
Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema pensiones y en la “jubilación forzosa”
Notes on the contributions of Royal Decree-Law 28/2018 of 28 December on the pension system and on “forced retirement”

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE GRANADA
DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE MURCIA
SUBDIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM
MAGISTRADO (SUPL.) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REGIÓN DE MURCIA

“Hay dos maneras de no estar al nivel de nuestro tiempo –estar por encima o estar por debajo de él”

ARTHUR SCHOPENHAUER¹

1. EXCESO O ABUSO EN LA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DEL REAL DECRETO LEY

Terminaba el año 2018 y el Gobierno ante la imposibilidad de conseguir la aprobación de una Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio de 2019², acudió a la aprobación del Real Decreto Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. Una primera lectura del preámbulo del RD-Ley 28/2018 resulta esclarecedora acerca de la preocupación del Gobierno por justificar acudir a esta vía excepcional, nada más y nada menos que en diecisiete ocasiones se menciona “*la extraordinaria y urgente necesidad*” de las medidas adoptar, dedicando además un apartado final a recordar cual es la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la justificación de uso de la figura del RD-Ley. Nos dice la exposición de motivos³, que el RD-Ley:

¹ SCHOPENHAUER, A.: *Parábolas, aforismo y comparaciones*, edición de Andrés Sánchez Pacual, Barcelona, Edhasa, 1995, pág. 90.

² El Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019, sería aprobado en Consejo de Ministros de 11 de enero de 2019 con escasa suerte en su recorrido parlamentario, al haber sido rechazado por el Pleno del Congreso de los Diputados en fecha 13-2-2019 al aprobar las enmiendas de totalidad al mismo, con la consiguiente devolución al Gobierno.

³ Apartado VII.

- a) Respetar las materias que están vedadas a este instrumento normativo (art. 86.1 CE).
- b) Es conforme con los presupuestos habilitantes de extraordinaria y urgente necesidad y en apoyo de ello se invoca expresamente la doctrina del TC, contenida en su sentencia 61/2018, de 7 de junio (FJ 4) y que conforme a la misma se han explicitado y razonado los motivos que ha tenido el Gobierno para su aprobación y por otro hay una conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para atenderla. Se advierte también que el hecho de que la reforma se haya considerado por el Gobierno como estructural no impide que se pueda acudir a esta figura, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional⁴.
- c) Que el principio de necesidad queda suficientemente justificado a lo largo de la exposición de motivos.
- d) Y que la seguridad jurídica, proporcionalidad y eficacia de las modificaciones está garantizada dado que se limitan estrictamente a abordar de forma puntual, precisa y clara los aspectos de la normativa reformada.

Pues bien, del examen del contenido del RD-Ley surgen bastantes dudas acerca de que concurren los presupuestos habilitantes de extraordinaria y urgente necesidad y que se haya confundido con la mera oportunidad o interés político en modificar la regulación vigente en atención a determinadas circunstancias sociales o económicas que se han creído de interés reformar, que pueden ser todo lo razonables y adecuados que se quieran pero que no cumplen con los presupuestos que habilitan para utilizar esta medida extraordinaria que es un Real Decreto Ley. En muchos de los casos normado no se entiende que la situación a atender sea inaplazable y que no hubiera podido ser atendido por otros medios (en este sentido véanse los arts. 93, 94, 148 y 149 del Reglamento del Congreso de los Diputados que regulan los procedimientos legislativos de urgencia; procedimiento de lectura única; o mecanismo de delegación de competencia legislativa a favor de las comisiones). No todas las medidas allí adoptadas podrían calificarse como inaplazables y en algunas de ellas, la denominada conexión de sentido (de la medida) no modifican realmente (inmediatamente) la situación jurídica existente.

Por señalar algunas de las materias que ha encontrado acomodo en el RD-Ley 28/2018 y que poco se compadece con las exigencias de un RD-Ley, se podrían señalar –entre otras– las siguientes:

- La obligación del trabajador autónomo de optar por una mutua en la cobertura de la Incapacidad Temporal (IT) para aquellos que ya la tuvieren cubierta con el INSS/ISM;
- La extinción de una determinada modalidad de colaboración voluntaria de las empresas;

⁴ En este sentido se citan en apoyo de la tesis las SSTC 31/2011, de 17 de marzo (FJ 4) y 137/2011, de 14 de noviembre (FJ6).

