

El Papel de la Negociación Colectiva en Materia de Jubilación The Role of Collective Bargaining in Relation to Retirement

CRISTINA BLASCO RASERO

PROFESORA CONTRATADA DOCTORA DE DTSS

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

Resumen

Aunque la ordenación de la acción protectora que dispensa el Sistema de Seguridad Social, tanto en su conjunto como, específicamente, en relación a la contingencia y la prestación de jubilación, constituye una competencia exclusiva del Estado, existe un cierto margen para que la autonomía colectiva desenvuelva, en cierta medida, su eficacia. Fundamentalmente, porque el convenio colectivo constituye una fuente especial del Derecho Social, que nace del consenso entre los representantes de los sujetos que integran las relaciones laborales, en la que, de un lado, se adaptan las normas generales al ámbito particular en el que han de ser aplicadas y, de otro, se mejoran y amplían, en beneficio de los trabajadores, las condiciones mínimas previstas en la regulación general.

Desde esta perspectiva, se pretende subrayar en este ensayo la posición que ocupa el convenio colectivo en la ordenación, reconocimiento y satisfacción de la pensión de jubilación. Con este objetivo, se analizan los elementos que configuran la contingencia, los requisitos del hecho causante y las reglas de cálculo de la cuantía de la pensión, para concluir señalando el papel que desempeña actualmente o puede desempeñar en el futuro la negociación y el convenio colectivo.

Palabras clave

jubilación; jubilación forzosa; jubilación anticipada; envejecimiento activo; mejoras voluntarias; convenio colectivo

Abstract

Even though the protecting rules of the National Health Care System constitutes an exclusive competence of the State, both as a whole and, specifically, regarding contingency plans and retirement benefits, it exists a limit for the collective autonomy to develop its efficacy. Fundamentally, due to the fact that the collective bargaining agreement constitutes a special cause of the Social Right, which arises from the consensus between the representatives of that people who integrate the professional relationships, in which, on the one hand, the general rules in a particular area in which they have to be applied are adapted and, on the other hand, the minimal conditions expected in the general regulation are improved and increased in favour of workers.

From this point of view, we pretend to highlight the position occupied by the collective bargaining agreement regarding ordinance, recognition and satisfaction of the retirement pension. Therefore, the contingency elements, the requirements of the causing effect and the calculation rules of the pension quantity are deeply analysed in order to establish the current or future role of the negotiation and the collective bargaining agreement.

Keywords

retirement; forced retirement; early-retirement; active ageing; intentional advances; collective bargaining agreement

1. INTRODUCCIÓN¹

La regulación de la contingencia de jubilación, como la ordenación misma del Sistema o del conjunto de su acción protectora, escapa, en gran medida, al ámbito de actuación de la negociación colectiva. Principalmente, porque la Seguridad Social es un instrumento de la Protección Pública y, por ello, es organizada y puesta en funcionamiento por los poderes públicos a través de prestaciones sociales que son reguladas por leyes

¹ Estudio realizado en el marco del Proyecto I+D+I del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España DER2011-28907: “El futuro de la negociación colectiva en materia de jubilación”.

estatales y satisfechas por los organismos públicos competentes. Por este motivo, es lógico que la autonomía privada, aunque sea ejercida por sujetos colectivos que representan los intereses de aquellos grupos sociales a los que va dirigida la protección del Sistema, tenga notablemente restringidas sus posibilidades de intervención en este tema; sobre todo, porque no pueden alterar el régimen jurídico de unas ayudas económicas de las que ellos no son responsables, pero también, porque ha de dejarse en manos del poder central la regulación de unas medidas protectoras que deben reconocerse en los mismos términos al conjunto de los ciudadanos.

A pesar de ello, siempre se puede encontrar un resquicio para que la autonomía colectiva, que tiene una posición singular en la regulación de las cuestiones sociales, desenvuelva, en cierta forma, su eficacia. Singularmente, porque es un poder normativo que se caracteriza, primero, por adaptar la regulación general a un ámbito funcional, personal, territorial y temporal, determinado; segundo, por establecer una regulación de las relaciones laborales consensuada por los representantes de quienes participan en las mismas; y tercero, por hacer posible, en ese entorno y contexto, la fijación de unas condiciones sociales, laborales y económicas que han de resultar más favorables para los trabajadores (al menos, apreciadas en su conjunto) que las establecidas en las normas estatales. Por estas razones, se puede plantear la atribución de ciertas funciones a la autonomía colectiva en la materia, siendo así que, el primer objetivo de este ensayo sea intentar descubrir el papel que desempeña actualmente o puede ejercer en el futuro la negociación colectiva sobre los elementos que configuran la contingencia y la pensión de jubilación, en sí mismas o en cualquier aspecto de su régimen jurídico.

Pero si no hay ninguna duda sobre el papel que corresponde a los poderes públicos en la regulación y el mantenimiento del sistema público de protección, básico y obligatorio, también es incuestionable la existencia de un cierto margen para la actuación de la autonomía privada. En este aspecto, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en el reconocimiento de lo que se ha dado en llamar la “Protección social complementaria” a la que, de forma directa, alude el artículo 41 de la Constitución cuando, después de hacer referencia a la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, concluye diciendo que: “*La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”. Con esta fórmula, se reconoce constitucionalmente un nivel de protección en el que se integran todas las ayudas externas o adicionales a las que constituyen, específicamente, la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, de origen privado y carácter voluntario, que se satisfacen con la exclusiva finalidad de complementar las prestaciones públicas². Con estas características, existe en el

² Sobre este tema, es necesario hacer una puntualización importante derivada de la diversidad de opiniones doctrinales acerca del concepto de “*Protección Social Complementaria*”. Únicamente para señalar que no se hace en este ensayo referencia a un concepto amplio en el que se incluyen todas las técnicas que complementan las prestaciones del Sistema y en el que tendrían cabida otras ayudas públicas (como las que se dispensan desde la Asistencia Social o los Servicios Sociales). Por el contrario, en este trabajo se ha optado por un concepto estricto, que hace referencia a una protección ajena a las prestaciones que integran la acción protectora de la Seguridad Social, asumida, gestionada y financiada por entidades privadas y de carácter exclusivamente voluntario, a la que podría llamarse, quizá de forma más exacta, “*Previsión (o Protección) Social Voluntaria*”.

Derecho español una pluralidad de fórmulas de previsión social directamente dirigidas a la protección de quienes se jubilan³.

En este marco, la propia LGSS prevé expresamente la posibilidad de que las prestaciones contributivas que integran la acción protectora del Sistema sean mejoradas voluntariamente en la forma y condiciones establecidas en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales (art. 43.1 de la Ley); una ampliación de la protección que tanto puede proceder del reconocimiento unilateral del empresario, como ser el resultado de un acuerdo individual o colectivo entre las partes. En este último sentido, se reconocen las llamadas “Mejoras voluntarias”, integradas por aquellas ayudas o beneficios sociales a favor de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio en el que se contemplan, a las que se compromete la parte empresarial en el intercambio de ventajas y contrapartidas que se produce en todo proceso de negociación colectiva y que tienen como única finalidad la de complementar o incrementar las prestaciones públicas. En este aspecto, es obvio el papel que pueden desempeñar los convenios colectivos como medio de articulación de aquellos sistemas de previsión complementaria que resultan del acuerdo alcanzado entre las representaciones profesionales de empresarios y trabajadores. También es evidente la importancia del tema en la materia que nos ocupa, dada la posibilidad de que tales mejoras se pacten como contraprestaciones adicionales a las pensiones de jubilación.

En resumen, tanto en el ámbito más general de la Protección Social Complementaria como en el campo, más restringido, de las Mejoras Voluntarias, ocupa un lugar destacado la protección de la contingencia de jubilación y del colectivo de los jubilados. Sin embargo, el estudio, tanto de los conceptos generales como de las distintas modalidades de previsión, incluso, en aspectos concretos, como el que se refiere a la específica protección de quienes se jubilan, constituye un tema de tal extensión y complejidad que, para poder ahondar en el mismo, sería necesario un trabajo monográfico de mayor envergadura al que se pretende en esta obra⁴. Por este motivo, se limita el estudio a realizar una escueta referencia al papel que desempeñan los convenios colectivos como medio en el que se disponen y regulan aquellos beneficios que amplían, exclusivamente, el contenido de la pensión jubilatoria.

Además de estas funciones, el convenio colectivo desempeña un papel destacado en la regulación de los procesos de prejubilación. Fundamentalmente, porque es habitual la programación del proceso y porque una de las formas de llevarla a cabo, probablemente la

³ Como pueden ser las Mutualidades, los Fondos y Planes de Pensiones o los Seguros Colectivos que, entre otras eventualidades, pueden cubrir la contingencia de jubilación.

⁴ Sobre ambas instituciones, véase: AGUILERA IZQUIERDO, R.; BARRIOS BAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección Social Complementaria*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2003; ARADILLA MARQUÉS, M.J.: “La protección social complementaria”, en ROQUETA BUJ, R. y GARCÍA ORTEGA, J. (dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo blanch, Valencia, 2016; CAMPS RUIZ, L.: “Las mejoras voluntarias de la pensión de jubilación”, LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Iustel, 2007; DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: “Las mejoras voluntarias de protección social: naturaleza y régimen jurídico”, *Temas Laborales*, nº 36, 1995; DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C.: “La negociación colectiva como instrumento de regulación de las mejoras voluntarias”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 3, 1997; PÉREZ ALONSO, M.A.: “Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social: su interpretación judicial”, *Actualidad Laboral*, nº 2, 2001; RODRÍGUEZ HURTADO, J. L.: *La voluntariedad en el Sistema de Protección Social. Aseguramiento voluntario público y previsión complementaria*, CES, Madrid, 2004; ROQUETAS BUJ, R.: “Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, nº 12, 2010.

más habitual, sea a través de un plan de prejubilación consensuado entre el empresario y los representantes de los trabajadores en un procedimiento de negociación colectiva. No obstante, el relevante papel que desempeña la negociación y el convenio colectivo en este tema exige un tratamiento específico, que ya se ha llevado a cabo en una obra previa y preparatoria a la que ahora se presenta⁵.

2. ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA CONTINGENCIA. MATIZACIONES Y EXCEPCIONES A DICHOS ELEMENTOS

La contingencia de jubilación se define como la situación de necesidad que deriva de la pérdida de ingresos que se produce cuando el trabajador cesa en su puesto de trabajo a causa de la edad. Conforme a esta definición, prácticamente coincidente con el concepto legal, es clara la necesaria concurrencia de dos condiciones esenciales para que se genere el supuesto de hecho protegido. De un lado, es requisito imprescindible que exista un cese efectivo en el trabajo, un cese que tanto puede haberse producido para dar lugar a la contingencia, como en algún momento previo⁶ y que supone, a priori, el fin de la vida activa del trabajador⁷. También es necesario, de otro, que el sujeto acredite una edad pensionable, porque si no se ha alcanzado la edad mínima necesaria, el trabajador que cesa en el empleo puede obtener otro tipo de ayudas o prestaciones pero, nunca, una pensión de jubilación del Sistema de Seguridad Social⁸. Además, y aunque no aparezca expresamente en la definición, debe considerarse el carácter voluntario de la jubilación como otro de sus elementos configuradores: se produce la situación protegida y se obtiene la prestación cuando el trabajador que cesa en el empleo en ese momento o ha cesado con anterioridad y por cualquier causa, acredita una edad igual o superior a los mínimos dispuestos, y decide, por su exclusiva voluntad, abandonar la vida activa y solicitar la pensión jubilatoria⁹.

