

Seguridad Social y reforma de la Administración en Italia* Social Security and Administrative reform in Italy

PAOLA BOZZAO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (CATEDRÁTICA ACREDITADA)
UNIVERSIDAD “LA SAPIENZA” DE ROMA

Resumen

El ensayo analiza, de manera crítica, el sistema de Seguridad Social que en el curso del último decenio ha interesado las reformas del trabajo público en Italia. El objetivo es resaltar las criticidades que se pueden encontrar, en particular, en el recurso de modalidad de jubilación anticipada coactiva –puntos sobre los que ha vuelto a discutirse en la administración pública, con el objetivo de favorecer la reducción del gasto para el empleo público y el cambio generacional del personal allí ocupado– que puede ser vulnerable ante problemas de compatibilidad con la prohibición de discriminación por razones de edad, sancionado por la directiva 2000/78/CE.

Abstract

This essay critically analyses the Social Security system that in the last decade has involved the reforms of public work in Italy. The objective here is to highlight the criticalities that can especially be found in the appeal for coerced early retirement –points which have been discussed again in the public administration, with the aim of favouring the reduction of spending for public employment and the generational change of personnel employed there– who may be vulnerable to problems of compatibility with the prohibition of discrimination based on age, sanctioned by Directive 2000/78/EC.

Palabras clave

Seguridad Social; empleo público; jubilación forzosa; discriminación por motivos de edad

Keywords

Social Security; public employment; forced retirement; discrimination based on age

1. SEGURIDAD SOCIAL Y REESTRUCTURACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: EL CONTEXTO DE REFERENCIA.

En el contexto general de los procesos de reestructuración comenzados en la Administración Pública italiana, el sistema de Seguridad Social, en particular el de jubilaciones, juega un rol cada vez mayor. Los regímenes de pensiones se relacionan con la necesidad de hacer más eficiente la administración pública, a la vez que reducir el gasto público, con especial referencia a los costos de los empleados¹. Entre los factores responsables del bajo rendimiento de las administraciones públicas italianas, algunos documentos europeos recuerdan el problema de edad (y calidad) de los empleados públicos².

En el curso del último decenio se abrió camino con mayor énfasis el recurso a la instrumentación de las pensiones, con el objetivo de “limitar” la condición en servicio de los

* Este escrito constituye, con notas esenciales, el texto de la ponencia al Seminario Internacional sobre Reestructuración de la Administración Pública y Empleo, Málaga, 27 de abril de 2018.

¹ *Recomendación del Consejo sobre el programa nacional de reforma 2015 de Italia*, 13 de mayo de 2015; *Relación por país relativa a Italia 2015*, presentada por la Comisión europea el 18 de marzo de 2015.

² “Casi el 50% de los empleados de la administración pública central y local tiene 50 años o más, y solo el 10% tiene 35 años o menos”: Comisión europea, *Relación por país relativa a Italia 2016*, 26 de febrero de 2016.

empleados ancianos (trabajadores privados, pero principalmente públicos), y generar el rejuvenecimiento de la fuerza laboral, favoreciendo así –en una perspectiva a largo plazo– una más equitativa distribución de los puestos de trabajo entre las distintas generaciones.

Efectivamente en el sector público, el cambio generacional constituye un objetivo prioritario. Como veremos más adelante, se trata de un propósito muy amplio que justifica la dilatación de los espacios de acción de los empleadores públicos y los despidos de los trabajadores a punto de jubilarse. Las medidas conocidas en este ámbito pueden atribuirse a la extensa política de contención del gasto, que ha caracterizado la acción gubernamental de los últimos años. De esta manera se han introducido recortes que, mediante un conjunto de medidas³, afectó considerablemente las dotaciones de personal de casi todas las administraciones, con el objetivo declarado de asegurar la sostenibilidad de la deuda pública y garantizar el eficiente funcionamiento (y, por consiguiente, el buen rendimiento) de la administración pública, ambos impuestos por el art. 97 de la Constitución.

De esta manera, en el área del empleo público, la natural correlación entre el derecho a la pensión y la salida del trabajo, desde siempre basada en el deber de la administración de poner fin el vínculo en el momento en el que el trabajador alcanza los requisitos para acceder a la pensión de vejez, fue desarrollada con nuevas formas que producen la extinción del vínculo laboral. Opciones que pueden –a veces, deben– ser utilizadas por la administración antes de que el trabajador alcance la exigencia de estado civil.

Esto produce un cuadro normativo muy articulado, en el que se encuentran múltiples interferencias entre el sistema de pensiones y la gestión de los que hayan cesado en su actividad profesional⁴; y que acentúa las diferencias de disciplina entre trabajo público y privado que el legislador intentó atenuar, también en materia de pensiones, mediante las reformas regulativas de los últimos veinte años⁵.

Este amplio *corpus* normativo, que fue consolidándose en el tiempo, en los últimos diez años ha sido objeto de investigaciones jurisprudenciales que intentaron verificar su

³ Estas medidas invierten la organización de la administración pública y de la relación funcionarial. Entre otras, basta citar: las nuevas facultades de contratación para el quinquenio 2014-2018; la reducción de las diversas indemnizaciones previstas en caso de transferencias, tanto legales como contractuales; la introducción de nuevos mecanismos de movilidad, inclusive involuntaria, en el intento de realizar una redistribución de los contingentes de trabajadores públicos y, de este modo, re-equilibrar a los orgánicos de las varias administraciones. Para todos, ver ESPOSITO M., “Modelli e strumenti per la mobilità interna nel lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative”, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2014, pág. 331 ss.; MASTINU, E.M. “La mobilità del dipendente pubblico dopo la legge 114/2014”, *ivi*, 2014, pág. 603 ss.; RICCOBONO A., *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, ESI, Napoli, 2017.