- Las medidas en relación con los trabajadores empleados de hogar que tendrán su efectividad a partir de 2020.

Si miramos hacia la necesidad de conexión de sentido, es decir que las medidas adoptadas estén en relación con las causas invocadas de extraordinaria y urgente necesidad, no se entiende mucho, por ejemplo, la reforma del Sistema Especial del tomate fresco con destino a la exportación⁵. Se invoca la necesidad de su reforma en que “... *debe compensarse los incrementos de gasto generados por las mejoras introducidas en el real decreto-ley* ...”⁶ denunciando que hasta la fecha era un sistema privilegiado de cotización y claramente deficitario; sin embargo no se ve dónde estarán los ingresos del sistema si durante 2019 las cuotas que abonen los empresarios tendrán una reducción del 80% –a cargo del sistema– y de un 10% de bonificación en la aportación por contingencias comunes.

Estamos realmente asistiendo a un importante déficit democrático en el que la labor del Parlamento se está reduciendo a ratificar las disposiciones del poder ejecutivo (en la presente legislatura, iniciada el 7 de junio de 2018, han visto a la luz treinta y uno Reales Decretos Leyes, ninguna iniciativa legislativa iniciada con posterioridad a tal fecha ha culminado con su aprobación)⁷. La figura del RD-ley es una disposición excepcional, con un

⁵ DA. 4.ª RD-Ley 28/2018.

⁶ Apartado V de la Exposición de motivos.

⁷ RD-Ley 1/2018, de 23 de marzo, por el que se prorroga para 2018 el destino del superávit de las corporaciones locales para inversiones financieramente sostenibles y se modifica el ámbito objetivo de éstas.

RD-Ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

RD-Ley 3/2018, de 20 de abril, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor.

RD-Ley 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del Consejo de Administración de la Corporación RTVE y de su Presidente.

RD-Ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos.

RD-Ley 6/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba una oferta de empleo público extraordinaria y adicional para el refuerzo de medios en la atención a asilados y refugiados.

RD-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

RD-Ley 8/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.

RD-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

RD-Ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

RD-Ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

RD-Ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información.

RD-Ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor.

RD-Ley 14/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

RD-Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores.

(...)

proceso de elaboración en el que está ausente la publicidad, es todo lo contrario a la transparencia y que no se justifica por la situación de debilidad parlamentaria de un Gobierno.

2. LA ESTRUCTURA DEL REAL DECRETO LEY 28/2018

Se estructura en dos Títulos, con 13 artículos y completado con varias Disposiciones (adicionales, transitorias, derogatoria y finales) así como con dos anexos.

Título I. Revalorización de pensiones públicas y otras medidas de orden social	Capítulo I. Pensiones y ayudas públicas	Artículos 1 y 2
	Capítulo II. De la cotización	Artículos 3 a 10
Título II. Medidas en materia Laboral y de Empleo	Artículos 11 a 13	
Disposiciones adicionales	Número total: Doce	
Disposiciones transitorias	Número total: Ocho	
Disposición derogatoria	Se derogan expresamente: -Art. 4 y DT.9ª Ley 3/2012, 6 de julio. -Arts. 9 a 13, DA 9.ª y DT. 1ª Ley 11/2013, de 26 julio. -Ap. 2 DA 2.ª, Ap. 1 de DT. 2.ª RD. Leg. 2/2015, 23 de octubre. -Ap. 6 DAD. 27.ª LGSS. -DA 120 y 121 Ley 6/2018,	
Disposiciones Finales	Número total: Once. Algunas de ellas contienen diversos apartados: DF. 2.ª: 29 apartados DF. 3.ª: 7 apartados DF. 4.ª: 2 apartados DF. 5.ª: 4 apartados	
Anexos	Dos	

RD-Ley 16/2018, de 26 de octubre, por el que se adoptan determinadas medidas de lucha contra el tráfico ilícito de personas y mercancías en relación con las embarcaciones utilizadas.

RD-Ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

RD-Ley 18/2018, de 8 de noviembre, sobre medidas urgentes en materia de carreteras.

RD-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera.

RD-Ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España,

RD-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

RD-Ley 22/2018, de 14 de diciembre, por el que se establecen herramientas macro prudenciales.

RD-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados.

