

POLÍTICAS ACTIVAS Y PASIVAS DE EMPLEO PARA LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS
*Profesor Titular de Universidad
Universidad de Málaga*

1. INTRODUCCIÓN¹

Como es conocido, las políticas de empleo activas llevan consigo un conjunto de decisiones que tienen como fin la consecución del equilibrio entre la oferta y demanda de trabajo, reduciendo o eliminando las situaciones de desempleo. En el caso de las políticas pasivas, la función de las mismas sería la de proteger las situaciones de necesidad producidas por la falta de empleo de los trabajadores.

Parece que la edad de los trabajadores, desde hace algún tiempo, es o ha sido uno de los elementos clave o rasgo definidor del acceso o mantenimiento en el mercado de trabajo de las personas². Los dos extremos del arco de edades, los que, de un lado, están relativamente cerca de haber cumplido la edad para poder acceder al mercado de trabajo y los que, de otro lado, están ya una edad relativamente cercana a la edad de jubilación, han presentado problemas específicos en su empleabilidad. Empleabilidad que viene también afectada dentro de tales colectivos por otras características: género, formación, actividad, etc. Todo ello supone que las medidas a adoptar para cada colectivo (jóvenes o mayores), y dentro de éstos según la condición o características de cada

¹ La presente aportación es una actualización, adaptación y ampliación de trabajos realizados en el marco del Proyecto de Investigación DER 2012-36755 “Mercado de trabajo, transiciones laborales y edad: jóvenes y mayores de 55 años”, en especial de la aportación de CALVO GALLEGO, J., “Los mayores en el nuevo derecho del empleo”, en AAVV, *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo de jóvenes y mayores*, Dir. RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.C., Ed. Bomarzo, Albacete, 2014.

² Realmente, la preocupación por los trabajadores de edad madura no es algo nuevo, ya a mediados de los 90, la OCDE publicó el estudio comparado sobre *Les travailleurs âgés et le marché du travail*, en *Études de Politique Sociale* n° 17, París, 1995.

segmento, han de ajustarse a la problemática particular o singulares necesidades a los efectos de conseguir una mayor eficacia o éxito³.

El objeto de la presente aportación se centra en el colectivo de personas mayores, de edad avanzada. Por ello, lo que en primer lugar habría de hacerse es algo altamente complejo: definir qué se entiende por trabajadores de edad avanzada. Partiendo de que tampoco hay una terminología común para hacer referencia a este colectivo (trabajadores de edad, trabajadores maduros, trabajadores mayores, etc)⁴. Si bien estamos seguros de que se trata de un segmento de la población activa que se encuentra entre una determinada edad, al no existir ninguna norma internacional o comunitaria ni interna al respecto y visto que las regulaciones hacen referencia a numerosas edades: 40, 45, 52, 55, 65, creemos que lo mejor es entender a este colectivo como personas que se encuentran más cerca de la edad de jubilación (e incluso la superan) que de la establecida como mínima para acceder al mercado de trabajo. Es más, la Recomendación nº 162 de la Organización Internacional del Trabajo, al hablar de los trabajadores de edad, no especifica una edad determinada, sino que se refiere a las personas que por causa del avance de la edad pudieran encontrar dificultades en el trabajo, indicando que cada país podrá definir con mayor precisión a qué trabajadores se aplica tal recomendación, con referencia a grupos de edad determinados y siempre de conformidad con la legislación y la práctica nacional y en forma apropiada a las condiciones locales

Para intentar aquilatar más la cuestión, creemos que un buen criterio sería el adoptado por el Consejo Económico y Social entendiendo como tales a las personas entre 45 y 64 años (a pesar de que se han diseñado medidas que afectan a personas mayores que han superado la edad de jubilación)⁵, incluso en el ámbito del análisis estadístico el colectivo de

³ Sobre los diferentes colectivos en las políticas de empleo puede verse, OLARTE ENCABO, S. en *Políticas de Empleo y colectivos con especiales dificultades. La «subjetivación» de las Políticas Activas de Empleo*, Thomson-Aranzadi, Cizar, 2008.

⁴ Vid SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., en “Trabajadores de «edad avanzada»: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33, 2001, pp. 217 a 221.

⁵ Vid CES, Informe 2/2014, sobre la situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad, en <http://www.ces.es/documents/10180/1558369/Inf0214.pdf>

personas de edad avanzada se suele subdividir en dos grupos: los mayores de 45 años y los mayores de 55 años.

Pues bien, nadie pone en duda, y los datos estadísticos así lo avalan, que los trabajadores de edad avanzada constituyen uno de los colectivos con especiales dificultades de permanencia e inserción laboral, y se encuentran particularmente afectados por la falta de empleo.

Las políticas públicas de empleo, como parte de la política económica en general⁶, han atendido desde hace tiempo a este colectivo procurando la ocupación de los mismos, promoviendo o incentivando la prolongación en su vida laboral bien estableciéndose medidas para el mantenimiento en el puesto de trabajo, dificultando la salida del mercado, o bien estableciéndose medidas que permitan la reincorporación laboral en caso de encontrarse en situación de desempleo. La idea ha sido crear *ad hoc* unas medidas organizadas con el propósito de conseguir los fines señalados anteriormente, de forma activa, para reinsertarse o mantenerse en el mercado de trabajo o, de forma pasiva, para proteger de situaciones de necesidad en caso de haber sido expulsados del mismo⁷.

En cualquier caso, la falta de empleo de forma persistente o de larga duración no subsidiada de este colectivo hace que sea proclive a sufrir el riesgo de la exclusión social por lo que es más importante, aún si cabe, la adopción de políticas de empleo y el acceso a recursos socioeconómicos que eviten dicho riesgo. Es una situación muy común, no solo a nivel

⁶ En la mayoría de las descripciones de la política económica se incluye como una de sus componentes la política de empleo, aunque RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., entiende que se trata de dos políticas conectadas de forma íntima “que comparten no solo objetivos sino también la condición de ser las más relevantes de las políticas públicas”, en “Política económica y política de empleo”, AAVV, *La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo*, Dir. MONEREO PÉREZ y MÁRQUEZ PRIETO, CARL, Sevilla, 2016, p. 68. Véase también AAVV, *The political economy of european employment. European integration and the transnationalization of the (un)employment question*, Coord. Overbeek, H., Ed. Routledge, Londres, 2003.

⁷ Un estudio completo de las herramientas y medidas de las políticas de empleo puede verse en GARCÍA GIL, B., en *Los instrumentos jurídicos de la Política de Empleo*, Thomson- Aranzadi, Cizur, 2006.

interno sino también internacional, que el tipo de desempleo que padece este colectivo de trabajadores de edad avanzada sea de larga duración⁸.

Lo que en mi opinión ocurre es que el contenido de las normas, servicios y programas diseñados en las políticas activas y pasivas de empleo para este especial colectivo de trabajadores se ha estandarizado, a pesar de no tener una eficacia demostrada, siendo poca la innovación a lo largo del tiempo, al adoptarse casi siempre las mismas medidas como principales: incentivos y bonificaciones como políticas activas y prestaciones por desempleo o jubilación como políticas pasivas.

Junto a ello, en el momento actual se conjugan varios elementos que pueden servir para explicar o entender lo que el legislador tiene como objetivo o pretende con las medidas adoptadas con sus políticas de empleo para mayores: el contexto demográfico, con una esperanza de vida que envejece a la población, la introducción de las nuevas tecnologías en el mercado de trabajo, que dificulta la adaptación de los trabajadores más mayores, y, por supuesto, la ya casi “permanente” crisis económica, que al limitar las posibilidades de gasto del erario público, afecta de forma directa e inmediata a los sistemas de Seguridad Social. Y, por último, aunque no menos importante, las directrices que se marcan desde la Unión Europea, que también tienen relación con las posibilidades de gasto y el déficit público.

a) Por lo que se refiere a los datos demográficos, el 45,60% de la población censada a inicio del 2016, son mayores de 45 años⁹, lo que significa que casi la mitad de nuestra población se encuentra en edad madura. Siguiendo el estudio de CALVO GALLEGO¹⁰, y en la medida en que los datos han variado de forma ínfima a lo largo de 2015, podemos seguir concluyendo que:

⁸ A nivel nacional véase el Informe 2/2014 del CES ya citado, pp. 55 y ss; a nivel internacional véase *Live longer, work longer*, OCDE, 2006, p. 35.

⁹ Según el INE, a 1-1-2016 de los 46.438.422 de habitantes, 21.180.433 eran mayores de 45 años.

¹⁰ “Los Mayores en el nuevo Derecho del empleo”, *Op. cit.*, pp. 337 a 353. Vid, también, SUSO ARAICO, “La relación con el empleo de los trabajadores mayores”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, nº 2-2006.

- La tasa de actividad femenina es claramente inferior a la masculina y varía según el nivel de estudios, a mayor nivel menor tasa de desempleo, entre las cohortes de mayor edad –50 años en adelante– los niveles de formación son normalmente inferiores a los de las cohortes más jóvenes o incluso que la media, siendo esta menor formación especialmente destacada en el caso del colectivo femenino y entre los grupos de mayor edad.

- Los ocupados de edad avanzada suelen presentar llamativamente menores problemas de atipicidad y de calidad en el empleo que el resto de la población ocupada y asalariada. A causa quizás, de la posibilidad legal de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo a tiempo parcial, viene observándose que a partir de los 59 años se incrementa el porcentaje de los trabajadores a tiempo parcial. De otro lado, las tasas de temporalidad de este grupo de trabajadores maduros han sido siempre, tanto antes como durante la crisis, inferiores a las globales. Y, finalmente, los salarios de los trabajadores en edad avanzada son superiores a la media, tanto para hombres como para mujeres, salvo para el grupo centrado entre los 60 y 64 años (quizás porque en dicha media se tiene en cuenta el trabajo a tiempo parcial de los jubilados parciales).

- Por lo que se refiere a la tasa de desempleo, aun siendo inferior a la media, en la cohorte de personas entre 45 a 54 años, se ha experimentado durante estos últimos años, un crecimiento ciertamente notable; lo que puede atribuirse tanto a la crisis como a las masivas y brutales reestructuraciones de plantillas producidas con la regulación del despido colectivo y del objetivo por causas económicas tras la reforma de 2012. Como dato curioso, en el colectivo de 55 y más años, la tasa de desempleo femenino es menor. Pero es que además, este colectivo ha presentado tradicionalmente una proporción especialmente alta de desempleados de larga duración, que en esta permanente crisis que nos abate ha hecho que las cifras lleguen hasta alcanzar algo más del 52% del desempleo de más de 2 años de duración de los parados entre 60 y 64 años. La desmotivación es absoluta en el colectivo de trabajadores en edad madura ya que está probado que la contratación de personas de esta edad es muy baja, por lo que la única vía que les queda es la salida definitiva del mercado de trabajo a través de un retiro pensionado.

En mi opinión, una política de empleo como la actual, centrada en el marco de la relación laboral, del contrato de trabajo y en los costes laborales (no solo salario, sino también contribuciones sociales) es una política muy desenfocada. No existe, que sepamos, estudio serio alguno que demuestre que la reducción de los derechos laborales incremente el número de puestos de trabajo, por lo que el resultado de ello solo puede ser, me atrevería a decir, un incremento de los beneficios empresariales.

b) Es cierto, como regla general y con muchas excepciones¹¹, que el envejecimiento produce en las personas una reducción de sus capacidades físicas en ocasiones producidas por el padecimiento de enfermedades crónicas (no necesariamente incapacitantes) que han llevado consigo una cierta dificultad para que una parte de este colectivo continuara realizando los tradicionales trabajos que exigían un importante esfuerzo físico. Ese quizás no sea el problema actualmente más importante en referencia a la aptitud para trabajar, ya que en el estado actual de desarrollo de la ciencia médica y de las mejoras condiciones de vida que se han ofrecido en países que, como el nuestro, han alcanzado un alto grado de bienestar social, ha permitido que una parte importante de la población de edad avanzada tenga plenas sus capacidades para trabajar.

El problema real, en muchos casos, proviene de las dificultades que se derivan de los propios cambios tecnológicos aplicados al trabajo. La introducción de nuevas tecnologías de la información y del conocimiento (en adelante, TICs) ha supuesto para muchos trabajadores de edad madura un serio problema ya que su falta de preparación y carencias formativas, tanto por su escaso nivel de estudios como por su “analfabetismo tecnológico”, y las dificultades para reciclarse y adquirir nuevos conocimientos, ha convertido a muchos de los trabajadores de este colectivo en ineptos, bajando de forma importante su productividad y, con ello, limitando la capacidad para conservar, mantener o reintegrarse al trabajo. A lo que ha de unirse un cierto prejuicio

¹¹ Véase el *Informe mundial sobre el envejecimiento y salud*, OMS, 2015, consultado en septiembre de 2016 en http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/186466/1/9789240694873_spa.pdf?ua=1

empresarial, a juicio de las tasas de inserción laboral, en la contratación de este colectivo por todos estos motivos¹².

c) Por lo que se refiere a los efectos de la crisis económica en este colectivo, la misma puede verse desde dos perspectivas: la laboral y la de Seguridad Social.