⁴ BOZZAO P., “Anzianità e uscita dal lavoro: connessioni previdenziali, tra interferenze e resistenze del sistema multilivello”, *Variations su temi del diritto del lavoro*, 1/2017, pág. 73 ss.; y PASSALACQUA P., “La tutela pensionistica nel pubblico impiego tra armonizzazione e spending review”, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 4/2017, pág. 679 ss.

⁵ La separación, cada vez más marcada, entre la disciplina del empleo público y la del privado, y que se observa en las reformas legislativas más recientes, es puesto en evidencia por ZOPPOLI L., “Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT – 168/2013, spec. pág. 10; y por MAINARDI S., “Lavoro pubblico e organizzazione amministrativa nelle riforme del Governo Renzi”, en CARINCI F. (editado por), *Le politiche del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, Adapt, e-book n. 40, pág. 493 ss.

compatibilidad con el principio de no discriminación por motivos de edad en el ámbito laboral, introducido por la directiva n. 2000/78/CE. El asunto ha sido sometido al control del juez europeo; dando lugar a una abundante corriente judicial sobre los límites a la fijación (legal o convencional) de una edad, es decir de una determinada ancianidad contributiva, para acceder a la jubilación obligatoria.

2. EL ACCESO ANTICIPADO A LA PENSIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

Al examinar la normativa italiana, si se presta atención a las reglas para acceder a la pensión, se verá claramente que, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, en el área del empleo público el cumplir con los requisitos de acceso a la pensión de vejez conlleva a una presunción absoluta de la disminución de la disponibilidad de energía laboral del empleado. A partir de ese momento, la continuación del vínculo ya no se considera funcional a la necesidad, a satisfacer mediante el cumplimiento de funciones públicas, del buen curso de la administración. Según una consolidada orientación jurisprudencial⁶, la rigurosidad de esta disciplina se fundamenta en una lectura amplia del art. 97 de la Constitución, que impone, para el trabajo público, en base a disposiciones de ley no derogables por la contratación colectiva, la extinción del vínculo al cumplir una edad máxima.

A esta normativa general sobre el límite máximo de edad se han agregado, en la última década, nuevas normas generales, rápidamente sucedidas de año en año, que han modificado profundamente la legislación previgente, marcando un gradual alejamiento (y, de alguna manera, haciendo resurgir aquellas diferencias que existían desde siempre) entre la disciplina jubilatoria aplicable en el sector público y en el privado.

De esta manera, se ha asistido a una fuerte reorganización de la importancia innovadora de la reforma de las pensiones de 2011⁷, que ha retrasado la edad de acceso a la pensión de vejez y ha endurecido las condiciones de acceso a la pensión anticipada. Este reajuste se ha ejecutado mediante medidas correctoras que –facilitando cada vez más la expulsión de los empleados públicos con una notable ancianidad de servicio y, por lo tanto, particularmente costosos– han reactivado el uso de formas de jubilación anticipada⁸, claramente alejándose de la ratio subyacente a esta reforma⁹.

⁶ C. de Cas., 2 de marzo de 2005, n. 4355; conf. C. Cas. 10 de junio de 2008, n. 15337; C. Cas. 3 de noviembre de 2008, n. 26377; C. Cas 17 de junio de 2010, n. 14628.

⁷ Art. 24, decreto ley del 6 de diciembre de 2011, n. 201, conv. con mod. en ley el 22 de diciembre de 2011, n. 214.

⁸ Una modalidad de salida anticipada del trabajo, que elige el trabajador y con costos que en el sector privado pueden caer sobre la empresa, ha sido introducida por la ley de estabilidad de 2017 de manera experimental para el período 1º de mayo de 2017 - 31 de diciembre de 2019 (llamada APE). Este caso no equivale a una verdadera jubilación anticipada, sino un anticipo financiero de garantía para las pensiones: ante tal medida, la jubilación constituye la garantía de un préstamo bancario que el trabajador podrá pedir a partir de los 63 años, y que debería devolver en cuotas durante el curso del ventenio siguiente al pago del primer importe jubilatorio por parte del Inps (Instituto Nacional de Seguridad Social).

⁹ Para ahondar en este tema: BOZZAO P., *Anzianità, lavori e diritti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, espec. Cap. IV.

A partir de 2014, dichas medidas han sido explícitamente puestas en función del objetivo de la rotación generacional¹⁰, y expresamente atribuidas en el amplio cuadro de la *Análisis global de gastos (spending review)*, para contener el gasto público y reducir –allí donde no se alcance a racionalizar, remodelándolos, a los orgánicos– al personal de las administraciones públicas. En esta dirección se mueven tanto la abrogación del instituto de la retención en servicio¹¹ como la ampliación de la resolución unilateral del contrato de parte del empleador público, respecto de los empleados que hayan reunido los requisitos para acceder a la pensión anticipada, con un preaviso semestral y la adopción de una decisión por motivos específicos. A esta última medida, de relevante impacto en el área del empleo público, dedicaré mis siguientes reflexiones.

2.1. EN ESPECIAL: LA JUBILACIÓN COACTIVA ANTICIPADA

La medida fue introducida en 2008 (art. 72, inciso 11, del decreto ley del 25 de junio de 2008, n.11¹², cuando se reconoce a la p.a. la facultad de resolución del vínculo laboral respecto de los trabajadores de edad que hayan cumplido los requisitos de acceso al régimen de pensión anticipada. La norma, objeto de cinco modificaciones legislativas en el lapso de seis años, ha constituido una verdadera piedra en el zapato del legislador¹³; introducida para modernizar a los orgánicos de la administración pública, ha tenido que ser coordinada con el objetivo opuesto de prolongar el tiempo de servicio de los trabajadores ancianos, realizado mediante la agravación de las condiciones de acceso a la pensión.