RD-Ley 24/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público.

RD-Ley 25/2018, de 21 de diciembre, de medidas urgentes para una transición justa de la minería del carbón y el desarrollo sostenible de las comarcas mineras.

RD-Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía.

RD-Ley 27/2018, de 28 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria y catastral.

RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

Las materias de las que trata el RD-Ley 28/2018 (salvo las recogidas en sus trece artículos) son de lo más variopintas:

- a) En las Disposiciones Adicionales nos encontramos con aplazamientos en la entrada en vigor de determinados preceptos de la Ley 20/2007, suspensión de sistema de reducción en las cotizaciones por riesgos profesionales en atención a la disminución de la siniestralidad laboral; cotización en sistema especial de manipulado y empaquetado del tomate fresco; de la seguridad social de las personas que desarrollan programas de formación y práctica no laborales; cotización por anticipo de la edad de jubilación en el Cuerpo de la Ertzaintza y efectos económicos de pensiones de viudedad de clases pasivas.
- b) En las Disposiciones Transitorias, se atiende a las situaciones a contemplar en atención a la vigencia de determinadas reformas de su articulado.
- c) Las Disposiciones Finales se recogen reformas que afectan al Estatuto de los Trabajadores, al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; al Estatuto del Trabajo Autónomo; a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; a Ley de Clases Pasivas del Estado; de la Ley 27/2011, de 1 de agosto; y al RD 383/1984, de 1 de febrero.

Por su parte la Disposición Derogatoria única expresamente deroga:

- a) El art. 4 y DT. 9 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (relativa al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores).
- b) Los arts. 9 a 13, la DA. 8.^a y DT. 1.^a de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (se trata del capítulo III relativos a los estímulos a la contratación como incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa, contratación indefinida de un joven por microempresas y empresarios autónomos, contratación en proyectos de emprendimiento joven, primer empleo joven e incentivos a los contratos en prácticas).
- c) El apartado 2 de la DA. 2.^a, el apartado 1 de la DT. 2.^a y DT. 9 del Estatuto de los Trabajadores (sobre contratos para la formación y aprendizaje y normas transitorias en relación con las cláusulas en los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación).
- d) El apartado 7 de la DA. 27 de la LGSS (sobre subsidio extraordinario de desempleo).
- e) Las DA. 120 y 121 de la Ley 6/2018, de 3 de julio (sobre ayuda económica de acompañamiento y bonificaciones por conversión en indefinidos de contratos para la formación y el aprendizaje).

3. PENSIONES PÚBLICAS

3.1. CUANTÍA DE LAS PENSIONES Y OTRAS PRESTACIONES SOCIALES PÚBLICAS

3.1.1. Revalorización de las pensiones⁸

La exposición de motivos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, abogaba por “*Establecimiento de la revalorización automática de las pensiones, en función de la variación de los precios, a través de la fórmula estable contenida, de forma permanente, en la propia Ley General de la Seguridad Social*”, dando para ello una nueva redacción al art. 48 de la LGSS/1994 (actual art. 58 LGSS), desarrollando tal previsión. Por su parte la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, introdujo el denominado factor de sostenibilidad e índice de revalorización. El factor de sostenibilidad se encuentra recogido en el art. 211 LGSS y su finalidad es mantener la **proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas**, garantizando a las generaciones presentes y futuras la percepción de pensiones adecuadas y suficientes, de manera que ajusta la pensión inicial de jubilación de manera que el importe total que perciba a lo largo de su vida un pensionista que acceda al sistema de pensiones dentro de un cierto número de años, y que previsiblemente tendrá mayor esperanza de vida, sea equivalente al que perciba el que se jubile en un momento anterior. Para ello se relaciona la esperanza de vida estimada en ambos momentos y se utilizan **períodos quinquenales** para determinar la evolución de dicha esperanza de vida. El factor de sostenibilidad **se aplicará por una sola vez** para la determinación del importe inicial de las nuevas pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social. Estaba previsto su entrada en vigor para 2019, si bien la DF. 38.ª de la Ley 6 /2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado ha retrasado su aplicación sine die, al menos hasta 2023. La medida tiene sus efectos negativos para quienes ante su inminente aplicación optaron por adelantar su jubilación antes de 2019.