- Desde la perspectiva laboral: evidentemente, las condiciones laborales han sido uno de los motivos que ha afectado al mantenimiento del empleo de este colectivo. Me explico. Como se ha visto anteriormente, los datos estadísticos nos han confirmado algo que ya se sabía: las condiciones laborales de los trabajadores maduros son de mayor calidad que la de los jóvenes. Y ello porque inicialmente, en las reformas del mercado de trabajo de los años 80 y 90 del siglo pasado se “protegió”, salvaguardando sus condiciones laborales, a los trabajadores en activo al derivar la aplicación de los mecanismos de flexibilidad en los colectivos que querían acceder al mercado de trabajo y concentrando en ellos la precariedad e inestabilidad en sus relaciones laborales. Este es el motivo principal de tal diferencia en las condiciones laborales, a lo que puede añadirse el importante papel que ha tenido la antigüedad en la carrera profesional en las distintas empresas.

Con la introducción en la gestión empresarial de las sacrosantas ideas de productividad, eficacia, reducción de costes, maximización de beneficios y otras, el trabajador de edad avanzada venía ahora a verse como un trabajador de elevado coste, ya no solo por los salarios y antigüedad en la empresa, sino por sus propias dificultades de adaptación a los cambios (especialmente, los tecnológicos), su menor formación y capacidad para ser polivalentes (al empresariado no le ha interesado el alto valor añadido que supone la experiencia laboral, a veces más importante que la formación), la idea de equiparar la edad madura con la morbilidad, y, por supuesto, la falta de docilidad que conlleva en ocasiones la madurez. Ese “elevado precio” ha supuesto utilizar a este colectivo como moneda de cambio en los procesos de reestructuración empresarial, siendo sustituidos, en su caso, por trabajadores más jóvenes. Por supuesto, las posibilidades de expulsión iban a depender en gran medida de los costes y facilidades que el ordenamiento

¹² Véase *Live longer, work longer*, OCDE, *op. cit.*, p. 63 y ss.

estableciera para la extinción del contrato de trabajo. Pero es que, además, producido el despido, hay diversos elementos que dificultan o retrasan el retorno a la actividad laboral ya que: no es fácil obtener un nuevo contrato con condiciones tan elevadas como anteriormente se tenían pues los puestos que se ofrecen son de menor calidad que el que se disfrutaba anteriormente; se suele estar percibiendo prestaciones con alta tasa de sustitución de los salarios que anteriormente se percibían; o, entre otras, existen problemas de aptitud física o tecnológica. Sobre todo si existen *“puentes relativamente bien diseñados hacia el retiro definitivo y su el mercado se encuentra en una situación depresiva en la que las ofertas de empleo son de una ínfima calidad”*¹³.

- Desde la perspectiva de la Seguridad Social: nadie pone en duda que en las últimas décadas del siglo pasado la expulsión de los trabajadores maduros fue puesta al servicio de las políticas de empleo como modo o medida de fomentar el empleo de otros colectivos. Especialmente, para conseguir que los más jóvenes pudieran acceder al mercado de trabajo. Básicamente, la idea era sacar del mercado de trabajo a los más mayores, para que los más jóvenes pudieran sustituirlos cubriendo los puestos de trabajo dejados vacantes que, teóricamente, no se amortizarían. Dicho de otro modo, una forma de repartir ese bien escaso que es el trabajo.

Visto así, la protección por jubilación o por desempleo se convertirían en la cara pasiva de la política de empleo cubriendo las posibles situaciones de necesidad de los mayores que se veían abocados, voluntaria o involuntariamente, a salir del mercado de trabajo.

Involuntariamente, en el sentido que podría verse extinguida la relación laboral del trabajador en edad madura bien por procesos de regulación de empleo en extinciones colectivas por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción e incluso a través del mecanismo de la jubilación forzosa que ocurriría en caso de que, habiendo sido prevista por la negociación colectiva como medida de reparto del empleo o incluso de supervivencia de la empresa, el

¹³ Nuevamente, CALVO GALLEGO, J. en “Los Mayores en el nuevo Derecho del empleo”, *Op. cit.*, pp. 356 y 357.

trabajador hubiera cumplido la edad legal de jubilación y tuviera carencia suficiente para acceder a una pensión de jubilación.

Voluntariamente, en caso de que el trabajador decidiera bien reducir su jornada de trabajo (jubilación parcial), acudir a las posibilidades de la jubilación anticipada o incluso verse afectado por un expediente de regulación de empleo aceptado por los propios trabajadores.

Así pues, en unos casos, la protección de la Seguridad Social, con las prestaciones de jubilación y, en otros casos, en las prejubilaciones, las prestaciones y subsidios por desempleo, serviría como cooperación necesaria a los fondos económicos compensatorios de la expulsión del mercado de trabajo establecidos por las empresas (y a veces por el propio Gobierno). El problema es que todos los instrumentos y mecanismos legales diseñados jamás contemplaron o tuvieron como objetivo en la reinclusión de estos trabajadores en el mercado de trabajo en un momento posterior, sobre todo por los beneficios que ello puede tener¹⁴.

Todo ello era posible en aquél momento, quizás, por dos factores: el sistema de Seguridad Social tenía solvencia económica, en la medida en que había una *ratio* holgada de número de cotizantes por cada pasivo o beneficiario del sistema. Y el otro es que las condiciones demográficas y sociales (natalidad, mortalidad, envejecimiento, morbilidad, etc) eran propicias.

Pero el panorama, en poco tiempo, ha cambiado drásticamente. El aumento de la esperanza de vida, la baja natalidad, la elevación de los niveles de salud de la ciudadanía y, por supuesto, una devastadora y cíclica crisis económica que ha destruido una enorme cantidad de puestos de trabajo (reduciendo el número de cotizantes), en un mundo globalizado en el que la economía de mercado y la legislación europea

¹⁴ Y es que “las modernas concepciones de protección a la tercera edad resaltan los beneficios de todo tipo que acarrea el mantenimiento de la contribución económica y social de las personas de edad avanzada, pues no solo repercute en la propia autoestima del trabajador sino que tiene efectos positivos sobre el sistema de pensiones y, de modo más general, presenta indudables ventajas para el conjunto de la sociedad que, de esta forma, puede aprovechar la experiencia y los conocimientos de los trabajadores de más edad”, en *Empleo y protección social de los trabajadores en edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Dir. SEMPERE NAVARRO y QUINTANILLA NAVARRO, CES, Madrid, 2009, p. 99.

permiten el dumping social realizado por otros países, ha puesto en jaque al sistema de Seguridad Social. Por ello, en estas condiciones, es imposible que siga cumpliendo el papel tan importante que tenía como política pasiva de empleo. La cuestión ahora se ha invertido: se propone el envejecimiento activo de la población trabajadora y se potencia el retraso en la salida real de mercado de trabajo, eliminando aquéllas medidas anteriores que desangraban el capital humano que suponía la expulsión de los trabajadores en edad madura.

d) Finalmente, también ha de destacarse el papel director de la Unión Europea en las políticas de empleo para trabajadores en edad madura.

En una Unión Europea más pendiente de los mercados que de las personas, y en la medida en que las políticas de empleo son consideradas por la Unión Europea (en adelante, UE) como parte de la política económica, el escenario de crisis que se padece desde 2007 ha supuesto la intervención de las altas instancias comunitarias solicitando la creación de políticas de empleo para conseguir “el pleno empleo” y, por supuesto, para evitar situaciones de exclusión social en determinados colectivos, como es el de trabajadores en edad madura. Pero también, se ha instado a reformar (¿recortar?) los sistemas de Seguridad Social para hacerlos sostenibles y compatibles con el nivel de endeudamiento que se ha acordado como admisible¹⁵.

¹⁵ Es cierto, que el diseño de las políticas de empleo ha sido construida a través del método abierto de coordinación, o “derecho indicativo”, pero evidentemente, la identificación y definición de los objetivos comunes que deben cumplirse corresponden al Consejo, y ello independientemente, de que las medidas a adoptar corresponden de forma única y exclusiva a cada Estado, pero los instrumentos de medida, como indicadores o directrices son definidos conjuntamente por los Estados (aunque supervisados por la Comisión) y el resultado final ha de evaluarse en comparación con los obtenidos por otros países (a modo de benchmarking) buscando las mejores prácticas. No debe escapársenos que el incumplimiento de directrices, la implantación de buenas prácticas y la adopción de medidas no efectivas o ineficientes para conseguir los objetivos comunes planteados puede llevar consigo cuando los mismos estén incluidos dentro de los programas de estabilidad, para alcanzar unas políticas presupuestarias saneadas, y en caso de incumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, una sanción económica de entre el 0'2 y el 0'5% del PIB cuando no se hayan respetado las normas preventivas ni las disuasorias establecidas. Sobre este método, véase, PÉREZ MENAYO, V., “El método abierto de coordinación en la UE; ¿una fórmula institucional de evaluación?”, *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 30-31, 2004, pp. 71 y ss y, en particular, TERRADILLOS (...)

2. LA UNIÓN EUROPEA Y LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO PARA LOS TRABAJADORES EN EDAD MADURA

Fue, sin duda, a partir de los 90 del siglo pasado cuando se abrió con el Tratado de la UE de 1992 una nueva fase para la dimensión social que se apoyó en tres elementos: el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales como elemento constitucional de la UE; el impulso del “Derecho Comunitario del Trabajo” ampliando las competencias en materia social e instaurando el diálogo social y la autonomía colectiva; y, finalmente, estableciendo un tratamiento específico de la política de empleo¹⁶ (lo cual no quiere decir que en momentos anteriores la Comunidad Europea no se hubiera ocupado de esta cuestión).

El tratamiento de las políticas de empleo de los trabajadores de edad avanzada en la Unión Europea ha sido realizado desde diversos enfoques y en el marco de diversas políticas: en el ámbito normativo como prohibición de la discriminación por razón de la edad, en el ámbito de las políticas de empleo y, en especial, del envejecimiento activo; y, finalmente, en el ámbito de envejecimiento pensionado, sostenibilidad de los sistemas de protección social¹⁷.

a) Por lo que se refiere a la prohibición de la discriminación por razón de edad, influenciada por la Recomendación n° 162 de 1980 sobre los trabajadores de edad de la OIT y por la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la UE ha vinculado esta cuestión con el derecho de las personas a llevar una vida digna e

ORMAETXEA, E. en “Validez y límites del método abierto de coordinación en la política de empleo comunitaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 72, 2008, p. 71 y ss.

¹⁶ Así lo indica, NAVARRO NIETO, F. en *El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea*, CES, Madrid, 2000, p. 12. En general, sobre el tema del mercado de trabajo y las políticas sociales, puede verse, también, ORTIZ LALLANA, M.C, “El mercado laboral y las políticas sociales en Europa”, en AAVV, *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, Vol I., MTIN, Madrid, 2009, pp. 32 y ss.

¹⁷ Sobre este tema, *vid. in extenso*, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F y CALVO GALLEGO, J., “El tratamiento internacional y comunitario del empleo de las personas de edad avanzada: entre la prohibición de la discriminación y el envejecimiento activo”, en AAVV, *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo, Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Dir. FERNÁNDEZ LÓPEZ y CALVO GALLEGO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 87 y ss.

independiente y a participar en la vida social y cultural, conectándose los artículos 21 y 25 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, 2000/C 364, de 18 de diciembre.

Ha de recordarse que esta cuestión fue desarrollada por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, permitiendo respecto de la edad, en su artículo 6 diversas diferencias de trato que no tienen por qué calificarse como discriminatorias cuando se funden o justifiquen en criterios objetivos y razonables, pretendan fines legítimos y siempre que los medios para lograr tales objetivos fueran proporcionales, esto es, adecuados y necesarios. Entendiendo y recogiendo en dicho artículo como legítimas las finalidades de política social ligadas a las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional. Y todo ello sin entrar en la numerosa jurisprudencia del TJUE en la interpretación de esta excepción¹⁸, que, por cierto, lo ha hecho de forma amplia permitiendo medidas diferentes para este colectivo para favorecer el empleo, para permitir el reparto de trabajo, para conseguir la optimización de la gestión de personal, o para facilitar la inserción profesional de los trabajadores de edad avanzada desempleados, etc).

b) En el ámbito de las políticas de empleo y, en especial, del envejecimiento activo, la UE.