Esta facultad, introducida en 2008, con carácter excepcional con respecto a la disciplina ordinaria de la jubilación y por un período limitado, luego ha sido temporalmente prolongada y en último lugar se convierte en la norma en 2014¹⁴. Esta última intervención ha sustituido el texto original de la norma, presentando importantes novedades. De hecho no solo el requisito inicial de 40 años de vejez contributiva máxima ha sido alineado a los nuevos criterios de acceso a la jubilación anticipada, establecidos con el decreto Salva Italia¹⁵, sino que, además, ha sido ampliada la platea de las administraciones admitidas para

¹⁰ Tal es así, que el título del art. 1, decreto ley del 24 de junio de 2014 n. 90, conv. con mod. en ley el 11 de agosto de 2014, n. 114, ha sido impostado en términos de “Disposiciones para el recambio generacional en las administraciones públicas”.

¹¹ Se trataba de la facultad - introducida por el art. 16 del decreto legislativo n. 503/1992 - de solicitar permanecer en servicio por un período máximo de un bienio, más allá de los límites de edad establecidos para jubilarse. Tal instituto, degradado en el curso de veinte años de derecho potestativo del trabajador a mero interés puesto a la libre aceptación por parte de la administración pública, con el tiempo ha sido limitado a parámetros cada vez más rigurosos, hasta su final abrogación.

¹² El decreto ley fue convertido con mod. en ley el 6 de agosto de 2008, n. 133. Para examinar tal régimen de pensión en su formulación original, ver BOZZAO P., “Pensionabilità del dipendente pubblico anziano e disciplina del licenziamento”, en ZOPPOLI L. (editado por), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, pág. 433 ss.; MORRONE A., “Esonero dal servizio e collocamento a riposo dei dipendenti pubblici”, en CINELLI M., FERRARO G. (editado por), *Lavoro, competitività, welfare*, Giappichelli, Torino, 2009, pág. 393 ss.

¹³ FILÌ V., “Sull’obbligo della pubblica amministrazione di motivare il licenziamento del dipendente con quarant’anni di contributi”, *Rivista di Diritto della Sicurezza Sociale*, 4/2016, spec. pág. 699.

¹⁴ Art. 1, co. 5 decreto ley n. 90/2014, que sustituye el texto del art. 72, co. 11, decreto ley n. 112/2008.

¹⁵ Para el trienio 2016-2018, de 42 años y 10 meses de contribuciones para los hombres, 41 años y 10 meses para las mujeres.

hacer uso de ella¹⁶, y fueron reformuladas las premisas sustanciales y formales para la rescisión.

En el curso del tiempo, el legislador ha corregido las reglas en materia de motivación del acto de rescisión. De hecho, frente a un primer vacío normativo, en 2011 ha sido aclarado que el ejercicio de tal facultad no necesita mayores justificaciones siempre que “si la administración interesada determinara, en términos generales, criterios apropiados con un acta general de organización interna, sometido a la supervisión de órganos de control”¹⁷. La rescisión es posible, entonces, únicamente frente a criterios organizativos generales adoptados por la pública administración; por que de otra manera rige la obligación de indicar una justificación explícita.

El art.1, in. 5, del d.l. (decreto legislativo) n. 90/2014, al sustituir la previsión original de 2008, ha establecido que la resolución deba responder a necesidades específicas del ente público, y ser explicada al destinatario en referencia a las “necesidades organizativas y criterios de elección aplicados, y sin perjuicios para el normal desenvolvimiento de servicios”. De este modo, se determinó una ruptura entre los recesos anteriores y los posteriores a la entrada en vigor de la novedad de 2011. Ruptura netamente recalada por una primera jurisprudencia que, apreciando el carácter innovador –más que interpretativo– de la novedad legislativa, había circunscrito la necesidad de la motivación para el ejercicio del recesso únicamente a despidos intimados post art.16, inciso 11, decreto ley n. 98/2011¹⁸. Pero luego “rectificar el tiro” y sistemáticamente considerar que “el deber de motivación –solo sustituida *de futuro* por el acta general– ya existía para regular la justificación originaria del decreto ley del 2008, art. 72, coma 11”; la motivación, entonces, debe subsistir *ab origine*, inclusive por las resoluciones como efecto de la disciplina originaria de 2008¹⁹.

El razonamiento del Tribunal Constitucional “tiene su origen en la necesaria imputabilidad de la acción de la administración pública al art. 97 de la Constitución”, también cuando la misma actúa como empleador de funcionarios en régimen contractual²⁰. La Corte Suprema sostiene que la facultad de recesso debe ejercitarse “en referencia a las necesidades globales de la Administración, considerando su estructura y dimensión”; y precisamente el acto organizativo de carácter general es garantía del interés público, que constantemente debe orientar la acción administrativa²¹, de los cánones generales de corrección y buena fe, del principio de imparcialidad y buena marcha del art. 97 de la Constitución, y de la prohibición de discriminación por edad en el ámbito laboral, sancionado en la directiva n. 2000/78/CE. De modo que la resolución facultativa “se traduce en una discriminación prohibida solo si como justificación se cita el haber alcanzado la

¹⁶ Con inclusión de las autoridades independientes; relativamente a los sujetos interesados, son excluidos los magistrados, profesores universitarios y dirigentes médicos responsables de estructuras complejas.

¹⁷ Art. 16, co. 11, decreto ley del 6 de julio de 2011, n. 98, conv. con mod. de la ley del 15 de julio de 2011, n. 111.

¹⁸ Cas. 23 de octubre de 2015, n. 21626.

¹⁹ Cas. 6 de junio de 2016, n. 11595; ver también Cas. 14 de septiembre de 2016, n. 18099; Cas. 23 de septiembre de 2016, n. 18723; Cas. 12 de diciembre de 2016, n. 25378; Cas. 21 de diciembre de 2016, n. 26475; Cas. 24 de enero de 2017, n. 1754; Cas. 3 de julio de 2017, n. 16354; Cas. 18 de octubre de 2017, n. 24583. Acerca de la necesidad, *ab origine*, de la obligación de motivación, ver BOZZAO P., *Pensionabilità del dipendente pubblico anziano e disciplina del licenziamento*, cit., pág. 442.

