

“JUBILACIÓN Y POLÍTICAS DE EMPLEO¹”. UN ANÁLISIS DE LA REFORMA DE LA JUBILACIÓN EN CLAVE DE EMPLEO.

Ricardo Esteban Legarreta. Profesor titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Autònoma de Barcelona.

SUMARIO: 0. PLANTEAMIENTO. LA JUBILACIÓN Y EL EMPLEO DE LAS PERSONAS DE EDAD. ALGUNAS REFLEXIONES PRELIMINARES. 1. ASPECTOS GENERALES DE LA JUBILACIÓN QUE FAVORECEN LA PERMANENCIA Y EL RETORNO AL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DE EDAD. OTROS INSTRUMENTOS ORIENTADOS A LA MISMA FINALIDAD. 1.1. Los aspectos básicos de la Ley 27/2011 en materia de jubilación. 1.2 Aspectos adicionales dirigidos a potenciar la permanencia de los trabajadores en activo: porcentajes adicionales y bonificaciones y exenciones de cuotas de Seguridad por trabajadores de edad. 1.3 Algunos mecanismos disuasorios en la elección de trabajadores por su proximidad a la edad de jubilación. 2. MECANISMOS (RESIDUALES) EN CLAVE DE REPARTO DEL EMPLEO. 2.1 La reforma de la jubilación forzosa. 2.2. La jubilación parcial anticipada y su tratamiento en la Ley 27/2011. 2.3. La supresión de la jubilación a los 64 años como medida de fomento del reparto del empleo. 3. LA JUBILACIÓN ANTICIPADA TOTAL Y SU TRATAMIENTO EN LA LEY 27/2011. 3.1. Planteamiento. 3.2. Implantación de un sistema dual de jubilación anticipada: jubilación anticipada por crisis y jubilación anticipada voluntaria o no causal. 3.3. Requisitos exigidos para acceder a la jubilación anticipada por crisis. 3.4 Efectos de la jubilación anticipada por crisis. 3.5. La nueva jubilación anticipada voluntaria. 4. ALGUNAS LLAMATIVAS NOVEDADES EN MATERIA DE COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y EL COBRO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN. 5. LA ADAPTACIÓN DE LA JUBILACIÓN AL DETERIORO DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD. 5.1. La necesidad de sistemas de reducción de la edad de jubilación en el ámbito de los trabajadores con discapacidad. 5.2 Los sistemas arbitrados: los Reales Decretos 1539/2003, de 5 de diciembre y el RD 1851/2009, de 4 de diciembre. 5.3 Algunos aspectos necesitados de perfeccionamiento en esta materia.

0. PLANTEAMIENTO. LA JUBILACIÓN Y EL EMPLEO DE LAS PERSONAS DE EDAD. ALGUNAS REFLEXIONES PRELIMINARES.

La jubilación ha constituido tradicionalmente una figura de marcada incidencia en el empleo, si consideramos su influencia en la tasa de actividad de los trabajadores de edad –o de más edad²-- y por ende en el volumen de puestos de trabajo disponibles para personas en situación de desempleo³. De este modo, más allá de su interés como situación protegida en el marco de la Seguridad Social, el régimen jurídico de la jubilación tiene su incidencia en el mercado de trabajo. A este respecto, aunque la jubilación no es una medida de política de empleo, su régimen jurídico sí afectaría indirectamente a una de las finalidades de la política de empleo reflejadas en el artículo 1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo, como

¹ Esta ponencia es en parte resultado del Proyecto de Investigación DER 2010/15855 (Subprograma Iuri), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación que bajo el título Análisis jurídico-laboral de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, se desarrolla por diversos profesores del área de Derecho del trabajo y Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona, integrados en el *Grup de Recerca dels Drets dels Treballadors Espanyols i Estrangers (DRELATES)*.

² El informe AA.VV.: *La situación de las personas de 55 a 64 años en relación al mercado de trabajo y sus trayectorias laborales*, Madrid, Fundación 1º de Mayo, 2009, pág. 7, incluye en esta noción a los trabajadores de 55 a 64 años, “si bien, algunas definiciones amplian esta franja de edad hasta los 69 años”. A lo anterior cabría añadir la preocupación del legislador por franjas más jóvenes que también se muestran especialmente vulnerables en el mercado de trabajo.

³ Como se señala en AA.VV.: *La situación de las personas de 55 a 64 años...*, *ob. cit.*, pág. 144, los sistemas de protección social y prestaciones de jubilación influyen decisivamente en la permanencia en el empleo o en la salida del mercado laboral.

es “la adecuación cuantitativa de la oferta y demanda de empleo”. No es casual, en este sentido, que una de los primeros debates abiertos por el Tribunal Constitucional en materia de empleo y derecho al trabajo, fue el ventilado en la clásica sentencia TC 22/1981, de 2 de julio, a propósito de la constitucionalidad de la disposición adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores de 1980 en materia de jubilación forzosa a los 69 años. Debate que, como es sabido, tuvo continuación en la STC 58/1985, de 30 de abril, a propósito de la utilización del convenio colectivo para estos fines⁴.

Por lo tanto, desde un punto de vista general, no ha de perderse de vista que la jubilación representa o puede representar un cierto papel en el ajuste entre oferta y demanda de empleo, y la cuestión es analizar hasta qué punto el legislador tiene en cuenta esta variable; de modo particular en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Sin duda un elemento clave en este punto estaría en la edad pensionable ordinaria, así como la edad de la jubilación anticipada, sin olvidar la importancia que los sistemas de cálculo de la pensión van a tener en la opción tomada por los trabajadores.

Ahora bien, lo señalado hasta ahora tendría relación con una suerte de perspectiva macro general de la política de empleo, que vería en el régimen jurídico de la jubilación una vía para proceder al reparto del trabajo en una situación caracterizada por unas altas tasas de desempleo juvenil. No obstante, mi impresión preliminar es que la jubilación ha dejado de ser vista casi de modo total como herramienta de reparto de trabajo si dejamos de lado la excepción, cada vez más menguante, de la jubilación parcial anticipada y el contrato de relevo.

De hecho, las tendencias generales apuntan claramente en otra dirección, lo se deduce de modo evidente de dos discursos que, en cierto modo, se desarrollan en paralelo. El primero de estos discursos es el referido al equilibrio financiero del sistema de la Seguridad Social, omnipresente en la exposición de motivos de la Ley 27/2011⁵. En este sentido el texto sigue muy de cerca las prioridades para la modernización europea de la política de pensiones, expresadas en el denominado *Libro Verde de las Pensiones* de la Comisión Europea⁶, que se centrarían en una —presuntamente— equilibrada combinación entre la adecuación o suficiencia de las pensiones y su sostenibilidad. Para ello, la Comisión propone como eje central de las reformas el logro de un “equilibrio sostenible entre el tiempo de trabajo y el tiempo de jubilación”⁷, planteamiento que inspira de modo evidente la Ley 27/2011, texto que subraya en su exposición de motivos dos circunstancias centrales para justificar la reforma: de un lado, el aumento progresivo experimentado en la tasa de dependencia; es decir, el número creciente de pensionistas en proporción al de activos; del otro, se señala el “desequilibrio actuarial” generado por una más tardía incorporación de los trabajadores y por una salida cada vez más anticipada del mercado de trabajo. Por lo tanto, se trataría fundamentalmente de mantener el equilibrio del sistema de pensiones y evitar que su déficit ponga en peligro el equilibrio presupuestario español. Al menos, ese es el planteamiento de los documentos emanados de la estrategia coordinada en materia de protección social de la Comisión Europea⁸, y ese es claramente el resultado de la reforma⁹.

⁴ Sobre el debate intemporal a propósito de la jubilación forzosa y el derecho al trabajo *vid* por todos, SASTRE IBARRECHE, R.: *El derecho al trabajo*, Madrid, Trotta, 1996, págs. 233 a 242

⁵ Diversos autores han denunciado la excesiva preocupación de la reforma en la evitación de costes y no tanto en la garantía de ingresos, mediante la potenciación del empleo de los trabajadores de edad. Al respecto: GETE CASTRILLO, P.: “La reforma de pensiones de 2011: procedimiento y contenidos (y II)” *Relaciones Laborales* núm. 20, 2011, pág. 12, y TORTUERO PLAZA, J.L.: “La reforma de la Seguridad social”, *Aranzadi Social* núm. 5, 2011, pág. 1. Este último refiere cómo la reforma ignora el contenido del Acuerdo Social y Económico en materia de empleo.

⁶ Comisión Europea: *Libro Verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*, Bruselas, 7.7.2010, COM (2010)365 final.

⁷ El Libro Verde, cit. pág. 10, argumenta que “El fuerte aumento de las tasas de de dependencia de las personas mayores podría evitarse en gran medida si la gente trabajara durante más tiempo (...). De lo contrario, sería inevitable una dolorosa combinación de prestaciones más bajas y cotizaciones más altas.

⁸ Destaca, entre otros documentos, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Un compromiso renovado a favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la

El segundo, prácticamente en paralelo, viene dado por las Directrices de la UE en materia de empleo, así como por diversos documentos europeos que apuntan hacia una potenciación del empleo de las personas de edad y más en concreto, hacia el logro de elevadas tasas de actividad¹⁰. De hecho, la exposición de motivos de la Ley 27/2011 no elude referirse a diversos Consejos Europeos que “promueven como prioridades la prolongación de la vida activa y la desincentivación de la jubilación anticipada”, recordando cómo “países de nuestro entorno han realizado reformas legales en el sentido de reducir los estímulos al abandono prematuro de la vida activa”. Destacan a este respecto los Consejos Europeos de Estocolmo (2001) y Barcelona (2002) en los que se elabora una apuesta tendente a lograr una tasa de actividad del 50 por 100 en la población de entre 55 y 64 años.

En este sentido, es innegable que algunas reformas y algunos elementos del régimen jurídico de la jubilación se han inspirado en un planteamiento dirigido a fomentar la permanencia o incluso el retorno de los trabajadores de edad al mercado de trabajo. En particular, son muestra de todo ello figuras como la jubilación gradual y flexible –no afectada por la Ley 27/2011-- o bien los porcentajes adicionales sobre la base reguladora de la prestación con los que se pretende incentivar la permanencia en la actividad de los trabajadores que hayan alcanzado la edad pensionable. Sin embargo, como tendremos oportunidad de señalar con mayor detalle, el régimen español de la jubilación no siempre se ha movido o se mueve en estos parámetros, ya que nunca ha sido impermeable a las preferencias por un sistema más o menos flexible de jubilación anticipada.

En otro orden de cosas, es evidente que la jubilación representa un papel de peso en la gestión del personal en la empresa, de modo que la regulación de la jubilación anticipada así como la de la jubilación parcial anticipada junto con cláusulas convencionales de jubilación obligatoria pueden ser utilizadas como “herramienta” de gestión del empleo en la empresa¹¹. Es un hecho notorio que las situaciones de crisis empresarial los trabajadores de edad son candidatos preferentes a ser objeto de despidos económicos ante la expectativa de acceder a una pensión de jubilación en un plazo relativamente cercano. A este respecto, no es casual que el Documento aprobado por la Comisión del Pacto de Toledo el 29 de septiembre de 2010¹² -- antesala de la reforma de Seguridad Social—haya proclamado un “secreto a voces”; a saber, “que la jubilación anticipada se ha convertido, básicamente, en una fórmula de regulación de empleo”, circunstancia que “A juicio de la Comisión (...) debe modificarse”¹³. A este respecto,

inclusión social”, Bruselas 2.7.2008 COM(2008) 418 final, en cuyo anexo 1, se mencionan los objetivos del Método Abierto de Coordinación en el ámbito de la protección social y de la inclusión social. Lo cierto es que en materia de “pensiones adecuadas y viables”, el texto plantea sin rodeos que dentro de la finalidad de asegurar la viabilidad futura de los regímenes de pensiones se tendrán en cuenta “las presiones sobre las finanzas públicas y el envejecimiento demográfico*, así como en el marco de una estrategia de tres capítulos, para abordar las incidencias presupuestarias del envejecimiento, especialmente estimulando la prolongación de la vida profesional* y el envejecimiento activo (...)”. Los subrayados son míos.

⁹ Planteamiento absolutamente refractario a las aportaciones de recusos procedentes de recadudación tributaria al nivel contributivo de pensiones, objeto de severas –y compartidas—críticas de ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La reforma de la pensión de jubilación de 2011. Rasgos generales y reflexión crítica”, en MORENO GENÉ, J. y SOLÉ PUIG, A. (Directores): *Las reformas laborales de 2010*, Editorial, Huygens, 2012, en prensa, en especial págs. 303 y 304, consultable en: <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2011-2/>

¹⁰ Sobre este particular *vid*: MARTÍNEZ BARROSO, R.: “Prolongación de la vida laboral y envejecimiento activo en ejecución de la Estrategia Europea de Empleo” en AAVV.: *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*”, Madrid, MTIN, 2010, Volumen I, págs. 261 y ss.

¹¹ Sería lo que GETE CASTRILLO, P.: “La reforma de pensiones de 2011...”, *ob. cit.*, pág. 21 ha venido en denominar “instrumentalización laboral de la Seguridad Social”

¹² Ejemplar fotocopiado, apartado 12, pág. 56.

¹³ CABEZA PEREIRO, J.: Algunas consideraciones sobre la prejubilación a la vista de de la doctrina reciente”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (Coordinadora): *Tratado de jubilación*, Madrid, Iustel, 2007, pág. 1287, subraya también la estrecha relación entre los pactos de prejubilación y la regulación de la anticipación de la edad de jubilación, de manera que las reformas “han cambiado de forma acelerada la fisonomía de los pactos de prejubilación para acomodarse a tales instrumentos”.

tradicionalmente se ha intervenido en este ámbito a través de una variable combinación de dos mecanismos protectores: de un lado, la protección por desempleo mediante su nivel contributivo y, muy especialmente, su nivel asistencial; de otro lado, mediante la protección por jubilación y, muy significadamente, a través de los sistemas de acceso anticipado a la jubilación.

La reforma introducida en la jubilación anticipada incide sobre esta realidad si bien es necesario valorar hasta qué punto afectará en un futuro a estas prácticas. En todo caso, la política de empleo auspiciada por el Gobierno central va claramente en la línea de potenciar, sin ambages, la presencia de los trabajadores de edad en el mercado de trabajo. Un hito destacado en esta línea es la reciente aprobación en reunión del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011 de la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2015 (en adelante, Estrategia 55 y más)¹⁴. La Estrategia 55 y más es un documento pactado con las organizaciones patronales y las centrales sindicales más representativas y tiene su origen en el Acuerdo Social y Económico de febrero de 2011, en el que se preveía su elaboración, acuerdo que fue reforzado al mencionarse su futura puesta en marcha en la disposición adicional segunda del Real-Decreto Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover el tránsito al empleo estable¹⁵. La Estrategia 55 y más constituye el marco general de la intervención de los poderes públicos en materia de empleo de trabajadores de edad, y extenderá su vigencia a lo largo del trienio 2012-2014, coincidiendo con la vigencia de la Estrategia Española de Empleo.

Más allá del análisis y de las conclusiones y propuestas del documento —a las que se dedicará la oportuna atención en algunos puntos de esta ponencia— cabe subrayar que el texto no solo manifiesta su preocupación por la tasa de actividad y de desempleo de los trabajadores de edad, sino que recuerda la necesidad de hacer más coherentes estas inercias con un régimen de jubilación que ha desplazado la edad pensionable de 65 a 67 años. Los antecedentes del documento vinculan la mayor presencia de trabajadores de edad al “mejor funcionamiento del mercado de trabajo que aproveche la experiencia y cualificación de los trabajadores de mayor edad”, si bien a renglón seguido se hace referencia a los beneficios que todo ello reportaría en “la mayor sostenibilidad financiera del sistema de la Seguridad Social”. Por lo tanto, la jubilación ya no está al servicio de una política de reparto del empleo sino todo lo contrario. De hecho uno de los cuatro objetivos generales de la “Estrategia 55 y más”, seguramente, uno de los más concretos, consiste en “contribuir a la prolongación de la vida laboral y a la existencia de carreras de cotización más largas”¹⁶. Las líneas de actuación de la Estrategia se vehiculan en torno a dos grandes bloques. De un lado, las denominadas “Líneas de actuación relacionadas con el mantenimiento del empleo de los trabajadores y trabajadoras mayores de 55 años” y de otro, las “Líneas de actuación relacionadas con las condiciones de trabajo de los trabajadores y trabajadoras mayores de 55 años, con particular atención a la seguridad y salud en el trabajo”. En esta ponencia se dedicará una particular atención al primer bloque de líneas de actuación teniendo en cuenta que es el que incide más en la protección social, especialmente en la jubilación. En todo caso, la Estrategia Española de Empleo manifiesta también esta

¹⁴ Resolución de la Secretaría de Estado de Empleo de 14 de noviembre de 2011. BOE de 24 de noviembre de 2011.

¹⁵ Dicha disposición establece que El Gobierno, en el plazo de seis meses, en colaboración con las Comunidades Autónomas y las organizaciones sindicales más representativas, elaborará una Estrategia Global de Empleo de las Personas Trabajadoras de Más Edad que incluya 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”.

¹⁶ Los objetivos generales de la Estrategia 55 y más son cuatro y se expresan en el apartado V del documento. Al mencionado en texto principal cabe añadir los de —resumidamente— a) elevación de la tasa de empleo y reducción del desempleo de los trabajadores mayores de 55 años; c) mejorar sus condiciones de trabajo y, d) con carácter aparentemente reiterativo, “Promover la reincorporación al mercado de trabajo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad que pierden su empleo”.

preocupación por el empleo de las personas de edad, lo que llevará al comentario oportuno en alguno de los apartados de este trabajo¹⁷.

A continuación, procederé desarrollar la ponencia dividiendo la exposición en cinco grandes apartados. En el primero de ellos (I), se llevará a cabo un breve comentario de las grandes líneas de reforma de la pensión de jubilación (Ley 27/2011) –base reguladora, edad, porcentajes, carencia, etc—y su clara incidencia en la permanencia en el mercado de trabajo y en la prolongación de las carreras de cotización. El primer gran apartado estaría integrado también por otros aspectos del régimen jurídico de la jubilación íntimamente vinculados al fomento de la permanencia o del retorno del trabajador jubilado, en tanto en cuanto hayan sido objeto de afectación en las últimas reformas. Por esa razón, he considerado adecuado tratar en este punto una breve referencia al convenio obligatorio de Seguridad Social del artículo 51.9 del TRLET así como una reseña sobre la nueva disposición adicional decimosexta de la Ley, conectada con el nuevo artículo 51.11 TRLET Y dedicada a los despidos colectivos de grandes empresas que incluyan a trabajadores mayores de 50 años.

Seguidamente (II), se analizará la afectación de la reforma a determinados dispositivos de nuestro sistema de jubilación que tradicionalmente se han orientado a hallar un precario equilibrio entre la jubilación y el mantenimiento del empleo en la empresa. Se trataría de analizar el impacto de la Ley 27/2011 en figuras tales como la jubilación forzosa, el RD 1194/1985, de 17 de julio, de jubilación a los 64 años y, en fin, la jubilación parcial anticipada. El siguiente apartado de la ponencia (III) abordará el análisis del nuevo régimen de jubilación anticipada resultante de la Ley 27/2011, en el que se profundizará en la estrecha interrelación entre jubilación anticipada y crisis de empresa. A continuación (IV) se abordarán brevemente algunas llamativas reformas –o embriones de reforma- en materia de compatibilidad entre empleo y percepción de la pensión de jubilación: las novedades aportadas por las disposiciones adicionales trigésimo primera y trigésimo séptima de la Ley 27/2011. En fin, la ponencia finaliza con una referencia (V) a la adaptación de la jubilación a determinadas situaciones de discapacidad, en base a la desangelada respuesta dada a esta realidad por la incapacidad permanente.

1. ASPECTOS GENERALES DE LA JUBILACIÓN QUE FAVORECEN LA PERMANENCIA Y EL RETORNO AL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DE EDAD. OTROS INSTRUMENTOS ORIENTADOS A LA MISMA FINALIDAD.

En el apartado que sigue se llevarán a cabo breves consideraciones sobre el régimen jurídico de la jubilación tras la reforma y su potencial incidencia en la actitud de los trabajadores de edad ante el empleo. La brevedad de la referencia es obligada teniendo en cuenta que estas materias serán objeto de particular análisis en la ponencia defendida por el profesor López Gandía en estas mismas Jornadas. Asimismo, la referencia a la jubilación vendrá acompañada de la mención de algunas medidas en materia de fomento de empleo.

1.1. Los aspectos básicos de la Ley 27/2011 en materia de jubilación.

Ciertamente, los elementos básicos de la Ley 27/2011 indican un rechazo hacia las políticas de reparto de empleo. De una parte, la herramienta más rotunda viene representada por el retraso de la edad pensionable a los 67 años, si bien manteniendo la edad de 65 cuando se acredite un abultado periodo de carencia, como es el de los 38 años y medio¹⁸. El cambio es importante sin duda alguna y lo es mucho más teniendo en cuenta que desde la puesta en marcha del seguro social obligatorio de vejez en 1919 la edad pensionable siempre había sido de

¹⁷ A título de ejemplo, el apartado 5.3 de la Estrategia Española de Empleo, dedicado a oportunidades de empleo y fomento de la contratación se remite a la Estrategia de Trabajadores de Más Edad para reforzar las medidas que favorezcan la contratación y el mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras desempleadas mayores de 55 años.

¹⁸ Respecto a la transitoriedad de esta medida, ésta se prevé en la disposición transitoria vigésima de la LGSS introducida por el artículo 4 Dos de la Ley 27/2011.

65 años. Además, el planteamiento del legislador denota una clara voluntad de desplazar la edad pensionable ya que la posibilidad de jubilarse con 65 años sin aplicación de coeficientes correctores solo se va a permitir cuando el solicitante acredite los 38 años y medio de cotización con la edad de 65 años¹⁹, no si esa carencia se alcanza en un momento posterior y antes de los 67 años, lo que representa una rotunda declaración de intenciones, matizada eso sí por la transitoriedad con la que se aplica la reforma.