- Como se dijo anteriormente, han sido numerosas las orientaciones que se han realizado por parte de las instituciones europeas en el marco de la Estrategia Europea para el Empleo (1997)¹⁹, en el de la Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles (2012) o en el

¹⁸ Sobre el tema en general, *vid.*, APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A.M. en *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007 y en particular, y TOMÁS JIMÉNEZ, N., en *Discriminación por razón de edad y derecho al trabajo*, <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel3/nataliat@ugr.es/TCNatalia.pdf>, consultado en septiembre de 2016.

¹⁹ Véase, *in extenso*, MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “Prolongación de la vida laboral y envejecimiento activo de la Estrategia Europea de Empleo”, en AAVV, *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, Vol I, op.cit., pp. 260 y ss.

amplio ámbito de actuaciones dirigidas a lograr un envejecimiento activo de la población europea.

Ha de recordarse que el interés en las personas de edad encuentra su punto de partida en 1993 que se declaró “Año europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre generaciones”, desde este momento se han sucedido textos y actuaciones de forma progresiva e imparable, en el interés por este colectivo²⁰.

Normas que desde aquel momento hasta ahora han incidido en diversos aspectos: la adaptación de la formación profesional y las condiciones laborales a las necesidades de los trabajadores en edad avanzada; la adopción de medidas para la prevención de la exclusión del mercado de trabajo de este colectivo; el mantenimiento de la capacidad de trabajo; aprendizaje permanente especialmente en TICs; políticas tendentes a prolongar la vida activa; trabajo flexible; aprovechamiento de la experiencia de los trabajadores de más edad. Todas ellas recogidas en diversas Directrices, Decisiones, Recomendaciones, Informes, etc se han centrado en la prolongación de la vida activa, estimulando condiciones laborales que favorezcan el mantenimiento del empleo y eliminando los incentivos que favorecen el abandono prematuro del mercado laboral, sobre todo mediante la reforma de los regímenes de jubilación anticipada y la adopción de medidas destinadas a garantizar que seguir activo en el mercado de trabajo resulte rentable; y animando a los empresarios a contratar trabajadores de más edad. Con ello, empieza a difundirse, e inmediatamente a calar en la política de empleo el concepto de “envejecimiento activo”, con el objetivo pretendido de que se aumentara la edad media efectiva de la salida del mercado de trabajo.

En el momento actual, con la puesta en marcha de la Estrategia Europea 2020 se pretende llevar a cabo, en el ámbito del crecimiento integrador, la idea de “*garantizar el acceso y las oportunidades para todos, independientemente de su edad*”. Las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros aprobadas por la Decisión (UE) 2015/1848 del Consejo de 5 de octubre de 2015, prorrogada para 2016

²⁰ Sobre muchos de estos textos, *vid.* SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., en “Trabajadores de «edad avanzada»: empleo y protección social”, *op. cit.*, 2001, pp. 229 y 230.

por Decisión del Consejo COM/2016/071 final - 2016/043 (NLE), de 15 de febrero de 2016, las orientaciones 5 a 8 pueden en general entenderse y de forma indirecta a políticas de empleo en las que podrían incluirse a los trabajadores de edad avanzada, al referirse a grupos desfavorecidos y a desempleados de larga duración, un concepto más amplio pero que permite englobar a los trabajadores de más edad. Solo la Orientación 8 en uno de sus párrafos se refiere directamente a este colectivo cuando se habla la necesidad de que los Estados velen porque los regímenes de pensiones sean sostenibles “en un contexto de creciente longevidad y de cambio demográfico”²¹.

- Además de tratar el empleo de los trabajadores de edad avanzada en las políticas de empleo, esta cuestión también se ha tratado en el marco de un envejecimiento activo.

Desde el 2004, la Comisión Europea en la Comunicación Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado

²¹ Así, respecto del tema que nos ocupa:

- la Orientación 5 se refiere a la reducción de la fiscalidad sobre el trabajo al objeto de eliminar los obstáculos y elementos disuasorios que permitan la participación en el mercado de trabajo de las personas más alejadas de este.
- la Orientación 6 hace hincapié en la necesidad de evitar y reducir significativamente el desempleo de larga duración y estructural mediante estrategias globales, en especial, reduciendo las barreras al empleo de grupos desfavorecidos.
- la Orientación 7 pide el reforzamiento de las políticas activas de empleo aumentando su eficacia, focalización, alcance, cobertura e interacción con las medidas pasivas, acompañadas de derechos y responsabilidades para que los parados busquen activamente trabajo. Dichas políticas deben ir destinadas a mejorar su ajuste al mercado laboral y apoyar transiciones sostenibles. Y más adelante sigue: Los Estados miembros deben incitar de manera efectiva a que participen en el mercado laboral aquellos que puedan y posibilitar que lo hagan, a la vez que proteger a los que no pueden participar. Los Estados miembros deben favorecer unos mercados laborales integradores, abiertos a todas las mujeres y los hombres, instaurando medidas eficaces contra la discriminación, y fomentar la empleabilidad invirtiendo en capital humano.
- Finalmente, la Orientación 8 hace referencia a los sistemas de protección social, los que habrán de diseñarse para facilitar el acceso a todos los beneficiarios y para contribuir a prevenir, reducir y combatir la pobreza y la exclusión social a lo largo de toda la vida. Los Estados deberán de velar por la sostenibilidad y adecuación de los regímenes de pensiones para mujeres y hombres, en situación de envejecimiento de la población. Y, finalmente, deberán mejorar la calidad, accesibilidad, eficiencia y eficacia de los sistemas de salud y de cuidados de larga duración, salvaguardando al mismo tiempo su sostenibilidad.

de trabajo, COM (2004) 146 final, 3 de marzo de 2004, señaló la necesidad de apoyar un envejecimiento activo mediante una serie de diversas medidas que llevaba consigo la desincentivación de la jubilación anticipada, el acceso a estrategias de formación y aprendizaje permanente, políticas eficaces del mercado de trabajo y medidas de conservación de empleo, incluso estableciendo condiciones de trabajo flexibles.

En 2012, Año Europeo del Envejecimiento Activo, la Declaración del Consejo de 7 de diciembre de 2012 adoptó las *“orientaciones que han de guiar el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones”*, elaboradas por el Comité de Protección Social y por el Comité de Empleo y referidas a diversas cuestiones: educación y formación profesional permanente; condiciones y entornos laborales saludables; gestión estratégica de la edad para adaptación de las carreras profesionales y evitar con ello la jubilación anticipada; atención especializada en los Servicios de Empleo; evitar la discriminación por razón de edad; rentabilizar el conocimiento y la experiencia de estos trabajadores; y, fiscalidad favorable al empleo para que a estos trabajadores les compense más trabajar que jubilarse.

c) Finalmente, en la tercera línea de actuación respecto de la empleabilidad de los trabajadores de edad avanzada, se ha actuado en el ámbito de la UE en los efectos de la empleabilidad de este colectivo sobre la sostenibilidad de los sistemas de protección social.

En un momento de crisis casi permanente, el impacto económico del envejecimiento es alto: la cuantía y duración de las pensiones de retiro, junto con los costes sanitarios, afectan de modo importante a las arcas públicas. Como se dijo anteriormente, el descenso de cotizantes no casa bien con un aumento de gastos en pensiones, por lo que han de adoptarse medidas para mantener la sostenibilidad de nuestro sistema de protección social. Y evidentemente las medidas no pasan por aumentar los ingresos a través de impuestos progresivos, jamás se ha sugerido eso por la UE y mucho menos por la elevación de las cotizaciones sociales, cuestión que la UE ha desaconsejado en numerosas ocasiones, al solicitar expresamente la reducción o eliminación de la fiscalidad sobre el trabajo.

Evidentemente, si la política no es la de elevar los ingresos de los sistemas de pensiones, la única salida que queda es la reducir los gastos, adelgazar el sistema público de pensiones, que es lo que los *lobbies* de bancas y aseguradoras en la UE siempre han propuesto, para convertirlo en un sistema de protección básico para que el mercado privado de pensiones pueda obtener beneficios, a través de sistemas de aseguración privada suscritos por los trabajadores con más poder adquisitivo.

La gran afectada es la protección por jubilación, como prestación especialmente señalada por la UE. Como es conocido, hay tres elementos fundamentales en la configuración normativa de la jubilación que van a tenerse en cuenta para que las reformas consigan la sostenibilidad del sistema de pensiones: la edad de retiro, la relación del pensionista con la actividad laboral y, finalmente, la tasa de sustitución o reemplazo que represente la prestación con respecto al último salario percibido.

Al no haberse producido un aumento de la edad de jubilación de forma paralela con el aumento de la esperanza de vida, la obtención de pensiones de jubilación durante largos períodos de tiempo se entiende como insostenible, puesto que produce un importante desequilibrio financiero en la tesorería del sistema de Seguridad Social. Las orientaciones de la UE han sido claras: la legislación debe de reformarse en el sentido de evitar salidas precoces del mercado laboral; incrementar la edad de cese definitivo de la actividad; ofrecer a los mayores estímulos financieros para que permanezcan en el mercado laboral; y buscar un mejor equilibrio en la contributividad de las prestaciones respecto de las cotizaciones aportadas.

Se trata de una cuestión prioritaria, ya que afecta de forma directa a los Pactos de Estabilidad y Crecimiento pues es necesario tener unas cuentas públicas saneadas con el déficit controlado. Por ello, el Libro Blanco Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012 se consideraba necesario reformar los sistemas de pensiones para aumentar la tasa de participación en el mercado de trabajo, el crecimiento económico y establecimiento de unas bases sólidas con vistas a unas pensiones sostenibles.

3. LA POLÍTICA ACTIVA DE EMPLEO A NIVEL NACIONAL

Evidentemente, las orientaciones asumidas progresivamente desde las instancias europeas han tenido un impacto cada vez más importante y significativo en el tratamiento de esta cuestión en nuestro Estado. Es cierto que en los últimos años se han adoptado determinadas políticas e incluso se han creado estrategias globales para el empleo de las personas de más edad (2012-2014), la llamada Estrategia 55 y más²². Pero con el cambio de Gobierno no se ha repetido una atención tan específica. Así, los diferentes Planes Anuales de Políticas de Empleo se han referido de forma muy tangencial y circunstancial. De hecho, en el vigente para 2016, se refiere a los mismos cuando sean parados de larga duración beneficiarios del plan PREPARA. Lo mismo ha ocurrido con la Estrategia Española de Activación para el Empleo (2012-2014), adoptado por el RD 715/2014, de 5 de septiembre que se refiere a los mismos a la hora de analizar la situación y las tendencias del mercado de trabajo, y también al señalar la necesidad de favorecer la empleabilidad de otros colectivos especialmente afectados por el desempleo, nuevamente junto a los desempleados de larga duración y a los beneficiarios del PREPARA. En cambio sí se ha entretenido en este colectivo el Plan Nacional de Inclusión Social (2013-2016).

Pero, en realidad, la política de empleo para los trabajadores en edad madura no es una política nueva. Las medidas de fomento del empleo, como conjunto de normas tendentes a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo, mediante el establecimiento de ayudas a la contratación de determinados colectivos que por sus características les resulta complicado acceder a un puesto de trabajo o mantenerse en el que fueron contratados, han sido contempladas desde hace 50 años en nuestro ordenamiento.

Así, el Decreto 2431/1966, de 13 de agosto, inauguró estas políticas de fomento del empleo para los trabajadores de edad (mayores de 45 años,

²² Sobre el tema, véase, PÉREZ GUERRERO, M.L., “La Estrategia 55 y más y los incentivos a la prolongación de la vida laboral”, en AAVV, *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo*, op. cit., p. 199 y ss.

concretamente) estableciendo una serie de preferencias o tutelas para facilitar la colocación y la permanencia en el empleo de los mismos. Norma que fue sustituida por el Decreto 1293/1970, de 30 de abril, desarrollado por la Orden de 18 de enero de 1971, y que además de acoger en su articulado muchas de las normas establecidas en el Decreto al que sustituía, ampliaba el campo de aplicación tanto respecto de las empresas a las que sería aplicación, como de los trabajadores (a los que entendía maduros desde los 40 años), además de ampliar los beneficios laborales y de protección social para este colectivo. Este colectivo también fue tenido en cuenta tanto en el Decreto 3092/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo como en la Ley de Relaciones Laborales de 1977.