²⁰ FILI V., “Sull’obbligo della pubblica amministrazione...”, cit., spec. pág. 698.

²¹ Art. 5, co. 2, decreto legislativo 30 de marzo de 2001, n. 165.

antigüedad contributiva, y no cuando la medida esté orientada a la realización del interés público que consiste en una más eficaz y más eficiente organización de la Administración”.

Este interés subsiste incluso sin reducción de personal, desde el momento en el que la renovación generacional puede derivar también de la necesidad de renovar el personal directivos, de “adecuar al evolucionar de las tecnologías el bagaje de conocimientos del personal o de asegurar una clase dirigente que esté en condiciones de medirse con nuevas y diversas temáticas organizativas”. Se trata de necesidades que atañen razones de carácter organizativo, y que –repito– apunten a objetivos de eficiencia y eficacia, así como de reducción de costos; objetivos que se ubican en la libre determinación de la administración, y que no pueden ser revisados.

Evidentemente, en la determinación de estos criterios ronda la convicción de que es preferible expulsar del sistema productivo a los sujetos más ancianos y costosos, considerados, con razón o sin ella, obsoletos y, por consiguiente, poco productivos. Esta es una elección basada en la difundida convicción que hay una conexión directa entre envejecimiento y declive de habilidades laborales de los ancianos, de las que deriva una serie de críticas que orientan las elecciones organizativas de los empleadores, en la fase de expulsión de la fuerza laboral²². Se trata de críticas que, en buena medida, podrían ser superadas si se introdujeran –como desde hace muchos años solicitaron los organismos internacionales y las instituciones europeas²³– condiciones de trabajo que tengan en cuenta las necesidades de los trabajadores. A pesar de las fuertes peticiones presentadas sobre el tema del envejecimiento activo, de la extensión de la vida laboral y de la modificación hacia arriba de la edad jubilatoria²⁴, nuestro país carece de medidas que tengan como objeto la manutención del capital profesional de trabajadores de edad cada vez más elevada, para facilitar una estancia activa y proficua en las organizaciones productivas²⁵.

2.2. JUBILACIÓN COACTIVA ANTICIPADA Y GESTIÓN DE LA EXCEDENCIA DE PERSONAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La resolución del vínculo laboral una vez conseguidos los requisitos de acceso a la jubilación anticipada constituye el criterio prioritario que el empleador público debe seguir en la gestión de situaciones de excedencia de personal, luego de periódicas y obligatorias redefiniciones de dotaciones orgánicas. En la fase de inicio del iter del procedimiento de movilidad colectiva²⁶ se dispone que la administración “aplica” el art. 72, inc. 11 del d.l. (decreto legge) 112/2008 (art. 33, inc. 5, decreto legislativo n. 165/2001). La urgencia de la

²² En un sentido crítico acerca de la “concepción estandarizada de la persona anciana”, ver PAPA V., “Il fattore new comer di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali. A proposito di tre recenti sentenze della Corte di Giustizia”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT – 85/2010, pág. 14.

²³ Para examinar este argumento, ver ROTA A., “A proposito di invecchiamento attivo ed in buona salute: quale revisione delle politiche pubbliche nazionali e delle relazioni sindacali?”, *Diritto delle relazioni industriali*, 2016, págs. 706-707.

²⁴ FERRANTE V., “Invecchiamento attivo e prolungamento della vita lavorativa”, en AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, Jovene, vol. III, 2011, pág. 1187; AVIO A., “L’invecchiamento attivo: se la vecchiaia non ha età”, en *Diritti Lavori Mercati*, 2016, pág. 251; para una multidisciplinaria aproximación al tema, ver TREU T., *L’importanza di essere vecchi. Politiche attive per la terza età*, Bologna, Il Mulino, 2012.

²⁵ Para ahondar en este tema: BOZZAO P., *Anzianità, lavori e diritti*, cit., espec. Cap. I.

²⁶ Así como revisada por los artículos 33, 34 y 34-bis del decreto legislativo n. 165/2001, luego de la reformulación operada por la ley de estabilidad de 2012.

norma parece no dejar espacio a discrecionalidades por parte del empleador público: en la relevación del personal excedente, el criterio del cumplimiento de los requisitos para la jubilación anticipada constituye el “camino más rápido y simple para reducir el personal”²⁷.

Si luego de tales resoluciones el personal excedente no pudiera ser empleado de otra manera en la misma administración o en una administración diferente, el procedimiento concluye con la colocación a disponibilidad²⁸. En el nuevo texto del art. 33, no hay referencias acerca de los criterios para individuar los sujetos para pasar a disponibilidad²⁹; de todos modos se considera que el empleador público debe operar, al igual que en sector privado, según evaluaciones racionales, objetivas y coherentes con el objetivo del instituto³⁰.

En el cuadro de las intervenciones de redimensión de dotaciones orgánicas, operado por la *spending review*, se ha previsto el recurso a la jubilación obligatoria, inclusive en su modalidad anticipada, para reabsorber las excedencias derivadas por la forzada reducción del personal, es decir a la redacción de planos de reestructuración por motivos funcionales o financieros de la administración³¹. De este modo, en el ámbito del procedimiento de movilidad colectivo, se genera un catálogo de medidas a adoptarse según un orden de prioridades, funcionales a evitar la declaración de excedencia³²; solo con el resultado del infructuoso agotarse de tales medidas, la administración procederá a pasar a disponibilidad al personal excedente.

En relación con la presente investigación, aquel catálogo queda abierto por que impone a las administraciones que presentan excedentes, por un lado, la resolución unilateral para las jubilaciones con efecto hasta 2016, con aplicación de las reglas de acceso (y de efectos de la liquidación jubilatoria) anteriores a la reforma de 2011; por otro lado, el recurso al art. 72, inc. 11, decreto ley n. 112/2008 “sin necesidad de motivo”. Entonces en la última hipótesis, la resolución unilateral del vínculo laboral público no solo pierde la característica de la eventualidad, vinculando la acción de la administración pública; sino que se justifica en el mero alcance de la antigüedad contributiva para el acceso a la jubilación anticipada, por

²⁷ FRUGIS M., “La nuova disciplina della mobilità collettiva nel pubblico impiego, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2012, 1-2, pág. 18.

