el artículo 1.1. párrafo 2º de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (con la excepción del profesorado universitario emérito), así como el desempeño de los altos cargos a los que se refiere la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de miembros del Gobierno y altos cargos. En estos casos se suspenderá la pensión, sin perjuicio de las revalorizaciones.

Sin embargo, como decíamos antes, en los últimos años —concretamente desde el año 2001— y en el marco de la estrategia europea de fomento del envejecimiento activo y la jubilación gradual y flexible se han introducido diversas vías para que un pensionista de jubilación pueda compatibilizar —de forma total o parcial— el cobro de su pensión con el desarrollo de una actividad laboral o profesional, procediéndose, de ese modo, a una jubilación gradual. Vías de diverso

⁵⁰ Ejemplos de ello son, entre otros: Disposiciones adicional 31ª y transitoria 37ª de la Ley 27/2011; “Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011” (recomendación 12ª); “Informe sobre la compatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación y la realización de una actividad”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, octubre de 2012, p. 3.

⁵¹ En relación con los antecedentes en esta materia vid J. B. VIVERO SERRANO, “La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo lucrativo: Todo por el envejecimiento activo”, Documentación Laboral, 2015, p. 3.

carácter y con distintos fundamentos y efectos sobre la pensión⁵², y que son, además, compatibles entre sí. Y en casi todas ellas se pretende evitar el cobro total de la pensión de jubilación (reduciendo gastos al sistema de pensiones), prolongando la vida laboral del pensionista sin límite temporal y manteniendo un determinado nivel de cotizaciones-ingresos para el sistema.

Nos referimos a las figuras de la jubilación flexible⁵³ (artículo 165.1 párrafo 2º de la LGSS), a la compatibilidad de la pensión de jubilación con un trabajo por cuenta propia con escasos ingresos (artículo 165.4 de la LGSS⁵⁴) y a la pensión de jubilación reducida al 50 por 100 (capítulo I del RDL 5/2013). No entraremos, sin embargo, en otras vías de compatibilidad referidas a colectivos específicos (el caso de los profesionales colegiados, los profesores eméritos de las universidades públicas, los trabajadores autónomos agrarios, el mantenimiento de la titularidad del negocio y el desarrollo de las funciones inherentes a dicha titularidad en el caso de los trabajadores autónomos...), ni en la jubilación parcial (objeto de análisis específico en otro capítulo de este libro).

En fin, esa voluntad de fomentar la compatibilidad entre el trabajo y la jubilación queda plasmada, por ejemplo, en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2011 (recomendación 12ª), donde se manifiesta, con claridad, que: "...hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión. Resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral..."⁵⁵. Los motivos que fundamentan esta opción son mantener la presencia activa de las personas de más edad en la sociedad durante más tiempo (envejecimiento activo), ventajas para el conjunto de la sociedad (ya que ésta podrá aprovechar de mejor forma el caudal de experiencias y conocimiento de las personas que prolongan su actividad) y beneficios para el sistema de pensiones

⁵² CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y VALDÉS hablan de que se ha producido un "activismo normativo en el ámbito de la jubilación, a menudo descoordinado entre sí, ha terminado por crear un sistema normativo desvertebrado", en "La nueva...", *ob. cit.* p. 13; para Sempere la regulación actual es muy deficiente, incoherente y asistemática, en "El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo", *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 9/2013, p. 1.

⁵³ Figura incorporada por el RDL 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, sustituido por la Ley 35/2002, de 12 de julio, y desarrollada en el RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación flexible.

⁵⁴ Incorporado por la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

⁵⁵ En el mismo sentido, "Informe sobre la compatibilidad...", *ob. cit.* p. 3.

(en cuanto experimentará menos tensiones financieras y se ayudará a garantizar su sostenibilidad).

Tal y como veremos en las páginas siguientes, la regla general —la incompatibilidad entre el trabajo y el cobro de la pensión de jubilación— se está convirtiendo en la excepción.

3.. *La figura de la jubilación flexible*

Como es conocido, esta figura se concreta en que un pensionista de jubilación puede compatibilizar el cobro de su pensión con un contrato a tiempo parcial y durante esta situación se le reduce el importe de aquélla en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable⁵⁶.

En este ámbito cabe realizar varias consideraciones:

- a) Tal y como se deriva del artículo 5.2 del RD 1132/2002, esta vía se presentaba como una clara excepción, al permitir la compatibilidad de la pensión y el trabajo. Tal y como manifestábamos anteriormente, en los años posteriores las posibilidades de compatibilidad se han ampliado. Como señalaba la propia exposición de motivos de la Ley 35/2002, el fundamento de esta medida es incentivar el envejecimiento activo, por cuanto la pensión de jubilación “no viniera a impedir una presencia social activa de los ciudadanos, teniendo en cuenta, a su vez, que esta permanencia repercute en la propia autoestima del trabajador, tiene efectos positivos sobre el sistema de pensiones y, de modo más general, presenta indudables ventajas para el conjunto de la sociedad que, de esta forma, puede aprovechar la experiencia y los conocimientos de los trabajadores de más edad...”.
- b) Aun cuando facilita la compatibilidad con el trabajo, esta fórmula sólo admite el trabajo por cuenta ajena y a tiempo parcial, con la consiguiente reducción de la pensión de forma proporcional a la jornada desarrollada. No cabe acudir a esta fórmula cuando lo que se pretende es desempeñar un trabajo por cuenta propia o un trabajo por cuenta ajena a tiempo completo.
- c) Por otra parte, y a diferencia de otras vías de compatibilidad que examinaremos más adelante, a la jubilación flexible puede acudir todo tipo de pensionista de jubilación, ya sea por jubilación ordinaria o anticipada, y, con independencia del porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora y de la cuantía que se perciba de pensión. Lo único que se exige es que se parta de una situación de jubilación total o completa, siendo indiferente

⁵⁶ Tanto esta figura como el contrato a tiempo parcial que se celebra con el pensionista se rigen por lo previsto en el artículo 12 del ET.

la edad a la que se haya accedido a la pensión (incluida la jubilación bonificada y la postergada más allá de la edad ordinaria) y el momento en que se decide optar por esta fórmula (pudiendo solaparse incluso el momento de la jubilación total y el pase a la jubilación flexible).

Así mismo, se aplica en todos los regímenes de la Seguridad Social, salvo los regímenes especiales de funcionarios públicos⁵⁷. En definitiva, el único límite se sitúa, como ya hemos señalado, en la limitación del tipo de trabajo que puede desarrollar el pensionista.

- d) Durante la prestación de servicios se mantiene la cotización a la Seguridad Social prevista con carácter general (no hay un régimen especial a diferencia de la figura establecida en el RDL 5/2013 a la que nos referiremos posteriormente), salvo que resulte de aplicación la exención parcial de cotización recogida en el artículo 112 bis⁵⁸ de la LGSS.
- e) El contrato a tiempo parcial debe realizarse dentro de los límites de jornada previstos en el artículo 12.6 del ET (un mínimo del 25% y un máximo del 50%), rigiéndose por la normativa del citado contrato a todos los efectos. Por tanto, se puede ampliar o reducir la jornada dentro de dichos márgenes y resultarán aplicables, también dentro de dichos límites, las horas complementarias pactadas y voluntarias, conforme a lo previsto en el artículo 12.5 del ET. De tratarse de un trabajo a tiempo parcial que supera el límite del 50 por 100 de jornada no puede acudir a esta vía, debiendo acudir a la fórmula recogida en el RDL 5/2013.

Obviamente, ese contrato puede realizarse en cualquier sector de actividad o empresa, incluso en la misma en la que prestaba servicios el pensionista antes de jubilarse (sin que compute la antigüedad anterior⁵⁹), pero, en todo caso, debe tratarse de un contrato nuevo. Así mismo, este contrato a tiempo parcial puede ser indefinido o por duración determinada.

A diferencia de otras fórmulas de compatibilidad —la prevista, como veremos, en el RDL 5/2013— en este caso no se exige a la empresa que mantenga un determinado nivel de empleo mientras se mantiene contratado al jubilado flexible o que no haya incurrido en un cierto tipo de extinciones contractuales con anterioridad.

⁵⁷ DA 1ª del RD 1132/2002, que excluye a los regímenes especiales de funcionarios civiles del Estado, Fuerzas Armadas y personal al servicio de la Administración de Justicia.

⁵⁸ Que requiere que se trate de un contrato por tiempo indefinido y que el beneficiario tenga 65 años y 38 años y 6 meses o más completos cotizados, sin contar pagas extraordinarias. No se aplica en el caso de las Administraciones Públicas. La exención afecta a la cotización por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal. Vid también disposición adicional 55ª de la LGSS.

⁵⁹ J. B. VIVERO SERRANO, “La compatibilidad...”, *ob. cit.* p. 12.

- f) El pensionista, antes de iniciar la actividad laboral, debe comunicarlo al INSS, adjuntando copia del contrato celebrado a los efectos de calcular la cuantía de pensión que pasará a percibir a partir de ese momento (cuando efectivamente se inicie la actividad laboral). En caso de incumplimiento, tal y como ocurre en el caso de la pensión por incapacidad permanente, resultará de aplicación el artículo 24.1 de la LISOS, incurriéndose en una infracción leve, sancionable con la pérdida de la pensión durante un mes. No obstante, dado que la no comunicación supondrá también la no reducción de la correspondiente pensión, también cabe aplicar la infracción grave recogida en el artículo 25.1 de la LISOS que, como vimos páginas atrás, recoge el supuesto en que un pensionista efectúa trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de su prestación cuando exista una incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida. En este caso, la sanción consiste en la pérdida de la pensión durante un período de 3 meses. Y, por su parte, el empresario incurrirá en la infracción muy grave prevista en el artículo 23.1.a) de la LISOS, al haber dado ocupación a un pensionista de jubilación en una situación incompatible con el trabajo. La multa en este caso va de 6.251 a 187.515 euros⁶⁰.

Y junto a lo anterior, el pensionista deberá reintegrar la cantidad de pensión percibida indebidamente durante el tiempo en que haya desarrollado el trabajo a tiempo parcial⁶¹.

- g) El importe de la pensión de jubilación se reduce en proporción inversa a la reducción de la jornada de trabajo, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable definido en los términos del artículo 12.1 del ET. Esa reducción produce efectos desde el día en que se inicia la actividad laboral.
- h) La situación de jubilación flexible es incompatible con la pensión de incapacidad permanente que pudiera corresponder por la actividad desarrollada, con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación, cualquiera que sea el régimen de Seguridad Social en que se cause aquélla.

Por el contrario, la jubilación flexible es compatible con las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad o paternidad, derivadas de la actividad a tiempo parcial.

- i) Respecto a los efectos del trabajo a tiempo parcial realizado sobre la pensión de jubilación, cabe tener presente que las cotizaciones efectuadas surten efectos para mejorar dicha pensión, una vez se cese en el trabajo. Así, una vez comunicado dicho cese al INSS, se reestablece el cobro total de la pen-

⁶⁰ Artículo 40.1.c) de la LISOS.

⁶¹ Artículo 6.3 del RD 1132/2002.

sión de jubilación, teniendo presentes las reglas siguientes: 1^a) se calcula de nuevo la base reguladora computando las nuevas cotizaciones y aplicando las reglas vigentes en el momento en que se cesa en la actividad, salvo que esto suponga una reducción del importe de la mencionada base, en cuyo caso se mantiene la anterior, aplicando las correspondientes revalorizaciones. En este ámbito cabe pensar que, salvo situaciones excepcionales, lo habitual será que se mantenga la base reguladora anterior; 2^a) las cotizaciones realizadas durante la jubilación flexible pueden modificar, incrementándolo, el porcentaje aplicable a la base reguladora (salvo, lógicamente, que este porcentaje ya sea del 100 por 100); 3^a) las cotizaciones realizadas computarán para disminuir o, en su caso, suprimir, el coeficiente reductor aplicado en los supuestos de jubilación anticipada; y, 4^a) durante la jubilación flexible se mantiene la condición de pensionista a los efectos de las prestaciones sanitarias, lo que, constituye, sin duda, un elemento favorable. Como hemos visto, todas estas reglas persiguen efectos favorables para el pensionista, lo que fomenta el recurso a esta vía de compatibilidad entre la pensión de jubilación y trabajo.

Sin embargo, en este ámbito no resultan de aplicación los porcentajes adicionales previstos en el artículo 163.2 de la LGSS, vinculados exclusivamente con la jubilación postergada más allá de la edad de jubilación ordinaria.