Tras la adopción de la CE, el Estatuto de los Trabajadores de 1980 contempló la prohibición de la discriminación por razón de edad y la Ley 51/1980 Básica de Empleo preveía el fomento del empleo de los trabajadores con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo, entre ellos, los mayores de 45 años de edad. La misma idea se recogió en la Ley de Empleo 56/2003 y en el actual Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo (en adelante, TRLE).

Las herramientas que se han utilizado de forma recurrente, a lo largo del tiempo, para la gestión de las políticas activas para el colectivo de trabajadores en edad madura son diversas y entre ellas se encuentran, como es sobradamente conocido: la gestión de la colocación, la orientación laboral, la formación para el empleo, los estímulos a la contratación o bonificaciones y el fomento del autoempleo. Herramientas o medidas que también, por la escasez de originalidad en el legislador, han sido utilizadas para otros colectivos. A ello ha de añadirse que, en el diseño de Estado en el que nos encontramos, y con base a que se trata de un problema que afecta a todo el territorio nacional, es posible que, junto con las medidas de fomento del empleo de carácter estatal, a nivel de Comunidad Autónoma e incluso a nivel local, puedan adoptarse otras medidas de fomento de la contratación laboral. Pero son tantas y tan diversas que excedería con mucho de las posibilidades y límites de este trabajo, por lo que solo dibujaremos el panorama general, ya que incluso

respecto de los incentivos y bonificaciones hay otra parte de esta obra que se dedica a ello²³.

En cualquier caso, si hay algo que ha caracterizado el tratamiento de las medidas establecidas como políticas activas para de fomento del empleo, en general, ya no solo para el colectivo de los trabajadores de mayor edad, ha sido la improvisación, el desorden y la falta de ideas propias en la adopción de las mismas. Ya que son medidas que se han adoptado en diversas normas, con poca conexión o coherencia con otras medidas adoptadas, que en ocasiones se readoptaban tras una previa derogación y que han sido calçadas a veces de las experiencias de otros Estados.

Como se ha dicho anteriormente, las herramientas que se utilizan para la gestión de las políticas activas son diversas y entre ellas se encuentran como es sobradamente conocido: la gestión de la colocación, la orientación laboral, la formación para el empleo, los estímulos a la contratación o bonificaciones y el fomento del autoempleo.

Dos han sido las medidas más incisivas y redundantes y como estímulos a la contratación: de un lado, la flexibilidad en la entrada, en la contratación y, de otro lado, los incentivos y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social.

De forma específica, las medidas de fomento de la contratación pretenden facilitar la contratación y el acceso a la actividad laboral de diversos colectivos de trabajadores a través de la contratación indefinida o temporal. Por lo que se refiere a la flexibilidad en la entrada inicialmente se utilizaron contratos temporales acausales como medida para fomentar el empleo de diversos colectivos, entre ellos, los mayores de 45 años, aunque a partir del año 2000, con la desaparición de éstos, sólo podrían suscribir contratos de fomento del empleo de carácter indefinido (con menor coste de indemnización por extinción). Hasta que con la reforma de 2012 desaparece este contrato indefinido, aunque este

²³ Un panorama general puede verse en ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “Medidas Económico-Financieras de fomento del empleo”, en AAVV, *La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo*, Dirs. MONEREO PÉREZ y MÁRQUEZ PRIETO, CARL, Sevilla, 2016, pp. 536 y ss.

colectivo, tras el RD-Ley 3/2012 y la Ley 3/2012, se incluye en el llamado contrato indefinido de apoyo al emprendedor y más tarde, por el RD-Ley 4/2013 y la Ley 11/2013, en el conocido como “contrato generaciones”, por el cual un joven emprendedor contrata a un trabajador maduro con los incentivos a la contratación en los proyectos de emprendimiento joven.

Además de la contratación, igualmente ha sido intensa la regulación como colectivo objeto de múltiples bonificaciones o reducciones de cuotas. Como se recuerda, la diferencia entre las reducciones y las bonificaciones de cuotas radica en quién se hace cargo de las mismas: las reducciones son a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social (se financian con las cuotas generales) y las bonificaciones de cuotas son a cargo del Presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal (se financian con las cuotas por desempleo) o del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (con las partidas de los PGE)²⁴.

En cualquier caso, ambas tienen como finalidad la reducción de costes de Seguridad Social de las empresas y la potenciación del acceso de determinados colectivos al mercado de trabajo. Sirven como medidas de política activa para integrar en el mundo laboral a grupos o colectivos que por sus determinadas características acusan mayores índices o tasas de desempleo²⁵. Independientemente de su impacto sobre el empleo, lo cierto es que los efectos de una evolución a la baja de los ingresos por cotizaciones sociales afecta sin duda de forma desfavorable *“en el sistema de la Seguridad Social porque los descuentos en los ingresos públicos se compensan con los excedentes financieros del propio sistema, es decir, se establece un mecanismo de autocompensación dentro del propio sistema de la Seguridad Social que equilibraría los perjuicios que pudieran derivarse de los menores ingresos”*²⁶. Aún así, ha sido la política más comúnmente utilizada por el legislador para fomentar el

²⁴ En este sentido, BENEYTO CALABUIG, HERRERO GUILLÉN y PRADOS DE SOLIS, *Soluciones de Seguridad Social*, CISS- Kluwer, Madrid, 2007, p. 242.

²⁵ Ello obedece a la idea generalizada de la adecuación de esta medida para potenciar la creación de empleo y a la competitividad de las empresas, en este sentido puede verse en HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., “La reducción de los tipos de cotización empresarial como instrumento de fomento del empleo en la nueva reforma laboral”, *Relaciones Laborales*, T. 1, 2007, p. 379 y ss.

²⁶ Nuevamente, HERNÁNDEZ-BEJARANO, M., *ibid*, p. 379.

empleo de los colectivos favorecidos y conseguir su inclusión social a través de la contratación laboral.

Desde el RD 3239/1983, que fue la primera norma que reguló las bonificaciones, hasta la actualidad han sido muchas normas las que han regulado beneficios en la cotización para los trabajadores en edad madura, particularmente mayores de 45 años, e incluso atendiendo a cuestiones de género para mejorar la empleabilidad de las mujeres en edad madura (Ley 64/1997; 50/1998; 55/1999; 12/2001; 53/2002; 62/2003; 2/2004; la mayoría de ellas leyes de acompañamiento a la LPGE). La Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo también la contemplaba y otras para los trabajadores mayores de 60 o más años con más de 5 años de antigüedad en la empresa y también la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que reduce esta edad a los 59 años. Es decir, aun existiendo una norma común reguladora de los incentivos a la contratación, la Ley 43/2006, lo normal era contemplar en otras normas diversas situaciones de contratación para colectivos desfavorecidos que, como medida de fomento del empleo, debían ser bonificadas.

Este desorden, y la pluralidad de situaciones que aumentaban de forma considerable los gastos sociales (o reducían los ingresos), es lo que sin duda motivó que el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad hiciera una nueva racionalización de las bonificaciones dirigiéndolas a la contratación a colectivos con dificultades objetivas y especiales para acceder al mercado de trabajo y suprimiendo todas las demás bonificaciones. En esta criba se mantuvieron, entre otras, las bonificaciones a los mayores de 45 años parados de larga duración, y por supuesto, las recién creadas en el contrato de apoyo al emprendedor, por la Ley 3/2012, pero desaparecieron otras para trabajadores en edad madura: como la bonificación en los supuestos de compatibilización del subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena de los trabajadores mayores de 52 años contratados a tiempo completo y de forma indefinida o temporal, siempre que la duración del contrato sea superior a tres meses, o la bonificación en los contratos de trabajo indefinidos de los trabajadores de 60 o más años, con una antigüedad en la empresa de cinco o más años. Posteriormente, en 2013, como ya se

indicó, el “contrato generacional” estableció incentivos en la contratación de este colectivo.

Junto a ello, en los Servicios Público de Empleo se residenciaban el conjunto de herramientas que ya hemos comentado para llevar a cabo estas políticas activas de contratación de los trabajadores en edad madura: la gestión de la colocación, la orientación laboral, la formación para el empleo. Aunque, en el momento actual, se ha procedido a una clara liberación de los servicios de intermediación, en lo que se ha dado en llamar colaboración público-privada de los Servicios Públicos de Empleo con otras entidades, públicas o privadas, que participan activamente en el sistema de colocación. Por ello, las tradicionales preferencias en la intermediación han dejado de tener importancia, a pesar de que el segundo párrafo del art. 34.2 del TRLE indica que, en el supuesto de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, los Servicios Públicos de Empleo podrán contar con entidades colaboradoras especializadas para realizar el proceso específico de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo.

Pues bien, es necesario recordar en cualquier caso que el art. 30 TRLE establece como uno de los varios colectivos prioritarios, por ser personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, a los mayores 45 años, respecto de los que habrán de adoptarse programas específicos tanto por el Gobierno como por la Comunidades Autónomas. Para ellos, los Servicios Públicos de Empleo asegurarán el diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de las personas que los integran y a sus necesidades específicas. Además, y para evitar la exclusión social por tratarse de colectivos especialmente vulnerables, podrán coordinarse con los servicios sociales para dar una mejor atención a estas personas. Preferencia que se aquilata a los mayores de 55 años, por la DA 8ª del RD-Ley 5/2013 que hayan agotado la protección por desempleo o no tengan derecho a la misma, los que *“tendrán la condición de colectivo prioritario para su participación en las acciones y medidas de políticas activas de empleo que desarrollen los Servicios Públicos de Empleo”*.

Por lo que se refiere a la formación profesional de este colectivo, tan necesaria tanto para su reincorporación como para su mantenimiento en el trabajo, no ha venido ha recogerse de forma nítida (sólo como mención a colectivos parados de larga duración, que no tienen porque exclusivamente ser trabajadores en edad madura) hasta el RD 1046/2003, de 1 de agosto, regulador del subsistema de formación profesional continua y en el RD 395/2007 en relación con las acciones del subsistema de formación profesional para el empleo, en cuyo art. 5.3 c) se hace mención como colectivo específico prioritario para acceso a la formación, al tener mayor dificultad de inserción o mantenimiento en el mercado de trabajo, a los mayores de 45 años. Por su parte, el art. 12.2 del RD-Ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, indica que la oferta formativa para trabajadores desempleados se desarrollará mediante diversos programas, entre ellos, programas específicos para la formación de personas con necesidades formativas especiales o con dificultades para su inserción o recualificación profesional.

4. LAS POLÍTICAS PASIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EDAD MADURA

Al tener estas políticas la función de las mismas de proteger las situaciones de necesidad producidas por la falta de empleo de los trabajadores, la competencia de la UE está más limitada.

El Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE), versión consolidada 2012/c 326, establece como objetivo de la política social, entre otros, una protección social adecuada y la lucha contra la exclusión social, por ello apoyará y completará la acción de los Estados miembros en materia de Seguridad Social y protección social de los trabajadores, *ex arts.* 151 y 153.1 c). Ello significa que en la medida en que la competencia en materia de Seguridad Social y protección social es exclusiva es de los Estados miembros, la acción de la UE en este campo es de índole complementaria. La función de la UE es la de recomendar, proponer y aconsejar para conseguir los objetivos de los tratados constitutivos; pero, también ha de recordarse que, en cumplimiento de los objetivos presupuestarios saneados establecidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, las orientaciones que la Comisión realiza para

fomentar las reformas estructurales, entre ellas la contención de gastos y evitación de déficit en los sistemas de Seguridad Social, pueden convertirse en verdaderos mandatos, so pena de sancionarse económicamente al Estado que no cumpla las normas preventivas o disuasorias de este Pacto.

Es por ello por lo que España, con la Ley 27/2011 y con otras normas posteriores, ha modificado de forma importante la regulación de nuestro sistema de Seguridad Social para reducir el gasto, por lo que se han adoptado diversas medidas para dificultar el acceso o el mantenimiento en las prestaciones de la Seguridad Social e incluso para controlar la tasa de sustitución de la prestación percibida.

Como ya hemos visto anteriormente, han sido dos las prestaciones que han servido como principal sostén de las políticas pasivas de empleo para este colectivo de trabajadores de edad madura: las pensiones de jubilación y las prestaciones y subsidios por desempleo. En las que vamos a centrarnos a continuación.

4.1. La protección por jubilación en el marco de la política de empleo

El acceso de España a la Comunidad Europea en la década de los 80 del siglo pasado y la crisis económica de la siguiente década, llevó consigo una importante transformación y reconversión en el tejido productivo de nuestro país. Como ya se dijo, para el reparto del trabajo, la pensión de jubilación fue un instrumento del que se usó y abusó. La idea era que los trabajadores de más edad dejaran sus puestos de trabajo a los más jóvenes, pero para ello tenían que salir del mercado de trabajo con la garantía de seguir manteniendo unos ingresos o rentas para poder seguir viviendo el resto de sus días ya que con tales edades se preveía casi imposible el poder reingresar en el mercado de trabajo. Todo ello hizo que se fomentara la jubilación: voluntaria o involuntaria, total o parcial, anticipada o no para el trabajador. Así pues, los trabajadores de edades cercanas a la de jubilación fueron víctimas de procesos de reestructuraciones y despidos.