²⁸ Los trabajadores excedentes no son despedidos: permanece su condición de ocupados, son pasados a disponibilidad y reciben una indemnización equivalente al 80% del sueldo (y de la indemnización integrativa especial) por un período máximo de 24 meses.

²⁹ Para colmar lagunas o resolver incertidumbres interpretativas de la normativa aplicable al empleo público, en el texto original del art. 33 había, en cambio, una remisión a la ley n. 223/1991, con referencia explícita al art. 4, co. 11, y 5, co. 1 y 2.

³⁰ Corte. Const. 30 de junio de 1994, n. 268.

³¹ Art. 2, co. 11, lect. a), decreto ley del 6 de julio de 2012, n. 95, conv. con mod. por la ley del 7 de agosto de 2012, n. 135, sobre la cual v. D’ALESSIO G., BOLOGNINO D., “La mobilità del personale pubblico”, *Libro dell’anno del diritto 2013*, Enciclopedia Giuridica Treccani *on line*. El art. 2, co. 3, decreto ley del 31 de agosto de 2013, n. 101, conv. con mod. por la ley del 30 de octubre de 2013, n. 125, ha ampliado la platea de destinatarios de prejubilación por posiciones extra, incluyendo todas las administraciones públicas del art. 1, co. 2, decreto legislativo n. 165/2001 y sucesivas modificaciones integracionales, siempre que se encuentren en condiciones de excedencia declarada por motivos funcionales o financieros (art. 2, co. 14, del decreto ley 95/2012): para las modalidades aplicativas, ver la Circ. Funzione Pubblica 29.7.2013, n. 3; la Circ. Funzione pubblica 28.4.2014, n. 4 y el Mess. Inps 21.5.2014, n. 4834.

³² Entre las otras medidas, la ley prevé el uso del contrato a tiempo parcial para el personal no directivo no reabsorbible en tres años que “en relación a la mayor antigüedad contributiva, sea declarado en excedencia”: art. 2, co. 11, lect. e). Para el personal declarado extra, el período de pase a disponibilidad puede ser ampliado hasta los 48 meses, si antes de cumplirse ese período se alcanzan los requisitos para la jubilación (co. 12).

consiguiente como excepción al principio de necesidad del requisito motivacional, ampliamente compartido por la jurisprudencia de legitimidad³³.

3. ANTIGÜEDAD Y SALIDA DEL TRABAJO, EN LA JURISPRUDENCIA ANTIDISCRIMINATORIA DE LAS CORTES SUPERIORES

De especial relevancia es la evaluación de compatibilidad de la normativa nacional en tema de receso anticipado, con la prohibición de discriminación por edad sancionado por la directiva europea del 2000 y su decreto de actuación (decreto legislativo n. 216/2003). El principio de paridad de tratamiento por motivos de edad acata, como es sabido, a un amplio régimen derogatorio, debiendo el factor anagráfico ser encauzado no solamente a las excepciones comunes a los otros motivos de discriminación previstos por la dir. 78/2000³⁴, sino también a la cláusula general de justificación de las discriminaciones directas, contenidas en el art. 6, par. 1, de la directiva que impone una distinción entre las disparidades del tratamiento justificadas, en particular, por objetivos legítimos de política de la ocupación, mercado laboral y formación profesional, y las que, por el contrario, deben prohibirse³⁵.

Precisamente en el alcance de aplicación de este artículo, en sus complejos enredos con la normativa previsional, se abrió un rico contencioso a nivel europeo. La Corte de justicia ha subrayado que el cese automático del vínculo de los trabajadores que cumplen con los requisitos para la jubilación forma parte, desde hace mucho tiempo, del derecho laboral de numerosos Estados miembros. Estas disciplinas conllevan a una disparidad de tratamiento directamente basadas en la edad, en el sentido establecido por la directiva 2000/78/CE³⁶. Y sin embargo esto en sí no comporta un contraste con la normativa europea, desde el momento en el que los Estados miembros disponen de un amplio “margen de evaluación discrecional” en la definición tanto del objetivo de política social y de la ocupación a perseguir, como de las medidas idóneas a su realización³⁷.

El examen se traslada a la verificación de la legitimidad de las finalidades perseguidas, que deben presentar “un carácter de interés general”, no pudiendo ser atribuidas a motivos puramente individuales propios de la situación del empleador. La Corte se adentra en el análisis de las finalidades legítimas ubicadas en la base del cese de los vínculos laborales de los sujetos que cumplen con los requisitos de la jubilación, en el intento de marcar confines y contenidos. El resultado de esta elaboración desemboca en una interpretación muy elástica de las derogaciones a la prohibición de discriminación por edad.

³³ V. *arriba*, nota 19.

³⁴ En particular, se hace referencia a las exclusiones determinadas por la subsistencia de un indispensable requisito de carácter ocupacional, *ex art. 4, parágrafo 1, de la directiva*.

³⁵ Respecto de esta norma, “Los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”; para un análisis de esta previsión derogatoria *cfr. BOZZAO P., Anzianità, lavori e diritti, cit.*

³⁶ V. CGUE 16 de octubre de 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, par. 51; CGUE 5 marzo de 2009, C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, par. 27-28.

³⁷ V. CGUE. 22 de noviembre de 2005, C-144/04, *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, par. 53; *sent. Palacios de la Villa*, parágrafo 68; CGUE 12 de octubre de 2012, C-45/09, *Rosenblatt c. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, par. 41; CGUE 5 de julio de 2012, C-141/11, *Hörmfeldt c. Posten Meddelande AB*, par. 32.