- j) Y si el pensionista fallece durante la situación de jubilación flexible, a efectos del cálculo de las correspondientes prestaciones por muerte y supervivencia, los beneficiarios pueden optar porque aquéllas se calculen desde la situación de activo del causante o, en su caso, desde la situación de pensionista. En este último caso se tomará como base reguladora la que sirvió para la determinación de la pensión de jubilación, aplicándose las revalorizaciones correspondientes.

En relación con esta vía de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación cabe destacar, por último, su muy escaso éxito en la práctica en los últimos años⁶², probablemente debido a que, hasta el momento, la edad media de jubilación no ha alcanzado siquiera los 65 años y a que la tasa de sustitución (importe de la pensión en relación con las últimas retribuciones) sigue siendo elevada. En los próximos años —a medio y largo plazo— habrá que constatar si el impacto de las importantes reformas llevadas a cabo por las Leyes 27/2011 y 23/2013 cambia dicha tendencia.

⁶² Según el “Informe sobre la compatibilidad...”, *ob. cit.* p. 6, en el ejercicio 2009 las altas de jubilación flexible fueron 769, en 2010 707 y en 2011, 789.

3.3. *La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia con escasos ingresos*

Esta vía de compatibilidad ha sido incorporada más recientemente, como consecuencia de la disposición adicional 31^a de la Ley 27/2011 y con entrada en vigor el 2 de agosto de 2011. Se encuentra regulada, de una forma ciertamente escasa y ambigua, en el artículo 165.4 de la LGSS, faltando todavía el correspondiente —y muy necesario— desarrollo reglamentario.

Esta medida permite compatibilizar la totalidad de la pensión de jubilación con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Aquí cabe señalar lo siguiente:

- a) Se puede acceder a esta vía con independencia de que se trate de jubilación anticipada, ordinaria, parcial o flexible, o postergada, y del porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora. Y se aplica a todos los regímenes del sistema de Seguridad Social, no sólo al régimen especial de trabajadores autónomos.

El objetivo en este supuesto no es fomentar la prolongación de las cotizaciones del pensionista al sistema de Seguridad Social ni reducir el gasto en pensiones, sino simplemente permitir que aquél obtenga, de una forma lícita, una fuente de ingresos complementaria⁶³.

- b) Sólo se admite el trabajo por cuenta propia (con independencia del tipo de actividad de que se trate), siempre, eso sí, que los ingresos derivados del mismo no superen el importe del salario mínimo interprofesional en cómputo anual (14 pagas). Ese último dato hace, pues, que la actividad desarrollada por el pensionista tenga carácter marginal (desde una perspectiva económica)⁶⁴, pero, dada la amplitud de los términos legales, puede tratarse tanto de actividades ocasionales (informes, conferencias, encargos, etc.) como habituales. A lo que cabe añadir que los ingresos a tener en cuenta serían los ingresos brutos (ingresos por rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas y ganancias patrimoniales, en la línea de lo establecido en la disposición adicional 62^a de la LGSS)⁶⁵.

⁶³ A. SELMA PENALVA, “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, n.º 2/2013, p. 3.

⁶⁴ Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Trabajadores de edad avanzada: II. Compatibilidad trabajo-pensión. Cuestiones prácticas tras la Reforma 2013”, *La Ley* 6894/2013, p. 2, quien señala también que, con esta fórmula, el legislador asume el criterio de la jurisprudencia sobre el concepto de habitualidad del trabajador por cuenta propia, ligado a un criterio puramente económico, p. 3.

⁶⁵ Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Trabajadores...”, *ob. cit.* p. 3; y J. R. MERCADER UGUINA, “La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo”, *Lex*

Así mismo, se excluye de esta situación el caso de los administradores y consejeros de las sociedades mercantiles capitalistas que ejercen funciones de dirección que conlleva el desempeño de tales cargos y poseen el control efectivo de la sociedad, por cuanto no es posible admitir que sus ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional.

Es la única vía de compatibilidad en la que el elemento clave son los ingresos percibidos en la actividad por el pensionista.

- c) No existe la obligación de comunicar esta situación al INSS. Esa comunicación sólo se producirá cuando se supere el importe del salario mínimo interprofesional, para que se proceda a suspender la pensión de jubilación durante el resto del ejercicio fiscal anual, con la consiguiente alta en el régimen especial correspondiente. En este caso, si no se produce la comunicación deberá reintegrarse el importe de la pensión percibido indebidamente, sobre la base de lo previsto en el artículo 16.3 de la Orden Ministerial de 1 de enero de 1967⁶⁶ y se incurriría en la correspondiente infracción leve por falta de comunicación, conforme al artículo 24.1 de la LISOS.
- d) Quien se encuentre en esta situación no está obligado a cotizar a la Seguridad Social y, en consecuencia, no generará nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social. Sin embargo, sí tendrá que cumplir las correspondientes obligaciones en materia tributaria.
- e) Y esta vía resulta muy favorable para aquellas personas que ya antes de la jubilación desarrollaban una actividad por cuenta propia y para aquellas que la inician tras la jubilación, pero, en todo caso, la norma se fundamenta, como afirmábamos anteriormente, en que esa actividad profesional es limitada o marginal, ya que los ingresos obtenidos no pueden superar el salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Lógicamente, lo que no es admisible es incurrir en un fraude para rebajar (esconder) los ingresos obtenidos realmente con el objetivo de no tener que darse de alta en el sistema de Seguridad Social. Ello lleva a señalar que los mecanismos de control del fraude en este ámbito son esenciales, aunque no resulten fáciles.

Nova, 2013, pp. 153-154. Por el contrario, consideran que se trata de ingresos netos: M. C. LÓPEZ ANIORTE, "Hacia el envejecimiento activo: Análisis crítico del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación", p. 76 y Vivero Serrano, J. B., "La compatibilidad...", *ob. cit.* p. 7.

⁶⁶ J. B. VIVERO SERRANO, "La compatibilidad...", *ob. cit.* p. 7.

3.4. *La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo regulada en el capítulo I del RDL 5/2013*

En el capítulo I y la disposición adicional 1ª del RDL 5/2013⁶⁷, con una deficiente técnica legislativa⁶⁸ y como desarrollo específico de la disposición adicional 37ª de la Ley 27/2011, se recoge una última vía de compatibilidad que, a nuestro entender, abre una nueva era, no sólo por su amplio alcance sino por la filosofía de fondo a la que responde: la normalización definitiva de lo que había sido siempre la excepción, esto es, la compatibilidad entre el trabajo (de todo tipo, como veremos) y la pensión de jubilación. En otras palabras, se nos parece indicar que lo normal, a medio y largo plazo, será que el pensionista de jubilación compatibilice (o se vea obligado a compatibilizar) su pensión con un trabajo.

Se trata, por otra parte, de una medida que, nuevamente, pretende reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social porque, como veremos, la compatibilidad de la pensión es limitada en una cuantía determinada, no genera derechos en cuanto a un aumento de la pensión total futura y, además, el sistema de Seguridad Social recibe unas cotizaciones adicionales⁶⁹.

Esta nueva vía se caracteriza por los siguientes elementos:

- a) Se regula una nueva modalidad de jubilación gradual, a añadir a las ya existentes, tal y como se deriva expresamente de lo establecido en los artículos 1.2 y 2 del RDL 5/2013.
- b) Es aplicable a todos los regímenes de la Seguridad Social, excepto el régimen de Clases Pasivas del Estado que se rige por su normativa propia (también modificada en la misma línea⁷⁰).
- c) A diferencia de los supuestos anteriores, esta vía sólo se aplica a la jubilación ordinaria (según la edad prevista en el artículo 161.1.a) y la disposición transitoria 20ª de la LGSS) o postergada, cuando, además, se perciba el 100 por 100 de la base reguladora. Esto implica limitar claramente su ámbito de aplicación, si bien puede entenderse que esta vía se pretende reservar a aquellas personas con una larga carrera de cotización que, además, se jubilan a los 65 o más años de edad; no obstante, cabe pensar si el impacto de las reformas llevadas a cabo por las Leyes 27/2011 y 23/2013 (en cuanto a la reducción de la tasa de sustitución de la pensión) no obligarán a replantearse estos condicionantes, con el objetivo de generalizar esta medida

⁶⁷ Sobre esta vía, vid Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Trabajadores...”, pp. 1 y ss.; Casas, Rodríguez-Piñero y Valdés., “La nueva...”, *ob. cit.* pp. 5 y ss.

⁶⁸ CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y VALDÉS, “La nueva...”, *ob. cit.* p. 16.

⁶⁹ Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Trabajadores...”, *ob. cit.* p. 8.

⁷⁰ Disposiciones adicionales 2ª y 3ª del RDL 5/2013. Al respecto, Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Trabajadores...”, *ob. cit.* pp. 10-11; y CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y VALDÉS, “La nueva...”, *ob. cit.* pp. 22-24.

a toda situación de jubilación, ante la dificultad cada vez mayor de alcanzar el tiempo de cotización requerido para tener derecho al citado 100 por 100. A nuestro entender, la situación actual, como señalaremos más adelante, es excesivamente restrictiva y debería reformularse.

En fin, este requisito implica que no pueden recurrir a esta vía las personas que han accedido a una jubilación bonificada en cuanto a la edad⁷¹ o anticipada y aquéllas que se jubilaron parcialmente antes de alcanzar la edad de jubilación ordinaria. Sí puede acceder, en cambio, la persona que accede a la jubilación parcial a la edad ordinaria de jubilación, cuando se jubila totalmente y, con posterioridad, acude a la vía del RDL 5/2013 y cumple los requisitos establecidos. Y también cabría esta opción cuando tras la jubilación total se pasa a una situación de jubilación flexible y, posteriormente, se opta por esta vía, cumpliendo sus requisitos.

- d) El paso a esta modalidad puede producirse de forma inmediata una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación y reconocida la pensión o con posterioridad, esto es, jubilado total que opta por esta vía para reiniciar su actividad laboral o profesional.
- e) En este supuesto, la pensión de jubilación es compatible con cualquier trabajo en el sector privado, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia (incluidos los administradores y consejeros de las sociedades mercantiles que ejercen funciones de dirección), a tiempo completo o parcial y, con independencia de la remuneración que se perciba y del sector de actividad. De hecho, cabe la posibilidad de que el trabajador solicite la pensión de jubilación y continúe, bajo esta fórmula, vinculado a su empresa o negocio anteriores. De tratarse de un trabajo a tiempo completo, se rompe claramente con la regla tradicional del artículo 165.1 de la LGSS y en lugar de suspenderse totalmente la pensión, se reduce su cuantía. En el caso del trabajo a tiempo parcial se aplica, sin modificaciones, lo previsto en el artículo 12 del ET, y, obviamente, en todos los casos, el contrato puede ser indefinido o por duración determinada, bajo cualquiera de las modalidades previstas legalmente. El único límite derivaría de lo previsto en la legislación sobre prevención de riesgos laborales, especialmente de lo previsto en su artículo 25, en referencia al factor edad. Y, en consecuencia, la empresa que contrate al pensionista debe adoptar las medidas de prevención y ajuste necesarias teniendo en cuenta que el puesto va a ser desempeñado por una persona mayor de 65 años (la misma reflexión resultaría aplicable en el caso de la jubilación flexible).

⁷¹ Prevista en el artículo 161 bis.1 de la LGSS. Tampoco podrán acceder a esta vía las personas con discapacidad jubiladas conforme a su régimen específico.

No obstante, cabe tener presente que esta situación es incompatible con un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, conforme a lo previsto en el artículo 1.1 párrafo segundo de la Ley 53/1984.

En fin, en el supuesto de trabajo por cuenta propia cabe suponer que sólo se acudirá a esta vía cuando no se cumplan los requisitos de la prevista en el artículo 165.4 de la LGSS, por superar el límite del salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Y sólo podrá acudirse a aquélla cuando no se trate de jubilación ordinaria o bien, siendo jubilación ordinaria, no se alcance el 100 por 100 de la base reguladora.