Había una verdadera jubilación a la carta: anticipada voluntaria para los que hubieran estado incluidos en el campo de aplicación del sistema antes de primero de enero de 1967; jubilación anticipada a los 64 años ligada a un contrato temporal de sustitución; jubilación parcial, anticipada o no, vinculada a un contrato de relevo; la aparición de ayudas de prejubilación al hilo o no de procesos de reconversión conectadas con la protección por desempleo; y, sobre todo, la jubilación forzosa como parte de la política de empleo, que tuvo que ser amparada por el TC. Ello facilitaba la expulsión del mercado de trabajo de los más mayores en favor de otros colectivos de trabajadores más jóvenes que también se encontraban en riesgo de exclusión social por falta de empleo.

Las orientaciones de la UE respecto de la introducción de medidas para conseguir un “envejecimiento activo” de la población, unida a las orientaciones para evitar el déficit reduciendo el gasto de los sistemas de protección social ha llevado consigo importantes modificaciones en las pensiones de jubilación contributiva de nuestro sistema de Seguridad Social. Ello ha supuesto la desaparición o modificación de muchas de estas normas con el fin principal de garantizar la sostenibilidad económica del sistema de protección social ante el progresivo envejecimiento y el aumento de la esperanza de vida y, de forma accesoria, pensando en el interés del colectivo de trabajadores de más edad. Ello es lo que hace realmente que el legislador elimine la jubilación forzosa o dificulte el acceso a las pensiones anticipadas de jubilación y que potencie el camino inverso: el mantenimiento de las personas de edad en activo.

Por ello, el conjunto de las modificaciones legales producidas podrían encuadrarse dentro de tres líneas:

4.1.1. En materia de edad de jubilación, para conseguir que la edad de jubilación se retrase

A) Jubilación forzosa

La cuestión de la jubilación forzosa tiene distintas vertientes en el ámbito del Derecho Social²⁷. Evidentemente, afecta al derecho al trabajo que toda persona tiene y se encuentra constitucionalmente establecido en el art. 35.1 de la Constitución.

Pero, también, la jubilación forzosa afecta al sistema público de pensiones. Y ello porque, de un lado, en el mismo se establece una edad legal de jubilación (que en el momento actual se encuentra en un periodo transitorio incrementándose anualmente hasta alcanzar la edad de 67 años, y siempre y cuando no se tenga una amplia carrera de seguro) y, de otro lado, porque, como hemos dicho en un momento anterior, la longevidad de la población por el aumento de edad de esperanza de vida supone un importante aumento del gasto en pensiones que afecta a la sostenibilidad del sistema público de protección social.

La jubilación forzosa se eliminó primero por Ley 12/2001, y habiendo sido recuperada²⁸, finalmente ha sido la Ley 3/2012 la que la ha eliminado en la idea de que no puede impedirse, ni por la negociación colectiva, aun fundándose en políticas de empleo, el derecho de los trabajadores a envejecer activamente.

B) Retraso de la edad de jubilación

Con la Ley 27/2011 se contempla un progresivo incremento de la edad de jubilación hacia los 67 años.

A partir del año 2027, se exigirán 67 años de edad para acceder a la jubilación si se tiene menos de 38 años y 6 meses cotizados. Hasta entonces, siempre que no se alcancen los mismos periodos cotizados en cada momento para la edad de 65 años, la edad exigida arrancó en el

²⁷ Sobre el tema puede verse, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., “La jubilación forzosa en perspectiva favorable”, en AAVV, *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo*, op. cit., pp. 407 y ss.

²⁸ La eliminación de la Disposición Adicional 10ª del ET tras la Ley 21/2001, fruto del Acuerdo de Pensiones, fue interpretado por el TS como la imposibilidad de establecer jubilaciones forzosas por la negociación colectiva aun siendo establecidas como medidas de fomento del empleo, *vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “¿Un efecto más de jubilación gradual y flexible? La imposibilidad de fijar edades de jubilación forzosa en la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, nº 75, 2004. Esta posibilidad fue recuperada nuevamente por la Ley 14/2005, *vid.* ÁLVAREZ CORTÉS, J.C y PÉREZ YÁÑEZ, R.M., “La Ley 14/2005, de 1 de julio: nuevamente sobre la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, nº 17, 2005.

2013 con 65 años y 1 mes, aumentando a razón de otro mes cada año (65 años y 2 meses en 2014, y así sucesivamente), hasta el año 2019 en que aumentará en dos meses por año hasta llegar finalmente en el año 2027 a los 67 años de edad.

No obstante ello, a los trabajadores con más largas carreras de seguro, en base al principio de contributividad, se les permitiría mantener la edad de jubilación en 65 años. En el año 2027 se exigirán como mínimo 38 años y 6 meses o más cotizados para acceder con la edad de 65 años a la jubilación, pero al igual que la edad de jubilación, dicho período de carencia exigido va a implantarse progresivamente, en el año 2013 se exigieron 35 años y 3 meses o más cotizados, cada año aumenta el periodo de carencia exigido en tres meses hasta el 2027, en que para poder jubilarse con 65 años haga falta haber cotizado los ya mencionados 38 años y medio.

Es una forma de ajustar la edad de jubilación a la esperanza de vida de la población, lo que ocurre es que esta edad puede reducirse para ciertos sectores y en determinadas circunstancias que sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad y siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca. También se ha previsto dicha reducción para trabajadores discapacitados.

C) Jubilación anticipada²⁹

Tras la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo³⁰, se ha producido un importante cambio para poder acceder a tales

²⁹ Sobre este tema véase, *in extenso*, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “Las jubilaciones anticipadas y su evolución” en AAVV, *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Dir. FERNÁNDEZ LÓPEZ y CALVO GALLEGO, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 491 y ss.

³⁰ *Vid.* GARCÍA VIÑA, J., “Pensión de jubilación anticipada a partir de los 61 años sin tener la condición de mutualista”, en AAVV, *La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, Ed. Laborum, Murcia, 2011, pp. 213 y ss.

prestaciones, recortando las posibilidades de acceso de forma importante como forma de reducir los gastos en prestaciones de jubilación y limitando el gasto público.

Además de eliminarse la jubilación especial a los 64 años establecida en el Real Decreto 1194/1985 por la Ley 27/2011, con fecha de efectos, de 1 de enero de 2013, se reorganizó por esta norma la jubilación anticipada estableciendo dos modalidades³¹ con carácter general para cualquier trabajador que cumpliera los requisitos: la voluntaria y la involuntaria.

Pero lo curioso es que cuando faltaban dos meses para la entrada en vigor de esta reforma, el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo produjo una reforma sobre la reforma nonata, justificándose en la viabilidad del sistema³², desincentivando, sin duda, la jubilación anticipada voluntaria.

Podríamos describir la regulación vigente de esta materia de la siguiente forma:

- La jubilación anticipada voluntaria podría hacerse en *“una edad inferior a dos años, como máximo, a la edad legal ordinaria de jubilación que corresponda”*, por lo que, por tal motivo, la antelación máxima posible de esta jubilación será de dos años. Pero para poder acceder a la misma se exige al solicitante el tener cubierta una carrera de seguro de, al menos, 35 años cotizados. La consecuencia de anticipar la edad de jubilación es

³¹ Sin contar con la jubilación parcial “anticipada” que sigue vigente, y aunque tiene un período transitorio para su puesta en vigor tras la reforma, creemos que es una figura que, si se nos permite el símil, esta “herida de muerte” al obligarse al empresario a cotizar por el jubilado parcial como si estuviera trabajando a tiempo completo. Ese encarecimiento de la cotización, producirá el desuso de esta figura, sin duda alguna.

³² Esta norma justifica la modificación de la jubilación anticipada, en su Exposición de Motivos, en la sostenibilidad del sistema de pensiones que precisa *“que los parámetros esenciales que determinan el acceso a la protección o la cuantía de las prestaciones se adecuen a las circunstancias y realidades sociales y económicas en que ese sistema se desenvuelve. Resulta, por tanto, esencial que la edad de acceso tenga en cuenta la variación de la esperanza de vida tanto cuando el acceso se produce a la edad legalmente establecida, como en los supuestos en que el acceso es posible a una edad inferior. En este sentido, las medidas adoptadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, resultaban insuficientes para garantizar la viabilidad del sistema en el largo plazo, al permitir un alejamiento paulatino entre la edad legal de jubilación y la edad a la que es posible acceder a una jubilación anticipada, y favorecer, en determinadas ocasiones, las decisiones de abandono temprano del mercado laboral”*.

la de establecer unos coeficientes reductores de la cuantía de la pensión de jubilación anticipada a percibir, que serán más altos cuanto menos periodo de carencia se tenga. En cualquier caso, no se puede acceder a la pensión de jubilación anticipada voluntaria, aun cumpliendo los requisitos, cuando el importe de la pensión, aplicados los coeficientes reductores por trimestres, fuese inferior a la pensión mínima.

- La jubilación anticipada involuntaria o por causa no imputable al trabajador tiene como principal elemento de referencia la extinción del contrato de trabajo en casos de *“reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral”*, ya no se recoge una referencia a la involuntariedad del cese del trabajador, como en otros momentos anteriores, que suponía encontrarse en situación legal de desempleo. Los únicos casos previstos actualmente son los de despidos colectivos u objetivos por causas económicas o por fuerza mayor³³, resolución judicial en proceso concursal, y muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual o extinción de la personalidad jurídica contratante o extinción por víctima de violencia de género³⁴.

En estos supuestos, la edad de jubilación puede anticiparse en un período *“inferior a 4 años, como máximo”* a la edad de jubilación ordinaria. Para ello se exige al trabajador que tenga un período de carencia cumplido de, al menos, 33 años cotizados. La obtención de una pensión de jubilación anticipada *“involuntaria”* conlleva una reducción de la cuantía de la pensión al aplicarse cuatro tipos de coeficientes reductores (más favorables que los establecidos para la jubilación anticipada *“voluntaria”*), siendo el más alto si se tiene una carrera de seguro inferior

³³ Exigiendo en tales casos, para poder acceder a la pensión de jubilación anticipada *“el acreditar haber percibido la indemnización correspondiente por la extinción del contrato”* o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha extinción o indemnización.

³⁴ No se entiende como extinción involuntaria cualquier otro despido, ni la extinción en base a los arts. 40, 41 y 50 ET, ni expiración del tiempo convenido, ni la extinción durante el período de prueba, y, lo que resulta más llamativo, despidos objetivos o colectivos que no sean por causas económicas. En cambio, Vicente Palacio, A, entiende que el despido colectivo por causas económicas es una expresión *“en sentido genérico, omnicomprendivo de toda la variedad de causas vinculadas a la empresa que autorizan el despido colectivo del art. 51.1 ET”* ya que todos los trabajadores afectados por las causas del art. 51.1 (o 52 c), en su remisión a éste) su *“extinción ha sido también involuntaria y ligada o motivada por la situación de crisis de la empresa”*, en *“Jubilación”*, AAVV, Dir. SEMPERE NAVARRO y FERNÁNDEZ ORRICO, *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2012, p. 236.

a 38 años y medio y el más bajo si la carrera de seguros es igual o superior al 44 años y seis meses.

Este sistema respeta los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores en EREs, ERTes, convenios colectivos o acuerdos de empresa o decisiones de procesos concursales anteriores a la firma del Acuerdo de 2011 e, independientemente del momento en que se jubilen anticipadamente, se les aplicará la legislación anterior respecto de la que se acordó su jubilación anticipada³⁵.

- Además, si alguien se jubila anticipadamente por estar topada la pensión, se aplica el coeficiente de 0,25 por trimestre a la cuantía máxima de la pensión, como método disuasorio. Es decir, la pensión inicialmente es el resultado de aplicar a la base reguladora tanto el porcentaje según tiempo cotizado a lo largo de toda la vida laboral, como el coeficiente reductor que corresponda. Ahora bien, dicha pensión debe ser igual o inferior al límite máximo de pensiones menos un 0,25% por cada trimestre que se anticipe la jubilación.