Sin embargo, éstos, que son los elementos que tradicionalmente han conformado la contingencia, deben matizarse en atención a la presencia de determinadas instituciones o al acaecimiento de ciertos cambios normativos que han alterado el sentido originario de dichas condiciones. Empezando por el final, porque aunque el cese en el trabajo que configura la jubilación se conceptúa como voluntario, hay circunstancias que, en determinados periodos de la evolución normativa más reciente, han legitimado la fijación de una edad de jubilación forzosa. Respecto al segundo elemento, porque frente al establecimiento de una edad de jubilación ordinaria o general, para todos los individuos, el legislador ha optado por disponer

⁵ El análisis de la contingencia, de las fórmulas de protección y de las fuentes en las que se disponen, ya se ha ejecutado, con cierta extensión, en la obra titulada: BLASCO RASERO, C.: "La protección de los prejubilados", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 181, 2015.

⁶ Es por ello que, en el ordenamiento español, basta estar afiliado cuando se presenta la solicitud y haber trabajado y cotizado durante el período previo requerido, sin que se exija el alta actual para que se reconozca el derecho (art. 205.3 de la LGSS).

⁷ La jubilación supone, conceptualmente, un cese en el trabajo total y definitivo, sin perjuicio de que en el ordenamiento actual se admitan ciertas formas de compatibilización pensión-trabajo, así como la suspensión o extinción del derecho cuando el jubilado decide reingresar al mercado laboral.

⁸ En este sentido, es necesario diferenciar claramente la prejubilación de la jubilación anticipada, en la medida en que sólo en la segunda se cumplen los mínimos de edad exigidos para tener derecho a una pensión de jubilación del Sistema (sobre la protección de la prejubilación, vid. la obra señalada).

⁹ Respecto a los elementos que configuran la contingencia puede verse la abundante doctrina que ha profundizado en su análisis, y, específicamente, sobre el tema, la tesis doctoral del Prof. SALVADOR PÉREZ, F.: *La jubilación laboral: configuración y modalidades*, Universidad de Sevilla, 1991.

un sistema causal que permite el acceso a la pensión a edades inferiores a los límites legales, en unos casos, por razones extraordinarias, bien relativas a la naturaleza del trabajo o bien referidas a las singulares características de ciertos grupos de trabajadores, y en otros, por motivos ordinarios o referidos al conjunto de la población trabajadora que, por su voluntad o por razones ajenas a la misma y siempre que demuestren una larga carrera de seguro, también pueden anticipar la edad jubilatoria. Igualmente, porque si la jubilación es voluntaria, no existe impedimento alguno, sino al contrario, incentivos de diversa índole, para retrasar la edad de acceso a la pensión. Y, en tercer lugar, porque frente a la regla general que exige un cese total y efectivo en el trabajo, se prevén actualmente ciertos supuestos en los que se permite compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación con la realización de una actividad onerosa. Pues bien, a todas estas instituciones se van a dedicar los siguientes epígrafes, básicamente, porque en todas ellas se les reconoce o se les puede reconocer un papel relevante a la negociación y al convenio colectivo.

Antes, sin embargo, conviene hacer una última reflexión adicional sobre este tema, ya referida a las condiciones que conforman el hecho causante. El acceso a la pensión de jubilación contributiva se supedita, como es de sobras conocido, a la acreditación de un período previo de carencia o cotización al Sistema; no basta con haber realizado una actividad productiva, por cuenta ajena, por la que se haya sido afiliado y dado de alta, ni es suficiente con que se produzca el cese efectivo en el trabajo a una edad concreta, sino que es imprescindible haber contribuido económicamente al mismo y haberlo hecho, además, durante un mínimo período de tiempo. Sólo así se garantiza una cierta correspondencia entre lo aportado y lo obtenido del Sistema, haciendo al mismo tiempo posible su sostenimiento.

En el ordenamiento actual, sólo quien acredite un período mínimo de cotización de 15 años a lo largo de toda su vida, y al menos 2 en el lapso de los 15 años anteriores, tendrá derecho a la pensión de jubilación cuando cese en el trabajo y cumpla la edad exigida. Se trata de un requisito tan esencial para el acceso a la prestación que, a este respecto, poco margen queda para la autonomía colectiva (como se ha reiterado, porque poco pueden decir unos sujetos privados de los requisitos de acceso a una ayuda que ni conceden ni financian). En ningún caso, las partes que negocian un convenio colectivo (ni siquiera un Acuerdo Marco, celebrado al más alto nivel) pueden alterar las reglas de carencia exigidas por la ley para obtener el derecho.

Con todo, y aunque entiendo que no hay lugar para la duda, cabría hacer una reflexión final sobre el tema, quizá un poco arriesgada. En el proceso de reformas de la pensión de jubilación que se viene poniendo en práctica desde hace años para garantizar la sostenibilidad futura del Sistema, se podría plantear, para restringir el número de eventuales beneficiarios incrementando las condiciones de contributividad del modelo de protección, la elevación del período de cotización exigido de los 15 años que se prevén actualmente, por ejemplo, a un período de carencia genérica de 25¹⁰. Si así se hiciera, se llevaría a cabo un

¹⁰ En línea con la modificación que se ha llevado a cabo en la reforma realizada por la Ley 3/ 2012, de 6 de julio, que ha elevado de 15 a 25 años el período de cotización sobre el que se calcula la base reguladora de la pensión (recuérdese que antes de la reforma, la base reguladora era el resultado de dividir por 210 la suma de las bases de cotización del interesado de los 180 meses anteriores al hecho causante –esto es, de 15 años–, mientras que, en el ordenamiento actual, se prevé que en 2.022, la base reguladora sea el resultado de dividir por 350 la suma de las bases por las que se haya cotizado los 300 meses previos –es decir, de los 25 años anteriores–).

endurecimiento de las condiciones de acceso a la protección que, a mi juicio, no tendría las mismas posibilidades ni generaría idénticas consecuencias en todos los supuestos: para algunos colectivos o, incluso, en ciertos sectores o empresas sería bastante más complicado el cumplimiento de esos requisitos que en aquellos otros en los que exista un mayor índice de estabilidad en el empleo. Por ello, tiene sentido cuestionar si el convenio colectivo podría desempeñar una función de adaptación de las condiciones generales a las peculiaridades de determinados ámbitos, por ejemplo, estableciéndose por ley un intervalo de carencia entre cuyos límites, mínimo y máximo, se pudiera decidir el exigible en cada ámbito; disponiendo en convenio condiciones especiales, excepciones a las normas generales, períodos de carencia ficticios o asimilados, o cualquier otro mecanismo que, considerando las particularidades de un sector de actividad concreto, hiciera materialmente posible el cumplimiento de un período de cotización acrecentado.

No obstante, y a pesar de ser una posibilidad planteable en un ejercicio teórico de elucubración, considero que no es el convenio colectivo la fuente adecuada para disponer tales reglas, básicamente, por su limitada aplicación a los trabajadores incluidos en un ámbito restringido. Por el contrario, entiendo que si efectivamente se elevara el período de carencia exigido para tener derecho a la pensión de jubilación, sería más apropiado que fuera el propio legislador el que, en su caso, dispusiera los términos en los que hubieran de aplicarse tales excepciones o adaptaciones a las reglas generales; sólo así se garantizaría la igualdad de trato necesaria, así como la objetividad y la seguridad jurídica que resultan esenciales para cuadrar las cuentas del Sistema.

2.1. La jubilación forzosa como excepción a la regla general de voluntariedad: su regulación en convenio colectivo

2.1.1. Jubilación forzosa versus jubilación voluntaria

Las edades previstas, tanto para la jubilación ordinaria como para la anticipada, constituyen, en todo caso, límites mínimos para obtener la pensión jubilatoria. Pero la obtención efectiva de la pensión depende de la voluntad de cada trabajador, que es quien debe decidir, a partir de tales fechas, en qué momento abandona la vida activa para pasar a la situación de jubilado. Por ello se habla de un sistema de jubilación voluntaria, porque es el trabajador de edad avanzada quien decide, cuando alcanza la edad o una de las edades exigidas, en qué momento accede a la protección del Sistema. Si, en esa fecha, el sujeto estaba prestando servicios, él mismo procede a la extinción del contrato por la causa prevista en el art. 49.1. f) del ET, para a continuación, solicitar una pensión de jubilación que compense la pérdida de ingresos, mientras que si el cese en el trabajo se produjo con anterioridad (fuera cual fuera la causa por la que se procedió a la extinción del contrato y la prestación que compensó entonces la pérdida del salario) cuando se alcanza una de las edades previstas, el trabajador decidirá si en esa fecha solicita la pensión o todavía la demora algún tiempo por la razón que sea.

La voluntariedad no es, sin embargo, la única opción posible. En el otro extremo, es igualmente factible la fijación de un término final al trabajo por cuenta ajena o, lo que es lo mismo, la determinación de una edad de jubilación forzosa a la que, como máximo, el trabajador debe cesar en el trabajo y, en caso de que lo solicite, empezar a percibir la pensión jubilatoria. Se produce en este supuesto una forma de extinción del contrato por

desistimiento del empresario, o incluso, una modalidad extintiva que se ejecuta por el acaecimiento de un término o una condición resolutoria que, en todo caso, tiene un carácter impuesto o ajeno a la voluntad individual de los sujetos afectados¹¹.

Por este motivo, esto es, por la falta de participación del trabajador en la decisión, se considera una causa de extinción contraria al derecho individual al trabajo (del art. 35. 1 CE) y, concretamente, al derecho a mantenerse en el empleo que se estuviera desempeñando. Igualmente, constituye una medida contraria al derecho de igualdad y a la prohibición de discriminación por razón de edad (art. 14 CE), que carece de una justificación objetiva y razonable, en tanto se basa en una presunción “*iuris et de iure*” de ineptitud o incapacidad para el trabajo de quienes alcanzan una edad determinada, que no se ajusta a la realidad de muchos casos¹². Por ambas razones, básicamente, se ha concluido en varios pronunciamientos jurisdiccionales señalando la inconstitucionalidad de la jubilación forzosa a una edad determinada.

Pero la posibilidad de jubilación forzosa no sólo afecta a la dimensión individual del derecho al trabajo; si así fuera, los anteriores constituirían argumentos suficientes para prohibirla. Por el contrario, los términos en los que se dispongan las edades de jubilación tienen consecuencias macroeconómicas insoslayables que también han de considerarse en la regulación del tema: de un lado, porque según se fije en uno u otro límite, así se amplía o se restringe la dimensión de la población activa; y, de otro, porque igualmente repercute sobre los recursos del Sistema de Seguridad Social, esto es, sobre el volumen de las cotizaciones y la magnitud del gasto público en pensiones. En definitiva, es tan importante la dimensión colectiva del tema (que incide sobre facetas del Estado Social que también tienen un respaldo constitucional, como el art. 40.1 de la CE donde se habla de la obligación de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo y el art. 41, donde igualmente se prevé el necesario mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos) que no sólo han de tenerse en cuenta los derechos individuales de los trabajadores para regularlo en uno u otro sentido. Por estas razones, precisamente, se trata de una institución que ha experimentado cambios significativos en las últimas décadas.