La segunda “andanada” estaría representada por el conjunto de modificaciones legales dirigidas preferentemente al logro de un mayor “equilibrio actuarial” del sistema, lo que se traducirá en una sensible reducción de la cuantía de las pensiones, circunstancia que la Ley no oculta y que podría alcanzar un 20 por 100 de su cuantía media²⁰. Ahora bien, más allá del logro del equilibrio actual, qué duda cabe que las reformas en esta materia van a lograr como efecto reflejo una mayor permanencia en la actividad de los trabajadores de edad, que intentarán paliar los efectos de la reforma en el cálculo de la pensión con carreras laborales más prolongadas. Entre estas medidas destaca en primer lugar la reforma en la determinación de la base reguladora de la prestación, al pasar de un cálculo basado en 15 años a otro fundamentado en las cotizaciones correspondientes a los 25 años anteriores a la jubilación²¹, a lo que se añaden notables restricciones en materia de integración de lagunas de cotización, que se reflejan en el nuevo y tortuoso artículo 162.1.1.2 LGSS²². Evidentemente, la combinación entre una carencia

¹⁹ PÉREZ ALONSO, M^a.A.: “La nueva pensión de jubilación y otras reformas en el sistema de Seguridad Social” Aranzadi Social, núm. 9/2012, (BIB 2011/1761), págs. 1 y 2 reivindica que “se debiera haber incluido una referencia expresa que permitiera poder acceder a la jubilación entre la edad de 65 y 67 años cuando se alcance la cotización de 38 años y 6 meses, pues lo contrario supondría esperar hasta los 67 años”.

²⁰ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación. Comentarios a la Ley 27/2011 de 1 de agosto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 41, señalan citando la memoria económica de la Ley 27/2011 cómo el paso de 15 a 20 años en el cálculo de la base reguladora de la prestación implica una reducción media del 5'38, en el bien entendido que a partir de 2022 la base reguladora de la pensión se calculará tomando la base de 25 años. Por su parte, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La reforma de la pensión de jubilación de 2011”, ob. cit., pág. 296, basándose en otros cálculos apunta que la reforma podría dar lugar a una disminución medida del 20 por 100 de la cuantía de la pensión de jubilación.

²¹ Evidentemente, esta reforma no va a ser siempre perjudicial y en el caso de los trabajadores de edad afectados por crisis de empresa puede ser beneficiosa, como se tendrá ocasión de señalar. No obstante, la lógica de “corrección actuarial” mencionada en la exposición de motivos permite prever que en general la medida se va a traducir en una rebaja en la cuantía de la pensión de jubilación.

²² Como es sabido, el nuevo artículo 163 LGSS establece un triple sistema de integración de lagunas, que quizás solo favorezca a personas con largos periodos de cotización pero que en general dará lugar a notables desventajas. En este sentido, el nuevo apartado 1.2 del nuevo artículo 162.1 LGSS establece un enrevesado (“Galimatías” en palabras de TORTUERO PLAZA, J.L.: “La reforma de la Seguridad Social”, ob. cit., pág. 12) criterio de integración de lagunas dividido en una suerte de tres fases. De un lado, las primeras 24 lagunas de cotización se podrían integrar, en su caso, con bases escogidas por el trabajador de entre las que haya cotizado dentro de los treinta y seis meses inmediatamente anteriores al periodo de los 25 años (300 bases) anteriores al hecho causante. Por lo tanto, se permite al solicitante que integre las primeras veinticuatro lagunas con cotizaciones efectuadas pero que en principio no serían tenidas en cuenta en el cálculo de la base reguladora de la prestación. A continuación y si hubiere más lagunas a integrar, las siguientes lagunas, con el límite de 24, se deberían de integrar con una base equivalente a la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad objeto de integración. A este respecto, recuérdese que se trataría del criterio utilizado hasta ahora por la LGSS para integrar las lagunas de cotización. Obsérvese que de no contarse con cotizaciones más allá de la base núm. 300, el primer criterio para integrar lagunas sería este último (el segundo). Finalmente, la regla tercera del apartado 1.2 del artículo 162.1 LGSS establece que “El resto de mensualidades con lagunas de cotización, se integrarán con el 50 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración. Y es aquí precisamente, donde radica el elemento más precarizante de la reforma, especialmente en el caso de pensionistas que apenas acrediten la carencia necesaria cuando haya entrado en vigor plenamente el nuevo sistema de cálculo de la base reguladora de la prestación (2022). A este respecto, *vid* las observaciones de PÉREZ ALONSO, M^a.A.: “La nueva pensión de jubilación...”, ob. cit., pág. 2. En todo caso el régimen de integración de lagunas será evaluado por el Gobierno en el plazo

genérica que se mantiene en 15 años, con el paso a un cálculo de base reguladora a 25 años y un planteamiento restrictivo en materia de integración de lagunas de cotización, permite concluir que este va a ser un importante vector a favor de la actividad de los trabajadores de edad, reforzado mucho más todavía con las restricciones operadas en materia de complementos a mínimos²³. En fin, cabe señalar que la reforma establece variaciones significativas en la escala de porcentajes del artículo 163 LGSS, que se caracterizarían por perjudicar a las carreras intermedias de cotización y por pasar de un 100 por 100 de la base reguladora de la prestación acreditando 35 años de cotización a un 100 por 100 de la base reguladora de la prestación cuando se acrediten 37 años de carencia²⁴. Por lo tanto, esta reforma también contribuye, con carácter general y especialmente en el caso de carreras intermedias, a fomentar la prolongación de la permanencia en el mercado de trabajo. La reforma no contiene modificaciones en materia de carencia, que ya fue endurecida mediante la Ley 40/2007, de 4 de diciembre²⁵, si bien sí se proponen, como veremos, modificaciones en la exigencia de periodos de cotización necesarios para acceder a la jubilación anticipada que pasan de 30 a 33 años efectivos de cotización.

Por lo demás, la falta de referencias en la Ley 27/2011 a la jubilación parcial diferida y a la jubilación flexible pueden entenderse si consideramos que la línea general de la reforma —la mayor presencia activa de trabajadores de edad— ha absorbido el espacio de estas figuras, al menos transitoriamente, razón por la cual apenas se realizarán referencias a las mismas en el texto de la ponencia.

En otro orden de cosas, la reforma comporta la necesidad de acompañar a aquellos trabajadores que difícilmente van a poder desplazar su jubilación hasta los 67 años. A estos efectos y más allá de la previsión tradicional de anticipación de la edad de jubilación sin descuentos para determinados colectivos profesionales con regulación específica²⁶ y para

de un año —se entiende en el plazo de un año desde el inicio de su aplicación— de conformidad con lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley 27/2011. Tal evaluación serviría para introducir los cambios, modificaciones y adaptaciones que la situación aconseje.

²³ En lo que concierne al régimen de complementos a mínimos (nuevo artículo 50 LGSS), se introduce una rígida limitación cuantitativa, de aplicación a las pensiones causadas a partir de 2013, consistente en que los complementos “en ningún caso podrán superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva”, lo que refleja una beligerante persecución del equilibrio actuarial, que lleva a aproximar el nivel contributivo al nivel no contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social. Como se verá, los complementos a mínimos también tienen un papel en el nuevo régimen de anticipación de jubilación voluntaria.

²⁴ La Ley mantiene un valor del 50 por 100 de la base reguladora de la pensión para los primeros años de cotización. Ahora bien, a partir de este punto, rompe la lógica anterior a la Ley 27/2011 de atribuir un mayor valor a los siguientes diez años (30 por 100 en total) que a los últimos diez años (20 por 100 del total). El nuevo artículo 163 LGSS parte del 50 por 100 de los primeros quince años pero prevé que “A partir del año decimosexto por cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los meses 1 y 248, el 0’19 por 100 (2’28 por año y antes 3 por 100 del año 16 al 25 y 2 por 100 del año 26 al 35), y los que rebasen el mes 248, el 0’18 por 100 (2’16 por año) sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por 100, (...)”. Como se apunta en el texto principal, alcanzar el 100 por 100 va a suponer una cotización de 37 años, en contrapartida a los 35 años de cotización que actualmente son necesarios para alcanzarlo. La pretensión es que a partir de los 15 años de base, prácticamente todos los años valgan lo mismo, de modo que ciertamente, no se penalizará a los solicitantes con mayores periodos de cotización acreditados, si bien, en general las cuantías de los solicitantes con menos carencia verán reducidas las cuantías de sus pensiones. Al respecto, la reforma ha sido fiel al planteamiento del Acuerdo Social y Económico, cit, pág. 10 de que a partir del año decimosexto la estructura de la escala sería “totalmente regular y proporcional”. No lo es totalmente, pero casi. Téngase en cuenta, no obstante, el régimen transitorio previsto en la nueva Disposición Transitoria vigésimo primera LGSS, introducida por la Ley 27/2011, a fin de que el sistema no implique un cambio tan radical.

²⁵ Recuérdese que la reforma de 2007 (art. 161.1 b LGSS) exige que los 15 años de cotización sean reales, de modo que no cabe ya —salvo con carácter transitorio— aprovechar los días cuota para acreditar el periodo mínimo de cotización. En todo caso, cabe felicitar por el mantenimiento de una carencia comparativamente modesta ya que en un contexto de recortes en materia de jubilación no habría sido sorprendente algún retroceso en este ámbito.

²⁶ Una referencia a estos colectivos puede verse en: LÓPEZ GANDÍA, J.: *La jubilación de los empleados públicos*, Albacete, Bomarzo, 2007, págs. 41 a 44,

personas con discapacidad²⁷, la reciente aprobación del Real Decreto 1698/2011 comporta una novedad de apreciable calado, ya que implica flexibilizar el régimen de anticipación de la edad de jubilación, lo que en sentido estricto no tiene su origen en la Ley 27/2011, aunque su contribución sí ha sido importante. En este sentido, ya la Ley 40/2007 introdujo en el artículo 161 bis 1 LGSS la previsión de que la edad de jubilación se rebajaría en “aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca”. Pues bien, lo cierto es que desde el año 2007 no se había producido el desarrollo reglamentario de dicho mandato y ha sido precisamente, la aprobación de la Ley 27/2011 y el retraso de la edad pensionable lo que ha acelerado el desarrollo del artículo 161 LGSS²⁸.

Así, el nuevo Decreto 1698/2011 fija las reglas generales que van a permitir al Gobierno dictar reglamentos que establezcan para sectores específicos de actividad, el derecho a anticipar la edad de jubilación con un tratamiento especialmente benévolo²⁹, jubilación a la que no se podrá acceder, en ningún caso, antes de los 52 años de edad. Las circunstancias que van a permitir la fijación de edades anticipadas estará relacionada con “elevados índices de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad” habiéndose comprobado además, “elevados índices de morbilidad o mortalidad” (art. 2 a)]. Asimismo, cabrá considerar también aquellas actividades que resulten de excepcionalidad penosidad “en función de los requerimientos físicos o psíquicos exigidos para su desempeño y “experimenten un incremento notable del índice de siniestralidad” (art. 2 b)]. En todo caso, el Decreto establece algunas limitaciones importantes en su propio alcance ya que será necesario haber trabajado al menos quince años en esa actividad, al tiempo que como factor positivo se prevé que los años anticipados serán tenidos en consideración como años de cotización efectiva. Por lo demás, cabe destacar cómo desde el punto de vista financiero es llamativa la previsión de que en estos supuestos, se establecerá una cotización adicional tanto a cargo del empresario como del trabajador (art. 8), circunstancia que constituye toda una novedad, susceptible de ampliarse en un futuro a otros regímenes del sistema o a regulaciones específicas como las previstas para personas con discapacidad.

1.2. Aspectos adicionales dirigidos a potenciar la permanencia de los trabajadores en activo: porcentajes adicionales y bonificaciones y exenciones de cuotas de Seguridad por trabajadores de edad.

1.2.1. Porcentajes adicionales aplicables a la base reguladora de la prestación.

Siguiendo la estela de la Ley 35/2002, la Ley 27/2011 establece nuevos complementos que pretenden premiar la continuidad de la actividad laboral tras haber alcanzado la edad pensionable acreditando un destacado periodo de cotización. A este respecto, la Ley 35/2002 introdujo una serie de porcentajes adicionales, oportunamente retocados por la Ley 40/2007 que son³⁰, asimismo, objeto de modificación mediante la Ley 27/2011, que ha dado lugar a un nuevo redactado del artículo 163 LGSS de acuerdo con el cual, de continuar trabajando tras alcanzar la edad pensionable que en cada caso corresponda y siempre que se acredite en ese momento la

²⁷ Ver el apartado 5 de este trabajo.

²⁸ Como señalan LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI JIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., pág. 93, “una vez se produce un retraso en la edad de jubilación ordinaria, se hacía más urgente dar una respuesta normativa al debate de las profesiones y colectivos con requerimientos físicos o psíquicos que aconsejan la salida del mercado laboral con anticipación”. Abundando en la problemática derivada de la falta de desarrollo de la LGSS en esta materia, LÓPEZ GANDÍA, J.: *La jubilación de los empleados públicos*, ob. cit., pág. 18 había apuntado a la jubilación parcial anticipada como “parche” para cubrir la falta de desarrollo del 161 bis 1 LGSS.

²⁹ A título de ejemplo, el RD 1698/2011 asimila a cotizado el tiempo en que se adelante la edad de jubilación.

³⁰ Los porcentajes derivados de la Ley 40/2007 prevén un porcentaje adicional por año del 2 por 100 en el caso de personas que hayan cotizado 15 años, mientras que el porcentaje salta hasta el 3 por 100 en el caso de personas que acrediten una carencia de 40 o más años de cotización.

carencia necesaria para acceder a la jubilación, al porcentaje básico derivado de la escala del artículo 163.1 LGSS se añadirá el siguiente porcentaje por cada año completo cotizado:

-Hasta 25 años cotizados, el 2 por 100.

-Entre 25 y 37 años cotizados, el 2'75 por 100.

-A partir de 37 años cotizados, el 4 por 100.

La reforma de los porcentajes adicionales es llamativa dado que la bonificación se mantiene por anualidades completas –en buena lógica al exigirse años completos de cotización para aplicarse– si bien en general y salvo en carreras de cotización más modestas el porcentaje es bastante más generoso que la cifra que se obtendría anualmente por cotizar a razón del 0'19 o 0'18 por mes de acuerdo con el 163.1 LGSS; respectivamente, un 2'28 o un 2'16. Asimismo, se me antoja razonable desde una perspectiva de incentivación del mantenimiento del empleo el haber establecido una horquilla más flexible de porcentajes ya que la fijada por la Ley 40/2007 –con una bonificación para quienes tengan cotizados 15 años y otra para quienes acrediten 40 años— era un tanto disparatada y dudo que contribuyese en gran manera a incentivar la permanencia o el retorno a la actividad laboral.

1.2.2. Bonificaciones y exenciones a la Seguridad Social dirigidas al mantenimiento del empleo de trabajadores de edad.

Aunque se trate de un aspecto apenas ha sido objeto de reforma he considerado oportuno efectuar un breve comentario al respecto teniendo en cuenta que su formato actual no contribuye a potenciar el mantenimiento en el empleo de los trabajadores de edad, al tiempo que un buen diseño de la bonificación y de la exención podría contribuir a mejorar el número de activos entre los trabajadores de edad. En este sentido, la Ley 43/2006 prevé en su artículo 4 una bonificación dirigida a potenciar dicha permanencia, consistente en una bonificación sobre el 50 por 100 de las cuotas patronales por contingencias comunes, siempre que se trate de trabajadores con 60 años que acrediten una antigüedad en la empresa de, al menos, cinco años. Como es sabido, se prevé que dicha bonificación irá elevándose anualmente, a razón de un 10 por 100 tras el transcurso del primer año, hasta que en su caso se alcance el 100 por 100 de bonificación. Y respecto a esta medida, la “Estrategia 55 y más”, considera de interés el planteamiento en la Estrategia Española para el Empleo de ampliar los incentivos a partir de los 55 años³¹, un criterio que se me antoja razonable teniendo en cuenta que lo haría coherente con otras medidas articuladas en paralelo –de modo especial el convenio especial del artículo 51.9 TRLET— y permitiría apuntalar el empleo de los trabajadores de edad en un momento clave de su progresión en la empresa, amortiguando el argumento de sus elevados costes salariales. En todo caso, la “Estrategia 55 y más” se muestra prudente y recuerda que “deberá examinarse en qué medida las bonificaciones de las cotizaciones empresariales por los contratos indefinidos de los trabajadores y las trabajadoras de más edad están contribuyendo al mantenimiento en el empleo de estas personas”, hipótesis puesta en duda por algún autor³².

A la medida anterior debe añadirse la exención de cotizaciones en el caso de permanencia en la empresa de trabajadores más allá de los 65 años, exención prevista en el artículo 112 bis LGSS y originada también en la Ley 35/2002, pero que ha sido modificada levemente por la Ley 27/2011. Como es sabido, la medida consiste en eximir de cotización por contingencias comunes tanto al trabajador como al empleador³³, salvo por incapacidad temporal, si bien la exención se limita a contratos indefinidos y a la necesidad de acreditar un tiempo de cotización que hasta ahora había sido de 35 años y que tras la reforma de 2011 y cuando entre

³¹ También se manifiesta en este sentido el informe AA.VV.: *La situación de las personas de 55 a 64 años...*, *ob. cit.*, pág. 150 al señalar, sin referirse expresamente a las bonificaciones, que “Las políticas públicas destinadas deben además favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad, sobre todo si se trata de personas entre 55 y 60 años”.

³² A este respecto, TORTUERO PLAZA, J.L.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 130 y 131.

³³ Recuérdese que la disposición adicional trigésima LGSS también la prevé para los trabajadores autónomos.

en vigor el 1 de enero de 2013, pasará a ser de 38'5 años de cotización y 65 años o bien 37 años de cotización y 67 años de edad. A mi juicio, el interés de la exención es muy bajo si tenemos en cuenta que la exigencia de periodos de cotización es muy alta³⁴, de modo que la Ley 27/2011 y su planteamiento general, deberían haber llevado a la reducción de los años de cotización para acceder a la exención, cosa que no ha sucedido.

1.3. Algunos mecanismos disuasorios en la elección de trabajadores por su proximidad a la edad de jubilación.

Más allá del nuevo diseño de la jubilación, y más allá también de la incentivación del empleo de las personas de edad, es evidente que la proximidad de la edad de jubilación es tenida en consideración en las situaciones de reestructuración de empresa a la hora de efectuar la elección de los trabajadores afectados por despido. Se dará buena cuenta de estas cuestiones en el apartado dedicado a la jubilación anticipada. Ahora bien, como respuesta más bien tímida a esta opción empresarial, nuestro ordenamiento jurídico prevé al menos dos mecanismos que pretenderían precisamente reconducir dicha opción empresarial hacia un perfil más general de trabajador afectado por los despidos económicos. Tal opción legislativa, razonable desde muchos puntos de vista, se hace hoy en día más necesaria si cabe teniendo en cuenta el desplazamiento en la edad de jubilación y las nuevas reglas de cálculo de la pensión. En todo caso, no me parece imprudente adelantar la conclusión de que estas medidas, en su actual diseño y por razones diversas, ejercen una escasa presión sobre las empresas a la hora de condicionar la elección de los trabajadores de edad entre los afectados por despidos colectivos.

A estos efectos, seguidamente se abordará el comentario de las tímidas novedades introducidas por la Ley en el convenio especial obligatorio del artículo 51.9 TRLET y en la novedosa disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 –modificada recientemente por la disposición final cuarta del Real Decreto-Ley 3/2012--, referida a las cargas sobre las grandes empresas con beneficios que despidan a trabajadores de 50 o más años en el contexto de despidos colectivos, figura que encuentra acomodo un tanto ambiguo en el nuevo apartado 11 del artículo 51 TRLET, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2012.

1.3.1 El convenio especial obligatorio del artículo 51.9 TRLET

El convenio obligatorio se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a través de 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, fruto del cual se insertó en el artículo 51 TRLET el actual apartado 9 (apartado 15 hasta fechas bien recientes; en concreto hasta la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero) un mandato dirigido a evitar, al menos en parte, que las empresas desvíen hacia la Seguridad Social los costes de financiación de las pensiones de trabajadores de edad despedidos en un contexto de despido colectivo, a la vez que pretende evitar que las cotizaciones de los trabajadores despedidos sufriesen una aguda disminución tras el agotamiento de la percepción de la prestación por desempleo³⁵. De este modo, se previó que “Cuando se trate de expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con 55 años o más que no tuvieren la condición de mutualista 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

³⁴ Aspecto criticado también por TORTUERO PLAZA, J.L.: *Jubilación forzosa...*, ob. cit. pág. 129, subraya que esta medida es muy restrictiva, atribuyendo la razón de tales restricciones a motivos de carácter actuarial. También se muestra crítico PURCALLA BONILLA, M.A.: *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2009, pág. 285.

³⁵ Las circunstancias y el afán protector que rodean el artículo 51.9 TRLET, hacen de este convenio una auténtica excepción en el ámbito de los Convenios Especiales de Seguridad Social, que tienen en su voluntariedad un rasgo definidor: LÓPEZ GANDIA, J.: *La nueva regulación del convenio especial de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 9. Por lo tanto, difícilmente podemos asimilar este subtipo de convenio especial al contrato de seguro, asimilación que ha sido defendida por algunos autores. En este sentido, *vid* las páginas 79 y 80 de la obra mencionada.

señalados en los términos previstos en la LGSS” (art. 51.9 TRLET). A su vez, la LGSS detalla este mandato en su disposición adicional trigésima primera estableciendo una serie de límites y condiciones que a su vez son objeto de desarrollo mediante el artículo 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

Desde el punto de vista subjetivo, cabe criticar que la Ley se limite a los trabajadores afectados por despidos colectivos y excluya del beneficio a los afectados por despidos objetivos económicos del artículo 52 c] TRLET, cuya causa es idéntica a la de los despidos colectivos³⁶, máxime tras la reciente eliminación de la autorización administrativa. Tal circunstancia se ha agravado en el pasado teniendo en cuenta que la mayoría de las extinciones derivadas de crisis de empresa se han llevado a cabo a través de los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes, de modo que los efectos del artículo 51.9 TRLET se han minimizado hasta extremos grotescos³⁷, todo ello sin perjuicio de la incidencia que en estos datos pueda tener la reforma de la pensión de jubilación³⁸. En lo que respecta al cuadro de empresas obligadas, la exención de esta obligación para las empresas en situación de concurso hace de peor condición a los trabajadores al servicio de estas empresas y descarga sobre ellos ese riesgo, lo que *a priori* se nos antoja inaceptable ya que el sacrificio se va a proyectar sobre los trabajadores concernidos.