Con ello la Ley pretende corregir un efecto indeseado que se viene observando en la práctica y que se traduce en que se producen jubilaciones anticipadas cuyo resultado final es obtener la misma cuantía de pensión que si se produjera la jubilación a la edad ordinaria. Con esta regulación se da cumplimiento a la Recomendación 12 del Pacto de Toledo, en la cual la Comisión considera y constata que la jubilación anticipada se ha convertido, básicamente, en una fórmula de regulación de empleo y es una situación que, a juicio de la Comisión, debe modificarse.

³⁵ LA DF 12ª de la Ley 27/2011 indica que se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta ley), a:

- a) Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de la publicación de la Ley 27/2011.
- b) Las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito y/o acuerdos colectivos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados o suscritos con anterioridad a la fecha de publicación de la Ley 27/2011, con independencia de que la extinción de la relación laboral se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013.

En consonancia con ello, la norma trata de evitar que se produzcan jubilaciones anticipadas planificadas y cuyo resultado final es obtener la misma cuantía de pensión que si se produjera la jubilación a la edad ordinaria, con el consiguiente desequilibrio financiero que ello provoca en el sistema de pensiones de la Seguridad Social.

4.1.2. En materia de potenciar el mantenimiento de las personas de edad en activo

Como medio de fomentar la vida activa de los trabajadores maduros se han introducido dos tipos de medidas: de un lado, aumentando la cuantía de la pensión y, de otro lado, permitiendo la compatibilización de la pensión de jubilación con el trabajo. La idea es que cuanto más tiempo se mantengan en activo los trabajadores menos gastos para el sistema en pensiones.

A) Por ello, cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la edad legalmente establecida (real y sin coeficientes), siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización exigido, se reconocerá al interesado una cuantía especial de la pensión pues se añadirá un porcentaje adicional por cada año completo cotizado (entre el 2 y el 4 por 100 por cada año completo cotizado según la carrera de seguro del trabajador) entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión. Además, podrán revisarse las bases reguladoras, lo que se hará de forma diversa según se tenga o no, en el momento de haber cumplido la edad legal de jubilación, una carrera superior a la exigida para obtener un 100% de la pensión de jubilación.

Finalmente, aunque la cuantía de la pensión no podrá ser superior a la pensión máxima establecida por el sistema y anualmente recogida en la LPGE, a modo de conseguir una mayor motivación en el mantenimiento en el puesto de trabajo de los trabajadores con más altos salarios, en el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida alcance el indicado límite sin aplicar el porcentaje adicional o aplicándolo sólo parcialmente, el interesado tendrá derecho, además, a percibir anualmente una cantidad especial que se devengará por meses vencidos y se abonará en catorce pagas, sin que la suma de su importe y el de la pensión o pensiones que tuviera reconocidas el interesado, en cómputo anual, pueda superar la

cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual.

B) La otra forma diseñada para conseguir el envejecimiento activo de los trabajadores de edad avanzada es permitiendo compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista.

Unas de las características históricas, que con el paso del tiempo se viene desmoronando, para el acceso a las pensiones de jubilación ha sido, o es, el cese en la actividad. La contingencia que daba causa a las prestaciones por jubilación era la situación de pérdidas de salarios o medios de subsistencia que sufrían los trabajadores al alcanzar una edad, fijada por el legislador, en la que se entendía o presumía que se podrían haber perdido las aptitudes y capacidades para el ejercicio de una actividad laboral. Recordando que, como hemos dicho anteriormente, alcanzar dicha edad no tiene que suponer de forma obligatoria dejar de trabajar sino que es una opción para que, en caso de no querer continuarse en activo, se pueda acceder a la pensión de jubilación si se cumplen los requisitos.

El art. 213 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS) establece como regla general que el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista³⁶. Ello es perfectamente coherente con el concepto de jubilación contributiva del art. 204 cuya prestación económica se reconocerá *“cuando alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena”* (ello también es aplicable para el trabajo por cuenta propia como se recoge en el art. 42 del RD 2530/1970 de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos que indica que la misma se concederá *“cuando a causa de su*

³⁶ Por su parte, el artículo 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, al referirse a la incompatibilidad indica que: *“1. El disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial, del Régimen General o de alguno de los demás Regímenes Especiales a que se refiere el artículo 10 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974. 2. El disfrute de la pensión de jubilación será compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad”*.

edad cesen en el trabajo”). También es incompatible la percepción de la pensión de jubilación con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público³⁷, incluyendo a los altos cargos de la Administración.

Las únicas excepciones a la compatibilización de las pensiones de jubilación con la actividad del pensionista, además de las salvedades que legal o reglamentariamente se prevean serían:

A) La llamada jubilación flexible³⁸: recogida en el segundo párrafo del art. 213.1 LGSS, esto es, las personas que siendo beneficiarios de pensiones de jubilación acceden nuevamente al mercado de trabajo con un contrato a tiempo parcial, en cuyo caso la cuantía de la pensión “*se minorará 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*”³⁹.

B) La jubilación parcial: recogida en el art. 215 LGSS, que puede ser o no anterior a la edad legal de jubilación, y que supone, siempre que se cumplan los requisitos, especialmente estrictos en los casos de anticipación, que el trabajador acuerde con el empresario una reducción de su jornada de trabajo (generalmente, entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%) para iniciar su vida como pasivo obteniendo una pensión de jubilación parcial para compensar la ganancia de ingresos por

³⁷ A excepción de los profesores universitarios eméritos y del personal licenciado sanitario emérito.

³⁸ Por todos, véase, GARCIA NINET, J.I., “Jubilación parcial, jubilación flexible y contrato de relevo. Nuevos intentos de utilización de esta modalidad contractual. Reparto del empleo e incentivo a la prolongación de la vida laboral a tiempo parcial”, *Tribuna Social*, nº 247, 2003, p. 7. Y, especialmente, como se inserta la legislación española sobre la jubilación flexible en el seno de la normativa europea, puede verse LÓPEZ CUMBRE, L., “El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 37, 2002.

³⁹ Ha de recordarse que la “jubilación flexible” como término que utiliza el art. 1 de la Ley 35/2002 “*puede llevar a confusión, pues ha referido la mención jubilación flexible a sólo un supuesto específico de ella, el de compatibilidad de la pensión de jubilación ya obtenida con un posterior trabajo a tiempo parcial. El concepto de jubilación flexible es genérico e incluye a todos los supuestos de alteración de la regla de la jubilación total y completa a los 65 años*”, como indica RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M, en “La flexibilidad de la edad de jubilación”, *Relaciones Laborales*, T. II, 2002, versión leydigital.es, p. 14. De hecho, en términos generales, podría decirse que “*la jubilación parcial es una manifestación más de la jubilación flexible en relación a las condiciones de la percepción de la prestación*”, como indica PUMAR BELTRÁN, N., “La jubilación parcial como manifestación de flexibilidad”, *Temas Laborales*, nº 82, 2005, p. 139.

la reducción de jornada producida. Aunque, como se anotó anteriormente, con la actual regulación de la jubilación parcial anticipada, probablemente será una figura poco usada por el alto coste que le supone al empresario al tener que cotizar por el trabajador relevado conforme a los salarios que tenía antes de novar su contrato a tiempo parcial para poder compatibilizarlo con la pensión de jubilación.

Desde luego la jubilación parcial y la flexible son dos situaciones distintas: la jubilación parcial es para personas en activo que desean reducir su jornada de trabajo y compatibilizar con una pensión de jubilación parcial y la jubilación flexible supone que un pasivo, un trabajador ya jubilado, vuelve a acceder al mercado de trabajo a través de un contrato a tiempo parcial, viendo por ello reducida su pensión en proporción inversa a la jornada de trabajo a tiempo parcial realizada.

C) La llamada “jubilación activa”: recogida en el art. 214 LGSS que permite el disfrute de la pensión de jubilación a los pensionistas con cualquier trabajo por cuenta propia o ajena siempre que éste haya accedido a la pensión de jubilación a la edad legal (no bonificada ni anticipada) y la cuantía de su pensión hubiera obtenido el máximo posible a dicha edad (100%). En dicho caso, e independientemente de que el trabajo por cuenta ajena se realice a tiempo parcial o completo, se permite la compatibilidad con la pensión de jubilación pero la misma se reduce la 50%, excluido el complemento a mínimos que correspondiera. Evidentemente, cuando se cese en dicha actividad se recuperará nuevamente la pensión de forma íntegra con las revalorizaciones correspondientes⁴⁰. La norma exige el acceso previo a la pensión de jubilación, por lo cual el trabajador habrá tenido que haber cesado en su trabajo, pero un “Oficio” de la DGOSS de 4 de octubre de 2013 con un valor jurídico más que discutible obvia esta obligación ya que permite acceder a la pensión de jubilación activa a los solicitantes que hubieren cumplido el resto de los requisitos “*sin que se produzca el cese*”⁴¹. Pero lo

⁴⁰ Durante dicho trabajo se produce una cotización reducida, de “solidaridad” que sólo computará para las prestaciones de incapacidad temporal y por contingencias profesionales.

⁴¹ Una dura, pero justa crítica, a este “derecho subterráneo de la Seguridad Social”, puede verse en MERCADER UGUINA, J.R., “¿Puede producirse la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo sin cesar el trabajador en su actividad? El RDL 5/2013 y el valor interpretativo el (...)”

cierto es que esta misma interpretación ya ha sido acogida en alguna sentencia⁴².

D) La compatibilidad con “trabajos marginales”: el art. 213.4 LGSS recoge una situación de compatibilidad tan curiosa como complicada de controlar⁴³. Se indica en el mismo que el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Y además excluye de cotización a tales supuestos por lo que no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social.

4.1.3. El establecimiento de limitaciones en la cuantía de la pensión y en sus revalorizaciones, para limitar su tasa de sustitución

A) Determinación de una nueva cuantía.

De acuerdo con las recomendaciones del Pacto de Toledo y, por supuesto, con la orientaciones comunitarias de limitación del gasto público y con la finalidad de reforzar el principio de contributividad del sistema de la Seguridad Social, lograr una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones efectuadas por el interesado en los años previos a la jubilación y la cuantía de la prestación y dotar al sistema de una mayor equidad en el procedimiento de cálculo de las pensiones de jubilación, se modifica el sistema de cálculo de la pensión de jubilación.

Oficio de Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de octubre de 2013”, *op. cit.*

⁴² La STSJ de Castilla León de 22 de octubre de 2015 (Jur 2015, 257202) permite acceder a la pensión de jubilación al trabajador que cumple en el momento de la solicitud los requisitos, pese a mantener su alta en el RETA “*ya que la norma no establece prohibición al respecto*”, como indica DOMÍNGUEZ MARTÍN, A., “La jubilación activa no requiere baja previa en la Seguridad Social”, STSJ de Castilla León de 22 de octubre de 2015 (Jur 2015, 257202), *Rev. Aranzadi Social*, BIB, 2016/218.

⁴³ Como se ha dicho, respecto de la compatibilidad con ingresos inferiores al SMI, “... *en muchos casos el control del importe real puede ser complicado por diversos motivos*”, en SELMA PENALVA, A., “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n° 2/2013 (BIB 2013/931), p. 5, además esta autora duda, y estoy de acuerdo con ella, que en la actualidad hayan mecanismos adecuados para comprobar que los ingresos realmente declarados por el pensionistas coinciden con la realidad.

Respecto de la base reguladora, la misma recoge las cotizaciones efectuadas en los últimos 25 años (aumentando en 10 años), si bien con una aplicación paulatina, hasta el año 2022, lo que neutraliza su impacto en quienes se encuentren próximos a la edad de jubilación. A partir del año 2022, la base reguladora de la pensión de jubilación será el cociente que resulte de dividir por 350, las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

Si bien la norma ha hecho una excepción para los trabajadores de edad madura⁴⁴ paliando las consecuencias negativas de su expulsión prematura del mercado laboral ya que se les permite optar por la aplicación de un periodo de cálculo sin sujetarse a normas transitorias, cuando ello les pueda resultar más favorable.

El verdadero problema de la base reguladora será para los trabajadores de mayor edad que al final de su carrera hubieran tenido un período de inestabilidad en la sus relaciones laborales y ello porque en caso de que hubieran de integrarse lagunas por no haber cotizado (solo para trabajadores por cuenta ajena) y para evitar descubiertos se ha establecido una norma bastante dura, siendo la redacción de la norma vigente una dulcificación realizada por la DF 20 de la Ley 3/2012 a la regla prevista inicialmente por la Ley 27/2011.