2.1.2. La regulación de la jubilación forzosa en España: vaivenes normativos

La posibilidad de jubilación forzosa constituye un tema controvertido que, al menos en España, ha pasado por diversas fases, unas de reconocimiento, otras de autorización sometida a ciertos límites y condiciones, y otras de prohibición. Dicha evolución normativa

¹¹ Vid. el análisis de la causa de extinción realizado por MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2002, págs. 83-96.

¹² Sobre la consideración de la jubilación forzosa de los trabajadores de edad avanzada como medida de discriminación por razón de la edad, vid.: GÓMEZ GORDILLO, R.: “TJCE- Sentencia de 16.10.2007, Palacios de la Villa, C-411/05- Jubilación forzosa prevista en convenio colectivo y discriminación por motivos de edad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30, 2008; LÓPEZ CUMBRE, L.: “La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios de la Villa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 102; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “Igualdad de trato y no discriminación por razón de edad: a vueltas con las cláusulas de jubilación forzosa, la prolongación de la vida activa y la política de empleo en España”, en ARETA MARTÍNEZ, M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*, 2009; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, nº 1 y 2, 2008.

ha ido normalmente de la mano de los objetivos de política social y económica perseguidos por los poderes públicos en cada período¹³.

En una primera etapa, que parte de la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores de 1980, el legislador se pronunció claramente a favor de la jubilación forzosa al permitir su actualización por tres vías: a través de una norma legal, el propio ET, que en su Disposición Adicional 5ª señalaba expresamente los 69 años como límite máximo de edad para trabajar. En segundo lugar, por el poder ejecutivo, al que se facultaba para fijar otras edades de jubilación forzosa según las disponibilidades del Sistema de Seguridad Social y del mercado de trabajo. Y, de otro, por los actores sociales, a los que también se les permitía la determinación en convenio de otros límites de edad.

Pero se produjo entonces una aceptación tan amplia e incondicional de la jubilación forzosa, que pronto colisionó con los derechos individuales de los trabajadores. Por este motivo, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 22/1981, de 2 de julio, declaró la inconstitucionalidad del precepto, a menos que se conectara con los objetivos propios de una política de empleo dirigida al reparto o la redistribución del empleo existente, es decir, en palabras del Alto Tribunal, salvo que se garantizara que con dicha limitación “*se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro*” en la medida en que no supusiera “*en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo*”. A su vez, para la satisfacción de los derechos individuales, se exigía que quedara a salvo el acceso de los trabajadores a la protección del Sistema limitándose la jubilación forzosa a los que alcanzaran los periodos de cotización exigidos para obtener la pensión. Con los mismos límites se ratificó, en la STC 58/1985, de 30 de abril, la capacidad de la negociación colectiva para fijar edades de jubilación forzosa. Y en las mismas condiciones, en el Texto Refundido del ET de 1995, se dio nueva redacción al tema, ahora en su DA 10ª para, además de eliminar expresamente el límite de los 69 años, facultar al Gobierno y a la autonomía colectiva a fijar edades de jubilación forzosa.

Posteriormente, sin embargo, y coincidiendo con una etapa de reducción de la tasa de desempleo, el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, luego convertido en la Ley 12/2001, de 9 de julio, derogó la DA 10ª del ET. Pero si la eliminación del precepto dejaba clara la falta de una norma legal que permitiera al ejecutivo establecer una edad de jubilación forzosa, se planteaba la duda acerca de la potestad de la negociación colectiva al respecto. La discusión fue resuelta por el Tribunal Supremo que, en dos sentencias del 9 de marzo de 2004, negó a la autonomía colectiva capacidad para regular, sin autorización del legislador, una cuestión que afectaba a derechos constitucionales. Así fue eliminada la jubilación forzosa del panorama nacional, si bien, como se ve seguidamente, sólo por un breve período de tiempo.

Porque a pesar de que en los años siguientes continuaron descendiendo los niveles de desempleo, la Ley 14/2005, de 1 de julio, volvió a incorporar la DA 10ª, aunque ahora en distintos términos. Primero, porque eliminó la autorización al Gobierno para fijar edades de jubilación forzosa y dejó esa facultad exclusivamente en manos de la autonomía colectiva. Y

¹³ Este proceso continuo de reformas de la jubilación forzosa explica el elevado número de comentarios doctrinales sobre esta institución, especialmente, en relación con el papel que ha venido desempeñando la negociación colectiva en la materia, a los que me remito.

segundo, porque además de limitarla a quienes alcanzaran la edad de jubilación ordinaria, se condicionaba al cumplimiento de objetivos de política de empleo (concretamente, de aquellos que favorecieran la calidad del mismo) exigiendo además los tribunales¹⁴ que en el propio convenio se concretaran los que en cada caso se pretendieran obtener. Respecto a las condiciones del trabajador, se alteró la versión original para exigir que el afectado tuviera cubierto el período mínimo de cotización, o uno mayor, si así se hubiera pactado en el convenio colectivo.

En fin, pasados varios años y en un nuevo contexto de crisis económica, se ha dado nueva redacción a la DA 10ª del ET por la Ley 3/2012, de 6 de julio, para declarar nulas y sin efectos las cláusulas de los convenios colectivos que posibilitaran la extinción de los contratos de trabajo por el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. De esta forma, a fecha de hoy, no existe norma legal alguna que autorice, ni en un ámbito general ni en el ámbito restringido de los convenios colectivos, la fijación de una edad de jubilación forzosa¹⁵.

En estos términos puede decirse que, en un período en el que se manifiestan altos niveles de desempleo, el legislador ha optado por prohibir la jubilación forzosa, de un lado, para reforzar la autonomía de los particulares y, sobre todo, de otro, con la intención de posponer la edad de jubilación fomentando la decisión de aquellos que quieran seguir trabajando una vez cumplida la edad en la que podrían dejar la vida activa y pasar a percibir una pensión del Sistema. De esta forma, se encuadra la norma en el ámbito de una política que tiene como objetivo prioritario el de posponer, cuanto sea posible, la edad en la que los individuos acceden a la pensión, así como a favorecer, también durante el mayor tiempo posible, el mantenimiento de las cotizaciones al Sistema (como lo manifiestan otras reformas realizadas en este último período).

2.1.3. La idoneidad de la negociación colectiva como medio para regular la jubilación forzosa

En cualquier caso, y al margen de cuáles son los términos en los que hoy se regula el tema (porque visto los acontecimientos, es fácil que cambien en el futuro) no hay duda de que el convenio colectivo puede jugar un papel esencial en la regulación de la jubilación forzosa. De un lado, porque es el medio idóneo para restringir la aplicación de esta medida al ámbito en el que se justifique o sea necesaria; de otro, porque permite establecer las condiciones en las que se ha de materializar una decisión que, en definitiva, es excepcional frente a la regla general de voluntariedad; y, de otro, porque también es un instrumento

¹⁴ Vid. al respecto, las SSTs de 22 de diciembre de 2008 y de 20 de noviembre de 2012.

¹⁵ Sobre la regulación actual del tema, vid.: BARRIOS BAUDOR, G.L.: “Incidencia de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en el régimen jurídico de las cláusulas convencionales de la jubilación forzosa”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I.: *El nuevo derecho de la negociación colectiva: actualizado tras la Ley 3/2012*, 2013; GALA DURÁN, C.: “La reforma de la pensión de jubilación en las Leyes 27/2011 y 3/2012: avances hacia un nuevo modelo”, *RIO: Revista Internacional de Organizaciones*, nº 8, 2012; GARCÍA MUÑOZ, M.: “La jubilación forzosa como medida de reparto del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4, nº 1, 2016; PÉREZ AGUILA, S.: “Las cláusulas de jubilación forzosa de origen convencional: estado de la cuestión”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 31, 2012; POQUET CATALÁ, R.: “Una institución jurídica a extinguir: las cláusulas de jubilación forzosa”, *Temas Laborales*, nº 128, 2015.

adecuado para establecer, en un ámbito concreto, la fórmula para compensar el acto de renuncia o limitación del individuo a su derecho al trabajo.

En el primer aspecto, ya se ha señalado la inconveniencia (o mejor dicho, inconstitucionalidad) de fijar en una norma legal, de aplicación general, una edad única de jubilación forzosa basada en una presunción de ineptitud para el trabajo de todos los individuos que la alcancen; en el ET de 1980 ya se estableció un límite único a los 69 años que fue eliminado por el Tribunal Constitucional en cuanto tuvo ocasión de analizar el tema. Porque ni todos los trabajos requieren las mismas capacidades o destrezas, ni a todas las actividades les perjudica por igual el paso de los años. Por ello, ya apuntaba el Tribunal en la referida sentencia de 1981, la posibilidad de señalar una edad en la que se pudiera presumir ese estado de ineptitud o, al menos, de pérdida de las habilidades necesarias para realizar el trabajo, en sectores concretos o para actividades determinadas en las que se realicen tareas para las que se requieren unas condiciones físicas o intelectuales que normalmente van mermando con el paso del tiempo. Por este motivo, resulta más adecuado el establecimiento de edades de jubilación forzosa en los convenios colectivos, en los que sí se pueden tener en cuenta los requerimientos de cada sector o empresa en la que se presten servicios; es más, dentro del ámbito del convenio, podría ser incluso más apropiada la fijación de varias edades de jubilación forzosa teniendo en cuenta las exigencias, habilidades o capacidades que a los trabajadores se les exigen en cada función, puesto de trabajo o grupo profesional concreto.

También es el convenio colectivo el medio idóneo para autorizar la jubilación forzosa, a una edad concreta, en aquellos ámbitos en los que la decisión extintiva se justifique por la concurrencia de unas circunstancias específicas. En este sentido, la existencia de una situación de crisis o la necesidad de llevar a cabo un proceso de reconversión, modernización o reestructuración empresarial, puede suponer la adopción de un plan de choque que, entre otras medidas, justifique la jubilación forzosa de los trabajadores que alcancen una determinada edad como medio para conseguir determinados objetivos empresariales. Pero insisto, se trata de situaciones particulares, que se pueden dar en sectores de actividad o en empresas concretas, y por ello han de resolverse a través de normas cuya aplicación se circunscriba a ese ámbito preciso.

En línea con lo anterior, y si, como ya se ha señalado, el derecho constitucional al trabajo sólo puede restringirse cuando existen razones de interés general (como la ejecución de una política orientada al pleno empleo, la reducción de los niveles de paro, el fomento de la contratación de colectivos con especiales dificultades de colocación, u otras similares) es necesario, como ha reiterado el TC, que la jubilación forzosa se justifique en la explícita consecución de tales objetivos. En este sentido, lejos de declaraciones meramente programáticas, también resulta ser el convenio colectivo el medio adecuado para especificar los objetivos concretos de política de empleo que pretenden conseguirse, en un ámbito determinado, con la jubilación forzosa de sus trabajadores (si tiene como finalidad la sustitución de los trabajadores mayores por otros más jóvenes, si se pretende estabilizar en el empleo a quienes tienen un contrato temporal, ampliar la jornada de los contratados a tiempo parcial, etc.)¹⁶.