Por otra parte, dado que por algunos sectores se cuestionaba **la vinculación de la revalorización** periódica de las pensiones de acuerdo con el **índice de precios de consumo, invocando para ello razones económicas, demográficas, etc.**, se buscaron otros índices relacionándolos con el **crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el cómputo de las cotizaciones** a la Seguridad Social, etc. Pues bien, la DA. 1.ª del RD-Ley 28/2018, dejará sin efecto la previsión del art. 58 LGSS y art. 27 de la Ley de Clases Pasivas de Estado aprobado por RD-Legislativo 670/1987, de 30 de abril, y ordenará que la revalorización para 2019 se haga conforme a las previsiones del art. 1 de dicho Real Decreto Ley. Así mismo mandata al Gobierno (antes de 1 de julio de 2019) para que adopte las medidas necesarias para la modificación de los preceptos reseñados y establezca dentro del marco del diálogo social y de acuerdo con las recomendaciones del Pacto de Toledo un nuevo mecanismo de revalorización que garantice el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones preservando la sostenibilidad social y financiera del sistema de Seguridad Social.

⁸ Arts. 1, 2 y DA. 1.ª RD-Ley 28/2018 y disposiciones concordantes de la Ley 6/2018.

En síntesis, las previsiones recogidas en el art. 1 y 2 del RD-Ley 28/2018 para la revalorización de las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social y de Clases Pasivas, son las siguientes:

a) En general:

Un incremento del 1,6% respecto del importe que habrían tenido en 2018, si las mismas se hubieran revalorizado conforme al IPC real del período nov./2017 a nov. 2018 (el 1,7%), por ello: a) Se partirá del importe de la pensión a 31/12/2017; b) Se incrementará su cuantía en 1,7%; c) Al resultado se le aplica el índice de revalorización previsto para 2019, es decir el 1,6%; d) La pensión así revalorizada no podrá superar en 2019: 2.659,41 euros/mes o 37.231,74 euros/año.

Aunque la comparación pueda ser cuestionable si comparamos en el tiempo base de cotización máxima y pensión máxima. La brecha entre lo máximo aportado (cotizado) y lo máximo a percibir, podemos ver lo siguiente: a) En el período 2003-2012: la pensión máxima venía a representar un 90% sobre lo máximo cotizado; y b) En 2019 se reduce a un 70%.

b) En particular:

Un incremento del 3% sobre la cuantía de 2018, los importes de las pensiones mínimas contributivas del sistema, PNC, SOVI no concurrentes y concurrentes con pensiones de viudedad del sistema y determinadas prestaciones con hijo a cargo. Novedad importante es que No se considera concurrente la pensión que se compatibilice con el cobro de prestaciones económicas a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la guerra civil⁹, el subsidio de ayuda a tercera persona recogido en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad¹⁰ y las pensiones extraordinarias por actos de terrorismo¹¹.

c) Paga compensatoria:

-A percibir en pago único antes del 1 de abril de 2019. Los perceptores de pensiones ya revalorizadas en 2018, recibirán una cantidad equivalente a la diferencia entre la pensión percibida en 2018 y la que le hubiera correspondido de haber aplicado el incremento del 1,7%.

3.1.2. Complementos a mínimos

Por su parte el anexo I recoge el cuadro de cuantías mínimas de las pensiones contributivas y también de otras pensiones y prestaciones públicas en su modalidad contributiva de la Seguridad Social

-La cuantía límite de ingresos para el reconocimiento de complementos a mínimos (aplicable a las prestaciones familiares) experimentan un incremento del 3%; quedando así:

⁹ Ley 3/2005, de 18 de marzo.

¹⁰ RD. Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

¹¹ RD 851/1992, de 10 de julio.

a) Sin cónyuge a cargo: 7.569,00 euros/año; y b) Con cónyuge a cargo: 8.829,00 euros/año. Se exceptúa de tal incremento: a) Pensiones abonadas con cargo art. 42 Ley 37/1988, cuyo importe íntegro mensual, sumado, en su caso, al importe de otras pensiones públicas percibidas exceda del límite mensual establecido para las pensiones públicas; b) Pensiones reguladas en el título II del RD 851/1992; y c) Pensiones del SOVI en concurrencia con otras pensiones públicas (salvo pensión de viudedad del sistema).