⁴⁴ Se trata de trabajadores que hayan cesado en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad y, por tanto, se encuentren en situación legal de desempleo y que, a partir del cumplimiento de los 55 años de edad y al menos durante veinticuatro meses, hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral. Cumpliéndose estas condiciones:

- Desde el 1-1-2013 hasta el 31-12-2016, la base reguladora aplicable a estos trabajadores será el resultado de dividir por 280 las bases de cotización durante los 240 meses inmediatamente anteriores (fórmula de 20 años computables) al mes previo al del hecho causante, siempre que les resulte más favorable que la que le hubiese correspondido de acuerdo con lo indicado en la tabla anterior.
- De igual modo, desde el 1-1-2017 hasta el 31-12-2021, la base reguladora será el resultado de dividir por 350 las bases de cotización durante los 300 meses inmediatamente anteriores (25 años) al mes previo al del hecho causante, siempre que resulte también les resulte más favorable.
- Lo indicado anteriormente se aplicará, asimismo, a los trabajadores por cuenta propia o autónomos cuando haya transcurrido un año desde la fecha en que hubieran agotado la prestación por cese de actividad (Ley 32/2010, de 5 de agosto).

Así pues, en el periodo de 48 meses anteriores al hecho causante, las lagunas se integrarán con la cuantía de la base mínima de cotización de entre todas las existentes en cada momento, pero el resto de las mensualidades se integran al 50% de las bases mínimas en cada momento. Ello supondrá, sin duda, un “recorte” enorme en la protección social de los trabajadores, (anteriormente la integración de lagunas se realizaba en cualquier caso con el salario mínimo interprofesional)⁴⁵.

Lo cual creemos es una medida durísima, que se conjuga con la restrictiva forma de determinar los complementos a mínimos a conceder, lo cual puede reducir aún más la cuantía final de la pensión contributiva a percibir puesto que, en su cuantía máxima, los complementos a mínimos, coincidirán con la cuantía de las pensiones no contributivas; muestra de la asistencialización del nivel contributivo del sistema para la cobertura de rentas de compensación o subsistencia evitando con ello las posibles situaciones de exclusión social.

El porcentaje para aplicar a la base reguladora en orden a la determinación de la cuantía también se ha modificado, pero ello no es una cuestión que afecte mucho a al contenido de la prestación puesto que lo que se hace es teniendo en cuenta que con el periodo mínimo cotizado se obtiene un 50% de porcentaje, el resto se determina en vez de anualmente, como anteriormente se hacía, de forma mensual. La única modificación que afecta a la cuantía, respecto del tipo o porcentaje aplicable, es que se amplía en dos años el período de tiempo preciso para que dicho porcentaje alcance el 100 por 100, lo que supone que, en lugar de los 35 años de cotización que anteriormente se exigían, a partir de que entre en vigor, tras el paso del período transitorio, se requiera alcanzar los 37 años completos de cotización para alcanzar dicho porcentaje.

⁴⁵ Tan era consciente de ello el legislador que en la DA 8ª de la Ley 27/2011 se preveía que el Gobierno habría de evaluar en el plazo de un año “*los efectos y el impacto*” que tales medidas en materia de “*integración de lagunas*” tuvieran en la determinación del cálculos de las pensiones. Y en función de los resultados de dicha evaluación se llevarán a cabo “*las adaptaciones, modificaciones y cambios que resulten precisos para corregir las distorsiones que tal evaluación haya evidenciado, y que permitan la incorporación de cotizaciones anteriores al periodo de cómputo como elemento de integración de lagunas*”.

B) La revalorización y el factor de sostenibilidad⁴⁶

La revalorización supone un fuerte incremento anual de los gastos en pensiones, por ello han surgido diversas propuestas para aminorar o ralentizar dichos costes. Más aún, el azote de la crisis ha supuesto que se haya llegado a suspender la actualización de las pensiones o se haya limitado la revalorización a porcentajes que nada tienen que ver con la realidad de la evolución de los precios o del coste de la vida, produciendo claramente un perjuicio en la capacidad adquisitiva de los beneficiarios de las pensiones.

Desde luego, son tiempos difíciles para evitar la pérdida del poder adquisitivo de los pensionistas. Inicialmente, el RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, suspendió la revalorización automática de las prestaciones para el 2011 y, posteriormente, el RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social estableció una revalorización de pensiones en el 1% y la eliminación de la actualización por el desvío en la previsión del IPC de la revalorización producida. Ello ha dado origen a la STC 49/2015, de 3 de marzo, por la que se considera constitucional dejar sin efecto la actualización de pensiones.

Pero, sin duda, el mayor ataque a la determinación de las pensiones de vejez o jubilación y a la revalorización de las pensiones se ha producido con la Ley 23/2013 en la que se establecen nuevos métodos de determinar las pensiones de vejez o jubilación y también de revalorizar las pensiones. Mecanismos pensando más en el control del déficit del sistema que en el derecho de los pensionistas a pensiones

⁴⁶ Sobre este tema véase, por todos, SUÁREZ CORUJO, B., “Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del Factor de sostenibilidad”, *Relaciones Laborales*, nº 5/2014; TORTUERO PLAZA, J.L., “La Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de seguridad social: régimen jurídico”, *Relaciones Laborales*, nº 5/2014; GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El nuevo régimen de revalorización de pensiones”, *Relaciones Laborales* nº 5/2014; MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., “El factor de sostenibilidad en España ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?”, *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013; LÓPEZ GANDÍA, J., “La suspensión de la revalorización de pensiones”, *Revista Doctrina Social*, nº 71, 2015, o, finalmente, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “La actualización y revalorización de pensiones y el principio de retroactividad”, *Temas Laborales*, nº 129, 2015.

dignas y acordes a sus aportaciones a lo largo de su carrera laboral y a la revalorización para evitar la depreciación.

Por lo que se refiere al factor de sostenibilidad, consecuencia de las recomendaciones de la Comisión del Pacto de Toledo y de la presión de la UE para el cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, el art. 8 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, introdujo el denominado factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social⁴⁷.

Por lo que nos interesa, referido a la revalorización de pensiones, evidentemente, el legislador para cumplir formalmente la garantía constitucional de la revalorización de pensiones, y a través del art. 7 de la Ley 23/2013, ha modificado por enésima vez el precepto sobre revalorización de pensiones, que en el momento actual es el art. 57 de la LGSS, creando el llamado Índice de Revalorización Automática, lo que supone abandonar *“la indexación previa del incremento de las pensiones al IPC como garantía completa de la conservación de su poder adquisitivo de las pensiones”*⁴⁸. Se trata de la introducción de una fórmula matemática que toma diversos elementos o variables: los ingresos del sistema, el número de pensiones contributivas de la Seguridad Social, la variación interanual de la pensión media y los gastos del sistema.

Pensando en el más que probable resultado negativo, sobre todo en épocas como la actual en la que las tasas de desempleo son altas y los ingresos por cotizaciones disminuyen, el legislador “bondadoso” ha establecido una garantía mínima de incremento anual de las pensiones,

⁴⁷ La idea era que, a partir del 2027, los parámetros fundamentales del sistema se revisarían por las diferencias entre la evolución de las esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada 5 años, usando las previsiones realizadas por los organismos competentes. Y es que la sostenibilidad financiera del sistema pasa por tener en cuenta las consideraciones demográficas (tasa de natalidad y esperanza de vida), el cese precoz en la actividad de los trabajadores de edad avanzada y la salud del mercado de trabajo, entendiéndose como tal las tasas de empleo existentes. Vid, SEMPERE NAVARRO, A.V, “El factor de sostenibilidad del sistema”, en AAVV; *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Dir. SEMPERE NAVARRO y FERNÁNDEZ ORRICO, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 215.

⁴⁸ Como indican GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S., “Introducción al Derecho de la Seguridad Social”, op.cit, p. 203.

estableciéndose en un 0,25%. De otro lado, también establece un máximo de revalorización, teniendo en cuenta por vez primera en toda esta formulación, el IPC; dicho tope máximo se fija en el IPC del año anterior incrementado en un 0,5%. Desde luego, con la fórmula diseñada para determinar el IRA es casi imposible que se llegue a este tope máximo.

Aunque el factor de sostenibilidad se aplicará a las pensiones que se causen a partir del 2019, el Índice de Revalorización Automática ya está en vigor, aunque no en pleno funcionamiento. Por ello, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2014, 2015 y la actual de 2016, en su art. 36, (Leyes 22/2013, de 23 de diciembre y 36/2014, de 26 de diciembre, Ley 48/2015, de 29 de octubre, respectivamente) han fijado una revalorización directa del 0,25 en las pensiones. Cuantía que, por supuesto, nada tiene que ver con el IPC previsto o real de tales anualidades.

De hecho, con el método establecido, que como se ha dicho, aún no está en funcionamiento pleno, no se produce un ajuste real de las pensiones a los cambios de los precios, a la inflación, sino parcial. Ello provoca una devaluación de las pensiones a lo largo de los años, evitando la función de seguridad económica que es propia de las pensiones, sobre todo de las más bajas. Formalmente, todas las pensiones se incrementan anualmente de forma automática. Materialmente, al elevarse en cuantía inferior al incremento de los precios, lo que se produce es una depreciación progresiva de las pensiones. Nos hemos olvidado la contribución que los pensionistas actuales, a lo largo de su vida como activos, han realizado a la prosperidad de nuestro país.

Al final, el sistema adoptado parece seguir una revalorización *“cuando se pueda, como se pueda y en la medida en que la economía nacional lo permita”*⁴⁹.

Como el nuevo art. 48 de la LGSS, tras la Ley 23/2013 de Factor de Sostenibilidad, no tiene como fin garantizar la capacidad adquisitiva de las pensiones, sino evitar el déficit del sistema de Seguridad Social, se ha

⁴⁹ Como recuerda, GETE CASTRILLO, P., “El nuevo derecho común de las pensiones públicas”, *op. cit.*, p. 598.

dicho que ello “*quiebra determinadas garantías constitucionales –la suficiencia, la prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo y la seguridad jurídica–. De ahí, la total viabilidad, a nuestro juicio, de Recurso de Inconstitucionalidad presentado contra esta Ley, aunque ya veremos qué dice y cuando el «supremo intérprete» constitucional*”⁵⁰. Aunque mucho nos tememos que con una doctrina como la emanada de la STC 49/2015, de 5 de marzo, nuestro Tribunal Constitucional atenderá más a la importancia de la economía que a las necesidades de las personas.

4.2. La protección por desempleo en el marco de las políticas de empleo⁵¹

4.2.1. Cuestiones generales

La política de lucha contra el paro tiene dos vertientes que, aunque claramente diferenciadas, necesariamente se interconectan, de un lado, el establecimiento de políticas activas de empleo con el fin de establecer medios oportunos que faciliten el acceso al mercado de trabajo de las personas desocupadas y, de otro lado, la adopción de políticas pasivas de desempleo por las que se concedan prestaciones por desempleo que sirvan como medio de sustento durante dicha situación. Podría decirse que hay una relación de subsidiariedad ya que “*la protección por desempleo entra en acción cuando la política de empleo ha fracasado en la consecución de su objetivo que es, precisamente, el pleno empleo*”⁵².

La conexión entre las políticas activas y pasivas, y la necesidad de coordinación de ambas, es algo que el Convenio n° 168 de la OIT sobre el fomento del empleo y la protección por desempleo venía predicando desde hace algún tiempo, cosa que, a nivel nacional realizó la Ley 51/1980 Básica de Empleo y en la actualidad los arts. 41 y 42 de TRLE. Los sistemas de protección por desempleo han de contribuir al fomento

⁵⁰ Nuevamente, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, “Manual de Seguridad Social”, *op. cit.*, p. 243.

⁵¹ Vid, LÓPEZ GANDÍA, J., “Las políticas pasivas: protección por desempleo”, en AAVV, *Políticas Sociolaborales*, Ed. Thomson-Reuters, Coord. CARDONA RUBERT, MB y CABEZA PEREIRO, J., Cizur, 2014, p. 463 y ss.

⁵² Así lo dijo ALARCÓN CARACUEL, M.R. en “Política de empleo y protección por desempleo”, en AAVV, *Política de Empleo y Protección Social*, Coord. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., URV, Barcelona, 1996, p. 137.

del pleno empleo y ello porque el diseño del Estado de Bienestar exige, para su salud económica, situaciones de pleno empleo. La actuación de los sistemas de protección por desempleo en tales casos lo sería para las situaciones de paro friccional y de rotación de la mano de obra, cosa que no ha ocurrido en las últimas décadas que se han caracterizado por todo lo contrario a causa de las consecuencias del cambio tecnológico y de las políticas de flexibilidad.