¹⁶ En la misma forma en que se reformó la DA 10ª en 2005, exigiendo la vinculación de la jubilación forzosa a la consecución de objetivos concretos de política de empleo.

Respecto a la última cuestión, ya se ha visto cómo en la reforma de 2005 se utilizó el potencial de la negociación colectiva para proteger, e incluso, mejorar, los derechos de los trabajadores. Para éstos, el principal peligro del cese involuntario es la privación del derecho a una pensión de jubilación que compense la pérdida de ingresos salariales derivada del cese. Pero ese riesgo siempre ha estado a salvo en la medida en que se ha condicionado la jubilación forzosa al cumplimiento por el trabajador de los períodos de cotización necesarios para acceder al derecho. Ahora bien, el cumplimiento del período de carencia exigido (el genérico, de 15 años) supone la obtención de una pensión en una cuantía que está muy por debajo de los límites legales: sólo permite percibir el 50% de la base reguladora correspondiente. Por eso, y para favorecer la obtención de una pensión más elevada, ya en la citada reforma se exigió que el trabajador acreditara el período mínimo de cotización, *“o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo”*. En esta línea, considero que el convenio puede actuar como instrumento que garantiza una pensión de jubilación de una determinada cuantía, al limitar la jubilación forzosa a aquellos trabajadores que alcancen el período de cotización con el que se pueda alcanzar el porcentaje mínimo que se decida¹⁷.

Pero, desde esta misma perspectiva, también puede defenderse la eficacia del convenio como medio para que los trabajadores puedan mejorar sus derechos. Es decir, y como ya se ha repetido en varias ocasiones, aunque la autonomía colectiva no tiene potestad para alterar las reglas de cálculo del importe de las prestaciones, ni para obligar al Estado a satisfacer otro tipo de ayudas, sí la tiene para comprometer al empresario al pago de beneficios adicionales a las prestaciones públicas. En este sentido, el convenio puede actuar como vía para la consecución de contraprestaciones adicionales, que se añaden a las prestaciones públicas, y que tienen como finalidad conceder una compensación extraordinaria a favor de quienes han perdido un derecho, a fin de cuentas, por circunstancias o intereses exclusivamente empresariales.

2.2. Posibilidades de actuación de la negociación colectiva en la fijación de la edad de jubilación

En el ordenamiento español, la determinación de la edad de acceso a la pensión de jubilación es un aspecto que excede, claramente, de la autonomía de las particulares; tanto la edad mínima que ha de acreditar un trabajador para la jubilación ordinaria (diversa, en la norma actual, según los supuestos) como las edades a las que se puede acceder a las distintas modalidades de jubilación anticipada, constituyen elementos configuradores del supuesto protegido que se concretan en las normas estatales y que por ello, no pueden ser alterados en convenio. Del mismo modo, ha de entenderse que sólo el legislador puede comprometer las cuentas públicas asegurando beneficios adicionales a favor de quienes decidan posponer la edad de resolución del contrato por jubilación más allá de la edad ordinaria. No obstante, y a pesar de lo señalado, procede realizar una reflexión más profunda que permita otros posibles planteamientos.

¹⁷ Una reflexión similar en MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción...*, cit., págs. 180-181.

2.2.1. La determinación por ley de las edades de jubilación, ordinaria y anticipadas. Reglas legales para fomentar el retraso de la edad de jubilación

En este tema, el papel de la negociación colectiva es ciertamente limitado. En primer lugar, porque desde la conformación del Sistema en 1967, el legislador ha sido el único competente para establecer la edad de jubilación ordinaria. Desde entonces, la LGSS siempre ha señalado, de forma meridianamente clara, los 65 años como edad común de acceso a la pensión de jubilación pública, e igual sigue sucediendo después de la reforma operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social¹⁸, porque también ahora es el legislador quien ha fijado tanto la edad de jubilación ordinaria (los 67 años), como los términos en los que se permite el mantenimiento de la jubilación a la edad tradicional de 65 años (para los que lleven 38 años y medios cotizados), como las reglas de aplicación de una reforma que se ha querido implantar de forma gradual y progresiva (conforme a las reglas previstas en la DT 7ª de la LGSS¹⁹). Es claro pues la nula capacidad de actuación de los sujetos negociadores en este aspecto.

Respecto a la anticipación de la edad de jubilación, en segundo lugar, también se ha venido encargando al legislador de establecer tanto los supuestos en los que se ha podido obtener el beneficio a una edad inferior a la ordinaria, como las condiciones en las que se reconoce el derecho en estos casos. En este tema, únicamente el poder ejecutivo ha desempeñado un papel relevante en aquellos supuestos en los que ha sido necesaria la concreción por vía reglamentaria de ciertas reglas aplicativas.

Así ha sido en la modalidad de jubilación anticipada prevista en la 2ª norma de la DT 4ª de la LGSS para quienes hubieran tenido la condición de mutualistas, tanto en el caso general, como en el supuesto, singular, incorporado por la Ley 24/1997, de 15 de julio, aplicable cuando la jubilación se hubiera producido como consecuencia de la extinción del contrato por causas no imputables a la libre voluntad del trabajador y que ha venido dando lugar a la aplicación de un coeficiente reductor, por año de anticipación de la jubilación por debajo de la ordinaria, de menor cuantía al previsto originariamente²⁰.

¹⁸ Sobre la reforma de 2011 pueden verse, entre otras obras: GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La jubilación ordinaria”, *Temas Laborales*, nº 112, 2011, págs. 133-163; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La reforma de la jubilación ordinaria”, GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (dir.): *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011; LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación. Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: “La reforma de la jubilación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2012; TORTUERO PLAZA, J. L.: “Reflexiones sobre la reforma de la jubilación. Un planteamiento global”, AA. VV. *La edad de jubilación*, Comares, Granada, 2011; TORTUERO PLAZA, J.L.: *La reforma de la jubilación: Marco de referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2012; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “La reforma de la jubilación a la edad ordinaria por la Ley 27/2011”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, nº 7, 2011.

¹⁹ Respecto a las reglas de aplicación de la reforma, vid.: QUINTERO LIMA, M.G.: “Las normas transitorias de la reforma de la pensión de jubilación contenidas en la Ley 27/2011: una historia interminable”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2012.

²⁰ Recuérdese que, si en la regulación originaria, se preveía una reducción del 8% por cada año de anticipación de la edad de jubilación por debajo de la ordinaria, tras la reforma de 1997 se dispusieron, en caso de involuntariedad del cese, unos coeficientes reductores que, aunque variaban en función del período de cotización acreditado, eran inferiores al señalado y por ello suponían, en todo caso, una menor reducción en el importe de la pensión jubilatoria.

Igual ha sucedido con los supuestos de anticipación de la edad de jubilación permitidos para formas de trabajo o colectivos de trabajadores con características singulares: también ha sido el legislador quien se ha encargado de regular la jubilación anticipada, tanto de aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, como respecto a aquellas personas que padezcan una discapacidad en un grado igual o superior al 65%, o incluso al 45%, si existen evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida. En ambos casos, la LGSS define los supuestos en los que se permite la anticipación de la edad de jubilación, dejando en manos del Ministerio competente la fijación, por Real Decreto, de las condiciones y las reglas para su ejercicio²¹.

Y así ocurre actualmente, en el régimen que resulta de la reforma operada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, con las dos fórmulas generales de jubilación anticipada previstas para el común de los trabajadores, tanto en aquellos supuestos en los que el cese en el trabajo se produce por causas no imputable al trabajador, como los que derivan de la voluntad del interesado, que han de actualizarse, necesariamente, en los términos dispuestos en los artículos 207 y 208 de la propia LGSS, en los que se establece tanto las condiciones que han de reunir quienes soliciten acceder al derecho antes de alcanzar la edad ordinaria, como las penalizaciones en el importe de la pensión que se aplican por la anticipación del cese²².

Como se puede ver, ni antes ni ahora, existe margen alguno para la autonomía colectiva. Y ello es así porque, como se ha señalado, ni siquiera se deja en sus manos la

²¹ En cuanto al primer grupo, de trabajos peligrosos, penosos, tóxicos e insalubres, durante años, sólo han existido normas diversas que han venido desarrollando los términos en los que se ha podido rebajar la edad de jubilación a colectivos concretos (como el RD 2366/1984, de 26 de diciembre, para los mineros, el RD 1559/1986, de 28 de junio, para el personal de vuelo y el RD 2621/1986, de 24 de diciembre, para ferroviarios, artistas y profesionales taurinos). No obstante, y probablemente como consecuencia del incremento de la edad de jubilación ordinaria introducido con la reforma de 2011, se ha aprobado un nuevo reglamento, éste ya de común aplicación a todos los trabajadores, el RD 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el Sistema de Seguridad Social, de aplicación a aquellos colectivos, sectores, actividades, e incluso, escalas, categorías o especialidades, a los que no se les hubiera reconocido el derecho a la anticipación de la edad de jubilación en razón de las normas referidas. A este respecto hay que destacar la posibilidad de anticipar la edad de jubilación no sólo en actividades especialmente penosas, peligrosas, tóxicas e insalubres, sino también en aquellas otras cuya realización exija unos requerimientos psicofísicos que no se mantienen a ciertas edades. Para el segundo supuesto, de jubilación anticipada de personas con un alto grado de discapacidad, sí existe un régimen general desarrollado por el RD 1539/2003, de 5 de diciembre y el RD 1851/2009, de 4 de diciembre.

²² Para profundizar en la reforma de la jubilación anticipada, vid.: ARAGÓN GÓMEZ, C. y TRILLO GARCÍA, A.R.: "La jubilación anticipada tras el Real Decreto Ley 5/2013", *Revista de Información Laboral*, nº 11, 2014; ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: "La jubilación anticipada: RDL 5/2013", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, Vol. 6, nº 3, 2013; GARCÍA VIÑA, J.: "Jubilación anticipada y prejubilación", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29-30, 2012; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico", *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, Vol. 6, nº 1, 2013; LÓPEZ CUMBRE, L.: "La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma de 2011", *Temas Laborales*, nº 112, 2011; POQUET CATALÁ, R.: "El contrato de relevo y la jubilación anticipada: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, nº 7, 2013; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Trabajadores de edad avanzada. Jubilación anticipada y jubilación parcial: cuestiones prácticas tras la Reforma de 2013", *Actualidad Laboral*, nº 9, 2013; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: "Las reformas introducidas en la jubilación anticipada por la Ley 27/2010", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 27, 2011; VIÑAS ARMADA, J.M.: "Jubilaciones anticipadas", en LÓPEZ CUMBRE, L. y MONEREO PÉREZ, J.L.: *La pensión de jubilación: estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, 2015.

regulación de la modalidad más cercana a la esfera natural de la negociación colectiva, cual es la jubilación anticipada en aquellos grupos o actividades profesionales en las que se realice un trabajo especialmente peligroso, penoso, tóxico o insalubre (esto es, aquella en la que se tiene en cuenta las específicas circunstancias de cada prestación laboral, cuya consideración es materia propia de los convenios colectivos de carácter sectorial). Siendo esto así, en los demás supuestos de anticipación de la edad de jubilación, es clara la asunción de competencias, en todos los sentidos, por las fuentes estatales. Y a mi juicio, es lógico que así sea, porque sólo el legislador ha de tener potestad para regular las condiciones en las que los trabajadores pueden acceder de forma prematura a una prestación social que, en principio, está diseñada para quienes alcancen el mínimo de edad que en la ley se establece.