Derogaciones que se fundan en delicados equilibrios entre aquellos mecanismos y consideraciones de orden político, económico, social, demográfico y/o de presupuesto, cuyo equilibrio depende la elección de prolongar la duración de la vida activa de los trabajadores o, por el contrario, de prever el acceso a la jubilación de manera anticipada³⁸.

En estos equilibrios, la Corte entra en puntas de pie, mediante argumentaciones que le permiten no interferir con los delicados órdenes internos de política social, frecuentemente orientándola a preservar las elecciones operadas por los legisladores nacionales³⁹. Las finalidades contenidas en las normas que disponen una disparidad de tratamiento resultan, así, notoriamente amplias, y prevalentemente encauzadas en el macro-objetivo del incremento de la ocupación⁴⁰, especialmente si éste está orientado a la promoción de la rotación generacional⁴¹.

Entonces, si en principio podemos considerar legítimas las políticas orientadas a instaurar una más equilibrada repartición de grupos de edad, las medidas aplicadas tal fin deben ser revisadas con atención, debiéndose evaluar si son apropiadas y necesarias respecto del objetivo perseguido (y, por consiguiente, la naturaleza no discriminatoria).

Al respecto, el hilo argumentativo –criticado por la literatura⁴²– que siguieron los jueces sale del asunto de la necesaria jubilación de los ancianos para dejar espacio a los más jóvenes; resulta evidente el *favor* hacia disposiciones orientadas a la repartición solidaria de las oportunidades laborales, inspiradas en el clásico principio de la solidaridad intergeneracional. En el balance entre el daño que tales medidas pueden provocar a los ancianos, y las ventajas que esto comporta para la sociedad en su conjunto y para los individuos que la componen, la aguja se inclina mayormente a favor de los segundos, sin que estas medidas ocasionen “perjuicios excesivos” a los trabajadores en condiciones de jubilación⁴³.

Los mecanismos de cese obligatorio superan de hecho el test de proporcionalidad, especialmente si consideramos el hecho de que no se basan únicamente en una edad determinada, sino que consideran la existencia de un rédito sustitutivo, es decir la pensión⁴⁴, al final de la carrera profesional. De todos modos, entendiéndose que, a fin de demostrar el

³⁸ Sent. *Rosenblatt*, par. 44; sent. *Palacios de la Villa*, par. 69; CGUE 28 de febrero de 2018, C-46/17, *Hubertus John c. Freie Hansestadt Bremen*, par. 24.

³⁹ SCHLACHTER M., “Mandatory retirement and age discrimination under EU law”, *International journal of comparative labour law and industrial relations*, vol. 27, 2011, issue 3, pág. 290; IZZI D., “Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2014, I, spec. pág. 602.

⁴⁰ Sent. *Palacios de la Villa*, par. 62-66.

⁴¹ Sent. *Rosenblatt*, par. 62; CGUE 21 julio 2011, C-159/10 e C-160/10, *Fuchs e Köhler c. Land Hessen*, par. 49-50; CGUE 18 de noviembre de 2010, C- 250/09 e C-268/09, *Georgiev c. Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv*, par. 45; sent. *Hörnfeldt*, par. 29; CGUE 6 de noviembre 2012, C-286/12, *Commissione c. Ungheria*, par. 62; CGUE 12 de enero de 2010, C-341/08, *Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, par. 68.

⁴² V. BALLESTRERO M.V., “Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull’età”, *Lavoro e Diritto*, 2011, págs. 158-159; e DEWHURST E., “Intergenerational balance, mandatory retirement and age discrimination in Europe: how can the ECJ better support national courts in finding a balance between the generations?“, *Common market law review*, vol. 50, 2013, n. 5, pág. 1351 ss.

⁴³ Sent. *Rosenblatt*, par. 73; sent. *Hörnfeldt*, par. 45.

⁴⁴ Sent. *Palacios de la Villa*; sent. *Georgiev*; sent. *Rosenblatt*; sent. *Fuchs e Köhler*, par. 66; de todos modos, debe tratarse de una jubilación “cuyo nivel no pueda ser considerado irracional”.

carácter apropiado y necesario de la medida específica, ésta no solamente debe resultar razonable al respecto del objetivo perseguido, sino que además debe basarse en elementos que comprendan datos estadísticos, sobre los que tiene que ser el juez nacional a establecer la fuerza probatoria⁴⁵.

La interpretación jurisprudencial del art. 72, coma 1, decreto legislativo n. 112/2008 se ha inspirado mucho a los principios elaborados por los jueces europeos; de hecho, una vez más según la reiterada jurisprudencia de legitimidad, tal norma ha sido encauzada en el ámbito de las excepciones consentidas por la misma directiva. Una vez colocada la norma en el campo de aplicación de dicha normativa antidiscriminatoria –no se puede negar que el criterio aparentemente neutro de la consistente antigüedad contributiva está inseparablemente relacionado a la edad alcanzada según el registro civil⁴⁶– la jurisprudencia de legitimidad ha negado, constantemente, la condición discriminatoria de la norma, considerándola idónea y proporcionada a la realización de los objetivos de política y de trabajo, que las administraciones públicas deben perseguir con prioridad⁴⁷.

Los jueces de legitimidad⁴⁸ –con la inclusión de referencias a la jurisprudencia de la Corte de Justicia– han colocado entre las legítimas finalidades de política social tanto la promoción de los contratos de los más jóvenes⁴⁹ como, en el ámbito del empleo público, “la finalidad consistente en el instaurar una repartición equilibrada de las gama de edades entre jóvenes funcionarios y funcionarios más antiguos para favorecer la ocupación y la promoción de los jóvenes, de optimizar la gestión del personal y, a la vez, de prevenir las eventuales conflictos relacionadas con la capacidad del empleado de ejercer su actividad al llegar a una cierta edad, todo esto orientado a ofrecer un servicio de calidad”⁵⁰. Los jueces administrativos, en cambio, han mayormente resaltado las innovaciones presentadas por la ley constitucional del 20 de abril de 2012, n. 1 que, modificando el art. 97 de la Constitución, ha introducido “el equilibrio de los balances” y la “sostenibilidad del débito público” en esos objetivos⁵¹.