- f) Si se trata de un contrato a tiempo parcial con una jornada de entre un 25 y un 50 por 100, el pensionista puede optar por esta vía o, bien, por la jubilación flexible, con efectos, como hemos visto, diferentes. Y también cabría la posibilidad de acudir a la vía de la jubilación parcial regulada en el artículo 166 de la LGSS, en su modalidad vinculada al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación⁷².
- g) Esta opción debe comunicarse al INSS previamente. En caso de incumplimiento se aplicarán, en los mismos términos vistos anteriormente, las infracciones establecidas en los artículos 24.1 y 25.1 de la LISOS. Obviamente, también se deberá estar de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social.
- h) Se cobra, siempre, el 50 por 100 del importe de la pensión reconocida inicialmente, una vez aplicado, si procede el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, excluido el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que se realice. En este caso, a diferencia de la jubilación flexible, la reducción de pensión es fija, con independencia de su importe, de la duración de la jornada realizada y de la remuneración percibida por el trabajo. Lógicamente, sólo se acudirá a esta fórmula si esa remuneración supera la cantidad que se deja de percibir como pensión. Cabe tener presente, no obstante, que si el pensionista piensa desempeñar un trabajo a tiempo parcial con una jornada reducida (30% o 40%) es probable que le resulte más adecuada la vía de la jubilación flexible (salvo que lo que cobre por ese trabajo a tiempo parcial le compense de la pérdida del 50% de su pensión), si bien en ese caso la cotización es más elevada ya que, como vimos, al margen de la aplicación de la exoneración de cuotas prevista en el artículo 112 bis de la LGSS, cabe acudir a las reglas generales de cotización, mientras que en la vía que estamos examinando existe, como veremos, un régimen especial —más reducido— de cotización.

⁷² Al respecto, A. SELMA PENALVA, “Posibilidades...”, *ob. cit.* pp. 13-15.

- i) La pensión de jubilación se revaloriza sin que la cuantía percibida durante la compatibilidad pueda ser superior al 50 por 100, y el pensionista no tiene derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que compatibiliza la pensión con el trabajo.
- j) El pensionista que acuda a esta vía mantendrá dicha condición a los efectos de la asistencia sanitaria y otros beneficios.
- k) Al finalizar el trabajo compatible se reestablece el cobro íntegro de la pensión, con las correspondientes revalorizaciones, sin que se proceda a ningún tipo de recálculo. Ello implica, pues, que el tiempo de trabajo no incide sobre el importe de la base reguladora de la pensión, ni sobre el porcentaje aplicable a la misma, lo que resulta coherente si, como veremos a continuación, la cotización que se lleva a cabo durante esta situación es casi simbólica o de “solidaridad”.

En efecto, durante la realización del trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, el empresario y el pensionista sólo cotizarán por incapacidad temporal y por contingencias profesionales (en este último caso sin olvidar el carácter voluntario de la cotización para la gran mayoría de los autónomos no trades), si bien quedan sujetos a una cotización especial de solidaridad (figura novedosa) del 8 por 100, no computable para las prestaciones, tal y como ya hemos señalado, y que en los regímenes de trabajadores por cuenta ajena se distribuye entre el empresario y el pensionista, corriendo a cargo de la empresa el 6 por 100 y del trabajador el 2 por 100. La cotización es la misma ya se trate de trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial y, en el supuesto de trabajo por cuenta propia, el propio trabajador asumirá el pago total del 8 por 100. Dados los términos legales empleados cabe interpretar que, en este supuesto, no resulta de aplicación la exoneración de cuotas prevista en el artículo 112 bis de la LGSS.

- l) El hecho de que la cotización resulte tan baja puede inducir a un posible efecto sustitución, ya que a la empresa, especialmente para determinados tipos de trabajo en que la edad no supone ningún condicionante, le resulta menos costoso contratar a un jubilado que a un no jubilado. Esta realidad (la competencia para el empleo entre jubilados y no jubilados) —quizás poco presente en la actualidad pero que puede incrementarse en el futuro si se reduce el importe de la pensión pública de jubilación— se pretende condicionar estableciendo dos límites para evitar fraudes⁷³: en primer lugar, las empresas en las que se recurra a esta fórmula no deben haber adoptado decisiones extintivas improcedentes (reconocidas o declaradas como tales, incluidos los despidos, cualquiera que sea su causa, incluidos los despidos

⁷³ Sobre este requisito, vid CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y VALDÉS, “La nueva...”, *ob. cit.* pp. 17-19.

colectivos) en los 6 meses anteriores⁷⁴; aunque esta limitación afecta únicamente a la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción con independencia del centro de trabajo donde se trabaje⁷⁵ (se trata, pues, de un límite muy débil). A lo que cabe añadir que no se prevé sanción específica para el caso en que se incumpla esta obligación, aun cuando cabe pensar en la devolución de las bonificaciones o reducciones en la cotización si hubiera lugar a ellas en función de la modalidad de contratación efectuada⁷⁶; y, en segundo lugar, una vez iniciada cada situación de compatibilidad entre la pensión y el trabajo, la empresa debe mantener, durante la vigencia del contrato del pensionista, el nivel de empleo existente en la misma antes de su inicio. A este respecto, se toma como referencia el promedio diario de trabajadores de alta en la empresa en el periodo de los 90 días anteriores a la compatibilidad, calculado como el cociente que resulte de dividir entre 90 la suma de los trabajadores que estuvieran en alta en la empresa en los 90 días inmediatamente anteriores a su inicio. Sin embargo, no se considera incumplida esta obligación cuando el contrato se extingue por causas objetivas o por despido disciplinario declarados o reconocidos como procedentes, ni en el caso de las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio. Esto implica que los empresarios pueden recurrir al efecto sustitución ante supuestos extintivos por motivos tanto inherentes como no inherentes a los trabajadores y especialmente el hecho de que no computen los despidos vía 52.c) del ET procedentes constituye una abierta invitación a las empresas para que sustituyan a los trabajadores por pensionistas⁷⁷.

3.5. La compatibilidad trabajo-pensión de jubilación como vía de futuro

Como hemos visto, en el marco de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación se ha pasado de considerar que la realización de cualquier actividad laboral requería la previa suspensión de la pensión a la plena promoción, a

⁷⁴ El término final a efectos de cómputo de los 6 meses se produce en la fecha de declaración judicial firme de improcedencia o fecha de reconocimiento de la improcedencia en evitación de sentencia.

⁷⁵ En caso de no estar delimitados los grupos profesionales se tomaría en cuenta el criterio de funciones contratadas, CASAS, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y VALDÉS, *ob. cit.* p. 18.

⁷⁶ Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Trabajadores...”, *ob. cit.* p. 15.

⁷⁷ Casas, Rodríguez-Piñero y Valdés, “La nueva...”, *ob. cit.* p. 19; también, B. SUÁREZ CORUJO, “El sistema público de pensiones: Crisis, reforma y sostenibilidad”, Lex Nova Thomson Reuters, 2014, p. 257.

través de varias vías, de dicha compatibilidad. Cabe preguntarse por qué y, junto a ello, si las vías elegidas son las más adecuadas.

En relación con la primera cuestión cabe tener presente varios elementos:

3.5.1. Como ya hemos señalado, el fomento de esta compatibilidad se enmarca en la lógica, iniciada ya hace años por la Unión Europea, de fomentar el envejecimiento activo. Figura en la que, como hemos visto, se entremezclan la voluntad de mantener activas a las personas de más edad con el ahorro de pensiones y la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. E incluso puede afirmarse que este segundo objetivo es el primordial, especialmente en los últimos años. No podemos olvidar que tanto en el supuesto de la jubilación flexible como en el del RDL 5/2013 se reduce el importe de la pensión de jubilación durante el tiempo de compatibilidad con el trabajo y se mantiene una cotización (mayor en el primer caso, al margen de la aplicación de la exención del artículo 112 bis de la LGSS) al sistema de Seguridad Social. Se produce, pues, un ahorro inmediato para el sistema de Seguridad Social, especialmente en el caso de las pensiones de una cuantía más elevada.

3.5.2. Esta tendencia no es sólo propia de nuestro país sino que también en la gran mayoría de los países de la Unión Europea se permiten, con modelos diversos, fórmulas de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación⁷⁸.

3.5.3. Cabe preguntarse qué impacto pueden tener estas medidas desde la perspectiva del fomento del empleo de otros colectivos. En otras palabras, si se incentiva que los jubilados vuelvan a trabajar, ¿quién contratará a los jóvenes? ¿Quién contratará a los desempleados que ya no son tan jóvenes? En este punto, cabe tener presente que, tal y como se derivó de la aplicación práctica de las cláusulas de jubilación forzosa fundamentadas en la anterior disposición adicional 10^a del ET, la jubilación de una persona a los 65 años no garantiza su sustitución por un joven o por otra persona desempleada. El funcionamiento del mercado de trabajo es mucho más complejo, por lo que, a nuestro entender, resultaría demasiado precipitado decir que estas medidas de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación van a tener un efecto negativo automático en el empleo de otros colectivos, pero sí debería calibrarse su posible impacto y evitar un efecto sustitución.

Y tampoco podemos olvidar otro hecho: en el fondo de las últimas reformas en materia de pensiones y del propio fomento del envejecimiento activo existe, ante todo, un fundamento económico, y desde esta perspectiva —que es ahora, por desgracia, la reinante— estas fórmulas de compatibilidad suponen un ahorro directo e inmediato, como decíamos antes; en cambio, respecto del caso concreto de los jóvenes —muchas veces no beneficiarios de una prestación por desempleo—,

⁷⁸ Al respecto, vid “Informe sobre...”, *ob. cit.* pp. 14 y ss.

el que encuentren un empleo no supone ningún ahorro para el sistema de Seguridad Social, ya que nada les está pagando.

3.5.4. Por otra parte, cabe pensar en el éxito que estas medidas pueden tener en la práctica. Ya hemos señalado el escaso éxito que ha tenido la jubilación flexible hasta el momento, a lo que cabe añadir que, por su propia configuración, no es posible tener datos sobre las personas que recurren a la fórmula del artículo 165.4 de la LGSS. En torno a esta cuestión cabe tener presentes dos consideraciones:

- a) Cabe preguntarse ¿cuántas personas estarán dispuestas a seguir trabajando una vez causada la pensión de jubilación? Y más en un país, como el nuestro, en que un porcentaje elevado de personas (más del 40%) se jubilan antes de alcanzar la edad ordinaria. En relación con esta cuestión nos pueden resultar útiles los resultados del Módulo de transición de la vida laboral a la jubilación de la Encuesta de Población Activa 2012⁷⁹, de donde se deriva que sólo al 34,42 por 100 de las personas de 65 a 69 años que estaban cobrando una pensión les hubiera gustado seguir trabajando, lo que resulta perfectamente comprensible desde el punto de vista humano.

Por tanto, actualmente no parece que la preocupación principal de los futuros pensionistas sea continuar trabajando, es decir, envejecer activamente, sino que, a partir de una cierta edad esa preocupación se centra en mantener su (o un) empleo hasta llegar a la edad ordinaria de jubilación.

- b) Pero, ¿puede cambiar esa tendencia? Es decir, ¿pueden producirse circunstancias que lleven a las personas, a medio o largo plazo, a verse obligadas no sólo a continuar trabajando más allá de la edad de jubilación sino también a, una vez jubilados, recurrir a las fórmulas de compatibilidad que hemos examinado? A nuestro entender, esa posibilidad existe, no a corto plazo, pero sí a medio y largo plazo. Y ello como consecuencia de los efectos combinados de las últimas reformas en materia de jubilación implantadas vía Leyes 27/2011 y 23/2013, y de la propia evolución del mercado de trabajo, por los motivos siguientes:
 - La ampliación del período de cálculo de la base reguladora hacia los 25 años a partir del 1 de enero de 2022⁸⁰ va a tener como resultado, con carácter general, una reducción del importe de las pensiones de jubilación.
 - También como consecuencia de la Ley 27/2011, resultará más difícil alcanzar el 100 por 100 de la correspondiente base reguladora, al exigirse, a partir del 1 de enero de 2027⁸¹, 37 años completos cotizados.

⁷⁹ www.ine.es.

⁸⁰ Disposición transitoria 5ª de la LGSS.

⁸¹ Disposición transitoria 21ª de la LGSS.