Pero el tema de la edad no se circunscribe a la jubilación anticipada. Por el contrario, y como ya se ha adelantado, una de las líneas fundamentales de la acción pública en esta materia ha sido, en los últimos años, la opuesta, esto es, la realización de una política dirigida a favorecer la prolongación de la vida activa. En este sentido y desde diversos foros, se ha repetido el argumento recurrente del envejecimiento de la población para justificar el retraso progresivo de la edad de jubilación, tanto de aquella en la que se ha venido llevando a cabo la jubilación ordinaria como en la mayoría de las que han permitido la anticipada. Este argumento se ha esgrimido en la reforma realizada por la Ley 27/2011 para incrementar desde los 65 a los 67 años la edad general de jubilación ordinaria, así como para desplazar en el tiempo la edad a la que se permite la jubilación anticipada (a lo que ha procedido el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, dando nueva redacción a los preceptos legales para sustituir la referencia a una edad mínima de anticipación –de 61 ó 63 años, según se tratara de una jubilación anticipada por causas no imputables al trabajador o voluntaria– por el establecimiento de un máximo de años en los que se puede anticipar la edad de jubilación –de 4 ó de 2 años, según la modalidad– respecto al mínimo previsto para la jubilación ordinaria, lo que supone, lógicamente, un incremento progresivo del límite de edad desde el que se puede acceder a la jubilación anticipada²³).

Y también se ha utilizado, incluso de forma más acusada, a través de aquellas normas que pretenden favorecer la permanencia de los trabajadores en sus puestos de trabajo después de alcanzar la edad en la que se permite la jubilación ordinaria. Continúa así una línea de actuación, iniciada hace algunos años, que pretende incentivar el retraso de la edad de jubilación incrementando el importe de la pensión de quienes la pospongan. La medida, que originariamente fue introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio (en la que se disponía un aumento del 2% por cada año que se demorara el acceso a la jubilación más allá de los 65, en beneficio de quienes, por llevar 35 años cotizados, tuvieran derecho a una pensión de jubilación del 100% de la base reguladora) ha sido alterada en la reforma de 2011, de un lado, para ajustarla a los nuevos límites de edad, y segundo, para aumentar el porcentaje aplicable en función de los años de cotización acreditados por el beneficiario en la fecha en que alcance la edad de jubilación ordinaria (porcentajes que, actualmente, pueden ser del 2%,

²³ Así, cuando concluya el período transitorio y la edad general de jubilación ordinaria sean los 67 años, se podrá acceder a la jubilación anticipada por razones ajenas a la voluntad del trabajador a partir de los 63 años y a la jubilación anticipada voluntaria, a los 65. Mientras tantos, la jubilación se podrá solicitar con una anticipación de 4 ó 2 años, según el supuesto, a la edad de jubilación ordinaria que sea de aplicación durante cada año natural, según lo previsto en la DT 7ª de la LGSS.

del 2,75% e, incluso, del 4% para aquellos beneficiarios que acrediten 37 años cotizados)²⁴. Como se puede deducir de los preceptos legales, además del incremento cuantitativo señalado, se ha producido una ampliación cualitativa del ámbito de aplicación del beneficio que ya no se limita a los que acrediten una amplia carrera de seguro, sino a cualquier trabajador que, reuniendo el período de carencia de 15 años exigido para acceder al derecho, continúe trabajando después de alcanzar la edad de jubilación ordinaria (el número de años cotizados sólo repercute en la aplicación de un porcentaje de mayor o menor cuantía).

En cualquier caso, tanto ésta como otras actuaciones que han tratado de fomentar el retraso de la edad de jubilación (como aquella que establece una exención parcial de la obligación de cotizar para quienes continúen trabajando después de alcanzada la edad de jubilación ordinaria) sólo pueden ser reguladas por normas estatales, sin que los convenios colectivos tengan posibilidad alguna de incidir sobre ninguno de los temas señalados. En este aspecto, es claro que es el legislador el único que tiene autoridad para tomar decisiones que comprometan las cuentas del Sistema, bien sea porque sólo por ley se pueden establecer los casos y las condiciones en las que se permita incrementar el importe de la pensión, bien sea porque sólo de esta forma se puede eximir a los particulares, aunque sea en parte, del pago de unas cotizaciones de carácter imperativo.

2.2.2. El papel a desempeñar por el convenio en la fijación de las edades de jubilación

La configuración del régimen jurídico de la pensión de jubilación, en estos términos, no impide plantear otras posibilidades. En primer lugar, se puede cuestionar la forma en la que se ha procedido a elevar, como ya se ha reiterado, de 65 a 67 años la edad ordinaria de jubilación²⁵. En este sentido, una de las más fundadas críticas a la política de retraso de la edad de jubilación ha sido la falta de consideración de las circunstancias que concurren en cada supuesto. Se ha dicho, y con razón, que el retraso de la edad de jubilación no tiene las mismas consecuencias para todos los individuos: no es lo mismo un trabajo reiterativo, alienante o que requiere un gran esfuerzo, que por ello se va haciendo más penoso con el paso de los años, que un trabajo de carácter intelectual o creativo, para el que es posible estar mejor preparado conforme aumentan los años de experiencia, y que puede ser tan gratificante para su autor que no suponga ningún inconveniente, sino al contrario, una satisfacción,

²⁴ En los últimos años, también se han publicado varios comentarios sobre las medidas de fomento del retraso de la edad de jubilación, tales como: BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: *El retraso en la edad de jubilación: regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Atelier, 2015; GARATE CASTRO, F.J.: “Incentivos económicos, para el trabajador, de la permanencia en el trabajo después de la edad ordinaria de jubilación”, AA.VV.: *La relevancia de la edad en las relaciones laborales y de Seguridad Social*, Aranzadi, 2009; GARCÍA NINET, J.I.: “Prolongación de la vida laboral y jubilación anticipada en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social: el necesario incremento de la contributividad del Sistema”, *Tribuna Social*, nº 212, 2008; MALDONADO MOLINA, J.A.: “La promoción de la permanencia en el trabajo tras la edad ordinaria de jubilación”, MONERO PÉREZ, J.L.(dir.) : *La edad de jubilación*, Comares, Granada, 2011. También se analiza este tema en las obras, ya citadas, en las que se comentan las últimas reformas.

²⁵ Es igualmente criticable las condiciones en las que se mantiene la jubilación ordinaria, como excepción, a la edad de 65 años. Sobre todo, porque se exige un período mínimo de cotización tan amplio (que aunque ascienda a los 38 años y medio sólo a partir de 2027, en el período transitorio que se inicia en 2013 ya empieza por una elevada cifra de 35 años y 3 meses) que difícilmente puede ser cubierto por la mayor parte de los trabajadores, si se tiene en cuenta tanto el incremento de la edad media de acceso al primer empleo, como la notable frecuencia de fórmulas de empleo que generan carreras de seguros con importantes lagunas de cotización (GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La jubilación ordinaria”, cit. pág. 139).

prolongarlo en el tiempo. Por ello, si no hay una regla universal sino que, por el contrario, todo depende del sector de actividad y/o del tipo de trabajo que se realice, tiene sentido plantear la posibilidad de que la ley establezca unos límites, mínimo y máximo, para la jubilación ordinaria de los trabajadores (dentro de los márgenes que se consideren económicamente sostenibles para el Sistema) y se atribuya a la autonomía colectiva la potestad de fijar una edad concreta de jubilación para todo el ámbito de aplicación del convenio, o incluso, edades diversas para distintos grupos de trabajadores. En este sentido, el convenio es un instrumento más versátil, con mayor capacidad de adaptación tanto a las particularidades de cada actividad, funciones o grupos de trabajadores, como a los cambios que se vayan produciendo en el tiempo en la organización empresarial o en la actividad productiva.

Pero se trata de una propuesta que puede tropezar con importantes escollos. Primero, por la falta de legitimidad de las representaciones profesionales para alterar las condiciones en las que se exigen o satisfacen unos derechos que ellos no satisfacen. Segundo, porque tampoco puede dejarse en manos de sujetos privados la decisión de cómo se han de ejercer unos derechos que afectan a las cuentas públicas, unas cuentas que, además, difícilmente se podrían cuadrar con tan alta dosis de inseguridad. Y tercero, porque en estos términos, se establecería un sistema diferenciado de acceso a las prestaciones públicas que, por esta razón, se podría tachar de discriminatorio. Por todas estas razones, entiendo que son las normas estatales las fuentes más aptas para la regulación de unas excepciones que, por otra parte, resultarían muy recomendables²⁶.

Respecto a la jubilación anticipada, y a parte de lo ya señalado, se podría cuestionar si es posible y/o conveniente habilitar al convenio como fuente de regulación de nuevos supuestos, con el régimen y en las condiciones que igualmente se pactaran en el mismo. En mi opinión, sin embargo, se trata de una posibilidad inconveniente por los motivos ya señalados, e innecesaria, porque hoy por hoy no tiene ningún sentido que haya de acudir al convenio para habilitar nuevos supuestos de jubilación anticipada cuando ya la LGSS extiende esta posibilidad a todos los individuos (tanto a los que han visto extinguido sus contratos por razones que les son inimputables, como a los que deciden hacerlo por voluntad propia). Si la posibilidad de jubilación anticipada no está vedada a ningún grupo, solamente tendría sentido la atribución de competencias a los sujetos negociadores para eximirlos del cumplimiento de las condiciones, de edad y cotización, exigidas en los preceptos legales.

²⁶ Una opción podría ser, en este sentido, la de ampliar el ámbito de aplicación de la norma que permite rebajar la edad mínima de acceso a la pensión de jubilación en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre (art. 206.1 de la LGSS) quizá, eliminando tal requisito de excepcionalidad, para extenderlo a todos los ámbitos y a todos los trabajadores a los que, por los motivos señalados, no se les puede exigir el retraso de la edad de jubilación más allá de los 65 años. La ampliación de supuestos, más allá de los colectivos que actualmente pueden adelantar la edad de jubilación ordinaria, requiere una regulación general y sistemática, en la forma que se indica en los párrafos 2º y 3º del mismo apartado 1 del art. 206 de la LGSS, también introducidos en la reforma. Probablemente, sea esta la finalidad que ha perseguido el poder reglamentario con la aprobación del RD 1698/2011, de 18 de noviembre, cuya aplicación se prevé, como antes se ha señalado, sólo a favor de aquellos colectivos a los que no se les haya reconocido ya una edad de jubilación anticipada basada en la realización de un trabajo especialmente penoso, peligroso, tóxico e insalubre. Considero que, al margen de estos supuestos, ya identificados y protegidos por las normas reglamentarias específicas que se han ido aprobando estos años, existe hoy una norma de aplicación general que permite anticipar la edad de jubilación a todos los que realicen un trabajo que exija unos requerimientos psicofísicos que normalmente se pierden con el paso de los años.