En lo que concierne a la duración del convenio, la LGSS pretende que el trabajador mantenga intacta su carrera de cotización entre el momento en el que, en su caso, se agote la prestación por desempleo y el cumplimiento de la edad pensionable de 65 o 67 años, o la que corresponda en régimen transitorio. Sin embargo, si bien el convenio se va a extender hasta la edad de jubilación, la empresa solo tendrá obligación de asumirlo hasta que el trabajador alcance la edad de 63 años o de 61 años en el caso de despidos por causa económica de modo que el mandato legal va a empujar a los trabajadores a jubilarse a los 61/63 años, o bien a finalizar de modo heterodoxo el convenio cuando no puedan anticipar la edad de jubilación³⁹. En lo que respecta a la identificación de las cuotas a pagar, el convenio a financiar tomará como base de cotización el promedio de los últimos seis meses cotizados por el trabajador⁴⁰, base a la que se le aplicará el tipo previsto en la normativa de convenio especial, es decir, el porcentaje

³⁶ Como señala LÓPEZ GANDIA, J.: *La nueva regulación...*, ob. cit. pág. 27, este régimen de cotización obliga “a un trabajador que percibe un subsidio que puede no llegar al SMI y que sufre graves dificultades para volver a encontrar empleo, a que financie un convenio especial si no quiere verse condenado a acceder en su día a una pensión de Jubilación muy baja, salvo que se traslade al empresario el coste en expediente de regulación de empleo o acuerdos colectivos”.

³⁷ El informe del CES: *Vida laboral y prejubilaciones*, cit., pág. 108, señalaba en el año 2000 a los despidos individuales –objetivos pero también disciplinarios sin causa real– como cuantitativamente más relevantes que los despidos colectivos. Sin duda esta circunstancia se ha agudizado en los últimos años, a pesar de que la crisis desencadenada en España desde 2007 habría permitido todavía más despidos de carácter colectivo.

³⁸ Como se verá más adelante, la reforma refuerza la utilización de causas extintivas económicas, dado que la crisis de empresa será requisito necesario para acceder a la jubilación anticipada a partir de 61 años.

³⁹ Nótese que la disposición adicional trigésima primera de la LGSS establece de modo taxativo que el convenio se extenderá hasta que el trabajador alcance la edad a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 161 LGSS, salvo que el trabajador, pudiéndolo hacer, anticipe su edad de jubilación. Ahora bien, de acuerdo con TORTUERO PLAZA, J.L.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial*, Madrid, Civitas, 2002, pág. 99, difícilmente el trabajador va a poder asumir el pago de las cotizaciones más allá de la extinción de la responsabilidad empresarial. Ello da lugar a que, como ha señalado GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La funcionalidad de los instrumentos de protección social...”, ob. cit., pág. 84 nos hallamos ante una obligatoriedad limitada “porque basta que el trabajador deje de pagar las cuotas del convenio para quedar excluido del mismo sin que se le pueda forzar a mantenerlo pese a su voluntad contraria”.

⁴⁰ Téngase en cuenta que la base obligatoria podría ser aumentada tanto antes como después del cumplimiento de los 61 años con carácter voluntario y en cada ejercicio. A este respecto, el artículo 20.3 de la Orden TAS/2865/2003, prevé que “las partes interesadas suscribirán una cláusula adicional al convenio por la que se determine el responsable del pago del incremento de cuotas resultante, sin necesidad de presentar aval u otra garantía ni de substituir por tercero al responsable del pago”.

correspondiente a contingencias comunes de 28'30 con un porcentaje de reducción del 0'94. Ahora bien, sobre este particular, la disposición adicional trigésimo primera de la LGSS introduce un matiz clave en su segundo apartado al señalar que de la cuota resultante “se deducirá, la cotización, a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, correspondiente al periodo en el que el trabajador pueda tener derecho a la percepción del subsidio de desempleo, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación”. Es decir, de nuevo el redactor de la Orden insiste en “velar” por los intereses empresariales, de modo que va a mantener intactas las obligaciones del Servicio Público de Empleo Estatal que absorberán en parte –en buena parte, según los casos– la obligación empresarial derivada del convenio obligatorio.

El alcance de la reforma del convenio especial obligatorio es muy modesto ya que la Ley 27/2011 ha modificado ligeramente la disposición adicional 31ª LGSS pero no ha introducido reforma alguna en el artículo 51.9 TRLET, de modo que se mantiene una lógica excesivamente escorada hacia los intereses empresariales. Al respecto, llama poderosamente la atención que la nueva Ley siga sin contemplar a los despidos objetivos como susceptibles de generar convenios obligatorios de Seguridad Social, máxime si se tiene en cuenta que el despido objetivo integra junto con el despido colectivo la nueva noción de despido por crisis de empresa, clave en el acceso a la jubilación anticipada a los 61 años, a comentar en páginas posteriores. La única salvedad a esta visión crítica se refiere a que la edad máxima del convenio a cargo de la empresa se amplía hasta los 63 años –con los destacados matices que se señalarán al final--, lo que al menos durante los primeros años de vigencia de la reforma tendrá un cierto interés, considerando que la jubilación seguirá estando muy cerca de los 65 años. Ahora bien, puestos a ser pesimistas, cabría augurar que aquél tiene previsto modificar el TRLET (art. 51.9) a fin y efecto de que la obligación de convenio especial se establezca siempre que el trabajador despedido tenga una edad no inferior a los 57 años. Ciertamente, tal planteamiento no tendría ninguna coherencia con la propuesta de la “Estrategia 55 y más”, que pretendería ampliar “hacia atrás”, en concreto a partir de los 55 años, las bonificaciones de cuotas patronales por el mantenimiento en el empleo de trabajadores de edad previstas en la Ley 43/2006. Asimismo no tendría tampoco coherencia con el nuevo artículo 51.11 TRLET que establece cargas a determinadas empresas por la inclusión de trabajadores de 50 o más años en despidos colectivos.

Por lo demás, cabe recordar que el modesto alcance de la reforma planteada en el Anteproyecto ha quedado reducida a la mínima expresión en el texto del Proyecto y en el de la Ley, todo ello teniendo en cuenta que la obligación de cotizar hasta los 63 años no será obligatoria cuando se trate de despidos económicos por causa económica, en cuyo caso la obligación empresarial de sufragar el convenio especial se va a mantener en los 61 años. Teniendo en cuenta que buena parte de los despidos económicos se basan en causas económicas, concurrentes o no con los otros tipos de causas, el matiz introducido por la Ley 27/2011 me lleva a pensar que esta reforma va a ser puramente cosmética, dando lugar en la práctica a un menor alcance de estos convenios.

1.3.2. La asunción de los costes de desempleo de trabajadores de edad objeto de despido colectivo en el caso de grandes empresas con beneficios.

Me referiré a continuación a la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 introducida a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley con la pretensión de que las empresas de cierta dimensión que incluyan a trabajadores de 50 o más años en expedientes de regulación de empleo asuman los costes de la protección de desempleo de esos trabajadores. Se trata de una materia novedosa, con una cierta proximidad a la lógica del convenio especial obligatorio del artículo 51.9 TRLET y que abordo en este punto de la ponencia considerando que más allá de su finalidad básica -- limitar la asunción de costes de la Administración en el capítulo de la protección por desempleo de los trabajadores de edad en contextos de reestructuración empresarial--, se trata de una medida que en último término puede contribuir a evitar la expulsión hacia el desempleo y en fin, a la jubilación anticipada por crisis de empresa a trabajadores de edad. Se trata de modo evidente, de una disposición claramente dirigida a evitar prejubilaciones semipúblicas, es decir, salidas tempranas de trabajadores de edad, con la

asunción pública de los costes de la protección por desempleo. Cabe advertir que la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 ha sido afectada doblemente por el Real Decreto-Ley 3/2012. Así, de un lado, se ha reformado su contenido incluyendo aspectos que en el momento inicial parecían destinados al desarrollo reglamentario. De otra parte, el artículo 51.11 TRLET en la versión aprobada por el Real Decreto-Ley 3/2012 parecería reflejar el contenido de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 al señalar que “Las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente”. Ahora bien, como se verá no hay una coincidencia total entre el alcance de la Ley 27/2011 y el del artículo 51.11 TRLET, ya que este último no hace referencia alguna al tamaño de la empresa o a la necesidad de beneficios empresariales durante los dos ejercicios anteriores al inicio del despido colectivo.

Antes de reseñar los detalles más característicos de la nueva norma, es importante subrayar su llamativa entrada en vigor, que es efectiva para todos los despidos colectivos iniciados a partir de 27 de abril de 2011 y que sin duda tiene como finalidad afectar al despido económico instado por Telefónica, que afectará a más de seis mil trabajadores de edad, en un contexto de beneficios sostenidos de la empresa. Por lo tanto, el origen y finalidad última de la medida –una auténtica norma-acto-- puede ayudar a entender las notorias limitaciones que caracterizan a su ámbito de aplicación⁴¹. En todo caso, la aparentemente enérgica oposición del nuevo Gobierno a la práctica de las prejubilaciones puede estar detrás de las modificaciones y del desarrollo legal que de la misma efectúa el Real Decreto-Ley 3/2011 y que en principio se preveía realizar mediante Decreto. Detallaré a continuación los elementos más llamativos de esta disposición.

De un lado, la empresa o el grupo de empresas en que esté integrada deberán haber tenido beneficios dentro de los dos ejercicios económicos anteriores al inicio del despido colectivo⁴². Asimismo, las empresas deberán acreditar una plantilla de más de 500 trabajadores o bien formar parte de grupos de empresas que empleen esa cifra de plantilla. El Real Decreto-Ley 3/2012 ha eliminado el requisito de que el despido colectivo deberá afectar al menos a 100 trabajadores en un periodo de referencia de tres años, un cambio de cierto calado que puede ampliar considerablemente los efectos de esta medida. En esta misma línea es también interesante el hecho de que van a generar responsabilidades, no solo los trabajadores de 50 o más años afectados por el despido, sino que el Real Decreto-Ley 3/2012 ha añadido también todas las extinciones contractuales de trabajadores de la misma franja de edad que se vean afectados por extinciones no inherentes a su persona y que se produzcan dentro de los tres años anteriores y posteriores al inicio del despido colectivo y que sean diferentes a las derivadas del artículo 49.1 c) TLRET; es decir, por extinción de contratos temporales. Ahora bien, como contrapunto a lo anterior, a petición de la empresa podrá excluirse de responsabilidad por los trabajadores recolocados “en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquiera otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo”. Con este planteamiento, la norma matiza de modo aceptable la responsabilidad empresarial, ya que es razonable eximir a las empresas que se esfuercen de modo efectivo en evitar el “descarrilamiento laboral” de trabajadores de edad.

En lo concerniente al cálculo de responsabilidades, el Real Decreto-Ley 3/2012 aborda a nivel legal los criterios de determinación de esa responsabilidad, abandonando el planteamiento inicial que iba orientado a una fijación reglamentaria. De este modo, el nuevo apartado 3 de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 establece las tres bases sobre las que posteriormente se aplicará el tipo del que se obtendrá la cuantía a ingresar al Tesoro Público en concepto de responsabilidad por prestaciones por desempleo. Los conceptos previstos en la norma son los siguientes:

⁴¹ GETE CASTRILLO, P.: “La reforma de pensiones de 2011...”, ob. cit., pág. 8, expresa su escepticismo al respecto, afirmando que la medida tiene visos de inaplicación futura

⁴² La Ley ya no hace referencia a que el resultado de los ejercicios deberá haber sido positivo de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, regulador del Plan General de Contabilidad.

- a) Cuantía total abonada efectivamente por el Servicio Público de Empleo Estatal en concepto de prestaciones por desempleo, prestaciones que no deberán haberse generado únicamente por cotizaciones efectuadas en la empresa que despida. En este sentido, la Ley matiza que las prestaciones podrán haberse generado total o parcialmente en la última empresa.
- b) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por las cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo.
- c) En fin, un canon fijo por cada trabajador que haya iniciado el cobro del subsidio por desempleo por agotamiento de la prestación de desempleo o el de mayores de 52 años⁴³. También generarán canon los trabajadores que no teniendo derecho al cobro de prestaciones contributivas de desempleo acceda directamente al subsidio asistencial de desempleo.

El tipo a aplicar sobre la base va desde un máximo del 100 por 100 hasta un 60 por 100 de la base, lo que va a depender del número de trabajadores de 50 o más años afectados por el despido colectivo, el volumen de beneficios de la empresa, y la plantilla de la misma (apartado 4 de la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 27/2011)⁴⁴.

Cabe añadir dos aspectos de interés contenidos en la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011. El primero, que reglamentariamente se determinará “el procedimiento para la liquidación y pago de la aportación económica”, lo que comporta la posibilidad de que se adopten medidas cautelares en los casos en que el despido implique la cesación de actividad de la empresa en territorio español. En segundo lugar, la disposición estudiada nos indica que al menos el 50 por 100 de las cantidades recaudadas se consignarán en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal “con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de trabajadores de 50 o más años que se encontraran en situación legal de desempleo”. Más allá del escaso alcance práctico de esta previsión es interesante señalar que su redacción en el Real Decreto-Ley 3/2012 ha mejorado la versión inicial que se limitaba a señalar que estas aportaciones “ pueden, en su caso, destinarse total o parcialmente a financiar políticas activas de empleo para trabajadores de más edad, en los términos que pueda establecerse reglamentariamente”

Finalizando el comentario sobre esta llamativa disposición adicional cabe subrayar la escasa incidencia que la misma va a generar en la práctica, teniendo en cuenta que en el contexto económico actual, pocas empresas de tal dimensión van a realizar despidos

⁴³ De acuerdo con la Ley, el canon “se calculará mediante la la totalización 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”.

⁴⁴La fijación del canon y los elementos de ponderación se establecen en la Ley del modo que sigue. He remarcado en negro el gravamen máximo y el gravamen mínimo:

Porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos	Porcentaje de beneficio sobre los ingresos	Número de trabajadores en la empresa		
		Más de 2.000	Entre 1.000 y 2.000	Entre 501 y 999
Más del 35 %	Más del 10 %	100 %	95 %	90 %
	Menos del 10 %	95 %	90 %	85 %
Entre el 15 % y el 35 %	Más del 10 %	95 %	90 %	85 %
	Menos del 10 %	90 %	85 %	80 %
Menos del 15 %	Más del 10 %	75 %	70 %	65 %
	Menos del 10 %	70 %	65 %	60 %

económicos mediando beneficios empresariales durante los dos ejercicios anteriores al inicio del procedimiento. En todo caso, la medida es una llamada de atención a las grandes corporaciones, que suelen incurrir en conductas de expulsión masiva de trabajadores de edad pero no evitará que estas empresas utilicen otras medidas para poner en práctica procesos de “rejuvenecimiento de plantillas”. En este sentido, un defecto evidente de la norma está en la imprescindibilidad de que haya un despido colectivo a fin de que se generen responsabilidades, tanto por los trabajadores despedidos mediante el artículo 51 TRLET como por los trabajadores despedidos por otras causas no inherentes a su persona.

Por lo demás, cabe destacar que el trabajador de edad contemplado por la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 comienza a los 50 años, una circunstancia interesante en clave de una deseable revisión del alcance del convenio especial obligatorio del artículo 51.9 TRLET.

2. MECANISMOS (RESIDUALES) EN CLAVE DE REPARTO DEL EMPLEO

Un análisis de la jubilación en clave de empleo, con el trasfondo de la Ley 27/2011 exige el examen de algunas medidas inspiradas al menos parcialmente en el reparto del empleo entre los trabajadores de edad que son forzados o incentivados a dejar el mercado de trabajo y otros trabajadores más jóvenes que se incorporarían a cubrir el espacio laboral dejado libre por el trabajador jubilado total o parcialmente. Asimismo, la lógica de estas medidas se basaría en la conservación del empleo en la empresa, si bien se ha optado por la expresión reparto del empleo por ser la más habitual.

En base a este criterio se abordará el comentario de tres medidas que con mayor o menor eficacia y con mayores o menores garantías se han dirigido a fomentar el reparto del empleo. En dos casos –jubilación forzosa y jubilación parcial anticipada– las líneas que siguen se dedicarán fundamentalmente a comentar la incidencia de la Ley 27/2011 en su régimen jurídico, mientras que en el caso de la jubilación anticipada a 64 años como medida de reparto y de garantía del empleo, se dará cuenta de su mera derogación y de las razones que han podido incidir en esa decisión.

2.1 La reforma de la jubilación forzosa (disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores).

La disposición adicional trigésima sexta de la Ley 27/2011 aborda una sensible reforma de la disposición adicional 10ª del TRLET que si bien deja intacto su planteamiento general, introduce una destacada limitación en cuanto a los trabajadores afectados por la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo como medida vinculada a objetivos de política de empleo. Así, en adelante el trabajador afectado “deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por 100 a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a pensión de jubilación en su modalidad contributiva”. Como es sabido, el régimen anterior a la reforma—introducido mediante la Ley 14/2005—, establecía únicamente la exigencia de que el trabajador afectado contase con la carencia suficiente para jubilarse, salvo matiz al respecto establecido por la negociación colectiva, de modo que la reforma evita los efectos negativos que podrían causarse en trabajadores con un escaso periodo de carencia⁴⁵. Lógicamente, a partir de la entrada en vigor de la Ley 27/2011 la edad pensionable no tiene foto fija, si tenemos en cuenta que irá variando a lo largo del periodo de aplicación transitoria de la Ley, salvo que el trabajador acredite 38 años y medio de cotización, supuesto en que se mantendrá en 65 años.

Ciertamente, la reforma no cercena de modo virulento el alcance de una figura que cuenta con un notable consenso en círculos sindicales y patronales, que impulsaron su

⁴⁵ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación...*, ob. cit., pág. 154.

“resurrección en el año 2005⁴⁶ pero la limita, teniendo en cuenta que el abanico de candidatos susceptibles de ser afectados por esta figura reduce su alcance. A este respecto y a título de ejemplo, entre los años 2013 y 2019, alcanzar un porcentaje del 80 por 100 de la base reguladora de la prestación exigirá un periodo cotizado de poco menos de 27 años, periodo de tiempo que irá en aumento conforme la Ley entre en vigor⁴⁷, lo que implica impermeabilizar al sistema de Seguridad Social de los complementos a mínimos que se podrían derivar—y que de hecho se derivaban-- de la aplicación de la medida. Asimismo, el efecto reflejo de la reforma es evidente, teniendo en cuenta que se garantiza una cuantía de pensión más digna a los trabajadores afectados por la jubilación forzosa, sin perjuicio de que no parece, a primera vista, que sea esa la prioridad de la reforma. En todo caso, el principio de suficiencia de las prestaciones del artículo 41 CE quedará más salvaguardado a través de esta reforma.

Es evidente que el legislador ha querido estrechar el cerco a la jubilación forzosa, figura en contradicción con la corriente general de desplazamiento de la edad de jubilación de 65 a 67 años⁴⁸. Por lo demás, es más que dudoso que la jubilación forzosa haya servido siempre o casi siempre a objetivos realmente coherentes en materia de empleo. En este sentido, la vaguedad de algunas de las expresiones de la disposición adicional 10^a TRLET que definen los objetivos de las cláusulas de jubilación forzosa —“mejora de la estabilidad en el empleo”, “sostenimiento del empleo”, “cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad en el empleo”—⁴⁹ son el mejor reflejo de que el derecho al trabajo de los trabajadores de edad ha sido sacrificado en vano en muchas ocasiones⁵⁰.

A este respecto, el cerco podría estrecharse en un futuro, si tenemos en cuenta que la “Estrategia 55 y más” cuestiona la jubilación forzosa y apela a los interlocutores sociales a que “analicen conjuntamente la legalidad, acierto y oportunidad de mantener ese tipo de cláusulas en los convenios colectivos”⁵¹, al tiempo que exhorta a los interlocutores sociales a que mediante la negociación colectiva favorezcan a los trabajadores de edad en el mantenimiento y acceso al empleo⁵²; otro tanto, a este respecto, se deriva de la documentación de la Unión Europea⁵³. En

⁴⁶ A este respecto, GALA DURÁN, C.: “Cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva” en PÉREZ AMORÓS, F. (Director): *La extinción del contrato de trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2006, pág. 82, recuerda el evidente interés sindical y patronal en la materia que llevó a la reactivación legal de la jubilación forzosa en 2005, tras su supresión mediante el Real Decreto-Ley 5/2001 de 2 de marzo y la “confirmación judicial” de dicha supresión a través de las sentencias del TS de 9 de marzo de 2004 (RJ 841 y 873).

⁴⁷ De acuerdo con la disposición transitoria vigésima primera LGSS (Ley 27/2011) durante el primer tramo de aplicación transitoria, a los 163 meses posteriores a la los primeros quince años de cotización se les va a atribuir un 0’21 por 100 de valor. Ahora bien, piénsese que cuando entre plenamente en vigor el nuevo artículo 163.1 LGSS, alcanzar un 80 por 100 de la base reguladora de la prestación supondrá haber cotizado más de 28 años y dos meses.

⁴⁸ GALA DURÁN, C.: “Cláusulas de jubilación forzosa...”, ob. cit., pág. 83, destaca la incoherencia de la jubilación forzosa con la política interna y europea en materia de jubilación. LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., pág. 155, consideran criticable seguir manteniendo la figura de la jubilación forzosa.

⁴⁹ GALA DURÁN, C.: “Cláusulas de jubilación forzosa...”, ob. cit., pág. 89, señala un dato normativo evidente: “Sólo dos de los ejemplos puestos por la disposición adicional 10^a tienen un contenido claro: la transformación de contratos temporales en indefinidos y la contratación de nuevos trabajadores”. Lamentablemente, no ha sido esta la única carencia de la norma en lo que respecta a la claridad de sus planteamientos. La profesora GALA DURÁN (cit pág. 88) recuerda que la Ley no clarifica dónde y cómo deben reflejarse dichos objetivos de modo concreto.