- Aun cuando existen elementos variables, parece muy probable que la aplicación, a partir del día 1 de enero de 2019, del factor de sostenibilidad⁸² provocará una reducción automática e importante —además, con un incremento progresivo— del importe de la pensión de jubilación, con un carácter generalizado⁸³.
- La situación del mercado de trabajo va a hacer más difícil, tanto para los jóvenes como para los que no lo son tanto (mayores de 45 años), cumplir todos los requisitos exigidos para obtener una pensión de jubilación del 100 por 100 de la base reguladora, tal y como era habitual en la práctica (no podemos olvidar que tras la Ley 27/2011 y el RDL 5/2013 la pensión de jubilación, en cualquiera de sus modalidades, está cada vez más pensada para personas con largas carreras de cotización). Sin entrar con más detalle en ello, aquí cabe citar factores como: el elevado nivel de desempleo juvenil, la más tardía inserción en el mercado de trabajo, el que la contratación temporal sea muy habitual, la contratación a tiempo parcial (que aunque ha mejorado su protección desde la perspectiva del acceso a las pensiones, sigue dando lugar a prestaciones de cuantía escasa), el previsible incremento de carreras laborales y de cotización más inestables, los períodos prolongados en situaciones de desempleo sin cotización por jubilación (cabe criticar aquí la reforma restrictiva llevada a cabo en el marco del subsidio por desempleo para mayores de 55 años), la forma en que se cubren las lagunas de cotización, etc. A lo que cabe añadir un factor de género, por cuanto alguno de esos factores están más presentes o de forma diversa en el caso de las mujeres, a los que cabe añadir, además, las consecuencias negativas desde la perspectiva de la Seguridad Social que tienen las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

En definitiva, a nuestro entender, la concurrencia de todos esos factores puede traducirse previsiblemente en un panorama en que la pensión de jubilación tendrá un importe bastante más reducido de aquél al que estamos acostumbrados y

⁸² Sobre el alcance del mismo, vid B. SUÁREZ CORUJO, “El sistema...”, *ob. cit.* pp. 264 y ss.; S. M. RUESGA, “Hacia dónde caminar en el futuro del sistema público de pensiones. Una reflexión al hilo de Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad de las pensiones (junio 2013)”, *Relaciones Laborales* n° 7/8, pp. 2 y ss. y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER y M. E., CASAS BAAMONDE, “El factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación y la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad”, *Relaciones Laborales*, n° 5/2014, pp. 1 y ss.

⁸³ En palabras de Desdentado Bonete: “...el nuevo sistema llevará a una reducción sensible del nivel de protección: de una manera bastante inexorable, aunque a largo plazo, en la cuantía de las pensiones de jubilación, al minorar éstas en función del aumento de la esperanza de vida, y de forma aparentemente más aleatoria... mediante la eliminación de la garantía de la revalorización por el IPC...”, en B. SUÁREZ CORUJO, “El sistema...”, *ob. cit.* p. 16.

que, en consecuencia, no sea suficiente para garantizar una subsistencia adecuada durante, además, un período de tiempo superior al ir incrementándose la esperanza de vida. Por tanto, el futuro pensionista deberá plantearse la necesidad de contar, tal y como ya se apunta en la exposición de motivos de la Ley 23/2013, con vías alternativas para cuando esa situación futura se produzca, que pueden ser, por ejemplo, la contratación de un plan de pensiones o un contrato de seguro, el ahorro, las inversiones de diverso tipo (mobiliarias, inmobiliarias, vías como la hipoteca inversa...), y/o continuar trabajando, a través de las fórmulas que precisamente hemos examinado. En consecuencia, la libertad, a la que nos referíamos antes, para dejar de trabajar al alcanzar la edad de jubilación puede verse comprometida en el futuro y lo será no para cumplir con la idea del envejecimiento activo sino para poder obtener los ingresos suficientes para subsistir adecuadamente.

Un último apunte consiste en señalar que, a diferencia de otros países, en el nuestro los planes de pensiones están poco extendidos. A nuestro entender, teniendo en cuenta el panorama antes planteado, debería reformularse también su papel, encaminándolos cada vez más hacia una función de complemento necesario para la futura jubilación; obviamente, sólo para aquéllos que tengan los recursos económicos suficientes.

3.5.5. Finalmente, en relación con la segunda cuestión antes planteada, esto es, si las vías actuales de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación son las más adecuadas, cabe hacer varias consideraciones⁸⁴:

- a) Resultaría recomendable una regulación más sistemática, coherente y coordinada, salvando la situación actual en que, como hemos visto, las figuras se han ido aprobando sucesivamente, de forma descoordinada y con un alcance y consecuencias diversas para el pensionista. Cabe pensar en una regulación común con un alcance subjetivo generalizado (deberían replantearse, en consecuencia, las situaciones de privilegio o particulares de los mutualistas colegiados, los profesores eméritos de universidad...), incluyendo el sector privado y el público.

Y para garantizar la coherencia normativa, debería modificarse el artículo 165.1 de la LGSS, eliminando la incompatibilidad general trabajo-pensión allí prevista. En efecto, si la jubilación no es una situación de incapacidad laboral —que no lo es— sino el derecho al descanso por el esfuerzo vital desarrollado o por haber desarrollado una larga carrera de cotización, no puede mantenerse la incompatibilidad con el trabajo como regla general. Hay que invertir los términos, previendo en la propia LGSS que la regla ge-

⁸⁴ Claramente favorable a una reforma se manifiesta Sempere Navarro, A. V., “El debate...”, *ob. cit.* pp. 10 y ss.

neral es la compatibilidad salvo excepciones muy concretas porque lo contrario (como vía de fomento de la empleabilidad de jóvenes y desempleados no tan jóvenes) no ha tenido el efecto buscado de reemplazo o rejuvenecimiento de plantillas⁸⁵. Es más, esa incompatibilidad general constituye un obstáculo para el fomento de las políticas de envejecimiento activo.

- b) Salvo el límite del trabajo en el sector público, debería permitirse una compatibilidad entre la pensión y el trabajo ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia, a tiempo completo o parcial. Obviamente, habría que respetar los límites derivados de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, particularmente lo dispuesto en el artículo 25 de la LPRL, sobre la base del factor mayor edad. Otra cuestión son los efectos que cada una de esas opciones tendría sobre la pensión de jubilación que se venía percibiendo.

Por otra parte, en el caso del trabajo por cuenta propia deberían extremarse los mecanismos de control para evitar situaciones de fraude, en las que se cobre la pensión y se sigan desarrollando las mismas funciones y con la misma intensidad temporal.

Así mismo, la compatibilidad sería aplicable con independencia del tipo de pensión de jubilación que se haya causado, anticipada, ordinaria o postergada, y con independencia del porcentaje aplicable a la base reguladora y el momento en el que se opte por la compatibilidad.

Y, en fin, este sistema resultaría aplicable a todos los regímenes de la Seguridad Social, incluidos los regímenes especiales de funcionarios públicos.

- c) A nuestro entender, más que una reducción fija del 50 por 100 como se prevé en el RDL 5/2013, que tiene un impacto muy diferente en función de la cuantía de pensión que se recibe, la reducción debería vincularse al tiempo de jornada desarrollado en relación a un trabajador a tiempo completo comparable, en la línea de lo previsto actualmente para la jubilación flexible, con alguna corrección. De este modo, en el caso de desarrollar una jornada a tiempo parcial del 60% o superior en relación a un trabajador a tiempo completo comparable (en la línea del artículo 12.1 del ET) se reduciría la pensión al 40% de su cuantía inicial. Por debajo de esa jornada la reducción de la pensión será directamente proporcional a la duración de la jornada en relación a un trabajador a tiempo completo comparable.

Por otra parte, esta solución requeriría un control mucho más estricto en el caso del trabajo por cuenta propia, ante las mayores dificultades de control de la jornada efectivamente realizada; de no poder garantizarse este control sólo cabría el trabajo por cuenta propia a tiempo completo. A estos efectos,

⁸⁵ Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, “Trabajadores...”, *ob. cit.* p. 9.

cabe recordar que, aunque previsto legalmente, el trabajo por cuenta propia a tiempo parcial todavía no está admitido en nuestro país.

En todo caso, la actividad laboral o profesional puede seguir desarrollándose en la misma empresa o consistir en la misma actividad profesional anterior o bien pueden variar.

Obviamente, este sistema sólo resultará interesante para el pensionista cuando la remuneración recibida en el nuevo trabajo supera lo dejado de percibir en concepto de pensión.

- d) Respecto a la obligación de cotizar a la Seguridad Social, si queremos fomentar el envejecimiento activo, debería mantenerse un sistema reducido de cotización pero sin que el mismo suponga un perjuicio económico para el sistema de Seguridad Social (probablemente el 8 por 100 actual en el caso del RDL 5/2013 es demasiado bajo). Es más, esa cotización reducida servirá de incentivo para las empresas contratantes.

No obstante, al tratarse de una cotización más baja no podría tener efectos en cuanto a la modificación de la correspondiente base reguladora de la pensión o en el porcentaje aplicable, ni tampoco a los efectos de reducir o suprimir el coeficiente reductor en el caso de tratarse de una jubilación anticipada.

Sin embargo, cabe tener presente que, en el caso de la jubilación anticipada, el pensionista —con el acuerdo de la empresa— podría optar por suspender el cobro total de la pensión y cotizar de forma ordinaria, de modo que, una vez cese en el trabajo, las cotizaciones realizadas se tendrían en cuenta a los efectos del recálculo de la base reguladora, el porcentaje aplicable y la reducción o supresión del correspondiente coeficiente reductor.

- e) Aun cuando no entraremos en ello, también cabría plantearse si resultaría conveniente establecer incentivos fiscales con el objetivo de prolongar la vida activa de las personas (ya se trate de retrasar la edad de jubilación ordinaria o de recurrir a las vías de compatibilidad aquí analizadas).
- f) Obviamente, el pensionista lo seguiría siendo a los efectos de la asistencia sanitaria y demás ventajas.
- g) Deberían establecerse los límites y condicionantes necesarios, desde la perspectiva laboral, para evitar que este sistema sirviera como una vía de competencia para el empleo entre el colectivo de los pensionistas y los trabajadores desempleados, si bien, como ya hemos afirmado, ésta es una cuestión compleja y la interrelación real en el empleo entre uno y otro colectivo es difícil de determinar. Y también deberían fijarse límites para evitar un efecto sustitución por parte de las empresas entre trabajadores y pensionistas.

Y, desde otra perspectiva, resulta necesaria una nueva forma de gestionar la edad en las empresas, evitando y eliminando los estereotipos negativos

actualmente vinculados a las personas de más edad. Debería modificarse la forma como el mercado de trabajo, las empresas, los propios trabajadores y la sociedad valora a los trabajadores de más edad. No podemos olvidar que el fomento del envejecimiento activo sólo podrá ser cierto cuando los trabajadores de edad avanzada tengan posibilidades reales de empleo, lo que no se produce en nuestro mercado de trabajo y, menos en estos momentos de crisis.

- g) Esta fórmula de compatibilidad sería compatible con las otras figuras que tienen como finalidad el favorecimiento de la prolongación de la vida activa a partir de la edad ordinaria de jubilación, como la jubilación postergada o la exoneración de cotizaciones prevista en el artículo 112 bis de la LGSS, que debería ampliarse al marco de las Administraciones Públicas (dónde también cabe fomentar el envejecimiento activo).
- h) Finalmente, el cobro de la pensión reducida debería ser compatible no sólo con el trabajo sino también con la percepción, en su caso, del correspondiente plan de pensiones o figura alternativa.

Evaluación e impacto de género en las políticas públicas relativas a las personas de edad y el mercado de trabajo

Amparo M. Molina Martín

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Granada

1. APERTURA: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

Emprender, para cerrar esta obra, la tarea de analizar la evaluación e impacto de género en las políticas públicas relativas a las personas de edad y el mercado de trabajo implica atender, ajustando la mira, a un tema especialmente concreto y preciso, en lo objetivo sin duda, pero muy en particular en lo subjetivo. No en vano, al disertar sobre un tema como éste nos exponemos a situaciones de “discriminación múltiple”¹ —o bien, soslayando prejuicios, de “diferenciación múltiple”— por cuanto conectan distintos factores personales o sociales (sexo y edad, en nuestro caso).

En cierta medida, este trabajo se inspira en lo dispuesto en los arts. 22.2 y 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno tras su modificación por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno —absolutamente descriptiva de sus contenidos, como puede apreciarse—. Y, como ello, también le confieren contexto —básicamente— tanto el art. 19 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres —sobre “informes de impacto de género”— como el art. 2.1.e) del Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo —sobre el apartado “impacto por razón de género” en la misma—.

A nuestro modo de ver, el estudio plantea distintas trayectorias —sintetizadas para el presente en tres etapas— que es preciso recorrer sucesivamente:

¹ Expresión utilizada por el *Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016*, disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh14/social/Documents/PEIO2014-2016%20%28PLAN%20IGUALDAD%20OPORTUNIDADES%29.pdf>, p. 20, entre otras (consultado el 15 de mayo de 2015).

- a) Una —para nosotros, la primera— se corresponde con la presencia de evaluación e impacto de género (diagnóstico) en la elaboración en sí de las políticas públicas relativas a las personas de edad y el mercado de trabajo. Equivale esta tarea a lo que la “Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo”² denomina “descripción de la situación de partida” en el marco del “análisis del impacto de género”³ y que debería de constar acompañando a cada norma. Ahora bien —como se observa de seguido— no abundan precisamente los casos en que se da así —de acceso público y directo, de hecho, son una gran minoría⁴—.
- b) Otra trayectoria, relativamente complementaria de la anterior, es la de los efectos de dichas políticas sobre tal colectivo desde la perspectiva de género —propriadamente, la evaluación de su aplicación (consecuencias, resultados o efectos)—.