Pero tal eventualidad es impracticable: si se quiere adelantar la edad de jubilación o se pretende autorizar el cese anticipado a quienes no acreditan el período de cotización que la ley exige, habrá de recurrirse a medidas de protección ajenas a la pensión jubilatoria²⁷.

Igual se puede decir respecto a las medidas, señaladas, que fomentan el retraso de la edad de jubilación: ni los sujetos negociadores pueden comprometer recursos del Estado a favor de quienes demoren el momento de su jubilación (prometiéndole el incremento de las prestaciones sociales), ni tienen legitimidad para eximir del cumplimiento de las obligaciones que el legislador dispone (fundamentalmente, en materia de cotización). Si se quiere promover la continuidad de la actividad productiva de sus trabajadores, más allá de ciertos límites de edad, tendrá que hacerse a través de incentivos ajenos a la protección pública de los que, necesariamente, han de responder los sujetos privados que estén interesados en su ofrecimiento.

En resumen, después del análisis efectuado, se ha de afirmar, respecto a la edad de jubilación, que los convenios colectivos sólo puedan ejercer una función aplicativa, esto es, de reconocimiento y aplicación, en su ámbito, de las normas generales en las que se fija la edad de jubilación ordinaria, las modalidades de jubilación anticipada y las condiciones de su ejercicio, así como los incentivos que el ordenamiento reconoce a favor de quienes decidan demorar el momento de su jubilación. En este aspecto, el único papel que puede desempeñar el convenio colectivo es el de incentivar o, por el contrario, disuadir a los trabajadores del recurso a una u otra fórmula de jubilación: es decir, si en una empresa o en un sector de actividad concretos concurren circunstancias que aconsejan o, por el contrario, desaconsejan la anticipación de la edad de jubilación, el cese en el trabajo a la edad ordinaria o el retraso de la edad jubilatoria, puede promocionarse la decisión de los trabajadores, en uno u otro sentido, mediante la disposición de ciertos beneficios o contraprestaciones a favor de quienes actúen en la forma que en cada caso convenga a la organización productiva. A este fin, constituye el convenio colectivo el instrumento adecuado para la formalización y materialización de los compromisos que el empresario decida asumir para fomentar la decisión de los trabajadores en el sentido que a aquel más le interese. En un epígrafe posterior, dedicado al análisis de las mejoras voluntarias, se volverá sobre este tema.

2.3. Relaciones de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo: funcionalidad de los convenios

Aunque tradicionalmente se ha considerado el cese en el trabajo como un elemento esencial en la delimitación de la contingencia protegida, en razón del cual ha operado en el ordenamiento español un principio general de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la realización de un trabajo remunerado (art. 213.1 de la LGSS) en los últimos años, se ha dado un giro de noventa grados a esta opción política para reconocer una pluralidad de excepciones o supuestos en los que expresamente se admite la posibilidad de simultanear la realización de un trabajo con la percepción del importe de la pensión de jubilación.

²⁷ En el primer caso, por ejemplo, ya no se estaría hablando de jubilación anticipada sino de prejubilación, y habría de recurrirse a las medidas de protección de los prejubilados a los que se hace referencia en otra obra (vid. BLASCO RASERO, C.: "La protección..." cit.).

2.3.1. Supuestos en los que se admite, como excepción, la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo

La primera de dichas excepciones, de una dilatada vigencia²⁸, la constituye la jubilación parcial que procede cuando un trabajador de edad avanzada acuerda con su empresa la reducción de la jornada y del salario para pasar a desempeñar un trabajo a tiempo parcial, y debido al cumplimiento de los requisitos de edad, antigüedad en el empleo y cotización establecidos, acceder a una pensión de jubilación del Sistema, también, en una cuantía reducida. Esta medida, que en sus orígenes era de carácter anticipado, reviste, desde la reforma operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, una doble modalidad, una para los trabajadores que no alcancen la edad de jubilación ordinaria que se condiciona a la simultánea celebración de un contrato de relevo, y otra, para quienes sí la acrediten, en la que ya no se exige la concertación de un contrato de esta modalidad. Se trata, en ambos casos, de un supuesto de novación contractual en el que los trabajadores alteran el tipo de vínculo que les unía con su empresa y empiezan a percibir una pensión de jubilación (parcial) aunque no se haya producido el cese en el trabajo, ni el interesado haya pasado de la situación de activo a la de jubilado (por este motivo, precisamente, se diseñó la jubilación parcial: con la finalidad de favorecer un tránsito progresivo de uno a otro estado)²⁹.

La segunda, procedente de la reforma operada por la Ley 35/2002, de 12 de julio, es la jubilación flexible, un supuesto en el que igualmente se permite compatibilizar un trabajo a tiempo parcial con una pensión de jubilación también reducida, que se diferencia de la anterior en el acaecimiento de esta relación después de causado el derecho a la pensión de jubilación. O dicho de otra forma: se produce la jubilación flexible cuando un sujeto que había cesado en su empleo y, por ello, venía percibiendo una pensión de jubilación, decide celebrar un nuevo contrato con la misma o diferente empresa para volver a prestar servicios, ahora, necesariamente, a tiempo parcial³⁰. En este supuesto, el legislador permite compatibilizar el trabajo con el mantenimiento de la pensión de jubilación que venía

²⁸ La jubilación parcial fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, desarrollada, en este aspecto, por el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial.

²⁹ Aunque existe una amplia bibliografía sobre la jubilación parcial, se señala a continuación, exclusivamente, la posterior a la reforma de 2013: CALVO GALLEGU, F.J.: “La jubilación parcial y su permanente evolución: propuestas para su activación”, en AA.VV.: *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Jubilación parcial”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.): *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con el trabajo*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016; FRAGUAS MADURGA, L.: “La regulación de la jubilación parcial en el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 35, 2013; LÓPEZ BALAGUER, M.: “La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual”, *Lex Social: revista de derechos sociales*, vol. 5, nº 2, 2015; LÓPEZ GANDÍA, J.: *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Bomarzo, Albacete, 2013; RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La jubilación parcial tras la reforma de 2013*, Lex Nova, 2013.

³⁰ Siendo la jubilación flexible una institución incorporada al Derecho español en 2002, la mayor parte de las referencias bibliográficas son de aquellos años; entre otras, es de especial interés por su carácter conceptual la obra del Prof. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “El concepto de jubilación flexible”, *Temas Laborales*, nº 66, 2002. No obstante, también se pueden encontrar algunos estudios sobre esta institución en obras recientes, básicamente, en aquellas en las que se trata la jubilación flexible como fórmula de compatibilización del trabajo con la pensión de jubilación del Sistema: vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Jubilación flexible”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.): *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con el trabajo*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2016.

percibiendo (aunque minorada en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable) principalmente, porque se trata de un sujeto que ya venía disfrutando del derecho al haber alcanzado la edad exigida, y por ello, el acceso ahora al empleo permite, de un lado, realizar el pago de nuevas cotizaciones, y de otro, rebajar el importe de la pensión que recibe mientras se encuentre realizando esa actividad remunerada. Es una medida doblemente favorable para el Sistema que, durante un tiempo, ve aumentado sus ingresos y reducido el gasto en pensiones.

A las modalidades anteriores se han sumado, en el último período, dos supuestos novedosos: el primero, forma parte del conjunto de reformas en el régimen jurídico de la pensión de jubilación que se han llevado a cabo por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y desde entonces se establece como una nueva excepción a la regla general de incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación del Sistema de Seguridad Social y la realización de un trabajo lucrativo. El segundo, ha sido introducido por el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, y se enmarca en el ámbito de un conjunto de medidas dirigidas a favorecer la continuidad laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Vayamos por partes.

En el primer aspecto, el art. 214.4 de la LGSS permite expresamente simultanear el percibo de la pensión de jubilación con la realización de un trabajo por cuenta propia con la única condición de que los ingresos derivados del mismo no superen la cuantía anual del Salario Mínimo Interprofesional. En este caso, sin embargo, no se produce ninguno de los beneficios, económicos e inmediatos, que justifican la excepción a la regla general de incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. De un lado, porque, como se puede fácilmente deducir de la literalidad del precepto, en este supuesto no procede la reducción de la cuantía de la pensión de jubilación que hasta ese momento se estaba percibiendo; y, de otro, porque como expresamente se indica, quienes realicen estas actividades no están obligados a cotizar a la Seguridad Social en ningún concepto. De esta forma, en este caso, ni el Sistema ahorra nada del gasto en pensiones, ni recibe cantidad alguna en concepto de cotizaciones. Por ello, se podrían argüir como eventuales motivos del cambio, el interés del legislador por promover el envejecimiento activo en sí (esto es, la actividad de los trabajadores de edad avanzada por el beneficio que a los mismos les reporta para su salud psicofísica o emocional) o, incluso, de potenciar el emprendimiento de las personas mayores que pueden contar con ideas y, por supuesto, con la experiencia suficiente para iniciar una nueva actividad en beneficio del tejido productivo y, si crean empleo, del propio mercado laboral. Si la pensión de jubilación que se viene obteniendo es de baja cuantía, se puede concebir como una forma de garantizar un mejor nivel de ingresos y, en algunos casos, de ahorrarse el complemento por mínimos.

El segundo cambio, previsto en el art. 214 de la LGSS, ha supuesto la posibilidad de compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación con la realización de cualquier trabajo (por cuenta ajena o propia y a tiempo completo o parcial) limitada a aquellos trabajadores que hayan accedido a la pensión una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación y que, por acreditar una larga carrera de seguro, hayan visto calculada la cuantía de su pensión por la aplicación a la base reguladora del porcentaje máximo posible (del 100%). En este caso, y sea cual sea la duración de la jornada de trabajo, el importe de la pensión de jubilación siempre se verá reducido en un 50% respecto a la cuantía fijada en el reconocimiento inicial

y una vez aplicado, si procede, el límite máximo de la pensión pública. También se deniega la posibilidad de recibir el complemento por pensiones inferiores a la mínima en tanto dure la mencionada relación de compatibilidad y se prevé, durante el mismo periodo, el mantenimiento de la obligación de ambas partes de cotizar al Sistema, si bien ahora restringida a la cuota que procede por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, más una cotización adicional de solidaridad del 8%. En realidad, constituye un supuesto parecido a la jubilación flexible, en el que un trabajador que llega a la edad de jubilación decide mantenerse en activo realizando un trabajo remunerado por el que está dispuesto a renunciar (transitoriamente) a parte del importe de la pensión de jubilación que le corresponde, con algunas diferencias, tales como y fundamentalmente, en relación a la duración de la jornada (que en la jubilación flexible siempre ha de ser a tiempo parcial y en este último supuesto también puede ser a tiempo completo) y a la cuantía de la pensión (que en la primera se pone en relación a la minoración del tiempo de trabajo y en la segunda, siempre se reduce al 50%). Como en el supuesto anterior, también en este caso se pretende aprovechar los conocimientos y la experiencia de los trabajadores de edad avanzada favoreciendo la continuidad en el mercado laboral tras su jubilación³¹.