-Las cuantías relativas a pensiones no contributivas, pensiones SOVI, complementos de pensión no contributiva por alquiler de vivienda, prestaciones familiares, subsidios económicos para personas con discapacidad, pensiones asistenciales, prestaciones económicas recogidas en la Ley 3/2005 y ayudas a los afectos por VIH, se recogen en el apartado II del anexo I.

3.2. COMPATIBILIDADES

Con el fin de favorecer el acceso y mantenimiento de las prestaciones para discapacitados recogidas en el RD 383/1984, de 1 de febrero, se modifica su art. 35 relativo a la compatibilidad de los subsidios con los recursos personales del discapacitado¹². La nueva redacción de dicho precepto parte de que los subsidios será compatibles con recursos personales, si no superan el límite máximo establecido en el art. 32 RD 383/1984. A saber: a) El general: 70% SMI (incrementado un 10% más por cada miembro de la unidad familiar); y b) con un máximo: 100% SMI.

Aquí no hay cambios con respecto a la situación anterior. La modificación la vamos a encontrar en su nuevo párrafo segundo que excepcional de tal límite al subsidio de movilidad y gastos de transporte declarándolo compatible con la percepción de pensiones no contributivas o con recursos personales que no superen la cuantía de dichas pensiones. En definitiva, la paupérrima novedad es que un beneficiario de pensión no contributiva o que tenga recursos personales que superen dicha cuantía podrá mantener el subsidio de movilidad cuya magna cuantía para 2019 asciende a 65,40 euros/mes.

El párrafo tercero de dicho artículo –en su nueva redacción– señala que el cómputo de recursos personales se hará sobre los correspondientes al año natural anterior al que se solicita el reconocimiento, o en su caso, al de revisión anual del subsidio correspondiente. Aquí tampoco ha novedad.

3.3. PORCENTAJE ESPECIAL DEL 60% EN LA PENSIÓN DE VIUEDAD

La DA. 30.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, vino establecer un nuevo porcentaje de la pensión de viudedad del 60% para quienes tuvieren: a) Una edad igual o superior a 65 años; b) *No tengan derecho a otra pensión pública*; c) No perciban ingresos por la realización de trabajos por cuenta propia o ajena; y d) Los rendimientos o rentas percibidas por el pensionista (al margen de la pensión de viudedad) no superasen en cómputo anual el límite de ingresos establecido para ser beneficiario de la pensión mínima de viudedad. Este nuevo porcentaje de la pensión de viudedad, que en realidad viene a ser un mínimo de pensión,

¹² DF. 8.^a RD-Ley 28/2018.

debería de haber entrado en vigor el 1-1-2012, fue sucesivamente aplazada su vigencia hasta que el RD 900/2018, de 20 de julio¹³, lo puso en marcha, si bien de forma progresiva estableciendo que para 2018 el porcentaje alcanzaría el 56% y que a partir de 1 d enero de 2019, se aplicaría el 60%. Si bien fue presentada esta medida con gran entusiasmo, como una importante mejora para las pensiones de viudedad la realidad es que el número de beneficiarios que luego veían efectiva tal subida eran muy pocos teniendo en cuenta que la gran mayoría ya percibían cuantías mínimas y que lo que podría significar de subida se compensaba (a la baja) con una reducción del mínimo ya recibido. Lo curioso es que pese a tener este porcentaje un marcado carácter no contributivo o asistencial, según se mire, su financiación es con cargo a la propia Seguridad Social. La reforma que introduce la DF. 7.^a del RD-Ley 28/2019, en el régimen de estos porcentajes es en condicionante relativo a “no tener derecho a otra pensión pública”, en el sentido de declararlo compatibles con pensiones públicas (españolas o extranjeras) cuya cuantía no exceda del importe del mismo. En estos supuestos el incremento se abonará por la diferencia entre la cuantía de éste y de la pensión recibida por el beneficiario. Considerando además que no impide su percibo la pensión a cargo del Fondo Especial de MUFACE¹⁴, si se reúnen el resto de requisitos.

Correlativamente se modifica el art. 39, ap. 3 del RD-Legislativo 670/1987, de 30 de abril, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado¹⁵, con una finalidad similar al porcentaje del 60% que se establece de la pensión de viudedad para las pensiones del sistema, incrementando la cuantía de la pensión de viudedad (el porcentaje es del 50% o 25%) en 4 ó 2 puntos cuando se reúnan tales requisitos.