Sobre este particular, en realidad, realizamos un ejercicio con “doble espectro”. Por una parte empleamos indicadores llamados “de realización o cumplimiento que ayudan a observar y evaluar la eficiencia de una política”, y por otra parte nos valemos de indicadores “de resultado, utilizados para observar y valorar la eficacia” —*ergo*—, “si el desempeño de una política tiene consecuencias adicionales sobre el entorno y su población, si son deseadas o no, si son positivas o negativas”⁵.

- c) Aparte, entendemos que también han de ser objeto de análisis —de hecho, previamente a la evaluación como tal de las políticas— las medidas adoptadas para procurar la igualdad de las personas de edad avanzada en el mercado de trabajo.

En términos técnicos, este punto acapara la perspectiva más puramente jurídica, normativa, que presenta el objeto de estudio, en coordinación tanto temporal y espacial como material con el resto de instrumentos analizados.

² Aprobada en el Consejo de Ministros del 11 de diciembre de 2009, disponible en http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Monografias/parrafo/01111111111114/text_es_files/Guia-metodolog-impacto-normativo.pdf (consultado el 15 de mayo de 2015).

³ Ut supra, pp. 40-41.

⁴ De los pocos que “se salvan”, citamos el *Informe de Impacto de Género del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado 2014*, disponible en <http://www.congreso.es/docu/pge2014/IGPG2014.pdf> (consultado el 15 de mayo de 2015).

⁵ Conceptos extraídos de VOLIO MONGE, R., *Guía de indicadores para la evaluación del impacto de género de las políticas públicas*, Área de Juventud, Educación y Mujer del Cabil-do Insular de Tenerife - Proyecto Violeta (03/MAC/3.3/C7), Tenerife, 2006, p. 32, disponible en <http://www.tenerifevioleta.es/upload/201421115640.pdf> (consultado el 15 de mayo de 2015).

Refleja este planteamiento —evidente parece— una marcada influencia de la técnica del *mainstreaming* de género en tanto “aplicación de las políticas de igualdad en las políticas generales”, de manera transversal, “introduciendo la igualdad en todas las fases de la intervención pública”⁶; en otras palabras: “la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas”⁷.

En sintonía con ello, la evaluación y el impacto de género en y de las políticas públicas entra en conexión con el doble plano en el que se proyecta jurídicamente la igualdad: el formal, de igualdad ante la ley, y el real o material. No en vano, recordando a CARMONA CUENCA, “el principio de igualdad material viene siendo entendido como una reinterpretación de la igualdad formal en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición real formal en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos”⁸. Y así precisamente —como decíamos— procedemos en nuestro discurso, yendo de lo preexistente a lo consiguiente transitando por lo sucedido entre ambos.

2. SITUACIÓN DE PARTIDA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: DIAGNÓSTICO O EVALUACIÓN INICIAL DE LA VARIABLE “MERCADO DE TRABAJO-PERSONAS DE EDAD- PERSPECTIVA DE GÉNERO”

2.1. Breve delimitación espacio-temporal

No obstante la amplia trayectoria que presentan las políticas públicas relacionadas con el tema que nos ocupa —podríamos remontarnos a la Ley 51/1980,

⁶ Son referencias de FUNDACIÓN MUJERES, *Informes de impacto de género. Guía de aplicación práctica, para la elaboración de informes de impacto de género de las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, de acuerdo a la Ley 30/2003*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2005, p. 13, disponible en <https://www.nodo50.org/mujeresred/IMG/pdf/guiaimpacto.pdf> (consultado el 15 de mayo de 2015).

⁷ CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas*, Estrasburgo, 1998, según cita de la COMISIÓN EUROPEA, *Manual para la perspectiva de género en las políticas de empleo, de inclusión social y de protección social*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2008, p. 11, disponible en <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2045&langId=es> (consultado el 15 de mayo de 2015).

⁸ En E. CARMONA CUENCA, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 84, 1994, p. 265, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27265.pdf> (consultado el 15 de mayo de 2015).

de 8 de octubre, Básica de Empleo, que conminaba al Gobierno a adoptar “programas destinados a fomentar el empleo de los trabajadores con dificultades de inserción en el mercado de trabajo, especialmente (...) (*entre otros*) mujeres con responsabilidades familiares (*y*) trabajadores mayores de cuarenta y cinco años de edad” (art. 10.1)— consideramos conveniente concentrar su análisis en el periodo actual o más reciente. Crisis económica obliga, como parece natural, dada su profunda repercusión a todos los niveles, lógicamente incluido tal ámbito material. Tanto es así —y, de hecho, es un elemento central en este contexto al que nos referimos— que la propia dinámica de planteamiento, adopción y articulación de dichas políticas públicas experimenta transformaciones de calado, resultado principal de la instauración de la “Estrategia Europa 2020” y sus “compromisos añadidos”.

Al hacer mención de estas cuestiones estamos refiriéndonos, en concreto, a las actuaciones que han de desarrollar los Estados miembros en el marco de la programación del llamado “Semestre Europeo”. Más particularmente, fijamos la vista, en primer lugar, en los denominados “Programas Nacionales de Reformas” —planes que nuestro Gobierno, como los del resto de Estados miembros, proyecta para acometer las tan conocidas ya “reformas estructurales” para la consecución del crecimiento y el empleo—. Aparte, junto con ello, y aproximándonos más al objeto de nuestro estudio, también interesan las Estrategias Españolas de Activación para el Empleo y la de los Planes Anuales de Política de Empleo. Con el análisis de estas tres “patas” que en nuestro país sustentan las políticas públicas “de cabecera” para la presente investigación, en fin, comenzamos.

2.2. *Análisis de instrumentos “de política general” con una “óptica particular”*

2.2.1. **La construcción de las políticas públicas en los Programas Nacionales de Reformas: una mirada con perspectiva de género orientada a las personas de edad en el mercado de trabajo**

Como decíamos, dentro del marco de coordinación a escala comunitaria, las políticas públicas internas se referencian de primeras en los “Programas Nacionales de Reformas” —presentes ya desde 2005 pero “revitalizados” en este particular contexto presente—. No en vano, como señala MULAS GRANADOS, se trata —el P.N.RR.— de “un documento (*aunque*) breve, de alto contenido político, con objetivos claros, medidas concretas, implicaciones presupuestarias, y fuertemente coordinado entre los ministerios de cada país”⁹.

⁹ En C. MULAS GRANADOS, “La Estrategia de Lisboa, el Programa Nacional de Reformas y las políticas de oferta en España”, *Política Económica en España - ICE*, núm. 837, 2007, p.

Lo que en nuestro país establecen tales “Programas” —y de ahí el introito— condiciona radicalmente toda política pública, lo cual justifica claramente que los señalemos como punto de partida de nuestra disertación acerca de la evaluación e impacto de género en aquéllas relativas a las personas de edad y el mercado de trabajo. En tal sentido, han de ser los últimos PP.NN.RR. —de 2011 a 2015— los que creemos que han de ser atendidos dado el alcance del presente estudio.

Revela el análisis de estos “Programas” que la variable como tal “mercado de trabajo-personas de edad-perspectiva de género” tiene en ellos una presencia bastante limitada, si no testimonial. No en vano, revisados todos los de “nuestra época” hasta 2015, no encontramos más referencias de interés que las del P.N.RR. 2011¹⁰, y ni siquiera éstas son lo específicas que necesitaríamos. Evaluación e impacto de género en las políticas públicas sí encontramos, genéricamente, pero con ello sólo se cubre una de las premisas de nuestra investigación. En consecuencia, que se afine hasta desagregar específicamente los datos e informaciones relativos a las personas de edad y el mercado de trabajo es algo que “va al debe” de tales “Programas”.

En el “haber” —como anticipábamos—, el P.N.RR. 2011 al menos plantea algunos “escenarios genéricos” —que proyecta reconfigurar con una serie de medidas que, entre otras, se comentan más adelante¹¹—. Por un lado, entre los “obstáculos que dificultan un funcionamiento eficiente del mercado de trabajo”, incluye “las *dificultades en el acceso y promoción de las mujeres al empleo en condiciones de igualdad, que provoca una menor tasa de empleo femenino*”¹². Por otro lado, como obstáculos para la “inclusión social”, señala la “*elevada incidencia del desempleo, el trabajo informal y la precariedad laboral en personas con baja formación y en grupos de población con mayor riesgo de exclusión*” —entre otros, “*personas trabajadoras mayores (...) con especial incidencia en las mujeres*”— y las “*dificultades de empleabilidad y recualificación de personas desempleadas de larga duración y personas trabajadoras mayores, con especial repercusión en las mujeres*”, añadiendo el “bajo nivel de empleo de las mujeres, que explica en parte la baja intensidad de empleo de muchos hogares y el bajo nivel de renta, y segmentación del mercado de trabajo”, y, finalmente, las “*limitaciones en (...) la promoción de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres*”.

Aún con todo, insistimos en que no se detecta una evaluación específica de la situación de las personas de edad en el empleo con atención a la dimensión del

232, disponible en http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_837_231-245__3E1BE0BB64DE80B94DBECA9354B89685.pdf (consultado el 15 de mayo de 2015).

¹⁰ Programa Nacional de Reformas de España 2011, disponible en http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nrp/nrp_spain_es.pdf (consultado el 15 de mayo de 2015).

¹¹ Vid. apdo. 3.

¹² Programa Nacional de Reformas de España 2011, cit., pp. 16-17.

género; es más, en los “Programas” subsiguientes el foco se redirige a las personas jóvenes —ya desde el P.N.RR. 2012¹³ y hasta el de 2015, donde de hecho, como en el de 2014, desaparece toda referencia con tal impacto—. Presumimos que detrás de tal circunstancia puede estar —entre otros, seguramente— el hecho de que la “Europa 2020” establezca su objetivo primero de que el 75% de la población esté empleada, sin prácticamente distinciones por edad (entre 20 y 64 años, dice) y ninguna por razón de sexo, y que España, por su parte, se haga eco de ello casi “de forma estricta” o “no extendida”. Siquiera, dentro de ese mismo rango de edades, se da la excepción del empleo femenino para el que nuestro país cuenta con el “subobjetivo” de alcanzar una tasa del 68,5% en dicho año 2020 (55,8% de 2010)¹⁴.

Ámbito e indicadores: EMPLEO	UE-27		ESPAÑA		
	Dato 2009	Objetivo 2020	Dato 2010	Objetivo 2015	Objetivo 2020
Tasa de empleo 20-64 años	69,1%	75%	62,5%	66%	74%
Subobjetivo España: tasa empleo femenino 20-64 años	62,5%	-	55,8%	-	68,5%

Fuente: Programa Nacional de Reformas de España 2011, cit., p. 45 (Elaboración propia).

Con todo, conviene poner de relieve que ni la fijación de este “subobjetivo” para nuestro país ni la realización del diagnóstico *ad hoc* han tenido continuidad —no nos consta— en los ulteriores PP.NN.RR., lo que anticipa el estado de desatención en el que se encuentra actualmente el asunto. Oportunidad hubo para ello, por ejemplo, en el P.N.RR. 2013, donde —bajo el epígrafe “Progresos para alcanzar los objetivos nacionales de la Estrategia Europa 2020”— se actualizó el porcentaje de la tasa de empleo de las personas entre 20 y 64 años (“cayó en 2012 desde el 61,6% al 59,3%”); pero —como decimos— tampoco en esta ocasión se distinguió por sexo. Y si bien se dejó constancia en dicho Programa de que el Plan Anual de Política de Empleo (P.A.P.E.) se dirigía, entre otros extremos, a “desarrollar medidas de fomento del empleo para colectivos específicos”, su “especial atención” viró finalmente hacia las personas con discapacidad¹⁵ —amén las numerosas iniciativas para promover el empleo juvenil—. En última instancia, hay que hacer poco menos que un ejercicio de voluntarismo para apreciar la toma en consideración de la cuestión que nos ocupa en expresiones como “colectivos especialmente afectados por el desempleo”, “personas más vulnerables”, “situaciones

¹³ Programa Nacional de Reformas de España 2012, p. 195, disponible en http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/nrp2012_spain_es.pdf (consultado el 15 de mayo de 2015).

¹⁴ Programa Nacional de Reformas de España 2011, cit., pp. 16 y 45.