Pero además de los objetivos particulares que se han señalado en cada supuesto, tanto la jubilación parcial posterior a la edad de jubilación ordinaria, como la jubilación flexible, como los dos supuestos referidos de compatibilidad declarada entre la pensión y la realización de un trabajo, cumplen una última finalidad reconocida. Se trata, en todos estos casos, y en línea con otras reformas de las que ya se ha hablado, de medidas adoptadas con el fin común de prolongar la vida activa, en tanto se prevén, bien para sujetos que ya han superado la edad ordinaria de jubilación, o bien para quienes ya habían empezado a disfrutar el derecho. Una prolongación de la actividad que, como también se ha reiterado, suele ser beneficiosa para el Erario Público, en cuanto permite una reducción del gasto en pensiones y un aumento de los ingresos por cotizaciones.

2.4. Funciones que puede desempeñar el convenio en los supuestos en los que se permite compatibilizar la pensión con el trabajo

Pero ni en la regulación legal ni reglamentaria de cada uno de estos supuestos excepcionales, se atribuye papel alguno a la negociación y al convenio colectivo. Por ello es necesario cuestionarse si es posible reconocerles alguna función que permita, bien ajustar las

³¹ Para profundizar en los términos en los que se ha reformado el tema, puede leerse: AA.VV.: *La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013; GARCÍA MUÑOZ, M.: “Compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación”, en AA.VV.: *Los grandes debates actuales en el derecho del trabajo y la protección social: estudios en recuerdo al Prof. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*, CARL, 2016; MERCADER UGUINA, J., DE LA PUEBLA PINILLA, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación”, en AA.VV.: *La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo*, 2013; PALOMINO SAURINA, P.: “Medidas para el fomento del envejecimiento activo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 162, 2014; POLO SÁNCHEZ, M.C.: “Régimen de compatibilidad pensión-trabajo y entre pensiones en la Ley 27/2011: análisis de una reforma ineludible”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 29, 2012; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Envejecimiento activo: política social y derecho”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 160, 2013; SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, nº 9, 2013; TORTUERO PLAZA, J.L.: “Pensión de jubilación y trabajo por cuenta propia o autónomo: reglas de compatibilidad y parcialidad”, AA.VV.: *La reforma de la jubilación*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

características de estos procesos a las particularidades de los ámbitos, más restringidos, en los que hayan de aplicarse, o bien disponer mecanismos de mejora o cualquier otro tipo de incentivo que fomente el interés de las partes por el recurso a estas fórmulas, extraordinarias, de jubilación.

En el primer aspecto, es clara la posible actuación de los convenios como fuente de determinación de las condiciones en las que se pueden ejercer los derechos reconocidos en la legislación vigente. Respetando los límites dispuestos en las normas aplicables, siempre se pueden establecer en los convenios los supuestos en los que es posible acudir a la jubilación parcial o flexible, así como los sujetos y los casos en los que se puede simultanear la realización de un trabajo con la percepción de la pensión: concretando el grupo de trabajadores que podría contratarse o mantenerse a través de cualquiera de estas vías, los puestos de trabajo que se reservarían a personas mayores, los porcentajes mínimos o máximos de la plantilla que podrían ser cubiertos a través de cualquiera de estas fórmulas, las condiciones en las que contratar a personas que ya estén recibiendo la pensión de jubilación, etc. También se pueden utilizar los convenios como medio en el que se regulen las referidas instituciones jurídicas y, especialmente, como fuente en la que concretar los términos de tales prestaciones de servicios: de esta forma y entre otras cuestiones, se pueden pactar en el convenio los porcentajes de reducción de la jornada en todos los supuestos en los que se compatibilice la pensión con un trabajo a tiempo parcial, la forma en la que llevar a cabo una jubilación parcial de carácter gradual (en la que el porcentaje de reducción de la jornada se va modificando progresivamente), los supuestos en los que procede un trabajo a tiempo parcial o completo, el tipo de contrato, su duración, etc. En definitiva, existe una multiplicidad de aspectos, sobre los términos de aplicación de estas fórmulas en un ámbito determinado, que encuentran en el convenio una fuente de regulación idónea.

También puede ser destacado el papel a desempeñar por los convenios en la fijación de medidas que promuevan el recurso a cualquiera de estas fórmulas de compatibilización entre la realización de un trabajo y el disfrute de la pensión, sobre todo, porque tanto la reducción del tiempo de trabajo que es consustancial a la jubilación parcial, como la concertación de un nuevo contrato por parte de quienes ya habían cesado en el empleo y se encontraban disfrutando la pensión, constituyen decisiones que dependen de la voluntad efectiva de los trabajadores (en el primer caso, dada la expresa prohibición, ex art. 12.4.e) del ET, de transformar un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial por la voluntad unilateral del empresario, ni siquiera a través del procedimiento previsto para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, y en el segundo, dado el carácter personal y voluntario de la contratación laboral). Siendo así, la existencia de estímulos o contraprestaciones sugerentes son fundamentales para fomentar la continuidad del trabajo cuando el sujeto ya tiene edad suficiente para solicitar la pensión de jubilación con plenitud de derechos.

Pero no sólo es necesario contar con la aquiescencia de los trabajadores para entablar cualquiera de estas relaciones; también es indispensable obtener la aceptación de la parte empresarial que es a quien en definitiva corresponde decidir si mantiene en el empleo o contrata a trabajadores de edad avanzada u opta por otras alternativas. En este contexto, la negociación colectiva puede ejercer un papel importante como vía para convencer a los empresarios o a sus representantes de la utilidad de la medida y alcanzar un acuerdo del que resulte la planificación de una plantilla que, lejos de prescindir de los trabajadores mayores,

haga una decidida apuesta por un colectivo que ofrece experiencia y, gracias a estos incentivos, pueden llevar aparejado un coste inferior al que supone la contratación de nuevos trabajadores o la adopción de otras medidas³².

3. LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS COMO COMPLEMENTO A LAS PENSIONES PÚBLICAS

Uno de los aspectos más cuestionados del régimen jurídico de la pensión ha sido, con toda probabilidad, el relativo a su cuantía. Básicamente, porque las divagaciones sobre los distintos aspectos de su regulación siempre han de ceder frente a la realidad de los números, a la efectividad de un sistema de protección que exige que, sobre los principios y las teorías, prevalezcan los medios que permitan llevarlo a la práctica. Y, en este sentido, lleva años poniéndose en cuestión la sostenibilidad del sistema de pensiones si se consolidan e incluso aumentan, debido al envejecimiento de la población, los costes actuales.

Con esta justificación, se han llevado a cabo significativas reformas en las reglas de cálculo de la base reguladora y de los porcentajes aplicables. Así, con el objetivo de asegurar la viabilidad futura del Sistema, se han alterado las reglas de determinación de la base reguladora de la pensión que ha pasado de ser calculada, en un primer momento, sobre las bases de cotización de 24 meses elegidos por el beneficiario en los 7 años anteriores al hecho causante, dividido por 28; después, sobre el resultado de dividir entre 112 las bases de cotización de los 96 meses anteriores; posteriormente, sobre las bases de cotización de los 180 meses previos entre 210; y tras un período transitorio en el que se va a ir incrementando la proporción año a año, para calcularla, en el año 2022, dividiendo entre 350 el resultado de sumar las bases de cotización de los 300 meses anteriores a la jubilación. Como se puede ver, se ha producido un incremento significativo del período considerado para hacer el cálculo de la base reguladora que, en la mayoría de los casos, ha de provocar un descenso en la cuantía de la pensión. Igualmente, se han modificado los porcentajes aplicables de forma que, partiendo de un porcentaje fijo del 50% por el período mínimo de cotización de 15 años, se ha pasado de aplicar un 3% adicional por los años comprendidos entre el 16º y el 25º, y un 2% por el período restante, a calcular la prestación, en 2027, aplicando a la base reguladora un porcentaje del 0,19% por cada mes de cotización comprendido entre el 1º y el 248º, y un 0,18% adicional por cada uno de los que sobrepasen ese período³³. Ello supone un descenso del porcentaje aplicable por los mismos años cotizados³⁴.

Pero más allá de la reordenación del sistema, no se ha producido, en todos estos años, modificación alguna que suponga la cesión de atribuciones a los sujetos colectivos. Como no podía ser de otra forma, en todo este período, se ha encargado el legislador de fijar y

³² Porque como señala GALA DURÁN, C. ("El impacto de las últimas reformas de la jubilación en el fomento de la compatibilidad entre el trabajo y la pensión", en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. y GARRIDO PÉREZ, E. (dir.): *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, 2015, pág. 64) el funcionamiento de estas reglas de compatibilización entre trabajo y jubilación depende de que se produzca un cambio efectivo en la forma en que, tanto el mercado de trabajo, como los empresarios, como los propios trabajadores y la sociedad en su conjunto, valore el trabajo de los trabajadores de edad avanzada.

³³ Hasta ese año, se aplicarán los porcentajes dispuestos en la DT 9ª LGSS.

³⁴ Esto supondrá que, por ejemplo, en el primer tramo (entre el año 16º y el 25º) en lugar de incrementarse el porcentaje en un 3% por cada año, se aumentará en un 2,28% anual.

reformular las reglas de cálculo del importe de la pensión, tanto de las que se han utilizado para calcular la base reguladora como para la determinación del porcentaje aplicable, siendo en esta materia clara e indiscutible la reserva de ley, o dicho de otra forma, la inexistencia de margen alguno para la actuación de la iniciativa privada.

En este aspecto, el papel de la autonomía colectiva se restringe a la regulación de las denominadas “mejoras voluntarias” que, aunque permiten otras posibilidades, en España únicamente han sido objeto de regulación la constituida por contraprestaciones adicionales a cargo del empresario, que se suman a las prestaciones del Sistema. Unas mejoras que, conforme a esta definición, se caracterizan por: a) su complementariedad, pues su único fin ha de ser el de acrecentar y nunca el de sustituir las prestaciones públicas, básicas y obligatorias del Sistema; b) su voluntariedad, en la medida en que no tienen su origen en la ley, sino en un compromiso que el empresario asume libremente en el acuerdo individual o colectivo en el que se reconocen (aunque una vez constituida, se convierten en obligatorias para el empresario, que no las puede suprimir o modificar libremente); y c) su gestión privada, lo que se manifiesta tanto en la forma de determinación de su régimen jurídico (según lo acordado por las partes) como en su financiación (siempre con fondos privados)³⁵. De todas las modalidades posibles, se limita este epígrafe a las que se regulan por la autonomía colectiva y mejoran, exclusivamente, el importe de la pensión de jubilación³⁶.

En este aspecto, y teniendo en cuenta su naturaleza, es posible distinguir dos tipos de mejoras. El primero, lo conforman aquellas que consisten en el abono mensual de una contraprestación adicional que se suma a la pensión de jubilación y que tanto puede satisfacerse por un período limitado de tiempo, como de forma indefinida (esto es, que concluya por las mismas causas de extinción que dispone la legislación vigente para la propia pensión de jubilación); son mejoras directas, en sentido estricto, sobre una contingencia protegida, que se abonan de forma simultánea a la pensión y que por ello cumplen una función indudablemente complementaria. El segundo grupo lo constituyen aquellas medidas consistentes en el establecimiento en convenio colectivo de una indemnización a tanto alzado que en este caso se desembolsa, exclusivamente, en el momento de la jubilación (por esta razón, se les atribuye un carácter autónomo).