3.4. IMPORTE MÍNIMO GARANTIZADO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE DERIVADA DE ENFERMEDAD COMUN¹⁶.

La reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (modificó los apartados 1 y 3 del art. 140 LGSS/1994, actual art. 196 LGSS) tuvo importantes efectos negativos en orden a la cuantía final de la pensión, singularmente de la pensión de incapacidad permanente total al vincularla o relacionarla con la jubilación. No obstante, allí se establecía una garantía mínima en la pensión finalmente resultante no podría ser inferior al 55 por ciento de la base mínima de cotización para mayores de 18 años vigente en cada momento. Ahora tal garantía se reduce al importe mínimo anual de la pensión de Incapacidad Permanente Total (IPT) derivada de enfermedad común de los menores de 60 años sin cónyuge a cargo. El recorte o rebaja es importante. Si la base mínima para mayores de 18 años es para 2019 de 1.050 euros/mes, conforme a la situación anterior a la reforma, la pensión quedaría como mínimo en 577,5 euros/mes; ahora, teniendo en cuenta el mínimo de la pensión de IPT (en la modalidad señalada) para 2019, resultará una pensión de 417 euros/mes.

¹³ Dando cumplimiento a lo dispuesto en la DA. 44.^a de la Ley 6/2018, de 20 de julio.

¹⁴ Se trata de una prestación complementaria a la pensión de Clases Pasivas o del Régimen General en su caso, previamente reconocida al supérstite o cónyuge superviviente, que solo puede concederse si el fallecido tenía reconocida pensión del Fondo Especial o si, en el momento del fallecimiento, estaba afiliado a alguna de las Mutualidades que las tuvieran establecidas, y se encontraba al corriente en la cotización específica a la misma, diferente a la cotización general a MUFACE. Ver DA. 6.^a RD. Legislativo 4/2000, de 24 de junio y DA. 1.^a del RD 375/2003, de 28 de marzo.

¹⁵ DF. Sexta del RD-Ley 28/2018.

¹⁶ DF. 2.^a seis del RD-Ley 28/2018.

3.5. JUBILACIÓN FORZOSA. REFERENCIA JURÍDICO-CRÍTICA AL “NUEVO” MODELO LEGAL

A) Aplicación de la legislación anterior a la Ley 27/2011 a las pensiones de jubilación¹⁷.

Antes de que perdiese vigencia la DT. 4.^a de la LGSS que permitía aplicar la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, se posibilita que se siga aplicando la misma, a las pensiones de jubilación (para cualquier modalidad, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones) que se causen antes de 1-1-2020, a lo siguientes supuestos: Personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1-4-2013 y con posterioridad a ella no hubieran vuelto a ser incluidas en el sistema (igual que antes); y 2) Personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de expedientes de regulación de empleo o por medio de convenios colectivos –igual que antes– siempre que la extinción o suspensión se produzca antes de 1-1-2020. Tales acuerdos deben estar registrados en INSS/ISM.

Alguna novedad añadida cabe comentar y es: a) No incluye los supuestos de jubilación parcial que antes si se recogían; y b) Prevé que, no obstante, la previsión de aplicación de la legislación anterior el trabajador puede optar que se aplique para el reconocimiento de la pensión la legislación vigente al momento del hecho causante. Lo cual nos puede llevar a la duda de si ¿se puede aplicar la legislación actual para el reconocimiento y la “vieja” para el cálculo y determinación de la pensión?

B) Recuperación de las jubilaciones forzosas negociadas en convenio colectivo

A modo de recordatorio de la azarosa “vida” de la fijación de una edad límite para mantener la actividad laboral:

- a) La DA. 5.^a ET de 1980: establecía una edad laboral máxima incondicionada. La respuesta STC 22/1981, de 2 julio: fue declarar nula la disposición que establece una incapacitación para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral.
- b) La DA. 10.^a ET de 1995: estableció la posibilidad de que se pudiera fijar una edad laboral máxima vinculada a políticas de empleo. Durante los 20 años de vigencia ningún Gobierno hizo uso de la delegación que la DA establecía.
- c) La Disp. Derogatoria del RD-Ley 5/2001, 2 de marzo y Ley 12/2001, derogará la DA. 10.^a ET.
- d) El artículo único de la Ley 14/2005, de 1 de julio, volvió a incorporar al ET de 1995, la derogada DA. 10.^a, si bien exigiendo que se tuviera cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor para acceder a la jubilación.