⁵⁰ CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Extinción de la relación laboral por jubilación forzosa: la postura de los Tribunales ante la Ley 14/2005” en PÉREZ AMORÓS, F. (Director): *La extinción del contrato de trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2006, pág. 361, señala refiriéndose a la Ley 14/2005 que “ni siquiera ha sido capaz de garantizar que la cláusula vincule la extinción a medidas efectivas de empleo de las que se derive, al menos, una ventaja para los compañeros de estos trabajadores que ven truncado su deseo de seguir trabajando”.

⁵¹ Estrategia 55 y más, cit. Apartado 1.4.

⁵² La Estrategia 55 y mas, cit, apartado 1.4 lanza una llamada clara a los interlocutores sociales al señalar que “Más en general, y siempre respetando plenamente la autonomía colectiva, los interlocutores sociales deberían analizar la mejor forma de promover que los convenios colectivos incluyan cláusulas que

todo caso, también en este punto se detecta una tensión más que evidente entre el planteamiento del legislador⁵⁴ y el deseo de los interlocutores sociales que siempre han manifestado un cierto apego a la figura de la jubilación forzosa.

La nueva versión de la disposición adicional 10ª TRLET está plenamente en vigor si tenemos en cuenta que la disposición adicional trigésima quinta de la Ley 27/2011 entraba en vigor en el momento de la publicación de la Ley (disposición final duodécima de la Ley 27/2011), y considerando además, que el Gobierno no hizo aplicación del inciso final de la nueva disposición adicional 10ª, que le habilitaba para “demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta disposición adicional”. En todo caso, no está del todo claro a mi modesto entender si la reforma es de inmediata aplicación a las extinciones derivadas de la disposición adicional 10ª TRLET que se produzcan en base a convenios colectivos negociados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011. En este sentido, de un lado, cabría interpretar que la regulación anterior a la reforma es aplicable – también en requisitos de acceso (a la jubilación forzosa)— a las extinciones fundamentadas en convenios colectivos negociados “aprobados o suscritos con anterioridad a la presente Ley”. Ahora bien, es perfectamente razonable interpretar que la disposición transitoria se refiere a las modalidades de jubilación, no a las cláusulas de jubilación forzosa⁵⁵, que en sentido estricto no parece que sea una modalidad de jubilación, a las que sería de aplicación inmediata el requisito del porcentaje del 80 por 100 en tanto que disposición de derecho necesario⁵⁶. Por lo demás, ante la duda, el principio de interpretación *pro operario* podría llevar a entender que la reforma entra en vigor de modo inmediato, sin perjuicio de que el convenio se haya negociado antes de la entrada en vigor de la Ley. En cualquier caso, resulta paradójico que también en este caso puedan reproducirse –esperemos que no— los enconados debates interpretativos que generó la Ley 14/2005 respecto a la validez de los convenios colectivos que, con anterioridad a su entrada en vigor habían establecido o incluso mantenido ininterrumpidamente bajo un total vacío legal, cláusulas de jubilación forzosa⁵⁷.

2.2. La jubilación parcial anticipada y su tratamiento en la Ley 27/2011.

2.2.1 Régimen actual y alcance de la reforma.

Se llevará a cabo a continuación una aproximación a la jubilación parcial y a las reformas operadas mediante la Ley 27/2011. Como es sabido, la normativa prevé dos tipos de jubilación parcial; de un lado, la jubilación parcial anticipada, que implica una jubilación parcial anterior a la edad pensionable junto a la contratación obligatoria de un relevista y, de otro lado, la jubilación parcial autónoma⁵⁸, que es la que se produciría tras alcanzar la edad

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 y las trabajadoras de más edad”. *El subrayado es mío. También apela al papel de la negociación colectiva el informe AA.VV.: *La situación de las personas de 55 a 64 años...*, ob. cit., pág. 152.

⁵³ La 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 UE (Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico), Bruselas 29.4.2009 COM(2009) 180 final, se muestra especialmente beligerante con esta cuestión al recordar que (pág. 9), “Las generaciones nacidas al final de la Segunda Guerra Mundial (...) representan una parte importante de la mano de obra europea. Para animarlas a mantenerse en actividad han de suprimirse obstáculos al empleo, tales como la edad de jubilación obligatoria”.

⁵⁴ GETE CASTRILLO, P.: “La reforma de pensiones de 2011...”, ob. cit., pág. 8 se lamenta de la no supresión de la jubilación forzosa en el contexto de la Ley 27/2011.

⁵⁵ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., pág. 155, acogen esta interpretación ya que, a su juicio, “no tendría sentido la referencia a la fecha de 1 de enero de 2013”.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 155

⁵⁷ Debate abordado ampliamente por CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Extinción de la relación laboral por jubilación forzosa: la postura de los Tribunales ante la Ley 14/2005”, ob. cit.,

⁵⁸ Terminología extraída de LÓPEZ BALAGUER, M.: *Jubilación parcial en el contrato de trabajo*, ob. Cit., págs.

pensionable y que no comportaría la obligación de contratar a un trabajador. Dado el carácter diferenciado de ambas figuras, especialmente desde una perspectiva de empleo, nos limitaremos al análisis de la jubilación parcial anticipada, que es la única afectada realmente por la Ley 27/2011.

Es obligado en primer lugar un comentario a propósito de la especialmente prolongada transitoriedad en la aplicación de la Ley 27/2011 en materia de jubilación parcial, todo ello teniendo presente que el apartado 2 c] de su disposición final duodécima establece la aplicación del régimen anterior, de un lado, para aquellas personas que “hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad a la fecha de publicación de la presente Ley”. En principio se trata de un planteamiento lógico en cuanto al régimen estricto de la jubilación parcial pero debe tenerse en cuenta que estas personas van a poderse beneficiar también de la legislación anterior cuando posteriormente accedan a la jubilación total, lo que podría ser más discutible. Ahora bien, a lo anterior se ha de añadir que la Ley prevé la aplicación del régimen anterior de jubilación parcial y de jubilación total a las “personas incorporadas antes de la fecha de publicación de esta Ley a planes de prejubilación parcial, recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresas, con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013”. En todo caso, será necesario acreditar la existencia del plan de prejubilación parcial, mediante el convenio o el acuerdo correspondiente, así como la incorporación del trabajador a dicho plan antes de la publicación de la Ley. A este respecto, es posible que esta cuestión genere problemas ante el INSS cuando se constate una incorporación “sospechosa” de pretender superar los obstáculos surgidos con la nueva regulación.

Dejando de lado las cuestiones relacionadas con la aplicación transitoria del régimen “tradicional” de jubilación parcial, abordaremos algunos de sus rasgos más característicos. Así, junto con el contrato de relevo, la jubilación parcial anticipada constituye una institución pensada en su día como mecanismo que permitía simultáneamente el rejuvenecimiento de plantillas y el relevo generacional de la empresa teniendo en cuenta que la “salida parcial” del trabajador de edad se produce al tiempo que se contrata a otro trabajador, que al menos estará obligado a cubrir la jornada dejada de desempeñar por el trabajador en situación de jubilación parcial.

Hasta ahora los beneficios eran evidentes para la empresa si tenemos en cuenta que en muchas ocasiones el salario a percibir por el trabajador sustituto, al menos a tiempo parcial, va a ser bastante inferior al percibido por el trabajador de edad⁵⁹. Asimismo, se favorece el empleo o una mayor calidad en el empleo y en último término se facilita notablemente la posición del trabajador próximo a la edad de jubilación, que va a poder acceder a una situación de semijubilación sin sufrir merma alguna en la cuantía de su pensión sin olvidar que cuando se jubile de modo completo se recalculará la cuantía de su pensión tomando como cotizados a tiempo completo los años que se haya trabajado en situación de jubilación parcial.

La Ley 27/2011 no incide de un modo especialmente significativo en los requisitos para que el trabajador pueda acceder a la jubilación parcial teniendo en cuenta que las exigencias previstas en el artículo 12 TRLET y 166 LGSS se mantienen en buena medida. De este modo, a los efectos de acceder a la jubilación parcial con contrato de relevo se mantienen la necesidad de acreditar una edad de entre 61 años⁶⁰ y la edad prevista en el 166.1 LGSS (o la que sea aplicable transitoriamente) así como un periodo de antigüedad en la empresa de al menos 6 años inmediatamente anteriores a la jubilación parcial. Asimismo, se conserva la exigencia de una cotización de treinta años, sin el cómputo de días-cuota o de cualquier otra lógica que favorezca el acceso a la prestación, lo que no deja de tener un cierto interés ya que dicho requisito, introducido por la Ley 40/2007 pretendió en su momento equiparar la jubilación parcial a la

⁵⁹ Cuestión subrayada en el apartado 1.2 de las Líneas de actuación relacionadas con el mantenimiento en el empleo de trabajadores mayores de 55, en la “Estrategia 55 y más”, cit, donde se recuerda que “La práctica demuestra que las empresas tienden a prescindir de estos trabajadores y trabajadoras, entre otras razones, por suponer costes laborales más elevados”

⁶⁰ Se mantendría el acceso a los 60 años para las personas que acrediten cotizaciones a mutualidades laborales con anterioridad al 1 de enero de 1967.

jubilación anticipada. Y es que siguiendo esa lógica, la prolongación del periodo de cotización para acceder a la jubilación anticipada previsto en la Ley 27/2011 –recuérdese, se pasa de 30 a 33 años-- no se ha trasladado a la jubilación parcial. Es especialmente llamativo el mantenimiento de la edad de acceso en los 61 años, teniendo en cuenta los paralelismos entre la jubilación parcial anticipada y la jubilación anticipada ordinaria, y el hecho innegable de que, paulatinamente, la edad pensionable se irá desplazando hacia los 67 años, lo que podría sugerir la pretensión de permitir su utilización en procesos de reestructuración de empresas⁶¹, en paralelo al uso de la jubilación anticipada por crisis con otros trabajadores.

Del mismo modo, los márgenes de la jubilación anticipada parcial en sentido estricto no son tampoco objeto de modificación con carácter general ya que se mantiene la horquilla básica entre el 25 por 100 y el 75 por 100, pudiéndose alcanzar el margen del 85 por 100 de la jornada para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida (art. 166.2 c] LGSS). En lo que concierne al contrato de relevo que como es sabido sigue el régimen del contrato a tiempo parcial, (art. 12.6 TRLET y ss), cabe destacar cómo la reforma no opera sobre sus elementos clásicos de identificación. Así, el contrato será indefinido o temporal y en este último caso, su duración se extenderá al menos hasta que el trabajador en situación de jubilación parcial alcance la edad pensionable que le corresponda⁶², pudiéndose contratar tanto a un trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada. Del mismo modo, se mantiene la posibilidad de contratación a tiempo completo o a tiempo parcial, en el bien entendido de que como mínimo la jornada del trabajador relevista deberá equivaler a la reducción de jornada experimentada por el trabajador en situación de jubilación parcial. Asimismo, se mantiene la posibilidad de que el horario del trabajador relevista complete el del trabajador jubilado parcial o bien se simultanee con él (art. 12.7 d] TRLET).

Llegados a este punto cabe destacar cuáles han sido los tres ingredientes de la reforma. Así, de una parte, la Ley 27/2011 aporta un elemento de clara flexibilización⁶³ en el régimen de la jubilación anticipada parcial, ya que con su silencio el nuevo redactado del artículo 12.7 d] TRLET deja la puerta abierta sin mayores controles a que el puesto de trabajo ocupado por el relevista no sea ni tan siquiera similar al ocupado por el trabajador relevado, ya que nada se dice a este respecto. En este sentido, conviene recordar que la versión del artículo 12.7 d] TRLET anterior a la Ley 27/2007 establece claramente que el puesto de trabajo debe ser el mismo o uno similar, entendiéndose que un puesto similar implica el desempeño de “tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente”. Ciertamente se establece una posible excepción, al remitirse la Ley a la disposición reglamentaria que fijará bajo qué condiciones es posible el contrato de relevo en un puesto no relacionado con el del relevado (arts. 12.7 d] TRLET y 166.2 e] LGSS), aunque dicho desarrollo no ha sido llevado a cabo. En todo caso, la nueva redacción de la LGSS y del TRLET elimina esta matizada exigencia de proximidad funcional aunque eso sí, se mantiene intacta la necesidad de proximidad entre las bases de cotización de relevado y de relevista⁶⁴. En este sentido, el nuevo redactado del artículo 166.2 e]

⁶¹ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: La reforma de la jubilación, ob .cit., pág. 111 no lo entienden así teniendo en cuenta el contexto global de la reforma de la jubilación parcial.

⁶² Obsérvese que la reforma ya no hace referencia a los 65 años. No obstante, el artículo 12.7 TRLET establece que el contrato de relevo podrá prorrogarse más allá de los 65 años cuando el trabajador en jubilación parcial continúe en la empresa más allá de dicha edad. En tal caso, la prolongación del contrato de relevo se extinguirá al finalizar el año en el que el trabajador en jubilación parcial opte por solicitar la jubilación.

⁶³ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., pág. 116, señalan a este factor como claramente flexibilizador en el uso de esta figura.

⁶⁴ Como señalan LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., pág. 116, la Ley 27/2011 introduce una solución más operativa y práctica, de modo que “Ha decidido generalizar el requisito de correspondencia de cotización entre relevista y relevado independientemente de que el relevista ocupe o no el mismo puesto de trabajo que el relevado”. Sobre la procelosa cuestión de la proximidad funcional entre puesto del relevado y del relevista a lo largo de las últimas reformas vid, las páginas 113 a 116.

LGSS mantiene la obligación de correspondencia entre bases de cotización⁶⁵ y exige que las bases del cotización del relevista no sean inferiores al 65 por 100 de las bases del relevado. Es más, la nueva redacción identifica con mayor precisión cuáles son las bases del relevado, ya que se refiere al “65 por 100 del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del periodo de base reguladora de la pensión de jubilación parcial”.

Un segundo elemento clave en una perspectiva restrictiva viene dado por la novedosa exigencia, introducida en el nuevo artículo 166.2 g) LGSS en el sentido de que “Sin perjuicio de la reducción de jornada a que se refiere la letra c) durante el periodo de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiere correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa”. Evidentemente, este planteamiento va a desincentivar enormemente la utilización de la jubilación parcial⁶⁶ porque va a encarecer mucho más su uso tanto para la empresa como para el trabajador. En este sentido, la desincentivación será tanto mayor cuanto más reducida sea la jornada del trabajador relevado, aunque la Ley 27/2011 ha establecido una cierta transitoriedad, de modo que los efectos de la reforma no serán tan evidente en un primer momento, pero se harán mucho más patentes conforme nos aproximemos al año 2027⁶⁷. En todo caso, la progresiva ampliación de la base de cotización debería venir acompañada de una clarificación a propósito del acceso a la bonificación prevista en la Ley 43/2006. En este sentido, la bonificación de la Ley 43/2006, comentada anteriormente, es también de aplicación al trabajador en situación de jubilación parcial (art. 8.1⁶⁸), de modo que la exigencia de cotización por toda la base podría verse aligerada por las bonificaciones, salvo que el legislador apunte en un futuro que la bonificación es solo de aplicación a la base correspondiente al salario efectivamente percibido por el trabajador relevado.

Sin duda tras esta medida se intuye un intento de frenar el entusiasmo empresarial por una medida que ha sido puesta bajo sospecha por diversas razones, que van desde la consideración de sus elevados costes para el sistema de la Seguridad Social⁶⁹ al no aplicarse

⁶⁵ Aunque en sentido estricto, la proximidad entre las cuantías de las bases de cotización se exige en el régimen anterior a la Ley 27/2011 únicamente cuando el puesto del relevista no pueda ser el mismo o uno similar al ocupado por el jubilado parcial (art. 166.2 e) LGSS).

⁶⁶ Así lo han señalado, entre otros LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., pág. 119 consideran tal medida una suerte de supresión indirecta de la medida. Por su parte, GETE CASTRILLO, P.: “La reforma de pensiones de 2011...”, ob. cit., pág. 21 considera tal planteamiento una más justa redistribución de costes de la figura. En sentido similar TORTUERO PLAZA, J.L.: “La reforma de la Seguridad Social”, ob. cit., pág. 19, para quien “es socialmente preferible una menor y más racional utilización de la figura, que mantener la utilización de los fondos públicos al servicio de los intereses empresariales, que nunca quisieron ver la finalidad social del instituto y el sentido de su incentivación a cargo de fondos públicos”.

⁶⁷ A este respecto, la disposición transitoria vigésima segunda señala los porcentajes calculados sobre la base de cotización a jornada completa que deberán de aplicarse con carácter transitorio. De este modo:

“a) Durante el año 2013 la base de cotización equivaldrá al 30 por 100 de la base de cotización que hubiera correspondido a jornada completa”.

“b) Por cada año transcurrido a partir del año 2014 se incrementará un 5 por 100 más hasta alcanzar el 100 por 100 de la base de cotización que le hubiera correspondido a jornada completa”

Eso sí, las reglas de aumento de bases de cotización no permitirán que se cotice por una base de cuantía inferior a la que corresponda a la jornada realizada, razón por la cual la disposición adicional vigésima segunda subraya que “En ningún caso el porcentaje de la base de cotización fijado para cada ejercicio en la escala anterior podrá ser inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizadas”.

⁶⁸ A este respecto, la Ley establece que “No se producirá tampoco la pérdida de las bonificaciones en los supuestos en los que los trabajadores jubilados parcialmente incrementen anualmente la reducción de su jornada de trabajo y salario, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable”. Se trata de una previsión que sugiere incluso una mayor flexibilidad que la regla general sobre bonificaciones y reducción de jornada, establecida en los dos primeros párrafos del artículo 8.1.

⁶⁹ No obstante, la cuestión de los costes puede ser harto discutida si tenemos en cuenta que una de las lógicas del contrato de relevo y de la jubilación parcial están en que las cotizaciones aportadas por el relevista sirven para financiar la jubilación parcial del relevado. Así lo señalan, LÓPEZ BALAGUER, M.: *Jubilación parcial en el contrato de trabajo*, ob. cit., págs. 95 y 96 y LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., pág. 118.

porcentajes de descuento sobre la cuantía de la pensión, que se ha visto agravado por su éxito creciente a partir de las reformas que se han introducido en diversas oleadas⁷⁰ --al menos hasta la Ley 40/2007-- y que muy probablemente ha encendido las alarmas de los responsables del sistema⁷¹. A lo anterior, se añaden algunas prácticas empresariales que al final transforman a la jubilación anticipada parcial en una suerte de jubilación anticipada total, sin los costes añadidos que ésta última comporta⁷². Además, debe retenerse que la jubilación anticipada parcial exige siempre y en todo caso el consentimiento del empresario, de modo que incidir de un modo tan sensible sobre los costes empresariales será especialmente efectivo. El planteamiento general de la última reforma, reacio a una utilización de la jubilación como mecanismo de reparto del empleo, es coherente con la modificación de la jubilación parcial anticipada, sin olvidar que la Ley 27/2011 abre la puerta a una alternativa flexible de jubilación anticipada, la nueva jubilación anticipada (total) voluntaria a partir de los 63 años. Indirectamente, la reforma podría incidir en un disfrute más tardío de la jubilación parcial anticipada, teniendo en cuenta que si bien se mantiene la posibilidad de disfrute desde los 61 años, nada impide que pueda pactarse a partir de los 62 o los 63 años, de manera que al final, podría suceder que el nuevo diseño de esta figura, desplace el inicio de su disfrute a edades superiores a los 61 años, para lo cual el progresivo retraso de la edad pensionable también será un argumento. Para bien o para mal el largo periodo de transitoriedad en la aplicación de esta norma de cotización por base completa, podría servir para arbitrar alguna reforma que haga más digerible esta figura ante las miradas más críticas. Una de ellas podría ser la introducción de porcentajes de descuento en la cuantía de la pensión, al menos mientras no se alcance la edad ordinaria de jubilación⁷³.

Más allá de los elementos clave de la reforma, podemos destacar una modificación menor introducida por la Ley 27/2011 (nuevo art. 166.2 d segundo párrafo LGSS) mediante la que se pondera la exigencia de cotización para los trabajadores con discapacidad, en sentido genérico⁷⁴, en cuyo caso el requisito queda limitado a 25 años de carencia. Sin embargo, las dificultades en el empleo de las personas con discapacidad unidas a su grave deterioro obstaculizarán en muchos casos la acreditación de 25 años de cotización, razón por la cual habría sido más razonable flexibilizar la edad y el requisito de carencia, al menos en el caso de trabajadores con discapacidad afectados por especiales dificultades; a saber, personas con discapacidad psíquica en general y personas con discapacidad física en grado igual o superior al 65 por 100.

⁷⁰ Sobre esta evolución puede verse LÓPEZ BALAGUER, M.: *Jubilación parcial en el contrato de trabajo*, ob. cit., págs 48 y ss..

⁷¹ LOPEZ BALAGUER, M.: *Jubilación parcial en el contrato de trabajo*, ob. cit., pág. 47, señalaba que de la reforma de 2007, era una muestra de la muerte por éxito de la medida, tras las etapas iniciales, de mayor languidez.

⁷² GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La funcionalidad de los instrumentos de protección social...”, ob. cit., pág. 68, describe una práctica conocida y especialmente utilizada en las jubilaciones parciales al 85 por 100 consistente en “cifrar esa jornada residual en un número total de horas o días/año, no atribuir a esas horas un lugar concreto en el calendario laboral, establecerlas como una suerte de horas a disposición de la empresa y, finalmente no utilizarlas productivamente aunque se retribuyan. Colocando al trabajador en una situación práctica de jubilado total, vinculado a la empresa por un contrato de trabajo a tiempo parcial de carácter simbólico”.

⁷³ Al respecto, LÓPEZ GANDIA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., pág. 120, sugieren que hubiera sido mejor a la reforma aplicada “reducir durante la la anticipación la pensión con el mismo coeficiente reductor de las jubilaciones anticipadas totales aplicado de manera proporcional a la base reguladora”.