¹⁵ Programa Nacional de Reformas de España 2013, p. 40, disponible en http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nd/nrp2013_spain_es.pdf (consultado el 15 de mayo de 2015).

de especial dificultad” o “riesgo de exclusión” —todas ellas, y algunas otras más, reproducidas sucesivamente, también en el “actual” P.N.RR. 2015¹⁶—.

2.2.2. Las Estrategias Españolas de Empleo, o de Activación para el Empleo, como espacio de evaluación con impacto de género respecto de personas de edad

Entre los PP.NN.RR. —recién comentados— y los PP.AA.P.E. —más adelante— completan la terna de instrumentos de las políticas públicas —las relativas al mercado de trabajo en particular, como decimos— las “Estrategias Españolas de Empleo” (EE.EE.E.) —o “Estrategias Españolas de Activación para el Empleo” (EE.EE.A.E.) conforme a su denominación actual *ex art.* 4 bis de la Ley de Empleo¹⁷—.

Puesta bajo “nuestra lupa”, en primer lugar, la E.E.E. 2012-2014 reproduce el dato de que en España es “objetivo de política de empleo 1 (...) elevar la participación en el mercado de trabajo y reducir el desempleo, con la consecución de una tasa de empleo del 74% para la población de entre 20 a 64 años en el horizonte 2020, con un sub-objetivo de tasa de empleo femenino para el mismo grupo de edad del 68,5% en 2020”¹⁸. Y si bien sobre el particular no aporta más valoración de partida, a modo de evaluación inicial, sí es de destacar en ella el establecimiento de indicadores específicos “de seguimiento y evaluación del grado de cumplimiento de los Objetivos de Política de Empleo” como, muy en particular, “diferencia entre las tasas de empleo de hombres y mujeres desagregadas por sexo y edad” y “tasas de paro de larga duración desagregadas por sexo y edad”; y similarmente entre sus “objetivos operativos o de participación” con el indicador “número de mujeres mayores de 45 años con competencias que han acreditado su experiencia profesional”. En todo caso, se trata de una cuestión cuyo análisis corresponde a un lugar más avanzado de nuestra investigación¹⁹.

La recogida de un diagnóstico de partida o evaluación *ex ante* con ese componente del género sí consta, ahora bien, en la E.E.A.E. 2014-2016, siquiera res-

¹⁶ *Programa Nacional de Reformas de España 2015*, pp. 28, 50 y 216, entre otras, disponible en http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/nrp2015_spain_es.pdf (consultado el 15 de mayo de 2015).

¹⁷ Recuérdese: modificación de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo operada por el art. 3.Uno del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo; luego por el art. 114.Dos del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia; y nuevamente por el art. 114.Dos de la Ley 18/2014, de 15 de octubre (homónima).

¹⁸ Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, p. 121086 (BOE de 19 de noviembre de 2011, núm. 279).

¹⁹ *Vid.* apdo. 4.

pecto de la *población mayor de 55 años*. No en vano, su objetivo estratégico específico en el ámbito que nos concierne se ciñe a favorecer la empleabilidad de este colectivo. De ella se indica que “*durante los últimos diez años (...) mantiene un ascenso continuado en su participación en el mercado de trabajo (pues desde 2007 a 2013 se han incorporado 600.500 activos, de los que un 73,3% son mujeres)*”. Junto con ello señala —como contrapunto— que *en materia de empleo “solo ha aumentado en 154.300 ocupados más”,* lo que se corresponde con “*446.300 parados más entre 2007 y 2013*”. Concretamente —añade— “*este tramo de edad presenta unas tasas de desempleo del 19,8% en el primer trimestre de 2014 (20,3% para los hombres y 19,1% para las mujeres) (...) por debajo de la media nacional del 25,9% (pero) casi 14 puntos porcentuales superior a la de 2007*”. A más, apunta que tiene una fuerte incidencia en ello el paro de larga duración toda vez, en ese mismo trimestre, “*el 75,4% de los parados de más de 55 años llevaban más de un año en búsqueda de empleo y el 58,1% más de 2, con niveles relativamente similares para hombres y mujeres*”. Y, en fin, la E.E.A.E. 2014-2016, ahora sí *incluyendo a los trabajadores mayores de 45 años,* deja constancia de que “*los niveles formativos más representados (...) son el equivalente a Educación Secundaria Obligatoria (ESO), que representa el 60,6%, y la Formación Profesional en un 10,3%*”²⁰.

2.2.3. Evaluación, impacto de género y personas de edad en los Planes Anuales de Política de Empleo

Respecto de esta “tercera pata” que representan los PP.AA.P.E.²¹, dentro del rango de anualidades seleccionado, el examen de sus contenidos en términos de evaluación e impacto de género con la variable de las personas de edad arroja resultados similares a los de los PP.NN.RR. recién comentados.

Yendo al detalle, hemos eso sí de realzar la presencia del “indicador de contexto” específico “tasa de empleo de la población de más edad (55-64 años) por sexo según territorio” en el marco del segundo de los objetivos —“mejorar la empleabilidad de los demás colectivos afectados por el paro”— del P.A.P.E. 2012²² —tras, cómo no, el de “reducir la tasa de desempleo juvenil”—. Ello no obstante,

²⁰ Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016, p. 74006 (BOE de 23 de septiembre de 2014, núm. 231).

²¹ Como es sabido, respecto de este tipo de instrumentos es debido dirigirse a lo dispuesto por el art. 4 ter de la Ley de Empleo.

²² Resolución de 24 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2012, Anexo V, p. 55769 (BOE de 4 de agosto de 2012, núm. 186).

el P.A.P.E. 2013²³, como el P.A.P.E. 2014²⁴, aunque sí desagregan datos tanto por edades como por razón de sexo, no lo hacen de manera combinada —excepto, otra vez, para “los jóvenes”, en el de 2014, quedando en su(s) seno(s) huérfana la evaluación para las personas de edad y con perspectiva de género—.

Con todo, es importante poner en valor la previsión de dicho elemento-indicador de contexto por cuanto, como se señala desde la propia COMISIÓN EUROPEA, el mismo permite positivamente la “obtención de una prueba (o parte de ella), necesaria para realizar una argumentación”²⁵. Así pues, generada la categoría y disponibles los datos, deberían de sucederse las “reacciones políticas” —reacciones que, en forma de medidas jurídicas socio-laborales, comentamos en las líneas *infra*²⁶—.

2.3. Políticas públicas “exclusivas” para personas de edad y mercado de trabajo: evaluación e impacto de género en la “Estrategia 55 y más”

No obstante la parquedad de datos de diagnóstico en los instrumentos —digamos— “genéricos” de las políticas públicas, contamos con un importante referente en el estudio del tema que nos ocupa —ya ha sido puesto de manifiesto en otros trabajos de esta misma obra— en la denominada “Estrategia 55 y más” (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)²⁷. Contemporánea —como veíamos— de la E.E.E. 2012-2014 —y, de hecho, anunciada en ella como materialización de lo mandatado en la disp. adic. segunda del RDL 1/2011²⁸— salta a la vista por su rúbrica que está en directa conexión con nuestro objeto de estudio.

²³ Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 2013 y publicado por Resolución de 28 de agosto de 2013, de la Secretaría de Estado de Empleo (BOE de 10 de septiembre de 2013, núm. 217, pp. 66838-66441).

²⁴ Aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de septiembre de 2014 y publicado por Resolución de 16 de septiembre de 2014, de la Secretaría de Estado de Empleo (BOE de 24 de septiembre de 2014, núm. 232, pp. 74481-74551).

²⁵ En http://ec.europa.eu/europeaid/evaluation/methodology/examples/too_ind_res_es.pdf, p. 10 (consultado el 15 de mayo de 2015).

²⁶ Vid. apdo. 3.

²⁷ Publicado en el BOE de 24 de noviembre de 2011, núm. 283.

²⁸ Redacción original, inalterada, del Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas (BOE de 12 de febrero de 2011, núm. 37, p. 15139), concreción a su vez del compromiso alcanzado en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, de 2 de febrero de 2011, pp. 23-24, disponible en <http://www.ccoo-servicios.info/archivos/acuerdopensiones.pdf> (consultado el 15 de mayo de 2015).

Varios y diversos son los pasajes de esta “Estrategia 55 y más” que reproducen datos estadísticos ilustrativos de la situación del colectivo a modo —como venimos comentando— de evaluación con dimensión de género, si bien mayormente referida a mujeres, de las políticas públicas en el mercado de trabajo. Además, los encontramos tanto globales o panorámicos como específicos, temáticos.

Así, por un lado, para el “diagnóstico de la situación y perspectivas de los trabajadores y trabajadoras de más edad en el mercado de trabajo en España” (apdo. II) se indica, en general, que *“se caracterizan por presentar unos niveles de actividad y empleo bajos, en la medida que integran los grupos en edad laboral más avanzada y aquéllas otras próximas a la jubilación, (...) tasas de paro más bajas, con una presencia mayoritaria de hombres (y donde) predominan las personas con niveles de estudios relativamente bajos”*. Más en detalle, se detecta que *“los trabajadores y las trabajadoras de 55 a 64 años constituyen un colectivo heterogéneo: hasta los 59 años presentan una tasa de empleo algo inferior a la tasa media; en el caso de los hombres la superan mientras que entre las mujeres es muy inferior (mientras que) a partir de los 60 años se observa una caída brusca de la tasa de actividad y de la tasa de empleo”*, añadiendo que *“en el curso de los cuatro últimos años se observa una presencia progresivamente más elevada de mujeres, para las que el empleo ha seguido creciendo durante la crisis, así como un peso del paro relativamente bajo, pero con una incidencia mayor del paro de larga duración”*.

Por otro lado, al abordar el tema de “formación para el empleo, recualificación profesional y acreditación de competencias profesionales” (apdo. VI.3.2), particulariza la atención en las mujeres mayores de 55 años toda vez, *“aunque la tasa de paro no es muy elevada en este colectivo, menos de 300.000 personas, en los últimos años se ha producido un incremento muy importante (47% en 2010 respecto de 2007)”*. No en vano —continúa— *“las actividades donde se concentra el empleo de los trabajadores y las trabajadoras mayores se encuadra dentro del sector servicios (que) es donde la presencia de la mujer es más elevada, y mayoritariamente en ocupaciones elementales”*.

Así las cosas, parece inferirse del “estado de la cuestión” que las políticas públicas relativas a las personas de edad y el mercado de trabajo quedan circunscritas a la denominada “Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad”. Y si es ello en efecto así —de hecho, en el preámbulo del RDL 5/2013 se describe como “marco general de las políticas que se dirijan a favorecer el empleo de las personas de más edad”— automáticamente hemos de hacer notar la marginalidad en que queda el colectivo de hombres y mujeres de entre 45 y 54 años por no subsumirse en dicha categoría. La responsabilidad social que se exhibe respecto de él resulta, pues, a nuestro modo de ver, deficitaria. A más, si recordamos que la vigencia de la “Estrategia” finaliza en 2014 y nada se

conoce por el momento sobre resultados directos, eventuales prórrogas, o revisiones —menester sería— las perspectivas no son mejores.

3. LA (RE)ACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA REALIDAD DE HOMBRES Y MUJERES DE EDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO

En el camino que va desde el diagnóstico con perspectiva de género en las políticas públicas hasta la evaluación con impacto de género de las mismas, tomando como variable las personas de edad y el mercado de trabajo, consideramos obligado —como decíamos— hacer parada en el análisis de las medidas que les sirven de expresión, en las que se materializan. De lo que se trata a continuación, en suma, es de comentar su grado o nivel de ejecución a través de instrumentos normativos.

Puestos, así pues, a detectar las medidas concretas adoptadas, al tiempo con impacto de género y referidas a personas de edad, en el marco de las políticas públicas sobre el mercado de trabajo, son varios los ámbitos que reclaman atención si nos remitimos a lo proclamado, a modo de propósitos u orientaciones, en los “documentos políticos” analizados. Particularmente nos convoca a ello la “Estrategia 55 y más” pues, no en vano, se significa como “la hoja de ruta que oriente la actuación de las Administraciones Públicas respecto a las medidas dirigidas al colectivo de trabajadores de más de 55 años”, “marco general de las políticas que se dirijan a favorecer el empleo de las personas de más edad, considerándose como tales a los trabajadores y a las trabajadoras de más de 55 años, sin perjuicio de que determinadas medidas que se incluyen en la Estrategia puedan tener una edad de aplicación más temprana (...) (y también) de la actuación de las Administraciones Públicas tanto a corto, como a medio plazo, en el periodo 2012-2014”²⁹.