¹⁷ Ap. veintiocho de la DF. 2.^a RD-ley 28/2018.

- e) La Ley 27/2011 modificará las exigencias requiriendo ahora que se tenga cubierto un período mínimo que permita alcanzar un 80% de la Base reguladora.
- f) La Disp. Final cuarta. 2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, declarará nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación.

Pues bien, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva CEOE y CEPYME y UGT y CC.OO. (5 julio 2018) insta a la Administración laboral a promover los cambios legales necesarios para habilitar a la negociación colectiva a prever cláusulas de jubilación obligatoria por edad ligadas a objetivos de política de empleo y relevo generacional. La propuesta debatida y acordada con los interlocutores sociales en la Mesa de Diálogo Social por el Empleo tendrá como objetivo: dar respuesta a la situación actual del empleo joven en España, que demanda acciones inmediatas, toda vez que la tasa de desempleo en el colectivo de menores de 30 años es superior al 25 por ciento, frente al 14,55 por ciento actual de tasa de paro general. Esto supone que casi un millón de jóvenes se encuentran en desempleo. Esta situación demanda la adopción de medidas inmediatas para reducir la brecha generacional en relación con el empleo y la asimetría entre España y los países de nuestro entorno. *“La habilitación legal para que los convenios colectivos puedan establecer una edad de jubilación obligatoria vinculada a objetivos de política de empleo se erige como un instrumento adecuado para impulsar el relevo generacional en el mercado de trabajo, dando solución, al menos en parte”.*

De la propuesta de política del Derecho a su materialización legal: la DF. 1.^a del RD-Ley 28/2018, vuelve a recuperar la DA. 10.^a del ET/1995, con un contenido similar. Así los CC podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación, si:

- El trabajador afectado reúne los requisitos para tener derecho a la “pensión completa” de jubilación contributiva (antes se condicionaba a que al menos alcanzare el 80% de la BR).
- Y que la medida se vincula a objetivos coherentes de empleo expresados en el convenio colectivo (estabilidad, transformación de contratos temporales en indefinidos, etc.).

Cabría interrogarse sobre si realmente estamos ante una medida política de fomento del empleo con esta medida que se materializa en un despido por razón de la edad. La larga experiencia desacredita decididamente esta medida como política de empleo que desconoce el derecho al trabajo y la voluntariedad de la jubilación como paradigma normativo (fuera del empleo público, claro). Y es que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han ido flexibilizando los requisitos exigidos hasta el punto de que lo hacen irreconocibles respecto de la primera STC de 1981 que exigía la no amortización del puesto de trabajo y la sustitución del trabajador jubilado por un trabajador desempleado.

Y lo grave es que el RD. Ley 28/2018, ha restablecido este tipo de despido por razón de la edad amparado, nuevamente, en *genéricas* propuesta de creación o fomento del empleo por parte del empleador que sirven supuestamente de válida “motivación” causal:

En efecto, en virtud de la nueva redacción de la disp. adic. décima del ET por la disp. adic. primera del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre y la derogación de la disp. trans. novena del ET por la derog. única 2.c) del RDL, los convenios colectivos podrán establecer una edad de jubilación forzosas vincula a objetivos de política de empleo (sic.). De este modo, se vuelve a posibilitar –por autorización *ex lege*– que los convenios colectivos establezcan jubilaciones por edad, permitiendo el “rejuvenecimiento” de plantillas (sic.), porque, en principio, los contratos extinguidos serán reemplazados, en ciertas condiciones, por nuevas contrataciones de desempleados o por transformaciones de temporales en indefinidos. Es así que legalmente se reconoce una capacidad convencional sometida a condiciones de política de empleo en las empresas o sectores que ponga en práctica dicha estrategia “empleativa”¹⁸. Cabría interrogarse sobre la pertinencia desde la triple óptica del derecho *al* trabajo, de la voluntariedad de la jubilación como regla y de la misma sostenibilidad del sistema de pensiones este nueva habilitación legal a la negociación colectiva, que supone una limitación de aquellos derechos individuales y una salida prematura del mercado de trabajo de los trabajadores de edad avanzada cuando precisamente se está tratando de impulsar la prolongación voluntaria de la vida laboral (incentivada por la Unión Europea a través de un cuadro de medidas que impulsan la jubilación postergada) y el envejecimiento activo. No debe ignorarse que la jubilación del trabajador es –con las excepciones previstas legalmente– ante todo un derecho que se ha de ejercer voluntariamente y no una obligación (ni tampoco una imposición unilateral atribuida ex convenio colectivo a un sujeto privado).