En cualquier caso, y sea a través de una u otra modalidad, tales mejoras voluntarias a la pensión de jubilación se reconocen ante diferentes hechos o con distintas finalidades. Así, de un lado, puede pactarse en convenio colectivo una mejora dirigida a reconocer y compensar los años de prestación de servicios; constituye un premio (normalmente a tanto alzado) con el que se gratifica la fidelidad o antigüedad del trabajador en la empresa. También es posible la fijación de una cifra para incentivar la extinción de los contratos por

³⁵ Sobre el particular, vid., por ejemplo, MELLA MENDEZ, L. *La extinción...*, cit. págs. 183-193, o GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Barcelona, 1999, págs. 31 y ss.

³⁶ Con más extensión, se analizan las condiciones de las mejoras voluntarias a la jubilación pactadas en convenio, en: CAMPS RUIZ, L.M.: “Las mejoras voluntarias de la pensión de jubilación”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Tratado de jubilación: Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, 2007; CARRASCOSA BERMEJO, M.D.: “Mejoras voluntarias de la Seguridad Social relativas a la pensión de jubilación”, en BARRIOS BAUDOR, G. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Pensiones por jubilación o vejez*, 2004; VALDÉS DE LA VEGA, B.: *Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

jubilación de los trabajadores, cantidad que tanto se puede pactar para promover el cese de los trabajadores al cumplimiento de la edad ordinaria, como a una edad de jubilación anticipada, como el retraso de la fecha de extinción del contrato más allá de los mínimos legales; se establece así, en un medio colectivo, una compensación adicional que asume el empresario con idea de incentivar la jubilación voluntaria de los trabajadores en la forma y términos que mejor satisfagan los intereses del primero. Asimismo es posible pactar en convenio una cantidad a tanto alzado como forma de compensar la jubilación forzosa de los trabajadores a una edad determinada (cuando el legislador la autorice). En todos estos supuestos, la situación de la empresa o los objetivos que se marquen determinará qué se fomenta, qué modalidad de jubilación se incentiva, qué premio o compensación se establece y la forma de concretar su contenido (en un importe fijo o con una determinada cifra variable en función de los meses o años de anticipación o retraso de la edad de jubilación, con cantidades diferenciadas según la antigüedad o la categoría de los trabajadores afectados, sometida o no al cumplimiento de ciertas condiciones, con una cifra concreta o en un cierto porcentaje del salario, etc.).

Se calcule de una u otra forma, las indemnizaciones a tanto alzado siempre suponen el pago de una cuantía predeterminada e, igualmente, una obligación de tracto único, que se cumple y se agota en el momento en el que se satisface. Por ambas características, su abono no presenta complicación alguna: primero, porque desde el inicio se conoce el importe de la indemnización que ha de abonarse; y segundo, porque no genera débitos que hayan de satisfacerse en el futuro.

Más dificultades presentan las contraprestaciones periódicas, sobre todo, aquellas que han de abonarse de forma indefinida o mientras se abone la pensión misma de jubilación. En parte, porque constituye una contraprestación de un marcado carácter aleatorio en la que no se conoce, de antemano, el período en el que se habrá de abonar y por ello, la entidad del coste que puede llegar a representar para la empresa. Y en parte, porque a través de estas mejoras el sujeto obligado asume una deuda a la que ha de hacer frente, sin límite de tiempo, en los meses o años venideros.

Este segundo, posiblemente, sea el problema de mayor entidad al que se enfrentan las mejoras voluntarias que consisten en un pago periódico. Y no sólo por la repercusión que pueda tener sobre las mismas la situación futura de la empresa o del empresario (p. ej., porque puede empeorar la situación de la empresa, o puede modificarse el sujeto que ocupe la posición de empresario) sino también, por la propia naturaleza del convenio colectivo como fuente en la que se recoge y concreta el compromiso empresarial: en este sentido, colisiona el carácter indefinido de la obligación asumida con la vigencia temporal de los convenios colectivos. Sobre este particular, se pueden plantear varias situaciones a las que se les pueden ofrecer distintas respuestas³⁷.

Cabe, en primer lugar, la posibilidad de que el compromiso previsto en el convenio no haya sido aún de aplicación por no haberse producido la situación de hecho protegida (es decir, que en el momento actual constituya sólo una mera expectativa de derecho): en este supuesto, si el empresario quiere dejar de ofrecer, hacia el futuro, esa mejora, basta con que

³⁷ Sobre estos y otros problemas derivados de la naturaleza temporal de los convenios colectivos, vid. VALDÉS DE LA BEGA (ob. cit.) págs. 89-102.

en el nuevo convenio colectivo no se incluya previsión alguna en este sentido. En este aspecto, se aplican las reglas generales sobre sucesión de convenios, esto es, la máxima prevista en el art. 86.4 del ET en la que se señala que *“el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan”*. Estas mejoras, pactadas en convenio, no constituyen condiciones más beneficiosas y por ello, no generan derechos adquiridos que hayan de satisfacerse en todos los procesos de jubilación que se produzcan en el futuro.

El problema se plantea en los supuestos en los que ya se ha causado el derecho a la mejora y éste consista en el pago de una prestación periódica que se prolonga más allá de la vigencia del convenio que la ha reconocido. Varias soluciones son al respecto, posibles. Así, la solución más clara se produce cuando el propio convenio que regula la mejora establece su régimen futuro, esto es, especifica en su propio articulado los efectos que han de generarse cuando el mismo convenio sea derogado y sustituido por otro posterior. Si no existe una regulación expresa del tema, el problema se complica, ya que se pueden encontrar argumentos tanto en uno como en otro sentido. Así, a favor de la pervivencia de tales mejoras, en las condiciones inicialmente pactadas, se puede argumentar: a) el respeto a los derechos adquiridos; b) el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales; c) la falta de vinculación de los trabajadores que han visto extinguido sus contratos al convenio que ahora se negocia; o, d) la previsión del art. 239 de la LGSS, según el cual, cuando un trabajador haya causado el derecho a una mejora, *“ese derecho no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”*.

Pero también existen argumentos favorables a la supresión del derecho como: a) la previsión contenida en el art. 82.4 del ET, sobre sucesión de convenios, en virtud de la cual se puede entender que el nuevo convenio permite alterar los términos de las mejoras voluntarias establecidas en el anterior, e incluso, suprimir el derecho que hasta entonces venían disfrutando los trabajadores jubilados al amparo del que se sustituye; b) la duda acerca de la posibilidad o conveniencia de que una empresa quede afectada, indefinidamente o a largo plazo, por el compromiso asumido en una determinada fecha, sobre todo, si de esta forma queda en entredicho su viabilidad futura; y c) la injustificable pervivencia del compromiso en los supuestos de transmisión de empresas³⁸. En cualquier caso, para evitar tales problemas, sería necesario buscar otras salidas, como podría ser la aprobación de acuerdos específicos en esta materia, a los que se aplicaran condiciones especiales de duración y vigencia.

Otra cuestión importante es la relativa a la variedad de formas de gestión de tales mejoras voluntarias, ya que tanto es posible la constitución en la propia empresa de fondos internos con los que hacer frente al pago de las mismas, como su externalización en entidades ajenas, sometidas a las condiciones previstas en las normas que las regulan, que cuentan con fondos y procedimientos específicos para la satisfacción de tales compromisos. Una doble posibilidad cuya aplicación en la práctica depende, en unos casos, de la voluntad

³⁸ Vid. tales argumentos en: MELLA MENDEZ, L.: *La extinción...*, cit. págs. 194-198, donde se apuesta por la reducción o eliminación de las mejoras pactadas en los supuestos de sucesión de convenios, siempre que no se haya decidido la intangibilidad de la misma, y sólo, cuando se trate de una medida justificada, proporcionada y necesaria para la protección de la empresa y del resto de los trabajadores.

del empresario, que puede optar por uno u otro modelo, y en otros, de la decisión del legislador que puede disponer la obligatoria externalización de la cobertura a través de uno de los instrumentos de gestión previstos. No obstante, y a pesar del relevante papel que juegan estos mecanismos de previsión en la actualidad y de las funciones que al respecto pueden desempeñar los convenios colectivos, es un tema que, por su extensión, ha de quedar al margen de este estudio.

4. CONCLUSIONES

Como punto de partida indiscutible, es clara la reserva de ley en la regulación de la acción protectora del Sistema y, por ello, la exclusiva potestad del legislador tanto a la hora de delimitar la contingencia protegida como el régimen jurídico de la pensión de jubilación. Por este motivo, el papel de los convenios colectivos es ciertamente limitado. Sin embargo, la negociación colectiva y los acuerdos que de ese procedimiento derivan, presentan unas singularidades, tanto en su configuración como en su funcionamiento, que permiten atribuirles algunas facultades, también en este tema; unas, ya vienen siendo ejercidas en la actualidad y otras, se les podrían asignar en el futuro por considerarse el convenio un medio idóneo para su regulación.

En primer lugar, los convenios colectivos desempeñan un papel inexcusable en aquellas cuestiones en las que el legislador se ha remitido expresamente a la autonomía colectiva. En estos casos de remisión, los sujetos negociadores han tomado el testigo y, únicamente, han debido concretar el tema dentro de los márgenes fijados en la norma estatal. Así se ha hecho, por ejemplo, cuando se ha habilitado a los convenios para ordenar los términos de aplicación de la jubilación forzosa en sus respectivos ámbitos.

Sin necesidad de remisión, también cumplen los convenios colectivos un papel destacado en la disposición de reglas de desarrollo y ejecución de las normas estatales. En este aspecto, se materializa una de las principales funciones de los convenios, cual es la adaptación y concreción de las reglas y requisitos generales a las particularidades o necesidades del ámbito en el que deben ser aplicadas, así como para restringir la puesta en práctica de determinadas medidas o señalar las circunstancias o los sujetos que pueden verse afectados por las mismas. En definitiva, los convenios colectivos cumplen una función ejecutiva o de fijación de las condiciones en las que se pueden aplicar las normas generales en un ámbito determinado. A lo largo de estas páginas, se han señalado múltiples aspectos de la jubilación que se pueden precisar en convenio.

La configuración de la negociación colectiva como un procedimiento que requiere la participación y el acuerdo de quienes representan a los sujetos de las relaciones laborales, le atribuye una tercera función relevante: la de actuar como medio fundamental para materializar cualquier pacto colectivo. Dicho de otra forma, si como consecuencia de cualquier tipo de circunstancias o de la presión que ejercen los trabajadores o sus representantes, la parte empresarial pretende reconocerles algún tipo de beneficio adicional a las prestaciones del Sistema, constituye el convenio colectivo la vía adecuada para manifestar dicho compromiso; en parte, porque la suscripción del acuerdo depende de un acto de voluntad del empresario que lo adquiere, y en parte, porque una vez que se asume, adquiere la dosis de obligatoriedad que se predica del contenido normativo de los convenios.

Del cumplimiento de esta función, constituyen una manifestación evidente los planes de prejubilación.

En fin, también se satisface en esta materia el papel habitual de los convenios colectivos como medio para atribuir a los trabajadores incluidos en su ámbito, unas condiciones sociales, laborales o económicas más favorables a las previstas, con carácter general, en la legislación del Estado. En esta línea, se ha podido comprobar los numerosos aspectos del régimen jurídico de la pensión de jubilación que pueden ser ampliados en convenio: este es el papel asignado a las “mejoras voluntarias”.