Son los siguientes los elementos que esta “Estrategia” destaca:

- a) En materia de formación —en concreto, “*formación a lo largo de la vida laboral*” (apdo. VI.1.5)— se especifica que “la concreción de estas líneas de actuación tendrá especialmente en cuenta las necesidades de formación de las mujeres, de manera que se contribuya a mejorar sus niveles de cualificación y su situación laboral”. Es más, al abordar el tema de “*formación para el empleo, recualificación profesional y acreditación de competencias profesionales*” (apdo. VI.3.2), particulariza la atención en las mujeres mayores de 55 años a fin de que se eleve la formación para el empleo de aquéllas “con nivel de estudios bajos y medios en cualificaciones relacionadas con servicios de restauración, personales, protección y vendedores (...) Por ello, se propone tener en cuenta a este colectivo en la revisión del módulo de

²⁹ Cit., pp. 125319-125320.

formación profesional para el empleo para incluir medidas específicas que promuevan su formación”.

- b) Respecto de la “*evaluación de riesgos, vigilancia de la salud, formación e información para la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad*” (apdo. VI.2.2), se indica que “las evaluaciones de riesgo y la planificación y programación de la actividad preventiva consecuencia de la misma, tendrán en cuenta, asimismo, los riesgos específicos que afecten a las mujeres de más edad”.
- c) Además, y en parte aparte, entre sus “líneas de actuación” alude a la “*especial vulnerabilidad de las mujeres trabajadoras de 55 o más años y que sean víctimas de violencia de género*” (apdo. IV).

Si los dictados de la “Estrategia 55 y más” se materializan en el ordenamiento jurídico positivo es nuestra tarea subsiguiente, que comenzamos chequeando de manera amplia entre los “principios generales” presentes en el “diseño y ejecución de las nuevas políticas activas de empleo”, recogidos en la Ley de Empleo a resultas de las modificaciones incorporadas por el RDL 3/2011. En detalle, del art. 2.d) de dicha L.E. entresacamos el objetivo general de la política de empleo de “*asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años*” —“colectivos prioritarios”, según art. 19 octies L.E. *ex* Ley 18/2014, en tanto “personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo” en favor de las cuales tanto el Gobierno como las Comunidades Autónomas han de adoptar “*programas específicos destinados a fomentar su empleo*”, y los Servicios Públicos de Empleo diseñar “*itinerarios individuales y personalizados*”—. Asimismo, de su art. 24.1.d) referimos el principio general de “la igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo (...) en particular (...) la *igualdad de trato entre mujeres y hombres* para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de sexo” [apdo. d), y en los términos del art. 2.a)].

En sentido estricto, ahora bien, las medidas con impacto de género relativas a personas de edad y mercado de trabajo no terminan de cubrir las expectativas generadas por las proyecciones de las políticas públicas. De hecho, nada detectamos de lo anunciado —recién referido— en ciertas materias, cual es el caso de la de formación o de la de seguridad y salud. Al menos de algunas otras sí podemos dar cuenta:

a) Fomento del empleo - incentivos a la contratación

Existe, en efecto, un primer conjunto de contenidos bien conocidos y experimentados —ya referidos en esta misma obra, de hecho— como son los incentivos

económicos para la creación de empleo³⁰. No en vano, ya el P.N.RR. 2011 señalaba como línea de actuación principal en el contexto de las medidas de “reforma laboral” —que identificaba con la adopción de la Ley 35/2010— “mejorar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas”, y si bien apuntaba a los jóvenes como colectivo de “especial atención” también se refería la necesidad de “mejora de la política de bonificaciones a la contratación indefinida, más rigurosa y selectiva” respecto de “los mayores de 45 años con una permanencia prolongada en el desempleo” y, más en particular, de las mujeres³¹.

En suma, las medidas sobre el particular vigentes en la actualidad —que no necesariamente adoptadas en fechas recientes pero sí aplicables aún³²— y que pueden ilustrar esta cuestión, pese a lo relativamente específico de algunas de ellas, son:

NORMATIVA	PRESUPUESTO	INCENTIVO
Art. 11 Ley 11/2013 (vigente hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%)	Contratación indefinida de personas desempleadas de edad igual o superior a 45 años en nuevos proyectos de emprendimiento joven	Reducción del 100% en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante 12 meses
Art. 3.2 Ley 3/2012 (ex disp. fin. 4 Ley 11/2013)	Transformación en indefinidos de contratos para la formación y el aprendizaje, de mayores de 45 años*, directamente o previa cesión desde una ETT. * N.B. Se trata de supuestos inespecíficos pero plausibles (p. ej., trabajador discapacitado = sin limitación de edad)	Bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 1.500 €/año durante 3 años. Cuando se concierte con mujeres, 1.800 €/año
Art. 4.5.b) Ley 3/2012 ⁽¹⁾ (ex art. 2 RDL 16/2013) (vigente hasta que la tasa de desempleo se sitúe por debajo del 15%)	Contratación de mayores de 45 años bajo la modalidad del contrato indefinido de apoyo a emprendedores	Bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 108,33 €/mes (1.300 €/año) durante 3 años. Cuando se concierte con mujeres en ocupaciones en las que sea el colectivo menos representado, 125 €/mes (1.500 €/año)

³⁰ Para una mirada retrospectiva, véase —entre otros— L. M. MARTÍN CALLEJA y S. PÉREZ AGULLA en “Políticas públicas para la igualdad y no discriminación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 153, 2012, p. única (versión *online*), apdo. “2. Colectivos específicos o prioritarios. A) Acciones de fomento del empleo de la mujer”.

³¹ *Programa Nacional de Reformas de España 2011*, cit., pp. 18-19.

³² Lo decimos por la “supresión del derecho a la aplicación de bonificaciones” dispuesta por la disp. trans. 6ª RDL 20/2012, que efectivamente no les afecta (*vid.*).

NORMATIVA	PRESUPUESTO	INCENTIVO
Art. 7 Ley 3/2012 (ex art. 3.2 RDL 6/2013)	Transformación en indefinido de un contrato en prácticas, de relevo o de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, de mayores de 45 años*, directamente o previa cesión desde una ETT. * Ut supra.	Bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 500 €/año durante 3 años. Cuando se concierte con mujeres, 700 €/año durante los mismo 3 años.
Art. 2.2 Ley 43/2006	Contrato indefinido para personas con discapacidad mayores de 45 años o conversión en él de un contrato temporal para fomento del empleo, formativo o procedente de enclave laboral* * Si se trata de mujeres, se admite un grado de discapacidad $\geq 33\%$	<ul style="list-style-type: none"> – Sin discapacidad severa: Bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 5.700 €/año (igual para mujeres y hombres). – Con discapacidad severa: Bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 6.300 €/año (igual para mujeres y hombres). Además, subvención de 3.907€ (por jornada completa, o equivalente si parcial)
Art. 2.3) Ley 43/2006	Contratación indefinida “general” de personas con discapacidad	Incremento de la bonificación que corresponda en 100 €/mes (1.200 €/años) si la edad es de 45 ó más años, o en 70,83 €/mes (850 €/año) si son mujeres
Art. 2.4) y disp. adic. 1ª Ley 43/2006	Contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad con 45 ó más años	<ul style="list-style-type: none"> – Sin discapacidad severa: Bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 4.100 €/año, si hombres, y 4.700 €/años, si mujeres. – Con discapacidad severa: Bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 4.700 €/año, si hombres, y 5.300 €/años, si mujeres.
(1) Téngase presente la modificación realizada sobre este precepto por el art. 2 del RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores sobre proporcionalidad entre bonificación y jornada si el contrato de trabajo se celebra a tiempo parcial.		

Fuente: Elaboración propia a partir de las disposiciones normativas citadas.

b) Protección por jubilación

Aunque no “encaja” perfectamente con nuestro objeto de estudio, entendemos que procede recoger aquí el concreto derecho que ampara a la mujer trabajadora

que extingue su relación laboral como consecuencia de ser *víctima de violencia de género* de acceder a la *jubilación anticipada “por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador”* [art. 161 bis, apdo. 2.A), LGSS *ex* Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, y referenciada en la “Estrategia 55 y más” —*supra*—]. Además, dada su especial incidencia en el empleo femenino, si bien no se trata de una medida *ad hoc*, recordamos las “nuevas” “*normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial*” para acceder a prestaciones sociales (disp. adic. séptima LGSS *ex* Ley 1/2014)³³. Y, en fin, también nos hacemos eco de lo establecido en el Cap. II del RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011 respecto de los beneficios en la carrera de cotización “por cuidado de hijos o menores acogidos” —pendiente aún su extensión a los períodos de atención y cuidado de las personas con discapacidad o personas en situación de dependencia *ex* disp. adic. quinta de la misma Ley 27/2011—, que viene a complementarse con la “promesa” de “incrementar las cuantías de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad para madres que hayan tenido 2 o más hijos (complemento progresivo)” inserta en el “Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017”³⁴.

Poco más —ya lo anticipábamos— cabe añadir al catálogo de medidas para el tema que nos ocupa. Hay más medidas relativas al mercado de trabajo y las personas de edad —p. ej., que “los Servicios Públicos de Empleo se dirigirán, durante un año desde la entrada en vigor de esta norma, a (...) mayores de 45 años en situación de desempleo de larga duración (...) y otros afectados por la crisis que, dentro de estos colectivos, tengan baja cualificación, para llevar a cabo acciones de mejora de su empleabilidad, mediante itinerarios individuales y personalizados de empleo, que incrementen sus oportunidades de ocupación (...)”, *ex* art. 3 del RDL 1/2011³⁵—, como más medidas hay relativas al mercado de trabajo y la igualdad entre mujeres y hombres —“apoyo a la implantación de planes y políticas de igualdad en empresas, fomento de la presencia de mujeres en la toma de decisiones y en puestos de responsabilidad, vigilancia por la Inspección de Trabajo y

³³ Son bien conocidos los datos al respecto. Citamos expresamente, por ser los últimos disponibles a día de la fecha, los de la EPA del INE del primer trimestre de 2015: 26,2% de mujeres frente a 4,6% de hombres, entre 45 y 49 años; 22,7% frente a 4,5%, entre 50 y 54; 22,2% frente a 5,1%, entre 55 y 59; y más o menos así sucesivamente. Para más detalle, <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4168> (consultado el 15 de mayo de 2015).

³⁴ A fecha de cierre del presente trabajo, este “Plan Integral” no está disponible más que en la referencia del Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2015, disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Documents/PPT%20PIAF%20MAYO2015%20ok.pdf> (consultado el 15 de mayo de 2015).

³⁵ Mucho más en el Informe del CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL *La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, cuadro 12, p. 70, disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/1558369/Inf0214.pdf> (consultado el 15 de mayo de 2015).

Seguridad Social de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las empresas y control específico de la discriminación salarial”, en el P.N.RR. 2011³⁶—. Sí, en efecto hay otras medidas³⁷, pero respecto de la variable “mercado de trabajo-personas de edad-perspectiva de género”, sin embargo, “no va más”.

A mayor abundamiento, hay normas aprobadas en fechas recientes, significativas para la reordenación de nuestro mercado de trabajo, que omiten toda medida en el ámbito que nos ocupa. Citamos expresamente entre ellas el RDL 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral. Era de esperar encontrar más y/o mejores medidas a la vista de lo programado en los Planes, Estrategias y demás “documentos programáticos”, pero tentativa nula. De hecho, aún queda pendiente, a pesar de llevar años anunciándose, la puesta en marcha del bautizado “Plan Especial para la igualdad de mujeres y hombres en el ámbito laboral y contra la discriminación salarial 2014-2016”³⁸.

Y si bien hemos confinado nuestra investigación, dadas sus características, al “caso español”, consideramos necesario aludir aquí a otras experiencias de valor de países de nuestro entorno —referenciadas en el muy destacado “Informe del CES” antedicho—. En concreto aquí, citamos a Austria, donde se ha establecido “el programa conocido como «Come back», en cuya gestión han participado activamente los interlocutores sociales, establece subsidios a las empresas que contraten a desempleados con especiales dificultades de incorporación en el mercado laboral (*y donde*) uno de los colectivos más beneficiados son las mujeres mayores de 45 años”.

4. CIERRE: BALANCE-EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN CLAVE DE IMPACTO DE GÉNERO, PERSONAS DE EDAD Y MERCADO DE TRABAJO

En cierta medida, la evaluación con impacto de género de las políticas públicas respecto de las personas de edad y mercado de trabajo, por lo que a nuestra opi-

³⁶ *Programa Nacional de Reformas de España 2011, cit.*, p. 22.