La normativa social debería ponderar mejor los distintos intereses y derechos en juego, de manera que es incrementara el empleo y se retrasase la salida del mercado de trabajo de las personas de edad avanzada. Por lo demás, como es bien conocido, la práctica de las jubilaciones forzosas (materializados en despidos con ocasión de la edad) no se caracteriza por atenerse a exigencias de política de empleo realmente atendibles, como se impondría a tenor del art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, y a la doctrina del Tribunal Constitucional más razonable (por ejemplo, la STC 66/2015, de 13 de abril). En este sentido los agentes sociales deberían ser especialmente prudentes y garantistas en el uso de esta problemática recuperación de la habilitación legal para establecer jubilaciones forzosas y consiguiente el despido de los trabajadores maduros, evitando el fácil expediente de expulsar a estos trabajadores más vulnerables del mercado laboral. Por lo

¹⁸ **Disposición final primera.** Modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Se modifica la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que queda redactada en los siguientes términos: «Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo.»

demás, deberán considerar muy seriamente que esta medida extintiva no deja de ser contradictoria con una política coherente de envejecimiento activo y el fomento de la prolongación voluntaria de la vida laboral, como objetivos que han sido incorporado a la estrategia de la Unión Europea y Española sobre la protección de los trabajadores de edad avanzada y la sostenibilidad de las pensiones (que, en sí misma, es también otra forma de protección social de los mayores). Es la lógica de incentivar la jubilación postergada que remite al mantenimiento del empleo de los trabajadores más allá del cumplimiento de la edad legal de jubilación.

Aparte de proponer desde aquí ya de *lege ferenda* su derogación, mientras tanto *de lege data*, decir que una vez restablecida la habilitación legal para acordar la jubilación forzosa del trabajador, debe apostarse una interpretación y admisibilidad muy restrictiva, en cuanto vinculada a objetivos precisos de no amortización del puesto de trabajo dejado vacante por el trabajo que es obligado inductivamente a jubilarse forzosamente por decisión unilateral del empleador que lo despide. Esta sería una interpretación más próxima a la que fuera defendida originariamente por en la STC 22/1981, de 12 de junio. Con arreglo a esta interpretación restrictiva, los despidos por jubilación que incumplan los requisitos y finalidades de la norma habilitante se han de entender nulos pues se reconducirían a un acto de despido basado en el cumplimiento de una determinada edad (despido por la sola razón de la edad), y por tanto, frontalmente opuesta a los artículos 14 CE y 17 del ET. De ahí que deberían ser calificados de nulos. De no ser así, la expulsión sistemática de los trabajadores continuará siendo una medida al servicio de las reestructuraciones empresariales y “moneda de cambio” en el marco de una negociación colectiva que se muestre poco sensible (aunque no siempre haya sido así) a la vulnerabilidad de los trabajadores de edad avanzada.

Y es que en la nueva redacción no se garantiza prácticamente nada dicho equilibrio virtuoso y se queda en el carácter genérico y en las buenas intenciones. Estos son los términos de la nueva disposición adicional 10^a: sirven ¡“... cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo”! Sin palabras. Con este tipo de límites legales (sic.) se va a volver a las andadas de expulsar y discriminar a los trabajadores mayores sin garantías de no amortización del puesto de trabajo que desempeñaban. Se abre de nuevo la vía para las reestructuraciones empresariales se realicen a través una expulsión masiva de trabajadores de edad avanzada. Los cuáles serán sustituidos –en el mejor de los casos– por trabajadores precarios que ostentan peores condiciones de trabajo (trabajadores temporales o a tiempo parcial) y de retribución (a contador cero y con sin el derecho a recibir determinados complementos salariales).