⁷⁴ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., pág. 112 se refieren a esta cuestión y se plantean si por personas con discapacidad hemos de considerar las recogidas en los dos Decretos (RD 1539/2003 y RD 1851/2009) reguladores de la jubilación anticipada de personas con discapacidad o hemos de ir más allá. A mi juicio, la falta de precisión de la LGSS nos debe llevar a incluir en esta regla a todas las personas que acrediten el grado mínimo de discapacidad. Más criticable es que el legislador haya caído en la injustificable diferenciación entre personas con discapacidad o con trastorno mental del 166.d) LGSS, abundando en un matiz de todo punto innecesario ya que las personas afectadas de trastorno mental también tienen la condición de persona con discapacidad, y que no deja de traslucir el estigma que la sociedad proyecta sobre la enfermedad mental.

Con carácter general, cabría concluir que los retoques en la jubilación parcial, a medio plazo no parecen pensados para favorecer el reparto del trabajo. De este modo, se introducen algunas reformas en un plazo razonable o el contrato de relevo y la jubilación parcial anticipada pueden convertirse en poco más que una pequeña anécdota, salvo que la “Estrategia 55 y más”, pueda incidir de alguna manera en esta situación.

2.2.2. La Estrategia 55 y más y su contradicción con la reforma de la jubilación parcial anticipada.

Más allá de la aparente voluntad del legislador de “matar lentamente” a la jubilación parcial anticipada, se observa una cierta incoherencia de dicho planteamiento con el de la “Estrategia 55 y más” teniendo en cuenta que ésta expresa en su apartado 2.1, la pertinencia de “estudiar la viabilidad jurídica, económica y social de establecer en la legislación laboral un derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción proporcional del salario, de los trabajadores y las trabajadoras mayores a partir de una determinada edad. Ese estudio se acompañará también del análisis de las medidas de protección social que, en su caso, podrían acompañarla”. Ciertamente la “Estrategia 55 y más” no pasa por alto la existencia de la jubilación parcial, pero le atribuye una serie de circunstancias –se habla de “rigideces” y de “una cierta dificultad jurídica para su realización”-- tácitamente negativas, que sugerirían la conveniencia de explorar otras vías para garantizar ese derecho subjetivo a la reducción de jornada. Otros estudios han afirmado también la necesidad de facilitar la reducción de jornada a los trabajadores de edad si se pretende incentivar su permanencia en activo⁷⁵.

A mi juicio, y más allá de las dificultades que presenta la jubilación parcial, entre las que destacaría la imperiosa necesidad de pacto, creo el planteamiento de la “Estrategia 55 y más” y de la Ley 27/2011 adolecen de falta de coherencia, teniendo en cuenta que la jubilación parcial podría representar un papel en la construcción de este derecho a la reducción de jornada. En esta línea, un planteamiento más positivo se expresa en la misma “Estrategia 55 y más”, pero esta vez en el apartado núm. 1.1. que sugiere analizar la cuestión de los estímulos económicos que incentiven la celebración de contratos de relevo . Seguramente desplazar las ventajas del jubilado parcial al relevista supondría una mayor aceptación de esta figura y garantizaría su viabilidad en tanto que herramienta que podría contribuir al mantenimiento de la actividad de los trabajadores de edad.

2.3. La supresión de la jubilación a los 64 años como medida de fomento del reparto del empleo.

En una línea de coherencia con el carácter restrictivo manifestado con la jubilación forzosa y con la jubilación parcial, la disposición derogatoria única de Ley 27/2011 deroga sin mayores limitaciones ni matizaciones el Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, sobre jubilación especial a los 64 años y nuevas contrataciones. Como es sabido, el Real Decreto facilitaba la jubilación a los 64 años de edad de trabajadores de la plantilla a cambio de la contratación de un trabajador inscrito como desempleado que lo substituyese⁷⁶, sin que el trabajador jubilado viese reducida la cuantía de la pensión por la anticipación de su jubilación tomando como referencia la edad pensionable. Se trataba de una figura que podía contribuir en buena parte a las finalidades de la jubilación parcial anticipada, si bien se caracterizaba por disponer de un régimen jurídico notablemente simplificado teniendo en cuenta que no había exigencias desde el punto de vista de la proximidad funcional entre jubilado y sustituto, o bien

⁷⁵El informe AA.VV.: *La situación de las personas de 55 a 64 años...*, ob. cit., pág. 145 afirma que la “prolongación de la vida laboral de los trabajadores de más edad también depende de la capacidad de las empresas de modificar las condiciones laborales de los trabajadores de más edad que permitan adaptarse a las necesidades y requerimientos, en función de su edad y capacidades (como por ejemplo, la carga de trabajo, la existencia de flexibilidad horaria, jornadas de trabajo reducidas*, etc) * El subrayado es mío.

⁷⁶ De acuerdo con el artículo 3 Uno del RD 1194/1985, para contratar a los trabajadores sustitutos cabía utilizar cualquier tipo de modalidad contractual salvo el contrato eventual.

desde el punto de vista de la proximidad de las bases de cotización. De hecho, las dos “rigideces” más destadas de la figura, totalmente comprensibles de otra parte, se referían, de una parte, a la necesidad de que al menos la contratación del sustituto tuviese una duración mínima de un año y por otra parte, (art. 2 Dos) se hacía necesaria la existencia de un convenio colectivo o bien alternativamente, de un acuerdo individual con los trabajadores concernidos. Como cabe suponer, la exigencia de un sustituto justificaba, al igual que en el terreno de la jubilación parcial anticipada, la no aplicación de coeficientes reductores a la cuantía de la pensión de jubilación anticipada a 64 años. Por esa razón, el artículo 4 RD 1194/1985 establecía la obligación de sustituir en el plazo de 15 días al trabajador sustituto en caso de cese, con severas consecuencias en caso de incumplimiento: el pago a la entidad gestora del importe de la prestación desde el cese.

La derogación de esta figura se inscribe en un escenario en el que todas las medidas de reparto del empleo han sido absorbidas en mayor o en menor medida por la lógica central de la Ley 27/2011: el desplazamiento de la edad ordinaria de jubilación⁷⁷ y una mayor permanencia en el mercado de trabajo, sin olvidar que su carácter residual la hacía acreedora de la derogación finalmente ejecutada por la Ley 27/2011.

3. LA JUBILACIÓN ANTICIPADA TOTAL Y SU TRATAMIENTO EN LA LEY 27/2011

3.1. Planteamiento.

La jubilación anticipada constituye una figura de notable interés desde una doble perspectiva. De una parte, porque representa un cierto papel en materia de reparto de empleo, si recordamos que su régimen jurídico puede propiciar la salida de trabajadores de edad que podría redundar, aunque no exista una conexión obligada, en la entrada en el mercado de trabajo de trabajadores desempleados.

Asimismo, la jubilación anticipada es de gran importancia desde una perspectiva “micro” o empresarial —lo que a veces toma dimensiones sectoriales—, porque acostumbra a ser la base para diseñar “procesos de rejuvenecimiento de plantillas” o bien soluciones “no traumáticas” en situación de crisis económica. Así, es muy significativo el planteamiento de los interlocutores sociales expresado en el denominado “Documento sobre el Diálogo Social Bipartito realizado entre el 9 de noviembre y el 9 de enero⁷⁸”, texto en el que tanto la patronal como las centrales sindicales realizan una cerrada defensa de la jubilación anticipada y de los programas de prejubilación, en este último caso más matizada. Sin duda, toda una declaración de intenciones —y también de coherencia, todo hay que decirlo— ante las voces del nuevo Gobierno poco conciliadoras ante la utilización de —*grosso modo*— prejubilaciones⁷⁹. El Acuerdo realiza una encendida y matizable diferenciación⁸⁰ entre la jubilación anticipada y la prejubilación,

⁷⁷ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., págs 100 y 101 atribuyen esta derogación, fundamentalmente a la circunstancia apuntada y a la mala fama que afecta a la jubilación parcial anticipada y que, de algún modo, se ha contagiado también a la jubilación a los 64 años.

⁷⁸ Ejemplar fotocopiado, de 9 de enero de 2012

⁷⁹ Más bien esta aparente oposición se ha realizado respecto a la asunción de los costes del desempleo y me da la impresión que partiendo de una noción imprecisa de prejubilación. En este sentido, el Sr Rajoy afirmó en su discurso de investidura que las prejubilaciones “suponen una práctica abusiva que supone hacer de la prestación por desempleo en los últimos años de vida laboral un mecanismo de prejubilación encubierta, a la que hay que poner freno”. Noticia aparecida en el Diario Público de 19 de diciembre de 2011.

⁸⁰ Seguramente, con un planteamiento de “cortafuegos” se atribuye el apelativo de prejubilación a las que en sentido estricto son prejubilaciones privadas; a saber, aquellas en las que no ha producido una extinción del contrato de trabajo ajena a la voluntad del trabajador y en la que no interviene el sistema de protección por desempleo. Sin embargo en la doctrina científica también se incluyen en una noción amplia de prejubilación las denominadas prejubilaciones mixtas, procesos en los que también interviene la protección por desempleo. A este respecto: GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La funcionalidad de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial”, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: (Coordinador): *Reestructuraciones de empresas. XXVIII Jornadas Universitarias*

señalando a este respecto, que “Se trata de dos figuras distintas, que frecuentemente se confunden o utilizan indistintamente, que tienen funciones y consecuencias diferentes, que han resultado de utilidad y que sin duda lo seguirán siendo. La jubilación anticipada es objeto de una rotunda defensa, fundamentada en la –pretendida– ausencia de costes para el sistema, así como en su nuevo carácter de derecho abierto, tras la regulación de la nueva jubilación voluntaria⁸¹. Por lo demás, respecto a las prejubilaciones privadas, entendidas como un “tránsito pactado entre la extinción de la relación laboral y el acceso a la jubilación” el Acuerdo no las somete a un juicio severo; antes al contrario, se subraya su interés para “resolver en la mayoría de los casos de forma no traumática procesos de ajuste de empleo”.

En lo concerniente a los antecedentes de la reforma, cabe señalar que el régimen de jubilación anticipada anterior a la Ley 27/2011, se pone en marcha mediante la Ley 35/2002, de 12 de julio de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible⁸², ante el progresivo agotamiento, por razones demográficas, de las posibilidades de anticipar la jubilación en base a la “vía histórica” de la disposición transitoria tercera de la LGSS que permitía dicha anticipación a partir de los 60 años para los trabajadores que acreditasen cotizaciones al sistema de mutualidades laborales con anterioridad al 1 de enero de 1967⁸³. A este respecto, es paradójico que la exposición de motivos de la Ley 35/2002 subrayase la conveniencia de impulsar la presencia de trabajadores de edad en el mercado de trabajo⁸⁴ al tiempo que abría espacios a un nuevo sistema de anticipación de la edad de jubilación que acabará dando lugar a lo contrario. De hecho, la crisis padecida en España a partir de 2008 ha permitido constatar los efectos más perversos del sistema de anticipación de la edad de jubilación y, por ende, el papel que el sistema ha representado en todo este contexto.

Desde el punto de vista de la entrada en vigor de la reforma en materia de jubilación anticipada, cabe señalar que el apartado 2 de la disposición final duodécima de la Ley 27/2011, advierte de una amplia aplicación transitoria del “anterior” régimen jurídico al advertir que la regulación derivada de la Ley 35/2002 se seguirá aplicando a las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes del 2 de agosto de 2011, fecha de publicación de la reforma. Asimismo, la Ley mantendrá dicha aplicación transitoria (apartado 2 b de la disposición final

Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011, págs. 70 y 71.

⁸¹ El Texto del Acuerdo, señala (Anexo 5) cómo “La jubilación anticipada es una fórmula de acceso al sistema de pensiones de Seguridad Social, perfectamente reglada, que no supone incremento alguno de costes para la Seguridad Social ya que, con carácter general, a las personas que acceden a la misma se le aplican coeficientes reductores de su pensión que compensan suficientemente el mayor periodo de percepción de la misma. Esto seguirá siendo así en el futuro, incluso acrecentado por el nuevo derecho a la jubilación anticipada voluntaria que ha sido objeto de regulación en la reciente reforma del sistema de pensiones, derivada del Acuerdo Social y Económico que suscribimos con el Gobierno de España el pasado 2 de febrero de 2011. Por tanto, se trata de un derecho individual que no supone mayor gasto para el Estado o el sistema de pensiones públicas”.

⁸² Recuérdese que la Ley 35/2002 vendrá marcada por un notorio consenso de los interlocutores sociales, y seguirá muy de cerca el contenido del “Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social” suscrito en 2001 por el Gobierno del Estado, CCOO, CEOE y CEPYME.

⁸³ La disposición transitoria tercera de la LGSS establece en su apartado segundo que “Quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 podrán causar el derecho a la pensión de jubilación a partir de los sesenta años. En tal caso, la cuantía de la pensión se reducirá un 8 por ciento por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad de 65 años”. Téngase en cuenta que se trata de un régimen que solo es aplicable a las personas que cotizaron a mutualidades laborales con anterioridad a aquella fecha, de modo que hoy en día se trata de un grupo muy reducido de trabajadores.

⁸⁴ La exposición de motivos señala que la línea inspiradora de la Ley va en la línea de “(...) proceder a la modificación de la regulación de la pensión de jubilación en el sentido de que la misma 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 (...).

duodécima)⁸⁵ “a 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 presente ley (2 de agosto de 2011), con independencia de que la extinción de la relación laboral se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013”. Se trata de un régimen de transitoriedad que suscita algunas dudas si bien parece indicar que el régimen anterior será de aplicación a las extinciones derivadas de despidos colectivos aprobados —entiéndase, todavía sujetos a autorización— antes de la publicación de la Ley. Asimismo, y esto es más llamativo, parecería que las personas que hayan sido objeto de suspensión en un expediente aprobado antes de la entrada en vigor de la Ley y que tras retornar al trabajo, sean objeto de un despido de los artículos 51 y 52 c] TRLET también podrían beneficiarse del régimen anterior.

Procederé a continuación a abordar los elementos de mayor interés de la reforma de la jubilación anticipada.

3.2. Implantación de un sistema dual de jubilación anticipada: jubilación anticipada por crisis y jubilación anticipada voluntaria o no causal.

Una de las novedades de mayor calado de la Ley 27/2011 consiste en la implantación de un sistema dual de acceso a la jubilación anticipada. El primero de los accesos, que podríamos denominar jubilación anticipada causal, estaría caracterizado por la exigencia de una causa justificativa que vaya más allá de la libre voluntad del trabajador —o de la libre voluntad de trabajador y empresario, como se verá— a la hora de anticipar la edad de jubilación a partir de los 61 años. Como es sabido, en el régimen de la Ley 35/2002 la causa que habilita para anticipar la edad de jubilación es la extinción del contrato de trabajo ajena o independiente de la voluntad del trabajador. En la reforma de 2011, el motivo que justifica el acceso a la jubilación anticipada causal reduce su alcance ya que la extinción del contrato de trabajo ha de responder a una crisis de empresa, si bien la edad máxima de anticipación se mantiene en 61 años.

La Ley 27/2011 aporta una apreciable novedad mediante la figura de la jubilación anticipada de carácter voluntario a partir de los 63 años con la pretensión de aceptar las jubilaciones anticipadas a partir de esa edad sin exigir costes adicionales para las empresas y tampoco causa extintiva alguna: ni ajena a la voluntad del trabajador ni fundada en un acuerdo de prejubilación. Ahora bien, la edad de anticipación se ha desplazado de los 61 a los 63 años, lo que no es un cambio menor, como tendremos ocasión de remarcar más adelante. Tampoco es una cuestión menor la exigencia *grosso modo*, de una cuantía de pensión no inferior a la pensión mínima, como tendré ocasión de detallar más adelante..

Con todos los matices señalados, la puesta en marcha de una nueva jubilación anticipada voluntaria supone reactivar la lógica del otro sistema de anticipación de jubilación en vías de extinción por falta de sujetos con la capacidad de acogerse a él: el previsto en la disposición transitoria tercera de la LGSS, según el cual los trabajadores que acrediten la condición de mutualista en fecha 1 de enero de 1967, podrán jubilarse a partir de los 60 años, sin estar obligados a acreditar una causa extintiva ajena a su voluntad, y a los que les será de aplicación el coeficiente reductor previsto en la mencionada disposición transitoria⁸⁶. Probablemente, con este nuevo planteamiento se pretende compensar los recortes introducidos en el sistema de

⁸⁵ Como es sabido, la aplicación transitoria se realiza sin matices, teniendo en cuenta que alcanzará a 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”.

⁸⁶ Como es sabido, tras la Ley 27/2011, el coeficiente único aplicable es del 8 por 100 por cada año o fracción de año de anticipación.

pensiones mediante una vía abierta –aunque como veremos, no tanto— de anticipación, que de modo condicionado aliviará el desplazamiento de la edad pensionable a los 67 años⁸⁷.

Téngase en cuenta que la reforma omite cualquier tipo de referencia al subrégimen implantado por la Ley 35/2002, de acceso a la jubilación anticipada a partir de los 61 años en caso de acuerdo individual o colectivo de prejubilación⁸⁸, lo que conllevaba unos costes empresariales adicionales (art. 161 bis LGSS) en materia de prestaciones de desempleo y la cotización asociada a dichas prestaciones, siguiendo el régimen de la Ley 35/2002. Como veremos, la Ley 27/2011 opta, mediante su silencio, por no potenciar los acuerdos de prejubilación con ésta u otras medidas si bien, ello no va a impedir que la jubilación anticipada voluntaria sea la vía de puesta en práctica de planes de prejubilación tardíos.

3.3. Requisitos exigidos para acceder a la jubilación anticipada por crisis.

3.3.1. Aspectos generales

La reforma de 2011 ha comportado un sensible giro en el terreno de la causa de la anticipación de la jubilación a partir de 61 años. A este respecto, la Ley 27/2011 viene a establecer que la jubilación anticipada a los 61 años estará justificada –casi— única y exclusivamente por razón de crisis de empresa, si bien dicha noción se incardina bajo la rúbrica de jubilación anticipada “por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador”. Llámese como se la quiera llamar, la nueva jubilación anticipada causal sigue en parte la estela de los regímenes específicos del pasado, como el vinculado a procedimientos de reconversión⁸⁹. De este modo, se pretende vincular la jubilación anticipada a los 61 años a una situación de crisis de empresa, noción que en general va a exigir que los solicitantes hayan visto extinguidos sus contratos de trabajo mediante despidos colectivos o despidos objetivos por causas económicas. Más allá de lo anterior, la redacción del nuevo artículo 161 bis 2 LGSS establece en su apartado A) dos requisitos previstos para la jubilación anticipada causal de la Ley 35/2002: la inscripción como demandante de empleo durante un plazo no inferior a seis meses e inmediatamente anterior a la solicitud y la acreditación de un periodo de cotización efectiva de 33 años. Como cabe suponer, el impacto del Real Decreto-Ley 3/2012 se ha dejado sentir en una normativa que, paradójicamente, todavía no ha entrado en vigor.

En lo que concierne a la edad que va a permitir el acceso a esta jubilación anticipada, se establece un mínimo de 61 años, sensiblemente diferente de la edad prevista para los supuestos de jubilación anticipada no causal o voluntaria, posible a partir de los 63 años. Tal planteamiento merece una valoración matizada ya que, por una parte mantiene tácitamente un papel no desdeñable del sistema de pensiones en los procesos de reestructuración empresarial, lo que no encaja con las críticas vertidas a esta situación por la Comisión del Pacto de Toledo. A este respecto, se ha de recordar que con el esquema de la Ley 27/2011, la combinación entre desempleo y anticipación de la edad de jubilación puede facilitar salidas muy tempranas del mercado de trabajo y mantener las inercias que se han dado hasta ahora. Ahora bien, siempre que la noción de crisis de empresa sea objeto de una lectura restrictiva, el mantenimiento de la anticipación de la edad de jubilación en 61 años puede favorecer la protección de trabajadores

⁸⁷En el mismo sentido: TORTUERO PLAZA, J.L.: “La reforma de la Seguridad Social”, ob. cit., pág. 8. A este respecto, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La funcionalidad de los instrumentos de protección social...”, ob. cit., pág. 58, menciona el apoyo “que también encuentra eco en los propios trabajadores los cuales se manifiestan igualmente favorables al abandono definitivo y anticipado de la actividad laboral”.

⁸⁸ Como ha señalado MONERÉO PÉREZ, J.L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número extra de Seguridad Social, 2010, pág. 186, esta mención constituye una de las diversas referencias de nuestras normas laborales a las prejubilaciones

⁸⁹ Téngase en cuenta que la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización previó una suerte de pasarela a la jubilación, limitada precisamente a los trabajadores afectados por procesos de reconversión. Se trata de las denominadas ayudas equivalentes a la jubilación anticipada, que pretendían la garantía de ingresos a trabajadores a partir de los 60 años, así como la evitación de perjuicios en la cuantía de su pensión de jubilación.

que, en algunos casos, deberían permanecer dos años más bajo la áspera protección del subsidio de prejubilación.

En otro orden de cosas, el acceso a la jubilación anticipada por crisis va a verse dificultado mediante la exigencia general de 33 años de cotización para acceder a todo tipo de jubilación anticipada, en lugar de los 30 años ahora exigidos. Este requisito puede favorecer, por la vía de los hechos, que la jubilación anticipada por crisis sea una realidad más cercana a los 63 que a los 61 años, lo que dependerá de la carrera de cotización acreditada por los solicitantes, un dato que en general va a la baja teniendo en cuenta que los trabajadores que se incorporaron al mercado de trabajo en los años setenta suelen acreditar carreras de cotización más breves que los que les precedieron en periodos anteriores⁹⁰. En el cómputo de los 33 años de cotización, no se tendrán en cuenta los días cuota, pero sí se mantiene el cómputo de hasta un año del servicio militar o del servicio social substitutorio.

3.3.2 La noción legal de la crisis de empresa.

El nuevo artículo 161 bis 2 LGSS (Ley 27/2011) exige que “el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de crisis o de cierre de empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral”, para lo cual se identifica los tipos de extinción que permitirán acceder a la jubilación anticipada. Se trata del despido colectivo por causas económicas, (art. 51 TRLET); el despido objetivo por causas económicas, conforme al artículo 52 c) TRLET; la extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, concursal; la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual o la extinción de la personalidad jurídica del contratante, y finalmente, la extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor. A las causas anteriores, se añade la extinción de la relación laboral colmo consecuencia de ser víctima de violencia de género, lo que debería contemplar, fundamentalmente la extinción derivada de la decisión unilateral de la trabajadora a fin y efecto de proteger su vida e integridad física en un contexto de violencia de género (art. 49.1 m) TRLET)⁹¹. Ciertamente, se trata de una causa extintiva alejada de la noción crisis de empresa pero que sin duda permitirá un mejor acompañamiento social de las víctimas de violencia de género.