³⁷ También, *v.g.*, lo dispuesto en el art. 22.3 ET *ex* “reforma laboral de 2012” (RDL 3/2012 y Ley 3/2012) acerca de que “la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres”.

³⁸ La propia OIT está a la expectativa, como puede verse en la Observación a España del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de 2014, hecha pública en la 104ª reunión de su Conferencia en 2015, sobre el Convenio núm. 111, de 1958, sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:3190028,es:NO (consultado el 15 de mayo de 2015).

nión concierne, se encuentra ya presente a todo lo largo de las líneas precedentes. A este respecto, estamos refiriéndonos a evaluar políticas públicas en el sentido de “comprobar en qué medida, las acciones desarrolladas han logrado los objetivos propuestos y ver si lo han hecho empleando medios ajustados (eficacia y eficiencia)”³⁹.

Haciendo balance, y a decir verdad, que están presentes evaluación e impacto de género en las políticas públicas relativas a las personas de edad y el mercado de trabajo es un hecho que queda constatado. Evaluarlo en sí mismo, ahora bien, entraña profundizar en el significado y alcance de lo hecho más allá de lo dicho. Así, a nuestros ojos, la que hemos denominado variable “mercado de trabajo-personas de edad-perspectiva de género” se atiende sólo puntualmente, sin suficiente continuidad, de manera poco específica y en términos heterogéneos.

En este sentido, creemos detectar que, por lo general, se rehúye la responsabilidad de “tener en cuenta, en el diseño e implementación de las políticas públicas de los diferentes ámbitos de intervención, las posibles formas de discriminación múltiple de las que puedan ser víctimas determinados colectivos”, contrariamente a lo que remarca el “Plan Estratégico 2014-2016” como objetivo 7.7, en su eje 7 sobre “desarrollo de estrategias e instrumentos”⁴⁰. A lo sumo, y a la postre, podemos apreciar un mayor grado de compromiso con la cuestión a nivel netamente político, en los textos programáticos y documentos de intenciones, frente a la franca escasez de medidas jurídicas puras en las que ello debería de materializarse, tanto cuantitativa como cualitativamente. Como apunta el mencionado “Informe del CES”, a pesar de las “indicaciones” de la Comisión Europea en fin, “apenas se han desarrollado iniciativas encaminadas a emprender políticas activas específicamente dirigidas a este grupo de población, del calado y peso de las que se han emprendido para otros colectivos, como el juvenil”⁴¹.

Aún con ello, es también de interés tomar en consideración determinados elementos concretos que contribuyen a realizar esta evaluación de las políticas públicas. La tarea ahora consiste, en particular, en “dar seguimiento sistemático a los programas, proyectos y/o actividades que supone la implementación de tal política o conjunto de ellas”⁴². Y, para ello, sirva como primer resultado el análisis que se representa en la siguiente tabla.

³⁹ En J. L. BURGOS FRESNO, *Elaboración de informes de impacto de género de las disposiciones normativas*, Instituto de la Mujer - Secretaría de Estado de Igualdad, p. 7, disponible en <http://www.inmujer.gob.es/gl/areasTematicas/redPoliticas/actividadesRed/docs/0068-elaboracion.pdf> (consultado el 15 de mayo de 2015).

⁴⁰ *Cit.*, p. 153.

⁴¹ *Cit.*, p. 63.

⁴² En R. VOLIO MONGE, *Guía de indicadores para la evaluación del impacto de género de las políticas públicas*, *cit.*, p. 32.

	TASA DE EMPLEO (%)					TASA DE PARO (%)				
	2009	2010	2011	2012	2013	2009	2010	2011	2012	2013
Total hombres (≥ 16 años)	56,5	54,8	53,3	50,6	49,4	17,6	19,6	21	24,6	25,6
Hombres ≥ 55 años	56,4	54,5	53,8	52,1	50,5	10,9	13,8	14,7	17,3	19,6
Total mujeres (≥ 16 años)	42,6	42,0	41,7	40,5	39,6	18,1	20,2	21,8	25,0	26,7
Mujeres ≥ 55 años	32,2	33,1	35,6	36	36,3	12,6	13,1	14,0	17,1	19,1

Fuente: Encuesta Europea de Fuerza de Trabajo (LFS) Eurostat y Encuesta de Población Activa - INE y Elaboración propia.

Brevemente, y como puede observarse, la tasa de empleo de las personas “de mayor edad” en general (a partir de los 55 años, sin distinción de sexo) sigue la misma tendencia que la general: “a la baja”. Visto con perspectiva de género, ahora bien, hay que aislar el caso de las mujeres maduras, cuya tasa de empleo sí que se incrementa paulatinamente (del 32,2% en 2009 al 36,3% en 2013) aunque sin aproximarse siquiera a la masculina (del 56,4% en 2009 al 50,5% en 2013). Ello no obstante, así para ellas como para el resto de colectivos referenciados la tasa de paro también asciende, quedando con el tiempo en niveles cercanos con la de los hombres mayores de 55 años (12,6% y 10,9% en 2009 y 19,1% y 19,6% en 2013, respectivamente) pero, en todo caso, bastante por debajo de las magnitudes totales⁴³. Y casi iguales son los resultados si ampliamos la horquilla a los 45 años⁴⁴.

Bajo el prisma de la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres, el análisis del elemento “brecha de género”, como diferencia entre sus respectivas tasas de empleo, arroja resultados poco esperanzadores. En España se está reduciendo, es cierto, en los últimos años (tanto que pasa del 24,2% en 2012 al 14,2% en 2013) y, de hecho, se iguala a la media de la “Unión Europea a 28”, pero — como puede apreciarse— sigue siendo excesiva (de hecho, cada año casi duplica la cifra total). Como ya apuntara, en relación con ello, la Ley 35/2010, una de las

⁴³ Otro recurso que proporciona estas informaciones es el apdo. “Empleo 1.1 Tasas de empleo según grupos de edad. Brecha de género”, actualizado a 16 de diciembre de 2014, disponible en http://www.ine.es/ss/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1_1_Tasas_de_empleo.pdf&blobkey=urldata&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1259925463013%2F736%2F1.1+Tasas+de+empleo.pdf&ssbinary=true (consultado el 15 de mayo de 2015).

⁴⁴ Con la intención de no abrumar con los datos, remitimos de nuevo al “Informe del CES”, *cit.*, pp. 29 y ss.

“debilidades de nuestro modelo de relaciones laborales (...) (es) la persistencia de elementos de discriminación en el mercado de trabajo en múltiples ámbitos, pero de forma muy señalada en el empleo de mujeres” —junto con personas discapacitadas y desempleados de edad—. Y tampoco termina de superarse a pesar de que, acorde con el art. 14.6 de la Ley de Empleo, “*será criterio general* de actuación de los Poderes Públicos (...) la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como (...) —*entre otros*— las mujeres mayores”.

Por otro lado, sumados a tales datos, contamos con otros balances que ofrecen resultados sobre la base de indicadores diferentes pero, en todo caso, igualmente de interés para nuestro propósito, especialmente por ampliar el espectro hasta los 45 años —tampoco del todo positivos, de hecho, como decíamos—⁴⁵.

En negativo, una amplia mayoría de las personas desempleadas que tienen cumplidos dichos 45 años se encuentra en esa situación desde hace más de doce meses. En síntesis, en 2013, se registran bajo tal indicador el 70,5% de las mujeres y el 68,4% de los hombres⁴⁶, y en 2014 el porcentaje de desempleo femenino de larga duración se eleva hasta el 73%⁴⁷. De hecho, se cuenta que de 2007 a 2013 la tasa de mujeres con tal edad o más en situación de desempleo ha aumentado alrededor de un 260% (de 233.300 a 841.100), registrando una tímida mejora en 2014 (255% ó 21.600 menos, aproximadamente). Mientras, entre los hombres también “de edad” el dato es más alarmante si cabe: 338% de incremento (más-menos, de 227.700 en 2007 a 998.100 en 2013).

En contrapartida, el número de acciones de búsqueda de empleo es estimable, sobre todo del primer empleo y entre el colectivo femenino (127.700 en los últimos cinco años —cerca de 36.000 en 2013 y de 54.000 en 2014— frente a algo

⁴⁵ A tal fin nos apoyamos en el *VIII Informe El perfil de la mujer trabajadora en riesgo de exclusión*, Fundación Adecco, 2014, disponible en http://www.fundacionadecco.es/_data/SalaPrensa/SalaPrensa/Pdf/593.pdf, y en el *II Informe La mujer en riesgo de exclusión en el mercado laboral*, Fundación Adecco, 2015, disponible en http://www.fundacionadecco.es/_data/SalaPrensa/SalaPrensa/Pdf/673.pdf (ambos consultados el mismo 15 de mayo de 2015).

⁴⁶ Más en detalle, acorde con dicho “VIII Informe”, entre las mujeres “más de la mitad (52%) supera los 2 años de búsqueda y un 18,5% lleva entre 1 y 2 años buscando trabajo. Esta cifra (70,5%) es muy superior al porcentaje de paradas de larga duración jóvenes (hasta 25 años), que se sitúa en un 45,7%. También es superior a la de los hombres mayores de 45 años: si bien en este caso el paro estructural también se manifiesta con crudeza, la cifra es 2 puntos porcentuales inferior (68,4%): un 48,1% lleva más de 2 años en paro y un 20,3% entre 12 y 24 meses”.

⁴⁷ No constan datos para los desempleados de larga duración varones. Aparte, hacemos notar, como se señala en dicho “II Informe”, p. 5, que “el desempleo de larga duración se manifiesta con crudeza entre las mujeres de más edad (...). Concretamente, un 57% supera los 24 meses, mientras que un 16% lleva entre 1 y 2 años. Esta cifra es muy superior a la de las mujeres jóvenes afectadas por el desempleo estructural, que se sitúa en un 48,6%, siendo un 28% las que superan los 2 años en paro y un 20,6% las que llevan entre 1 y 2 años”.

más de 10.000 hombres en total dentro del mismo periodo). Respecto del total de empleo creado y ocupado por mujeres, por su parte, resalta destacadamente que en 2014 el 94% correspondió a las mayores de 45 años (171.500 de 182.400) teniendo en cuenta que el total de “nuevos” trabajadores (433.900), a tal edad y sin distinción por sexo llegó al 81%⁴⁸.

Bien, pues, y hasta donde hemos examinado, no hay rastro de cualquier suerte de autoevaluación en las políticas públicas de nuestro interés, lo cual refrenda el propio “Informe del CES” ya comentado⁴⁹. Acabamos así de perder el rastro, p. ej., de lo dispuesto por la “Estrategia 55 y más” acerca de que “todas las evaluaciones periódicas de la Estrategia Española de Empleo que se realicen, deberán contener un análisis específico de su impacto entre el colectivo de personas trabajadoras de más edad prestando atención al impacto diferenciado de las medidas en mujeres y hombres”⁵⁰. Lo que al fin y al cabo se resiente —en nuestra opinión— es la responsabilidad social en la que se inscriben este tipo de cuestiones. Qué decir, por consiguiente, acerca del “último paso” en este proceso de “rediseñar la política”⁵¹.

Ello no obstante, quizás esté próximo el momento en que se emprendan acciones de política pública en dirección al asunto que nos ha ocupado. Al menos así parece augurarlo el citado “Plan Estratégico 2014-2016” al prever el desarrollo —entre otras— de medidas de “diseño y puesta en marcha de programas para mejorar la empleabilidad, el acceso y la permanencia en el empleo o autoempleo de mujeres pertenecientes a grupos especialmente vulnerables, que incluyan itinerarios personalizados y medidas de acompañamiento (...)”⁵².

⁴⁸ “Esta realidad choca con la de las más jóvenes, ya que en 2014 se destruyeron 44.600 empleos de mujeres entre 20 y 34 años”. De hecho —añade—, “15.500 menores de 30 años se retiraron del mercado laboral (...) (*mayormente para*) prolongar su etapa formativa ante la falta de expectativas laborales” (*ut supra*, pp. 1-2).

⁴⁹ Su conclusión particular: que “la evaluación de las políticas activas continúa siendo, con carácter general, un reto pendiente”, *cit.*, p. 107.

⁵⁰ *Cit.*, apdo. VIII, sobre “Seguimiento y evaluación”, p. 125334.

⁵¹ Así referido en el *Manual para la perspectiva de género en las políticas de empleo, de inclusión social y de protección social* de la COMISIÓN EUROPEA, *cit.*, pp. 16-17.

⁵² Objetivo 1.6, dentro del Eje 1 sobre “igualdad de mujeres y hombres en el ámbito laboral y lucha contra la discriminación salarial”, *cit.*, p. 71.