Resultan pertinentes las indicaciones que podemos obtener de una reciente sentencia del juez de las leyes, que intervino para evaluar la legitimidad constitucional de la norma que abrogó el instituto de la retención en servicio de los empleados públicos que superaban los límites de edad⁵². Tal norma, al igual que la examinada, se encuentra en el art. 1 del

⁴⁵ Sent. *Palacios de la Villa*, par. 73; sent. *Georgiev*, par. 54; sent. *Rosenblatt*, par. 48; sent. *Fuchs e Köhler*, par. 66.

⁴⁶ Tal correlación necesaria es constantemente afirmada por la Suprema Corte: ver las sentencias citadas en la nota 19.

⁴⁷ Trib. Milano del 19 de enero de 2010, *Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 2010, pág. 612; Trib. Milano 9 de diciembre de 2010; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, Ord., 24 de agosto de 2010; relativamente a la posición de los docentes universitarios (investigadores y asistentes ordinarios), ver Tar Toscana, Sez. I, sent., 30 de mayo de 2012, n. 1061; Tar Lazio, Sez. III, 8 de febrero de 2011, n. 1213.

⁴⁸ C. de Cas. n. 24583/2017; Cas. n. 25378/2016, *cit*.

⁴⁹ CGUE 5 de julio de 2012, C-141/11, *Torsten Hörnfeldt c. Posten Meddelande AB*, par. 29; sent. *Georgiev*, par. 45, y *Fuchs e Köhler*, par. 49.

⁵⁰ La referencia es de nuevo a Cas. 12 de diciembre de 2016, n. 25378, que en este pasaje vuelve a la sent. *Commissione c. Ungheria*, *cit*.

⁵¹ Según los jueces administrativos, la disciplina introducida por la norma no contiene ninguna discriminación en base a la edad, sino un mecanismo que, más allá del inevitable cese de la vida laboral (y la relativa y natural discriminación debida a la edad), es modulado según el interés de los mismos trabajadores, considerando el haber alcanzado la máxima antigüedad contributiva: Cons. Stato, Secc. VI, sent. 26 de marzo de 2013, n. 1672.

⁵² V. *arriba*, la nota 11.

decreto l. n. 90/2014; en razón del común objetivo perseguido, se considera que algunos de los pasajes argumentativos desarrollados por la Corte, en referencia a la finalidad del recambio generacional, pueden orientar al intérprete en la evaluación de la compatibilidad de la jubilación anticipada con los principios antidiscriminatorios que encontramos en la directiva europea.

En la sentencia n. 133 de 2016⁵³ el juez de leyes ha distinguido en primer lugar el caso sometido a su examen del otro, relativo a una normativa húngara, ya decidido por los jueces europeos respecto de la incompatibilidad con la directiva de 2000⁵⁴. Ambas normativas han sido consideradas no contrastantes, porque se refieren a institutos diferentes; de hecho, la segunda incide en los límites a la edad de pensión, pero la primera es una excepción respecto a la regla de jubilación, considerando las necesidades generales de contención del gasto.

El análisis se traslada ahora a la compatibilidad de la normativa nacional con la europea. La Corte avala la legitimidad de la norma derogatoria desde el momento en el que ésta persigue la finalidad de *“promover el recambio generacional del sector de trabajo público, y de favorecer ahorros en el gasto con la reducción del monte salarial derivante de la sustitución de trabajadores más antiguos, a los que normalmente les corresponden niveles retributivos más elevados, con personal nuevo, por lo tanto menos costoso”*. Además se trata de un resultado *“a largo plazo, aunque la primera aplicación de las medidas muestre un difícil balance entre mayores gastos por la erogación anticipada de las pensiones y las indemnizaciones por cese de la relación laboral y sus correspondientes ahorros. Como se indica en la relación técnica, según la cual desde 2018 comienza la gradual disminución de las cargas de la nueva disciplina, la actuación de las medidas en examen se demuestra útil para facilitar ahorros de ceses capaces de liberar nuevos recursos renovables para el deseado cambio generacional, en un periodo de tiempo más amplio”*. Sin demoras, el Tribunal coloca esta necesidad entre las legítimas finalidades de política laboral (dir. n/ 2000/78/CE), recordando precisamente que en esta dirección se ha orientado la Corte de Justicia, que ha reconocido amplios márgenes a la discrecionalidad de los legisladores nacionales⁵⁵.

Es evidente que la finalidad del recambio generacional comprende un alcance extremadamente amplio, que incluye el conjunto de la administración pública. Sin embargo, en la práctica operativa, dicho objetivo resulta bastante marginal con respecto a la evidente prioridad de la *spending review*, un verdadero *traite d'union* de las políticas de reducción de los orgánicos y de reorganización de las administraciones públicas.

⁵³ C. Const. 10 de junio de 2016, n. 133, para un primer examen, ver MASTROIANNI R., “La Corte costituzionale e il giudizio incidentale sulle leggi “anticomunitarie”: il passo del gambero?”, *www.dirittoinioneuropea.eu*, julio de 2016.

⁵⁴ Sent. *Commissione c. Ungheria, cit.*, en la que los jueces europeos censuraron la normativa nacional húngara, que había determinado el repentino descenso de la edad para la jubilación obligatoria de jueces, fiscales y escribanos (de 70 a 62 años) sin prever ninguna gradualidad y con un período de preaviso limitado a pocos meses: la medida, por otro lado, no ha sido considerada apropiada respecto a la finalidad de mejorar las posibilidades de acceso de los jóvenes juristas a las profesiones de la justicia.