La reforma transmite la clara pretensión de introducir límites a la jubilación anticipada causal, por lo que no toda extinción ajena a la voluntad del trabajador permitirá jubilarse a partir de los 61 años. En este sentido, una primera conclusión es evidente: el nuevo artículo 161 bis 2 LGSS podría haber servido para forzar la utilización de despidos por causas económicas, ya sean colectivos ya sean individuales, evitando de este modo la utilización desviada de despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes, que han sido escandalosamente utilizados⁹² a fin de eludir la tramitación de despidos colectivos⁹³. Y afirmo que “podría haber servido”

⁹⁰ Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 27/2011, “El sistema de Seguridad Social español ha asistido últimamente a una progresiva disminución del periodo de actividad laboral (...) por un lado, los años de formación y de estudio de los jóvenes se ha prolongado y su acceso al mercado de trabajo, por esa razón, se ha retrasado en relación con la edad a la que era habitual su incorporación en pasadas generaciones”.

⁹¹ A este respecto, entiendo que no encajarían en este apartado los despidos o resoluciones contractuales efectuados por el empleador que tengan como base, directa o indirecta, la condición de la trabajadora de víctima de violencia de género, extinciones que además deberían de tener la calificación de nulidad. Sobre esta interesante cuestión, *vid* en general: VELASCO PORTERO, T.: “El despido de la trabajadora víctima de violencia de género”, en PÉREZ AMORÓS, F.: *La extinción del contrato de trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2006, págs. 225 y ss

⁹² Al respecto, POSE VIDAL, S.: “El procedimiento extintivo más habitual. Despido reconocido como improcedente”, en CASTELL VALLDOSERA, I.: *Crisis económica y Derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2011, pág. 216, subraya que “ El éxito de esta modalidad extintiva en la práctica ha sido sorprendente (...) añadiendo que en el segundo trimestre de 2009, esta modalidad extintiva “ha supuesto el 88 % del total de despidos habidos en ese periodo”

⁹³ En este sentido, la Ley 27/2011 desautorizaría todavía más si cabe la doctrina judicial que ha aceptado el carácter opcional del artículo 51 TRLET frente a una alternativa igualmente legítima (¿): el despido

porque la reforma implantada por el Real Decreto-Ley 3/2012 va claramente en esta dirección, adelantándose a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, al facilitar notablemente el despido económico y al eliminar figuras que lo desincentivaban, como es el caso del “despido exprés” o despido improcedente reconocido como improcedente.

Siguiendo con el comentario de despido por crisis, cabe señalar que la única causa mencionada en el despido colectivo y en el despido objetivo es la económica, lo que indica que si la causa es técnica, organizativa o de producción, la empresa no podrá utilizar tan abiertamente la anticipación de la edad de jubilación, ya que el trabajador despedido deberá esperarse hasta los 63 años, edad prevista para la anticipación no causal o voluntaria de la jubilación. Esta parece la interpretación más adecuada del nuevo redactado, teniendo en cuenta que, de una parte, ello es coherente con la nueva filosofía del convenio especial obligatorio en el que se hacen diferencias en lo que concierne al periodo de responsabilidad empresarial. Así, si la causa es económica la obligación se extiende hasta los 61 años, y si las causas son técnicas, económicas o de producción, la obligación empresarial de sufragar el convenio se va a extender hasta los 63 años.

Abundando en lo anterior, el texto clarifica que el cese en el trabajo deberá haberse producido como consecuencia de una situación de crisis o de cierre de empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral, lo que puede deberse no solo a la causa económica, sino que cabrían también las otras causas mencionadas en la Ley. Ahora bien, las nociones de crisis o cierre de empresa encajan mejor en la causa económica, todo lo cual lleva a concluir que el legislador ha querido limitar la jubilación por crisis a los despidos por causa económica⁹⁴. Evidentemente, esta circunstancia puede empujar a los empresarios a forzar la acreditación de causa económica en concurrencia, en su caso, con alguna de las otras causas. Desde el punto de vista estadístico cabe señalar que en 2010 los trabajadores que vieron extinguido su contrato en expedientes de regulación de empleo por causa económica o de fuerza mayor alcanzaron un 62,71 por 100 del total, si bien los datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no aclaran hasta qué punto en los expedientes tramitados principalmente por causa técnica, organizativa o de producción no se alegó y apreció la concurrencia de causa económica⁹⁵.

Para apreciar la existencia de crisis de empresa que impida la continuidad de la actividad laboral en caso de despido colectivo, cabe señalar que el Real Decreto-Ley 3/2012 ha introducido profundas reformas. En este sentido, la autorización administrativa solo se mantiene para supuestos de fuerza mayor. Así, la desaparición de la autorización administrativa hace aconsejable a mi juicio que en caso de acuerdo (art. 51 TRLET), la autoridad laboral verifique la ausencia de fraude o abuso de derecho, a fin de evitar la utilización del despido colectivo como “pasarela de terciopelo” hacia la jubilación anticipada, teniendo en cuenta que el nuevo régimen jurídico podría potenciar dicha estrategia empresarial mediante despidos colectivos sin causa económica real⁹⁶. Y en este sentido, no debe olvidarse que el recién aprobado artículo 51.6 TRLET prevé que “La autoridad laboral podrá impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude (...), de manera que el

disciplinario reconocido como improcedente. Sobre esta cuestión: AGUSTÍ MARAGALL, J.: “Los otros límites –legales y constitucionales– del denominado “despido improcedente”, regulado en el art. 56.2 ET: análisis crítico de la jurisprudencia”, en CASTELL VALLDOSERA, I.: *Crisis económica y Derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2011, págs. 256 a 258.

⁹⁴ LÓPEZ GANDÍA J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 71 y 72, se muestran muy críticos con la opción de restringir la jubilación por crisis a la causa económica.

⁹⁵ La Ficha REG-22 Trabajadores afectados por medidas de extinción, según causa alegada, indica que de un total de 52534 trabajadores despedidos en 2010, 32947 lo fueron por causas económicas y fuerza mayor, mientras que las causas técnicas, organizativas y de producción justificaron un total de 19429 extinciones, a los que se añaden 158 extinciones autorizadas bajo “otras causas”.

⁹⁶ Como señala BADIOLA SÁNCHEZ, A. M^ª.: “Despido colectivo y jubilación”, ob. cit., pág. 1481, en ocasiones el recurso al ERE “es simplemente el elegido de forma voluntaria por parte de los sujetos implicados en el proceso por las indudables ventajas que les aporta el acceso a una extinción consensuada”.

nuevo contexto debería exigir un notable celo a la autoridad laboral, lo que hace aconsejable estrechar la relación entre entidades gestoras y autoridad laboral o bien atribuir un mayor protagonismo al INSS o al ISM, como ya sucede ahora con el Servicio Público de Empleo Estatal respecto a la prevención del fraude en las prestaciones (art. 51.6 TRLET).

No hemos de olvidar que tras la plena consolidación de la reforma de las pensiones, las prejubilaciones estrictamente privadas y ajenas a situaciones de crisis permitirán el acceso a la jubilación a partir de los 63 años —no cabrá la jubilación por crisis—, circunstancia que podría alentar maniobras fraudulentas para disfrazar procesos de rejuvenecimiento de plantilla bajo el manto de ficticias crisis de empresa⁹⁷. Ya se ha señalado que en principio las causas técnicas, organizativas o de producción tampoco van a permitir el acceso a la jubilación a partir de los 61 años, lo que exige, si cabe, mayor control de la administración.

Examinaremos a continuación algunos aspectos prácticos que pueden afectar a despidos colectivos o a despidos objetivos del artículo 52 c) TRLET. La primera cuestión está en identificar si el despido objetivo improcedente va a aceptarse como vía de acceso a la jubilación a los 61 años. De un lado, los supuestos de conciliación del despido como improcedente, en sede administrativa o judicial, ya plantean dificultades teniendo en cuenta que en ocasiones la conciliación del despido como improcedente no surge por falta de causa económica real, sino por las dudas empresariales a propósito de la viabilidad de una sentencia favorable. A este respecto, me inclino por pensar que la voluntad transaccional podría sugerir la falta de una causa real y solvente de despido que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral, lo que lógicamente impediría el acceso a la jubilación a los 61 años.

Mayores obstáculos se detectan en supuestos de impugnación del despido objetivo y ulterior declaración judicial de improcedencia. En este sentido, la Ley 27/2011 no establece ninguna pista a propósito de la calificación judicial del despido, pero a mi juicio es evidente que este despido debe estar fundado en una causa económica que “impida objetivamente la continuidad de su relación laboral”, razón por la cual el despido individual declarado judicialmente como improcedente, no debería abrir la puerta a la jubilación anticipada.

Evidentemente, los despidos objetivos declarados nulos de conformidad con lo previsto en el artículo 122.2 la Ley 36/2011, de 10 de octubre de Jurisdicción Social tampoco permitirán el acceso a la jubilación por crisis.

En lo concerniente a los despidos colectivos impugnados colectivamente ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando el despido se considere no ajustado a derecho por falta de acreditación de la causa (nuevo artículo 124.9 LJS), no parecería de recibo acceder a la jubilación a partir de los 61 años. Otro tanto y con más razón cabría concluir en caso de declaración de nulidad del despido colectivo por los motivos expresados en el artículo 124.9 LJS. Obsérvese además que el artículo 124.10 LJS prevé en su último inciso que la sentencia firme se notificará para su conocimiento a la autoridad laboral, la entidad gestora de la prestación por desempleo y la Administración de la Seguridad Social cuando no hubieran sido parte en el proceso, lo que podría servir para evitar la concesión indebida de jubilaciones anticipadas por crisis.

Como es natural, tampoco debería permitir el acceso a esta jubilación el despido colectivo declarado nulo a partir de la impugnación individual del artículo 124. 11 LJS.

La paradoja puede estar en que precisamente, el despido objetivo por causa económica constituya una “puerta de atrás” para jubilaciones anticipadas derivadas de crisis ficticias, sobre todo en el caso de pequeñas y medianas empresas. Incluso, la reforma puede alimentar las presiones para que el trabajador de edad despedido individualmente por causas económicas no impugne el despido por miedo a perder el acceso a la jubilación anticipada a partir de los 61 años. Otro tanto, puede decirse de los despidos colectivos pactados que—más allá del escaso margen de impugnación— difícilmente serán impugnados individualmente por trabajadores de edad interesados en acceder a la jubilación a partir de los 61 años. Ahora bien, tales situaciones deberán de pasar el cedazo del INSS o del ISM.

⁹⁷ Coincide en este punto la opinión de GETE CASTRILLO, P.: “La reforma de pensiones de 2011”, ob. cit. pág. 16

En otro orden de cosas, los despidos tácitos por causa económica o de crisis de empresa podrían acarrear graves perjuicios al trabajador dispuesto a jubilarse a partir de los 61 años. En tales casos, y cuando la causa real del despido sea económica, los trabajadores deberían poder acreditar que la extinción fue debida a una crisis de empresa. Ahora bien, hemos de contar con la literalidad de la Ley que no parece muy amiga de permitir que un despido tácito por causa económica permita el acceso a la jubilación anticipada. Otro tanto cabe señalar a propósito de las extinciones instadas a través del artículo 50 1 b) TRLET, cuando el impago de salarios derive de una crisis de empresa. A este respecto, ya señalé en un momento anterior que la Ley 27/2011 iba a provocar en estos casos la tramitación sistemática de despidos colectivos a instancia de los trabajadores, si se quería preservar el derecho de aquéllos a jubilarse a partir de los 61 años⁹⁸, pero el Real Decreto-Ley 3/2012 ha irrumpido en este terreno eliminado la posibilidad de que los trabajadores impulsen despidos colectivos, lo que permitía una mejor protección al respecto. De este modo, como es sabido, el antiguo artículo 51.9 TRLET y el RD 801/2011, de 10 de junio (art. 10) legitimaban a los trabajadores para que pudiesen iniciar un procedimiento de regulación de empleo “si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación”. Tras la consolidación de la jubilación anticipada por crisis, la presunción de perjuicios irreparables habría sido incluso más fácil de apreciar para la Autoridad Laboral⁹⁹, siempre que hubiese trabajadores de edad entre los afectados.

En el actual contexto, es obligado un mayor margen de acción del INSS o del ISM que permita apreciar la existencia de una causa económica vinculada a la extinción del contrato de trabajo. De hecho, la mención de cierre de empresa de la Ley 27/2011 debería facilitar una interpretación flexible de la entidad gestora, cuando el cierre se haya constatado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o se acredite como tal por sentencia del Juzgado de lo Social.

3.3.3 Olvidos y enmiendas recientes en el concepto de crisis de empresas: el despido objetivo del artículo 52 e) TRLET y los despidos económicos de personal laboral al servicio de las administraciones públicas.

Tras el análisis de las causas presentes en el nuevo artículo 161 LGSS cabe recordar que el legislador ha omitido una causa extintiva que debería haber constado en la Ley junto con las mencionadas, e incluso con más razón que alguna de las mencionadas. En concreto, me estoy refiriendo a la extinción por causas objetivas del artículo 52 e) TRLET que habilita a administraciones públicas –especialmente a la administración local—y a entidades sin ánimo de lucro a extinguir “contratos indefinidos para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista”, siendo la causa de los despidos “la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo del que se trate”¹⁰⁰. A mi juicio, la noción de crisis de empresa, ampliamente

⁹⁸ En este sentido: ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El papel del subsidio de mayor de 52 años y de la pensión de jubilación en los procesos de reestructuración de empresa”, en PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E.: *La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial*, Albacete, Bomarzo, 2012, pág. 258.

⁹⁹ Al respecto y con carácter general, BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 95, minimizaba la necesidad de acreditación de perjuicios, recordando que “la solicitud que efectúen los trabajadores, mínimamente fundada, dará lugar a la iniciación del expediente y este deberá seguir sus trámites, puesto que permitirá “presumir”* que pueden producirse daños”. * El entrecomillado dentro de la cita es del autor.

¹⁰⁰ La consulta de doctrina judicial muestra una modesta incidencia de estos despidos, incidencia que desgraciadamente puede aumentar teniendo en cuenta los prolongados efectos de la crisis y su creciente incidencia en las partidas sociales. En este sentido, diversas sentencias han decretado la procedencia de extinciones por la vía del artículo 52 e) TRLET tanto en el ámbito de la Administración local –sentencias del TSJ de Andalucía de 12 de enero de 2010 (AS 2010/969) y del TSJ de Asturias de 20 de diciembre

comentada en las líneas que preceden, podría abarcar el despido objetivo del artículo 52 e] TRLET, teniendo en cuenta que en sentido estricto esta causa concreta no es técnica, organizativa o de producción, sino económica; a saber, se trata de la falta de financiación para la cobertura de un servicio para el cual, con carácter general, habrá demanda y necesidad pero no financiación suficiente¹⁰¹. Además, la aceptación expresa de despidos económicos de personal laboral al servicio de las Administraciones públicas (Real Decreto-Ley 3/2012) reforzaría esa conclusión y facilitaría que los despidos de personal laboral al servicio de administraciones públicas realizados por la vía del artículo 52 e] permitiesen el acceso a la jubilación anticipada por crisis.

Enlazando con lo anterior, debe tenerse en cuenta que hasta fechas recientes los despidos de personal laboral al servicio de Administraciones Públicas tenían un discutido y discutible encaje en la noción de despido por causa económica (arts. 51 y 52 c] TRLET), lo que podía impedir a este personal el acceso a la jubilación anticipada por crisis. Muestra de ello es la reciente doctrina de Juzgados de lo Social que rechazaba la utilización del artículo 52 c] como vía extintiva fundamentada en la insuficiencia presupuestaria de la Administración Pública¹⁰². “Corrigiendo” la resistencia judicial a aceptar este tipo de despidos en el ámbito de las Administraciones Públicas, la disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 3/2012, introduce la nueva disposición adicional vigésima del TRLET según la cual el despido del personal laboral al servicio de entes, organismos y entidades que forman parte del sector público “se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c] del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo”. Es más, a los efectos de la identificación de la causa económica –única que habilita para la jubilación a los 61 años--, la nueva disposición vigésima del TRLET clarifica que “se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”. Si tenemos en cuenta que al personal laboral de las administraciones públicas le es de aplicación el Régimen General de la Seguridad Social, nada impediría en principio que el personal afectado por extinciones derivadas de insuficiencia presupuestaria pudiese acogerse a la jubilación anticipada por crisis de “empresa”.

3.4 Efectos de la jubilación anticipada por crisis.

La Ley 27/2011 plantea un cambio de carácter desigual teniendo en cuenta que la reducción de la cuantía de la pensión sigue en algunos extremos una lógica bastante similar a la actual, mientras que en otros puntos la inspiración es significativamente diferenciada. En este sentido, el nuevo artículo 161 bis LGSS establece que “la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre, que en el momento del hecho causante le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de aplicación”. Dicho coeficiente será de 1’875 por trimestre para los trabajadores con menos de 38 años y medio cotizados, habiendo aportado el Proyecto de Ley y la Ley 27/2011 una mejora con respecto al Anteproyecto al añadir que los trabajadores que acrediten una cotización de 38 años y medio o más se beneficiarán de una tasa de reducción de 1’626 por trimestre anticipado.

Recuérdese que en el régimen de la Ley 35/2002 prevé que por cada año o fracción de año que el trabajador anticipe su jubilación tomando como referencia la edad pensionable --65 años--, va a perder entre un 6 y un 7’5 por ciento de la cuantía de su pensión, de modo que en el caso

de 2010 (AS 2011/160)—como en el ámbito de las entidades privadas sin ánimo de lucro: por todas, *vid:* STSJ de Madrid de 21 de junio de 2010 (JUR 2010/321094).

¹⁰¹ A mayor abundamiento, el artículo 52 e] TRLET señala que “Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo”, lo que apunta a la proximidad entre el artículo 52 e] y los artículos 51 y 52 c] del TRLET.

¹⁰² Muestra de lo anterior son las sentencias del Juzgado de lo Social de Barcelona núm. 20, de 14 de noviembre de 2011 y del Juzgado de lo Social de Barcelona núm. 11 de 10 de junio de 2011, ejemplares fotocopiados.

de despidos de trabajadores de 58-59 años –y lógicamente, también de trabajadores algo más jóvenes que no encuentren empleo-, tras el cobro de dos años de prestaciones de desempleo¹⁰³, el acceso a la jubilación a los 61 años significaría la pérdida de entre un máximo de un 30 por 100 y un mínimo de un 24 por 100 de la pensión que le habría correspondido cobrar de jubilarse a los 65 años¹⁰⁴.

Una primera cuestión que se plantea es la de si a partir de 2013 la edad de jubilación de referencia serán los 67 años o bien deberá tenerse en cuenta la que sea transitoriamente de aplicación. A mi juicio, a pesar de la literalidad de la Ley, entiendo que por edad legal de jubilación ha de entenderse la que sea de aplicación transitoriamente o bien los 65 años, para el caso en que la carrera de cotización del trabajador permita jubilarse a esta edad. Por lo tanto, a primera vista, el carácter más o menos gravoso del sistema deberá valorarse en cada caso en base al tiempo que falte para el cumplimiento de la edad de jubilación ya que, por poner un ejemplo extremo, la jubilación en el año 2013 va a ser a los 65 años y un mes mientras que en 2027 estará situada en los 67 años, salvo que el trabajador acredite con anterioridad los trimestres que permitan acceder a la jubilación plena o sin descuentos, todo ello de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria vigésima de la LGSS¹⁰⁵. Dicho lo anterior, el examen del nuevo sistema nos permite constatar que para el año 2013 una jubilación a los 61 años puede comportar una reducción notable de la cuantía de la pensión, ya que en tal supuesto, el número de trimestres anticipados sería de 17¹⁰⁶, lo que comportará una disminución “plana o general” del 31’87 por 100 o del 27’64 si es aplicable el porcentaje rebajado, que como veremos se aplicará también a los supuestos de anticipación de la jubilación voluntaria o sin causa¹⁰⁷. Obsérvese que en el sistema de la Ley 35/2002, una jubilación a los 61 años comportará como máximo y en el peor de los casos una disminución del 30 por 100 en la cuantía de la pensión. Más allá de su aplicación paulatina en el tiempo¹⁰⁸, el establecimiento de un tipo rebajado de descuento es una mejora muy limitada ya que no se establece gradualidad alguna entre el porcentaje mínimo (1’626) y el máximo (1’875) y, además, la cotización

¹⁰³ Lo afirmado en texto principal presupone que el trabajador no va a querer pasar al nivel asistencial de desempleo, de modo que agotadas las prestaciones por desempleo del nivel contributivo optaría por el acceso a la pensión de jubilación. Una trayectoria que es bastante generalizada, pero no obligatoria.

¹⁰⁴ El porcentaje dependerá de la cantidad de años en que se anticipe la jubilación y, también, de los años de cotización acreditados. Así, si el trabajador acredita unas cotizaciones de entre 30 y 34 años completos, el descuento por cada año o fracción de año de adelanto será de un 7’5 por 100. Si las cotizaciones acreditadas están entre los 35 y 37 años completos, el descuento por cada año o fracción de año de adelanto en la edad de jubilación será de un 7 por 100. El descuento disminuye aún más, hasta un 6’5 por 100 por cada año o fracción de año, si se acreditan cotizaciones entre los 38 y 39 años. Para finalizar, se aplicará un descuento mínimo del 6 por 100 por año o fracción de año de adelanto cuando el trabajador acredite 40 o más años cotizados.

¹⁰⁵ A estos efectos, la mencionada disposición establece que durante 2013 la edad legal de jubilación será de 65 años y un mes, salvo que se acrediten cotizaciones equivalentes a 35 años y 3 meses o más, supuesto en que la jubilación se mantendrá en los 65 años. Sin embargo, a partir de 2027 la edad de jubilación pasa a ser de 67 años, salvo que se acrediten 38 años y 6 meses de cotización o más, en cuyo caso el trabajador podrá continuar jubilándose a partir de los 65 años.