⁵⁵ La Corte cita, *ex plurimis*, la sentencia *Fuchs e Köhler, cit.*

4. JUBILACIÓN ANTICIPADA COACTIVA, RECAMBIO GENERACIONAL Y *SPENDING REVIEW*: ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Trasladando estas conclusiones a la resolución del vínculo laboral por alcanzar la máxima antigüedad contributiva, es evidente que tal opción deberá resultar funcional a una más eficaz y eficiente organización de la administración interesada; solo de esta manera podrá realizarse el balance razonable de diversos intereses constitucionalmente protegidos, necesario para superar el test de proporcionalidad.

En verdad, este último es un punto delicado de la reconstrucción operada por la jurisprudencia nacional. Frente a la legitimidad de los objetivos perseguidos por la legislación acerca de la *spending review*, el delicado equilibrio entre la protección de los derechos sociales y la sostenibilidad financiera⁵⁶ requeriría una investigación más puntual sobre la conveniencia y la necesidad de los medios adoptados, respecto a las finalidades perseguidas por el legislador; finalidades atribuibles, como hemos recordado, a la reducción del gasto para el empleo público y el recambio generacional del personal allí ocupado.

Bajo el primer perfil (reducción del gasto), no solo los costos relacionados a la resolución anticipada del vínculo laboral vuelven directamente al sistema jubilatorio, con un inmediato aumento de las cargas sociales⁵⁷, sino que la medida no parecen llevar ahorros de gasto considerable para las cuentas públicas⁵⁸. El Tribunal Constitucional ha subrayado que el ahorro de gasto se espera “a largo plazo” y que, en consecuencia, el deseado cambio generacional requerirá un lapso “más amplio”. En presencia de una dilatación temporal tan elástica, los ahorros del gasto público “laboral” se descargan en el “jubilatorio”, y gravan sobre un sistema de *welfare* –basado en un mecanismo financiero a repartición– cada vez más “inadecuado” y económicamente insostenible. En ausencia de una virtuosa circularidad del trabajo, la jubilación obligatoria determina así un peso para las cajas previsionales, sin el contextual refuerzo de los contribuyentes, necesarios para garantizar la sostenibilidad del sistema.

Bajo el segundo perfil (cambio generacional), se observan las medidas de reducción de las dotaciones orgánicas y de contención de nuevas contrataciones en el empleo público, concretizadas en la adopción de apremiantes políticas limitativas del *turn-over*⁵⁹, que

⁵⁶ Al respecto ver las reflexiones de SCIARRA S., “I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 3/2017, pàg. 347 ss.

⁵⁷ Esto en consideración del elevado importe de los tratamientos jubilatorios erogados a estos trabajadores, mayormente determinados según las más favorables reglas de cálculo del sistema retributivo, como así también de los tratamientos de final del servicio correspondientes, calculados según las más generosas reglas previamente vigentes a la reforma de 1995.

⁵⁸ Y de hecho, si se considera el incremento de los requisitos establecidos por el decreto ley n. 201/e la circunstancia por la cuál la disposición es en buena parte absorbida, en caso de administraciones que presentan sobreabundancias, del artículo 2 co. 11, del decreto ley n. 95/ 2012 (que permite la resolución unilateral, para pensiones hasta 2016, con requisitos inferiores) “se puede considerar que de la disposición no derivan efectos apreciables para las finanzas públicas, y que la disposición se materialice en una racionalización de la gestión del empleo público con efectos de hecho que pueden descuidarse en la mismas finanzas públicas”: así, el *dossier* de la Cámara de los Diputados A.C. 2486, n. 123 del 15 de julio de 2014.

⁵⁹ Los vínculos especialmente apremiantes que gravan sobre las nuevas contrataciones de las administraciones estatales fueron puestos en evidencia en la *Audizione della Corte dei Conti sul disegno di legge di stabilità per l'anno 2016* (Audición de la Corte de auditores sobre el proyecto de ley de estabilidad para el año 2016), 3 de noviembre de 2015, pàg. 18.

contestan seriamente la veracidad del asunto del cambio generacional en los programas de gobierno para los nuevos puestos de los últimos años. Las nuevas contrataciones por tiempo indeterminado resultan subordinadas a la obligación de enjugar al personal disponible, incluso de digerir los candidatos que ya superaron la oposición⁶⁰ y favorecer la estabilización de los trabajadores precarios. Asimismo las administraciones están obligadas a respetar los vínculos contractuales, cada vez más imperiosos, que limitan notablemente e indistintamente para todos los sectores la realización del ya citado cambio generacional⁶¹.

De esta manera, estamos en presencia de un turn-over indiferenciado e imperfecto, que por un lado no permite adaptar las políticas de cambio laboral basándose en las necesidades profesionales específicas propias de cada sector, y por el otro impide verificar la correlación efectiva entre jubilaciones (anticipadas y no anticipadas) y contrataciones de jóvenes. Y se corre el riesgo de que el sacrificio de jubilación impuesto a los trabajadores antiguos no valga para colmar las expectativas ocupacionales (o sea de las pensiones) de las generaciones futuras.

⁶⁰ Art. 4, co. 3 ss., decreto ley. n. 101/2013; de año en año, la eficacia de las graduatorias ha sido prorrogada por las leyes de estabilidad (ver art. 1, co. 1148, ley del 27 de diciembre de 2017, n. 205).

⁶¹ En el trienio 2016-2018, las nuevas contrataciones para las administraciones estatales (al igual que para las regionales y locales) se permiten dentro de los límites de gasto equivalentes a un cuarto del personal cesado el año anterior (art. 1, co. 227-228, ley del 28 de diciembre de 2015, n. 208). Considérese que la ley de estabilidad para 2014 (que no fue modificada por la del año siguiente) preveía, en cambio, la posibilidad de contratar, en 2016, en el límite del 60% del gasto para el personal recientemente jubilado; el porcentaje era del 80% y, a partir de 2018, estaba previsto el recambio integral del personal.