¹⁰⁶ Nótese que los 16 trimestres corresponderían a 4 por cada año anticipado, a lo que debería añadirse un trimestre adicional porque el trabajador debería jubilarse ya con 65 años y un mes, salvo que acredite elevados periodos de cotización.

¹⁰⁷ El Acuerdo Social y Económico (cit) establecía en su tabla número 3 (pág. 16) un llamativo sistema según el cual, cuando la anticipación por crisis se llevase a cabo a los 61 años, la reducción sería del 42 por 100. En caso de jubilación a 62 años, el porcentaje negociado era del 37’5 por 100 y, a partir de 63 años el acuerdo parecería establecer que el porcentaje de descuento sobre la cuantía de la pensión sería del 33 por 100, no disminuyendo conforme la edad de acceso a la pensión se acercase a la legal. De este modo, parecería que se pretendía disuadir de incluir entre los despedidos por crisis a trabajadores muy cercanos a la edad de jubilación. El Proyecto y la Ley 27/2011 abandonaron este planteamiento.

¹⁰⁸ En todo caso, entiendo que dicho porcentaje podrá aplicarse transitoriamente de modo mejorado, por lo que para el año 2013 el porcentaje de descuento por trimestre de 1’626 podría beneficiar a todos los trabajadores que acrediten una cotización de 35 años y un mes, que para ese año sería la cotización suficiente para jubilarse a los 65 años sin penalización.

exigida para beneficiarse del porcentaje mejorado –38 años y medio-- es a mi juicio demasiado elevada. No obstante, cabe matizar que el nuevo texto señala¹⁰⁹ que el tiempo de anticipación de la jubilación se tendrá como cotizado a los efectos de la identificación de la edad de jubilación ordinaria: ya sea la edad ordinaria que corresponda por el año en que se produzca, ya sean los 65 años si se acreditan cotizaciones suficientes para ello, un aspecto éste último en el que tiene incidencia lo señalado más arriba¹¹⁰. Asimismo el planteamiento de la reforma, basado en un descuento por trimestres, será menos áspero que el de la Ley 35/2002, basado en un descuento por años o por fracción de años de anticipación¹¹¹.

En todo caso se me antoja especialmente criticable que con carácter general la reforma haya establecido un sistema tan duro de descuentos cuando en realidad la causa extintiva se limita de modo prácticamente total a situaciones de crisis de empresa fundamentadas en causa económica, y el margen temporal desde que es posible jubilarse (61 años) hasta la edad base de jubilación (67) va a ser en un futuro de hasta seis años. Además, una vez aplicados los coeficientes reductores, el importe de la pensión no podrá superar la cuantía resultante de reducir el tope máximo de pensión en un 0'25 por 100 por cada trimestre anticipado, una medida dirigida a garantizar una mínima reducción de la cuantía de la pensión¹¹².

Dentro de este contexto crítico con la reforma hay un elemento que parecería positivo – o al menos, no negativo— y es que para supuestos de pérdida de empleo a causa de la crisis la Ley 27/2011 ha introducido medidas compensatorias en el cálculo de la base reguladora de la pensión. A estos efectos, la reforma propone diversas medidas de importancia e intensidad variable, siendo la primera de ellas la ampliación general del periodo de bases de cotización considerado para calcular la base reguladora, que pasa de los 15 años hasta los 25 (artículo 162.1 LGSS tras la Ley 27/2011), un cambio que está previsto llevar a cabo de modo paulatino, entre 2013 y 2022. Sin entrar en un análisis en perspectiva general, que sería mucho más crítico, esta reforma puede paliar las graves injusticias padecidas por trabajadores de edad despedidos en edades tempranas y que ven drásticamente reducida su base reguladora de jubilación al verse obligados a cobrar durante años el subsidio de prejubilación, provisto de una modesta cotización a la Seguridad Social (art. 218 LGSS)¹¹³, aunque no ha de perderse de vista que la reforma viene acompañada también de un régimen más severo en materia de integración de lagunas de cotización.

Con alcance más particular, la reforma (nueva disposición transitoria 5ª LGSS introducida por la Ley 27/2011) muestra su sensibilidad con los trabajadores afectados por crisis de empresa ya que prevé mecanismos dirigidos a favorecer una aplicación “anticipada o no transitoria” de la Ley cuando ello pueda favorecerles. Para ello deberán acreditar una extinción contractual por causa no imputable a su libre voluntad siempre que a partir del cumplimiento de los 55 años de edad y al menos durante 24 meses hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral

De este modo, entre 2013 y 2016 si estos trabajadores cumplen con los mencionados requisitos podrán utilizar 20 años de bases de cotización en el periodo de cálculo de su base

¹⁰⁹El art. 161 bis 2 inciso final LGSS señala que “A los efectos de determinar dicha edad legal de jubilación se considerarán cotizados los años que le resten al interesado desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que corresponda”.

¹¹⁰ En este sentido, si la persona quiere jubilarse anticipadamente en el año 2016, en principio la edad ordinaria de jubilación ese año serán los 65 años y cuatro meses, aunque si se acreditan unas cotizaciones de 36 o más años, en tal caso la jubilación se mantiene en los 65 años. Es en este punto en el que se considerarán cotizados los periodos de tiempo de anticipación de la jubilación.

¹¹¹ Así lo señala la Gaceta Sindical de la Confederación de CCOO, abril 2011, pág. 11 al apuntar que “Los coeficientes reductores se aplicarán por cada trimestre cotizado, lo que mejora la situación anterior ya que había que esperar a cotizar años completos para generar derecho a un coeficiente menor”.

¹¹² Como han señalado LÓPEZ GANDÍA J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., pág. 74, “Se pretende así evitar que la aplicación de coeficientes reductores sea inocua en la práctica por el juego de la pensión máxima, lo que va en contra (...) de la propia finalidad de los coeficientes reductores en el caso de bases de cotización altas”.

¹¹³ Recuérdese que la Ley prevé para estos casos una cotización que utilizará una base equivalente al 125 por 100 de la base mínima de cotización.

reguladora siempre que ello resulte más favorable. Asimismo, entre 2017 y 2021, los trabajadores despedidos en un contexto de crisis de empresa tendrán derecho a utilizar, en el periodo de cálculo de su base reguladora, 25 años de bases de cotización, igualmente, siempre que ello resulte más favorable. A este respecto, se matizan las condiciones establecidas en el Anteproyecto de Ley, que se limitaban a exigir la percepción de subsidios o de prestaciones por desempleo durante un tiempo no inferior a los tres años, dentro del periodo tenido en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la prestación.

Finalmente, cabe advertir de una diferencia clave que caracteriza a la jubilación anticipada por crisis en contraposición a la nueva jubilación anticipada voluntaria. En este sentido, no está solo en juego el acceso a la jubilación a partir de 61 o a partir de 63 años, sino que el acceso a la jubilación anticipada por crisis se producirá sea cual sea la cuantía resultante de la pensión. Por lo contrario, como veremos a continuación, no será posible anticipar la jubilación por vía voluntaria cuando la cuantía resultante de la pensión, en el momento de la solicitud, se encuentre por debajo “de la pensión mínima que hubiera correspondido al interesado teniendo en cuenta su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad”. Por lo tanto, este detalle realza el interés de la jubilación anticipada por crisis.

3.5. La nueva jubilación anticipada voluntaria.

Una de las mayores novedades aportadas por la Ley 27/2011 viene representada por la nueva jubilación voluntaria a partir de los 63 años¹¹⁴. Constituye una novedad de calado porque instituye una jubilación anticipada que va más allá del sistema puesto en marcha por la Ley 35/2002, teniendo en cuenta que estará desvinculada de cualquier condición referida a la causa extintiva, imitando en este sentido a la vieja jubilación anticipada de mutualistas. Se trata sin duda de una figura que aporta una mayor libertad a los beneficiarios del sistema de la Seguridad Social y que en cierto modo es una tibia compensación a la regresión experimentada por la jubilación en la Ley 27/2011. En lo que concierne a su alcance, también sería de aplicación al personal funcionario encuadrado en el RGSS teniendo en cuenta que el EBEP señala en su artículo 67.2 que “procederá la jubilación voluntaria (...) siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable”. Asimismo, desde una perspectiva de empleo matiza en parte la línea general de las últimas reformas, más preocupadas por el equilibrio financiero del sistema y/o por la tasa de actividad de los trabajadores de edad que por ofrecer vías de salida desvinculadas de mayores exigencias.

En lo concerniente a las condiciones de acceso, la Ley 27/2011 exige (artículo 161 bis 2 b) LGSS) dos requisitos básicos: la edad mínima de 63 años y un requisito común a la anticipación por crisis; a saber, la acreditación de un periodo de cotización no inferior a los 33 años. En particular, la exigencia de un periodo de cotización cualificado idéntico al de la jubilación por crisis se me antoja aceptable teniendo en cuenta que esta regulación pretende también facilitar el acceso a una jubilación anticipada voluntaria, para la cual la exigencia de más de 33 años de cotización –que en justa proporción podría ser razonable¹¹⁵— dificultaría hasta el extremo el acceso a la jubilación anticipada. Igualmente, parece razonable que la edad mínima de acceso a la jubilación anticipada voluntaria se establezca dos años más allá de la edad que abre acceso a la jubilación anticipada por crisis.

Además, como se ha anticipado en un punto anterior, el texto definitivo de la Ley 27/2011 establece la necesidad de que “la pensión resultante debe ser superior al importe de la pensión mínima que hubiera correspondido al interesado teniendo en cuenta su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad”. Así, el criterio del Anteproyecto era el de exigir que la cuantía de la pensión fruto de la anticipación había de resultar “superior al 125 por 100 de la cuantía de la pensión mínima que hubiere correspondido al interesado por su

¹¹⁴ TORTUERO PLAZA, J.L.: “La reforma de la Seguridad Social”, ob. cit, pág. 8, la tilda directamente de “sorprendente”.

¹¹⁵ Piénsese que en términos de estricta proporcionalidad, si se exigen 33 años para jubilarse a los 61, podría parecer lógico exigir 35 años para jubilarse a los 63.

situación familiar y edad, un criterio harto discutible¹¹⁶. que ha sido corregido finalmente¹¹⁷. De cualquier modo, se trata de un requisito inspirado en fríos planteamientos actuariales que ha pretendido que la prolongación de la edad pensionable no genere mayores costes al sistema¹¹⁸, en forma de más jubilaciones anticipadas con prestaciones por debajo de la pensión mínima¹¹⁹. Además, como ya se ha apuntado, se trata de una cuestión clave a la hora de comparar en toda su extensión la jubilación anticipada voluntaria con la jubilación anticipada por crisis, que no prevé este requisito.

En lo que concierne a las consecuencias de la anticipación voluntaria de la pensión de jubilación el descuento por cada trimestre o fracción anticipada de trimestre – 1'875 por 100-- se prevé en el mismo porcentaje que para la jubilación anticipada por despido basado en causa económica. Otro tanto cabe señalar respecto al porcentaje de descuento de 1'625 por trimestre, que también será de aplicación a la anticipación voluntaria cuando el solicitante acredite 38 años y medio de cotización.

Por lo demás, la generalización de la jubilación anticipada voluntaria puede comportar un efecto que considero claramente negativo desde el punto de vista de la disuasión de las prejubilaciones programadas extra-crisis, ya que esta nueva jubilación voluntaria puede ser un potenciador de las mismas¹²⁰. En este sentido, la jubilación voluntaria a los 63 años es una excelente pista de aterrizaje para proyectos de reestructuración generales de grandes empresas¹²¹. Y es que la fijación generalizada –si bien condicionada a una prolongada carrera de cotización– de la jubilación anticipada “voluntaria” a partir de los 63 años comporta la desaparición de la obligación empresarial de satisfacer al trabajador la cuantía que éste habría percibido en concepto de prestación por desempleo, así como la cotización correspondiente a dicho periodo (art. 161 bis LGSS vigente). Así, se ha de recordar que el régimen de la Ley

¹¹⁶ El planteamiento definitivo se me antoja mucho más razonable porque, entre otras cosas, la diferencia entre la pensión mínima para mayores de 65 y menores de esa edad no es de un 25 por 100. A título de ejemplo, la pensión mínima de jubilación con cónyuge a cargo para 2012 es de 10690'40 euros en el caso de pensionistas mayores de 65 años y de 10.018'40 para menores de dicha edad (RDL 20/2011, de 30 de diciembre, afectante a la revalorización de pensiones).

¹¹⁷ En este sentido, el resultado final se me antoja más razonable que la draconiana propuesta del Acuerdo Social y Económico, consistente en la exclusión de los trabajadores jubilados anticipadamente del derecho a complementos a mínimos, posibilidad que a mi juicio vulneraba el principio constitucional de suficiencia, (art. 41 CE), sobre todo teniendo en cuenta que en la actualidad el régimen legal de pensión mínima es de alcance generalizado para las pensiones contributivas (art. 50 LGSS). Ahora bien, como señalan LÓPEZ GANDÍA, J, y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., pág. 73, también esta situación es sin duda criticable porque no es “lo mismo que no genere complementos a mínimos de que no se genere la pensión”.

¹¹⁸ El problema está en que los costes se cargan a las espaldas de los trabajadores que no siempre van a acceder a esta pensión de manera genuinamente voluntaria, como señala TORTUERO PLAZA, J.L.: “La reforma de la Seguridad Social”, ob. cit, pág. 10.

¹¹⁹ A este respecto, DÍAZ GIMÉNEZ, J. y DÍAZ SAAVEDRA, J.: *Las pensiones públicas en España: una reforma que no funciona*, Málaga, Unicaja Fundación, 2010, llaman repetidamente la atención a propósito de los peligros de retrasar la edad de jubilación y de introducir una ampliación en el periodo de cálculo de la base reguladora de la pensión ya que, “estas reformas inducen sobre todo a los trabajadores menos cualificados a jubilarse anticipadamente (...) a través del mecanismo de la pensión mínima de jubilación proporcionada por el sistema público de pensiones español.

¹²⁰ En relación a la puesta en marcha de la nueva jubilación voluntaria, es ilustrativa la relación de exigencias empresariales hacia los sistemas de pensiones que recopila GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La funcionalidad de los instrumentos de protección social...”, ob. cit. pág. 51 y 52. Entre ellas, el autor señala (pág. 51) cómo los empresarios aprecian que “aun cuando la jubilación siga considerándose voluntaria, se abra el abanico de edad, de forma que la jubilación sea posible a diferentes edades y no solo a la edad estándar. Naturalmente que cuando se reclama la apertura del abanico de edad para la jubilación, no se proponen edades superiores a la estándar (...), sino al contrario, edades anteriores para permitir la exclusión de la empresa por jubilación, (que, normalmente, se articulará como autoexclusión).

¹²¹ En este sentido, la noticia aparecida en abril de 2011, a propósito de la intención de Telefónica de llevar a cabo un importante proceso de reestructuración al tiempo que anunciaba la distribución de generosas primas para sus directivos ha encendido todas las alarmas. Así lo entienden también LÓPEZ GANDÍA, J, y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación*, ob. cit., pág. 76.

35/2002 prevé algunos mecanismos orientados a evitar que la jubilación anticipada cargue todas sus consecuencias sobre el sistema de Seguridad Social, de modo que las empresas que efectúen prejubilaciones pactadas más allá de una situación de despido económico¹²² deberán asumir costes substitutivos del desempleo contributivo y de la cotización vinculada al periodo en que hubiese correspondido percibir la prestación¹²³, lo que comporta una más que razonable descarga de responsabilidades del sistema, teniendo en cuenta que esos costes pueden constituir, según los casos, en torno al 15 por 100 del proceso¹²⁴. Además, ante la ausencia de situación legal de desempleo el trabajador tampoco podrá acceder al subsidio de mayores de 52 años, lo que comporta eliminar una carga adicional para el sistema de Seguridad Social.

A este respecto, entiendo que la generalización de una jubilación anticipada voluntaria puede dar lugar a que las prejubilaciones estrictamente privadas se diluyan en el nuevo marco, pero no hay que olvidar que estas operaciones fomentan una salida masiva de trabajadores de edad y serias dudas respecto al derecho a la no discriminación por razón de edad. Por todo lo señalado entiendo que no habría estado de más la fijación de controles sobre empresas de una cierta dimensión, a fin y efecto de detectar y evitar flujos importantes –disimulados o no mediante goteo-- de trabajadores desde la actividad a la jubilación anticipada “voluntaria”. No con el ánimo de prohibirlos en un sentido estricto, pero sí para establecer obligaciones adicionales –en forma de asunción del coste de prestaciones por desempleo o de cotizaciones asociadas– que descarguen a nuestro maltrecho sistema de Seguridad Social. Lógicamente, el umbral para distinguir a las empresas “tendientes” a utilizar prejubilaciones pactadas debería de apuntar hacia volúmenes elevados de plantilla, lo que debería combinarse con una consideración al volumen de negocio y en su caso, la presencia de beneficios de la empresa. Precisamente, este ha sido el espíritu de la nueva disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 y del artículo 51.11 TRLET que prevé la asunción empresarial de las prestaciones, subsidios de desempleo y cotizaciones asociadas para el caso de despidos económicos instados por empresas de cierta dimensión y con beneficios económicos si bien por las razones apuntadas en su momento la medida se queda corta desde diversos puntos de vista que ya han sido subrayados en un momento anterior¹²⁵.

No obstante esta primera impresión negativa, cabe extraer una interpretación más matizada según la cual, la reforma habría velado en mayor medida por los intereses de nuestro

¹²²SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL y GIL, J.L.: “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, ob. cit. pág. 1105, señalan una práctica habitual dirigida a eludir estas responsabilidades en supuestos de prejubilación programada o pactada previamente, de modo que “es usual hacerlo por alguna de las causas que dan derecho a la prestación contributiva de desempleo, de tal manera que la compensación económica de la prejubilación se sufrague, en parte, a través de la percepción de una prestación pública”, añadiendo posteriormente cómo la empresa obtiene dos beneficios: “en primer lugar, se retrasa el acceso a la jubilación durante, al menos, dos años, y, en segundo lugar, durante ese periodo el trabajador percibe una renta mensual abonada por el Servicio Público de Empleo”.

¹²³ Obsérvese que el artículo 161 bis de la LGSS exige, como requisito de acceso de estas personas a la jubilación a partir de los 61 años, que las empresas:

- a) abonen “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”. Por lo tanto, en coherencia con el hecho de que el trabajador no va a tener derecho a las prestaciones por desempleo, es la empresa la que deberá asumir ese coste durante el periodo que hubiese correspondido, de haber mediado un supuesto real de situación legal de desempleo.
- b) Asimismo, las empresas que impulsen planes de prejubilación deberán pagar al trabajador, la cuota que hubiera abonado, o en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial de Seguridad Social. Por lo tanto, también la empresa se va a ver obligada a aportar las cotizaciones que en otro caso habrían correspondido al Servicio Público de Empleo Estatal.

¹²⁴Según noticia publicada en el Diario Expansión de 23 de febrero de 2011 referida al ámbito de Caja Madrid, la utilización de un ERE “permitirá que los trabajadores afectados cobren la prestación por desempleo durante los dos primeros años de la prejubilación. Así, el Estado asumirá el 15 % del coste del proceso de reducción de plantilla del banco”.

¹²⁵ A este respecto, puede verse el breve comentario de la figura en esta ponencia.

sistema de Seguridad Social. En este sentido, el “desfase” entre la edad mínima para la jubilación anticipada por crisis –61 años -- y para la jubilación anticipada no causal o voluntaria (63) podría obedecer a otro planteamiento. Así, si las empresas desean fomentar la salida de la empresa de trabajadores de edad podrían sacar provecho de la nueva edad de anticipación voluntaria, aunque si desean mantener la inercia de salidas más tempranas, por ejemplo, a los 60 o a los 61 años, cuando diseñen y planifiquen planes de prejubilación deberán de asumir los costes de cobertura de rentas entre los 60-61 años y los 63, que es cuando el trabajador como muy pronto podrá acceder a la jubilación anticipada voluntaria¹²⁶. Como cabe imaginar, si el empresario desea ser suficientemente persuasivo va a tener que comprometerse a satisfacer al trabajador, una cifra equivalente a la que percibiría en concepto de prestación por desempleo, a lo que deberán añadirse los costes de cotización vinculados a dicha situación. En este sentido, se podría concluir que las cada vez más escasas empresas proclives a poner en marcha planes de prejubilación ajenos a situaciones de crisis podrán continuar prejubilando trabajadores de edad, si bien la obligación de asumir costes substitutivos de prestaciones de desempleo se mantendrá a causa del desplazamiento general de la edad de anticipación de la jubilación de los 61 a los 63 años.

4. ALGUNAS LLAMATIVAS NOVEDADES EN MATERIA DE COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y EL COBRO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN.

Como ya hemos apuntado, la Ley 27/2011 no introduce reformas en las figuras que permiten prolongar la actividad más allá de la edad pensionable junto con el cobro parcial de la pensión de jubilación. A este respecto, no se ven afectadas ni la jubilación flexible, ni la jubilación parcial diferida, y tampoco se introduce modificación alguna en el ámbito del retorno pleno a la actividad por parte de los trabajadores previamente jubilados (art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1967), que como es sabido, sigue manteniendo que dicho retorno solo dará lugar a una mejora en el porcentaje aplicable a la base, cuando el nuevo periodo cotizado así lo permita. La falta de cambios en este ámbito es llamativa teniendo en cuenta el trasfondo de la reforma, aunque también cabe suponer que la Ley 27/2011, por sí sola va a suponer un claro impulso al mantenimiento en la actividad de una parte importante de trabajadores de edad, razón por la cual parece haberse considerado que no eran necesarias reformas al respecto.

No obstante lo anterior, la Ley 27/2011 incluye las disposiciones adicionales trigésima primera y trigésima séptima con sendas reformas que, de modo indirecto afectan al binomio jubilación y empleo, circunstancia que me ha llevado a dedicarles una mínima atención, sin olvidar su interés en tanto que novedades¹²⁷

De una parte, la disposición adicional trigésima primera incorpora un nuevo apartado 4 en el artículo 164 LGSS según el cual, “El percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social”, a lo que el último inciso del nuevo artículo 165.4 LGSS añade que dichas actividades, por las que no se cotizará, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de Seguridad Social. Se trata de un precepto en vigor, teniendo en cuenta que la disposición final duodécima de la Ley 27/2011, apartado 1 la incluye entre los contenidos que han entrado en vigor tras la publicación de la norma en el BOE. Ciertamente, el nuevo artículo 165.4 LGSS iría en contra de la lógica de la reforma ya que, bajo determinadas condiciones, permite compatibilizar una actividad por cuenta propia de modestas dimensiones con el cobro de la pensión de jubilación, de manera que lejos de

¹²⁶ En un sentido similar TORTUERO PLAZA, J.L.: “La reforma de la Seguridad Social”, ob. cit., pág. 8 apunta a que el legislador “pretende retrasar la expulsión de los trabajadores de los 60-61 años actuales a los 63 años”.

¹²⁷ Además, comparto la valoración que de esta concreta reforma efectúa TORTUERO PLAZA, J.L.: “La reforma de la Seguridad Social”, ob. cit., pág. 24, al recordar que “El régimen de compatibilidades e incompatibilidades entre la pensión de jubilación y el trabajo, tiene la suficiente importancia como para evitar regulaciones puntuales y, en ocasiones, precipitadas”.

fomentar un ahorro en materia de pensiones, se fomenta que el trabajador se jubile para, sin solución de continuidad, mantener una actividad. Es más, la medida podría suponer incluso el fomento del disfrute de la jubilación anticipada voluntaria para combinarla con actividades de escasa dimensión económica, lo que entraría en franca contradicción con el planteamiento general de la reforma.

Pues bien, lo cierto es que este régimen de compatibilidad que tiene su efecto reflejo sobre la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez¹²⁸, ha supuesto traspasar a la Ley un criterio administrativo que, en supuestos dudosos, permitía discernir¹²⁹ cuándo se estaba produciendo una infracción de los artículos 22.7 (falta de alta) y 25.2 (desarrollo de actividad no compatible con la jubilación) LISOS de modo que una obtención modesta de ingresos podía sugerir la falta de habitualidad en la actividad desarrollada por cuenta ajena, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto. En este sentido, la generalización del criterio puede fomentar actitudes fraudulentas por parte de personas que hayan accedido a la jubilación con el planteamiento preconcebido –o sobrevenido– de regresar a la actividad mediante un trabajo por cuenta propia y ocultando una parte significativa de los ingresos. A este respecto, se me antoja más razonable permitir la actividad por cuenta ajena ya que parece un formato más transparente y menos proclive al fraude por ocultación de ingresos¹³⁰.

Por su parte, la disposición adicional trigésima séptima –también en vigor a partir de la publicación de la norma en el BOE-- plantea un ambicioso objetivo que *a priori* podría significar el futuro replanteamiento del régimen de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación. A este respecto, se señala la futura presentación de un proyecto de ley que “regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades”. Por lo tanto, del tenor literal de la Ley cabría deducir que las carencias en la mejora de algunas materias –jubilación flexible, parcial diferida, y otras– se dejarían para una suerte de segunda oleada legislativa inspirada en los principios señalados más arriba. Ahora bien, por lo contrario, cabe interpretar que dicho proyecto de ley irá encaminado fundamentalmente a la regulación de la compatibilidad entre el percibo de la pensión de la jubilación de Seguridad Social y la realización simultánea de actividades por cuenta propia encuadrables en el mutualismo profesional alternativo al régimen especial de trabajadores autónomos. Como es sabido esta ha sido tradicionalmente una cuestión en la que *de facto* se toleraba que los profesionales colegiados que hubiesen causado pensión de jubilación en algún régimen del sistema –por lo general, en el RGSS–podían continuar desempeñando actividad por cuenta propia, con aseguramiento en una mutualidad alternativa, y compatibilizar dicha actividad con el cobro de la pensión de jubilación de Seguridad Social. Más allá de lo endeble de este planteamiento, lo cierto es que la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo prohibió taxativamente dicha compatibilidad ordenando que el ejercicio de actividades por cuenta propia encuadradas en mutualidades profesionales alternativas al RETA (disposición adicional decimo quinta de la Ley 30/1995, de 30 de diciembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado), debía generar la comunicación a la entidad gestora y la suspensión en el percibo de la pensión, de conformidad con el artículo 16 de la Orden d 18 de enero de 1967, si bien cabe destacar que dicha prohibición no tuvo efectos retroactivos.

Pues bien, la disposición trigésima séptima de la Ley 27/2011 parecería estar pensando fundamentalmente en la “resurrección normativa” de la compatibilidad entre pensiones de Seguridad Social y el desarrollo de actividades por cuenta propia en profesiones colegiadas que cuenten con mutualidades profesionales alternativas al sistema de Seguridad social. A este respecto, la disposición adicional trigésima séptima sugiere que mientras no se elabore la nueva

¹²⁸ El nuevo artículo 141.3 LGSS se remite a esta solución para abordar la cuestión de la compatibilidad con el trabajo de los pensionistas de IPA y GI de 65 o más años.

¹²⁹ Sobre esta cuestión puede verse, por todas, la STS de 29 de octubre de 1997 (RJ 7683/1997), en especial su fundamento jurídico núm. 3, en materia de subagentes de seguros.

¹³⁰ TORTUERO PLAZA, J.L.: “La reforma de la Seguridad Social”, ob. cit., pág. 24, apunta a que “no parece razonable (...) limitar la compatibilidad al trabajo por cuenta ajena”.

ley de compatibilidad, “se mantendrá” el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN 1362/2011, de 23 de mayo, planteamiento un tanto incierto e incongruente por lo que seguidamente se dirá. En primer lugar, porque el criterio del INSS anterior a la Orden Ministerial era más bien el mismo que el de la Orden como expresa entre líneas su exposición de motivos¹³¹. En segundo lugar, porque más allá del despropósito de substituir el contenido de una Orden Ministerial por un criterio administrativo, lo cierto es que la Orden TIN 1362/2011 no ha sido derogada formalmente, de modo que debería ser de aplicación obligada. Este conjunto de circunstancias reflejan bastante bien el nivel de presión ejercida por las profesiones colegiadas, presión que ha hecho mella en el legislador.

En último término, visto el actual panorama parecería que el ambicioso planteamiento de la Ley 27/2011 –relevo generacional y prolongación de la vida laboral así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades — parece muy alejado de las auténticas intenciones de esta maniobra normativa. Más bien, se pretendería mantener el *statu quo* de algunas profesiones colegiadas en materia de compatibilidad entre trabajo y pensiones de Seguridad Social al tiempo que, precisamente, lo que no parece perseguirse es el tratamiento igualitario de todos los ciudadanos en esta materia.

5. LA ADAPTACIÓN DE LA JUBILACIÓN AL DETERIORO DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD.

5.1. La necesidad de sistemas de reducción de la edad de jubilación en el ámbito de los trabajadores con discapacidad.

La creciente presencia de trabajadores con discapacidad en el mercado de trabajo ha generado la necesidad de adaptación del régimen jurídico de la jubilación, teniendo en cuenta que la concurrencia de secuelas físicas y psíquicas con frecuencia anteriores a la afiliación del trabajador y agravadas a partir de una cierta edad, no han permitido un fácil acceso a la pensión de incapacidad permanente. En este sentido, al menos dos han sido las razones que han empujado al legislador a prever un sistema de jubilación adaptado a la realidad de la discapacidad. La más importante vendría dada por una suerte de resistencia administrativa a la concesión de pensiones de incapacidad permanente para personas que ya padecían de secuelas relevantes en el momento de su afiliación. En este sentido, el mandato de flexibilidad previsto en el artículo 136 LGSS no parece haberse mostrado suficientemente persuasivo, todo ello a pesar de la claridad con la que se expresa y considerando¹³² además, que es perfectamente razonable entender que las disminuciones anatómicas o funcionales que fueron leves o moderadas en un primer momento pueden haberse visto agravadas en un estadio vital posterior, generando una situación de incapacidad permanente. En este sentido, las personas con discapacidad y deterioro han sido asimiladas totalmente al trabajador de edad que no habiendo padecido de discapacidad siendo joven, se inclina ante la concurrencia de disminuciones anatómicas o funcionales graves por solicitar la pensión de incapacidad permanente en lugar de esperar a la edad pensionable¹³³.

¹³¹ El último párrafo de la Orden TIN 1362/2011 no deja muchos espacios para la duda al señalar que “parece necesario complementar las normas reglamentarias que desarrollan el principio legal de incompatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación de la Seguridad Social y el ejercicio de una actividad laboral por el pensionista, con el fin de disipar las dudas que se han venido originando en la práctica con relación al desarrollo de la actividad como profesional colegiado”

¹³² Como es sabido, el artículo 136 LGSS prevé que “Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de la afiliación”

¹³³ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 24, se refiere a las relaciones entre “la protección por incapacidad permanente y la edad de jubilación que dan lugar a comportamientos estratégicos de selección de la prestación más favorable a partir de cierta edad”.

Ahora bien, a aparición y consolidación de un régimen adaptado de jubilación no solo deriva de las resistencias administrativas al reconocimiento de la incapacidad permanente, sino también del creciente cerco al que se ha visto sometida la pensión de incapacidad permanente por enfermedad común. Un primer estadio en este asedio¹³⁴ viene representado por la Ley 40/2007 que, reformando el artículo 140 LGSS introduce la necesidad (art. 140.1 b LGSS, afectado por la Ley 27/2011) de aplicar a la base reguladora de la prestación un porcentaje fundamentado en la carrera de cotización, que a estos efectos estará integrada por los años realmente cotizados y por los años –asimilados a cotizados—que se compute entre el momento del hecho causante y el momento en el que se alcanzaría la edad pensionable. El carácter poco amigable del tratamiento normativo de la incapacidad permanente se agudiza a través de la Ley 27/2011 si consideramos que el nuevo régimen de integración de lagunas de la jubilación será también de aplicación a la determinación de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente por contingencias comunes (nuevo artículo 140.4 LGSS, introducido por el art. 3 de la Ley 27/2011) , circunstancia que constituye una vuelta de rosca a la incapacidad permanente como “puerto de refugio” de las personas con discapacidad.

En este contexto, la conveniencia de un régimen de jubilación adaptado deviene total necesidad si tenemos en cuenta el progresivo desplazamiento de la edad de jubilación de los 65 a los 67 años impulsado por la propia Ley 27/2011. De este modo, en el ámbito de las personas con discapacidad la jubilación representa un papel de prestación-refugio, más que el de una prestación que incentive su actividad o su permanencia en el mercado de trabajo. Se trataría del mismo papel representado por la anticipación de la edad de jubilación en grupos o actividades profesionales de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, del RD 1698/2011. A mayor abundamiento, este sistema puede haber contribuido a pacificar algunos despidos económicos que se han producido y se vienen produciendo en el ámbito de Centros Especiales de Empleo con plantillas integradas por trabajadores de cierta edad y notable deterioro físico, lo que hace muy difícil su reinserción laboral. Como contrapunto, no hemos de perder de vista los riesgos que este sistema proyecta sobre la visibilidad y permanencia en el mercado de trabajo de personas con discapacidad. A este respecto, del mismo modo que sucede con la jubilación anticipada general, los sistemas de anticipación de la edad de jubilación para personas con discapacidad pueden alimentar la expulsión sistemática de trabajadores de edad en plantilla.

5.2 Los sistemas arbitrados: los Reales Decretos 1539/2003, de 5 de diciembre y el RD 1851/2009, de 4 de diciembre.

Como cuestión de partida, cabe señalar que los dos Decretos reguladores de la anticipación de la edad de jubilación de personas con discapacidad son textos que, al menos en parte, son susceptibles de ser aplicados a un mismo perfil de trabajador, razón por la cual, para esos supuestos se prevé una suerte de principio de norma más favorable, de manera que, en su caso, será de aplicación el Decreto que mejor favorezca los intereses del trabajador en cuestión (disposición adicional primera del RD 1851/2009). La regulación reglamentaria deriva de las líneas maestras trazadas por el artículo 161 bis 1 LGSS, párrafos segundo y siguientes, que fundamentan este específico sistema de anticipación de la edad de jubilación.

Dicho eso, el primero de los Decretos –RD 1539/2003-, basado en la modificación de la LGSS operada mediante la Ley 35/2002 adolece de un ámbito de aplicación excesivamente restringido, lo que le hizo acreedor de notables críticas, dando lugar, a la postre, a la aprobación de una ampliación por la vía del RD 1851/2009. Así,

¹³⁴ En realidad no se trata de un primer estadio, si tenemos en cuenta que reformas anteriores limitaron el acceso a la incapacidad permanente por contingencias comunes a partir de los 65 años. Sobre el binomio jubilación e incapacidad permanente y los complejos equilibrios en la identificación de comportamientos “fraudulentos”, *vid* TORTUERO PLAZA, J.L.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible*, ob. cit., págs. 135 a 140.

el RD 1539/2003 será de aplicación a las personas que en el RGSS o en los regímenes especiales del mar, agrario o del carbón hayan desempeñado actividad con un grado de discapacidad no inferior al 65 por 100, una realidad relativamente infrecuente y que en su momento levantó suspicacias porque parecía concebida para favorecer a vendedores de la ONCE con discapacidad visual. La aparición del Decreto generó los consiguientes problemas de prueba ya que no siempre los beneficiarios han podido disponer de documentos que acrediten el grado de discapacidad mientras se ha desempeñado la actividad laboral¹³⁵. A este respecto, la normativa (art. 2) parte de que la discapacidad deberá acreditarse en base a “certificación o acto administrativo de reconocimiento de dicha condición” si bien se aceptan cualesquiera otros medios de prueba que se consideren suficientes por la entidad gestora¹³⁶.

El beneficio consiste en una disminución de la edad pensionable, de modo que dicha edad se reduciría en un periodo equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado, un coeficiente que dependerá del grado de discapacidad acreditado. De este modo, a los periodos de trabajo¹³⁷ realizados con un grado de discapacidad no inferior al 65 por 100 se les aplicará un coeficiente del 25 por 100, mientras que se establece un coeficiente cualificado para los trabajadores que desempeñen periodos de actividad con un grado de discapacidad no inferior al 65 por 100 y acrediten el concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria. Para estos últimos supuestos, el coeficiente reductor de la edad de jubilación será de un 0’50. En todo caso, el tiempo de anticipación de la edad de jubilación será considerado como cotizado a los únicos efectos de calcular el porcentaje a aplicar a la base reguladora de la prestación (art. 5) pero no para alcanzar la carencia necesaria. La aplicación de los coeficientes reductores tiene un límite ya que el artículo 161 bis 1 LGSS establece, para ambos subistemas, que el trabajador no podrá jubilarse nunca a una edad inferior a los 52 años.

Téngase en cuenta que el RD 1539/2003 se ve afectado por la Ley 27/2011 ya que la edad pensionable se desplazara progresivamente e indefectiblemente más allá de los 65 años, si se tiene en cuenta que hallar entre las personas con discapacidad trabajadores con una carencia de 38’5 años es absolutamente excepcional. Por ello, parece evidente, como veremos, que la progresiva aplicación de la reforma empujará a muchos trabajadores con discapacidad al régimen alternativo del RD 1851/2009, que de hecho viene constituyendo el régimen básico de anticipación de la edad de jubilación por discapacidad.

En lo que concierne al RD 1851/2009 su ámbito de aplicación es mucho más amplio si tenemos en cuenta que podrá beneficiar a todas las personas con discapacidad que hayan desarrollado al menos el periodo mínimo de cotización que se exige para acceder a la pensión de jubilación con un grado de discapacidad no inferior al 45 por

¹³⁵De especial interés es la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de noviembre de 2011 (JUR 2011/425604) en la que se considera acreditado el grado de discapacidad durante un periodo muy anterior al momento en el que la persona fue valorada por la administración competente. *Vid* también la STSJ de Asturias de 13 de enero de 2006 (AS 2006/3285).

¹³⁶ El documento *Jubilación anticipada de trabajadores y trabajadores con discapacidad*, Guía práctica, CERMI 2012, consultable en www.cermi.es, señala, pág. 6 señala que “En supuestos de trabajadores afiliados a la ONCE se admiten certificados emitidos por dicha Entidad, de forma que cuando se hace constar la existencia de una deficiencia visual severa se asimila a un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento y si se certifica la ceguera total la asimilación se produce a un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento con necesidad de ayuda de una tercera persona”.

¹³⁷ El RD 1539/2003 prevé que en el cómputo del tiempo de actividad se descontarán todas las faltas al trabajo, salvo (art. 4) las que estén motivadas por baja médica; las derivadas de maternidad, adopción, acogimiento o riesgo durante el embarazo o, en fin, las ausencias retribuidas previstas en la legislación laboral.

100 y siempre y cuando la persona esté afectada de una discapacidad en la que, de conformidad con la Ley y el Decreto de aplicación, “concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida”. De hecho, el RD 1851/2009 es fruto de las estrecheces subjetivas del RD 1539/2003, que llevaron a la modificación del artículo 161 bis LGSS mediante la Ley 40/2007 y a su posterior desarrollo a través del el segundo reglamento objeto de comentario en estas líneas.

El RD 1851/2009 sigue una lógica un tanto diferente ya que si se cumplen las condiciones exigidas por la norma, el trabajador podrá acceder a la jubilación a partir de los 58 años sin la aplicación de coeficientes reductores, condición que ciertamente va a variar en breve ya que la Ley 27/2011 (disposición adicional decimoctava) ha establecido que la edad mínima de acceso será de 56 años, reforma que entrará en vigor el 1 de enero de 2013, de modo que se mejora –a contracorriente de la tendencia general- la lógica hasta ahora vigente. En ese sentido, además, el tiempo de anticipación partiendo de la edad pensionable ordinaria será computado como cotizado a los efectos de calcular el porcentaje que se aplicará a la base reguladora de la pensión, pero no podrá utilizarse a otros efectos (art. 7). El tiempo computado será el mismo que se tiene en consideración el RD 1539/2003, excluyéndose por tanto algunas ausencias. Asimismo, el RD 1851/2009 exige la situación de alta o asimilada al alta para tener derecho a la anticipación de la edad de jubilación.

A partir de aquí cabe destacar algunos elementos criticables del Decreto como es la rigidez en la exigencia de un prolongado periodo cotizado bajo la situación de discapacidad, ya que o el trabajador ha cumplido el periodo mínimo de cotización para acceder a la jubilación afectado por una de las discapacidades señaladas, en grado mínimo del 45 por 100, o quedaría fuera del ámbito de aplicación de la norma. A este respecto, lo razonable sería aprovechar periodos inferiores de cotización con discapacidad para reducir la edad pensionable pero la norma no da ninguna opción y reconduce tácitamente todas estas situaciones al RD 1539/2003, lo que es escasamente satisfactorio.

Ahora bien, sin duda el elemento más llamativo del RD 1851/2009 es el hecho de que la inclusión de discapacidades en el listado del Decreto (art.2)¹³⁸ no se fundamenta en el deterioro que las deficiencias generen en el trabajador, sino en su afectación a la esperanza de vida. En este sentido, lo razonable en un sistema público de Seguridad Social es tener en cuenta el deterioro físico o psíquico de la persona derivado de la enfermedad o discapacidad, no la disminución de la esperanza de vida, que sugiere un planteamiento mucho más cercano a un seguro privado que a una pensión de Seguridad Social. En cualquier caso, como matiz al comentario anterior cabe apreciar que buena parte de las discapacidades que reducen la esperanza de vida afectan a su vez generando deterioro en edades más tempranas pero eso también debería –especialmente—de constar claramente en la exposición de motivos del Decreto.

Por lo demás, el RD 1851/2009 señala que la prueba de la discapacidad en un grado del 45 por 100 se acreditará mediante certificado del IMSERSO o del correspondiente órgano autonómico, pero no aparecen aquí los márgenes de flexibilidad concedidos en el RD 1539/2003, de modo que no se menciona la posibilidad de otros

¹³⁸ El listado incluye diversos grupos de discapacidades que en algunos casos se subdividen en enfermedades o dolencias. Se trata de un total de nueve grupos de discapacidades, que en algunos casos se subdividen en otras enfermedades. Se trata (art. 2 RD 1851/2009) de: a) discapacidad intelectual; b) parálisis cerebral; c) anomalías genéticas; d) trastornos del espectro autista; e) anomalías congénitas secundarias a Talidomía; f) síndrome postpolio; g) daño cerebral adquirido; h) enfermedad mental; i) enfermedad neurológica.

medios de prueba que sean asumidos como suficientes por la entidad gestora, si bien creo que este planteamiento debería ser también de aplicación a los supuestos del RD 1851/2009 cuando ello proceda.

5.3 Algunos aspectos necesitados de perfeccionamiento en esta materia.

Más allá de las obvias disfunciones generadas por un doble sistema de anticipación de la edad de jubilación –y que deberían de evitarse–, cabe señalar que serían necesarias reformas para que la jubilación de las personas con discapacidad constituya un sistema realmente adaptado a las necesidades y circunstancias del colectivo. A este respecto, las personas con discapacidad deberían aprovechar cualquier periodo de actividad para poder anticipar, aunque sea modestamente su edad de jubilación y no prever sistemas rígidos como el del RD 1851/2009. Asimismo, en algunos supuestos sería necesario adaptar las reglas de carencia mínima –sobre todo, en el caso de personas con discapacidad severa—y sin duda alguna, la reforma operada mediante la Ley 27/2011 hace imprescindible reducir de modo adaptado el periodo utilizado para calcular la base reguladora de la prestación. No se ha de esperar ni exigir que siempre y en todo caso la personas con discapaciad tenga carreras de cotización que alcancen o incluso superen los 25 años de carencia.

Asimismo, de mantenerse el (sub)sistema especial del RD 1539/2003 me parecería más justo que la edad pensionable a partir de la cual vaya a poderse anticipar la jubilación se fije en los 65 años. Esto último sería coherente, por lo demás, con la disposición adicional decimoctava de la Ley 27/2011 en materia de edad mínima de anticipación para los supuestos del RD 1851/2009, que ha rebajado la edad de acceso de los 58 a los 56 años. En todo caso, debe evitarse que los sistemas de anticipación de la edad de jubilación acaben funcionando como un resorte empresarial que incentive la salida indiscriminada de las personas con discapacidad y su invisibilidad social.