Aún así nos encontramos en una situación compleja ya que la protección por desempleo, como parte esencial del llamado Estado de Bienestar, ha de cumplir una serie de condiciones para que pueda conjugarse con las políticas de empleo. Desde una primera perspectiva, la protección por desempleo sigue funcionando como medida auxiliar a las políticas de reestructuración del sistema productivo y ajuste empresarial, facilitando la reorganización empresarial bien en situaciones de crisis o de necesidad de convertir a las empresas para mejorar su competitividad con el exterior en un mercado cada vez más globalizado. De hecho, en el sistema español de Seguridad Social, como ya vimos anteriormente, se observan prestaciones por desempleo que traen su causa en extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de las empresas y planes de prejubilación que, a veces, engarzan, con subsidios por desempleo para personas de edad madura con el fin de terminar jubilando a los trabajadores tras una larga percepción de prestaciones de la Seguridad Social. Y es que con tales medidas que permiten “aliviar” plantillas, se salvan empresas de su más que seguro cierre y se consigue una mayor competitividad que las harán aptas para poder incorporar en un futuro nuevos trabajadores a sus filas.

A ello ha contribuido, sin duda, la nueva forma de regular el procedimiento del despido colectivo tras la reforma de la Ley 3/2012 que ha eliminado la autorización administrativa y ha intentado objetivar, flexibilizando, cuándo se entiende que las empresas están inmersas en dichas causas y ello, independientemente, de la numerosa jurisprudencia que ha podido declarar las extinciones colectivas no ajustadas a derecho.

Por supuesto, aunque en la comunicación de inicio del período de consultas ha de consignarse los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, y que, *ex art.* 51.5 ET, por

convenio colectivo o por acuerdo en el período de consultas podrían establecerse como colectivos prioritarios en la permanencia a los trabajadores “*mayores de edad determinada*”, lo cierto es que este colectivo, el de los trabajadores de edad madura, como anteriormente se apuntó, se encuentra en el punto de mira del empresario en los casos de despidos colectivos. Al menos, el legislador ha establecido dos obstáculos para el despido de los trabajadores en edad madura⁵³: de un lado, *ex art. 51. 9 ET*, si la empresa no se encuentra en concurso, y se despide a mayores de 55 años “*que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial*” para ellos. Y, de otro lado, *ex art. 51.11 ET*, si el despido colectivo afecta a trabajadores de 50 ó más años de edad las empresas deberán de hacer una aportación al Tesoro Público siempre y cuando la empresa tenga beneficios y el número de trabajadores despedidos mayores de 50 años supere un determinado porcentaje⁵⁴.

Desde otra perspectiva, las tensiones entre la necesidad de expandir el sistema de protección social a las cada vez más comunes situaciones de necesidad provocadas por el desempleo o exclusión del mercado de trabajo y la también necesaria contención del gasto hacen que se exija a los beneficiarios que la protección dispensada no sea a causa de su voluntad de salir del mercado de trabajo (salvo excepciones justificadas) y su compromiso para reincorporarse al mercado de trabajo. Se ha dicho

⁵³ Y también la exigencia de un plan de recolocación externa cuando el despido afecte a más de 50 trabajadores. Lo cierto que es una medida que no tiene necesariamente que ver con la edad, pero es cierto, que sería muy importante que nos tomáramos en serio la recolocación de los trabajadores en edad madura, véase, GALA DURÁN, C., “La recolocación externa de los trabajadores maduros (outplacement) como vía de actuación ante el desempleo”, en AAVV, *Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2013, p. 1319 y ss.

⁵⁴ Desde luego, ha sido una cuestión que aunque inicialmente fue regulada en la Ley 27/2011 y desarrollada en el RD 1484/2012, de 29 de octubre, a los 5 meses de vigencia fue sustancialmente modificada por el RD-Ley 5/2013. Sobre esta cuestión en su estado inicial, puede verse CABEZA PEREIRO, J., “La aportación económica al Tesoro público en caso de despidos colectivos de empresas con beneficios”, *Justicia Laboral*, nº 50, 2012, pp. 15 y ss; ESTEBAN LEGARRETA, R., *El deber empresarial de realizar aportaciones al Tesoro público por el despido de trabajadores de 50 o más años mediando beneficios. Un análisis de datos y finalidades*, 2015, en http://ddd.uab.cat/pub/caplli/2015/147166/finsoipos_a2015p73ieng.pdf; también, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “Regulaciones diversas que afectan a las Seguridad Social en las recientes reformas de 2012: campo de aplicación, cotización, incapacidad, jubilación y otras cuestiones”, en AAVV, *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Punto Rojo, Sevilla, 2013, pp. 379 y ss.

que como “incentivo” a la búsqueda de empleo las prestaciones no han de ser ni abundantes ni duraderas. Por decirlo de otro modo, el interés del desempleado por encontrar un empleo, se cree, es inversamente proporcional a la tasa de sustitución de las rentas dejadas de percibir y/o, en su caso, al período de percepción de las prestaciones por desempleo. Esto justifica en cierto modo la reducción de la protección social a cambio de destinar los fondos para la protección del desempleo a financiar políticas de creación o fomento del empleo (además, de la formación profesional, autoempleo, abaratamiento de costes empresariales en contratación de grupos de difícil inclusión en el mercado de trabajo, compatibilización de subsidios de desempleo con trabajo por cuenta ajena en los supuestos de trabajadores maduros o de sustitución de trabajadores en formación e incluso ayudas destinadas a procurar la movilidad geográfica de los trabajadores).

Pues bien, como regla general, no sin excepciones, para acceder a la protección por desempleo, el solicitante de la misma no puede haber abandonado voluntariamente un puesto de trabajo. Y, al mismo tiempo, con la dificultad que ello conlleva, ha de demostrar su “voluntad” de encontrar trabajo, para lo que habrá de inscribirse como demandante de empleo (en una oficina del Servicio Público de Empleo), y además ha de acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad. Mientras que dure la situación por desempleo, so pena de ser sancionado, el trabajador deberá continuar renovando periódicamente su demanda de empleo. La comprobación del requisito de “búsqueda” activa de empleo es francamente difícil, sólo comprobable en los supuestos en los que el Servicio Público de Empleo haya emplazado al trabajador a una entrevista para una oferta de trabajo, puesto que la incomparecencia injustificada a dicho acto, la no devolución de los correspondientes justificantes de haber asistido a dicha oferta e incluso la comparecencia con actitudes que notoriamente impliquen la no voluntad de aceptar el trabajo pueden ser sancionadas por la Entidad Gestora. Finalmente, el beneficiario de prestaciones por desempleo deberá participar en trabajos de colaboración social, en programas de empleo y acciones de formación o reconversión profesional, además de aceptar cualquier “*oferta de colocación adecuada*”. Desde luego, tras una definición amplia de lo que se entiende por tal en el artículo 301 de la

LGSS, se observa una cierta atenuación en el rigor y expansión del término ya que el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta las circunstancias profesionales y personales del desempleado, así como la conciliación de su vida familiar y laboral, el itinerario de inserción fijado, las características del puesto de trabajo ofertado, la existencia de medios de transporte para el desplazamiento, así como las características de los mercados locales de empleo.

Con todo ello puede observarse claramente que la protección por desempleo se dirige a los que, aún saliendo involuntariamente del mercado de trabajo, tienen interés en volver a reincorporarse al mismo, cuestión que a veces no se produce en los trabajadores de edad madura con edades más cercanas a la jubilación, por los motivos que ya hemos comentado anteriormente.

4.2.2. La protección por desempleo para los trabajadores en edad madura

Como es conocido, nuestra regulación de la protección por desempleo distingue dos niveles: el contributivo (prestaciones) y el asistencial (subsídios). El primero con el declarado objeto de proporcionar rentas de sustitución de los salarios dejados de percibir por la pérdida de un empleo o por la suspensión o reducción de jornada. Y el nivel asistencial, complementario del anterior, garantizando una protección a los trabajadores desempleados otorgando prestaciones de subsistencia para evitar su exclusión social.

4.2.2.1. En el nivel contributivo

Desde luego, las referencias legales a la edad madura en el nivel contributivo son ciertamente escasas:

a) No se podrá acceder a la prestación por desempleo en el caso de que el trabajador en edad madura haya cumplido la edad para causar derecho a la pensión de jubilación contributiva, salvo que *“no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello o se trate de supuestos de suspensión de contrato o reducción de jornada”*, por lo que ello supondrá la extinción del derecho *ex arts. 266 d) y 272 d)*

b) También será causa de extinción de la prestación por desempleo el “*pasar a ser pensionista de jubilación*”, *ex art. 272 e*), lo que se produciría en caso de que el beneficiario de la prestación por desempleo optara, por los motivos que fuera, y en caso de que cumpliera los requisitos, por acogerse a una situación de jubilación anticipada.

4.2.2.2. En el nivel asistencial

En cambio sí son más frecuentes las referencias a este colectivo en el nivel asistencial por desempleo, sin duda, por tratarse de sujetos que por su edad y dificultad de acceso al mercado de trabajo requieren una mayor protección:

a) Son beneficiarios del subsidio por desempleo los mayores de 45 años, aunque carezcan de responsabilidades familiares, la duración de este tipo de subsidio es de solo 6 meses *ex arts. 274.1b) y 277.1b) LGSS*⁵⁵.

b) Son beneficiarios del subsidio por desempleo los mayores de 55 años, aunque carezcan de responsabilidades familiares, *ex art. 274.4 LGSS*. Respecto de este colectivo, las tres modificaciones más recientes que se han producido por el RD-Ley 20/2012 se han referido: a la elevación de la edad, puesto que anteriormente era a partir de los 52 años; respecto de la exigencia de carencia de rentas, en el mismo modo que el resto de los subsidios por desempleo, cuestión que antes no se exigía; y, finalmente, respecto de la cotización a la Seguridad Social durante la percepción de este subsidio ya que anteriormente el SPEE cotizaba por el 125% del salario mínimo interprofesional y, ahora, se cotiza solo por el 100% de dicha cuantía (art. 280. 1 y 3 LGSS). La duración de este subsidio, *ex art. 277 LGSS* será como máximo “*hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión de jubilación, en cualquiera de sus modalidades*”; ello viene a suponer que el Servicio Público de Empleo Estatal está extinguiendo los subsidios por desempleo de los trabajadores en edad madura cuando estos llegan a una edad de jubilación pensionable, aunque sea anticipada, lo que lleva consigo una pensión de jubilación a la que se aplican coeficientes reductores y a las

⁵⁵ El RD-Ley 20/2012 eliminó el subsidio por desempleo para los mayores de 45 años que, teniendo responsabilidades familiares, hubieran agotado una prestación por desempleo de 24 mensualidades, que era un subsidio previo de 6 meses de duración.

que en caso de no llegar a la pensión mínima se complementarían (teniendo en cuenta que la cuantía de los complementos a mínimos, tras la reforma de la Ley 27/2011, se ha limitado hasta la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva)⁵⁶. Aclara el art. 285 LGSS que los efectos de tal pensión de jubilación se retrotraerán a la fecha de efectos de la extinción del subsidio por alcanzar dicha edad, siempre y cuando la solicitud de la jubilación se produzca en el plazo de los tres meses siguientes a la resolución firme de extinción. De no ser así, tendrá una retroactividad máxima de tres meses desde la solicitud.

c) Los beneficiarios del subsidio por desempleo por haber agotado una prestación por desempleo y tener responsabilidades familiares al que se refiere el art. 274.1 a) LGSS, en caso de ser mayores de 45 años tendrán derecho hasta un máximo de 24 ó 30 meses de la duración de este subsidio, es decir, una o dos prórrogas de 6 meses, en el caso de que hubieran previamente agotado una prestación por desempleo de 120 días o de 180 días, respectivamente (art. 277. 1 a) LGSS).

d) Los programas de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo (entre los que podría incluirse a los trabajadores en edad madura), podrán establecer el permiso compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo o del subsidio por desempleo pendientes de percibir con el trabajo por cuenta ajena⁵⁷ o propia, en cuyo caso la entidad gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de las prestaciones en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social, *ex* art. 282. 3 y 4 LGSS.

⁵⁶ Dicho límite se puede justificar en el carácter asistencial que posee el complemento a mínimo (para pensiones que no llegan a la cuantía mínima establecida), por tanto, parece lógico entender que no se pueda beneficiar por la línea asistencial de manera más favorable de lo que ya protege el propio sistema no contributivo.

⁵⁷ En el caso de trabajo por cuenta ajena, durante el período de percepción de las prestaciones el empresario deberá abonar al trabajador la diferencia entre la prestación o subsidio por desempleo y el salario que le corresponda, siendo, asimismo, responsable de cotizar a la Seguridad Social por el total del salario indicado, incluido el importe de la prestación o subsidio.

e) También se hace una especial referencia a los trabajadores de edad madura en el subsidio por desempleo a favor de trabajadores eventuales agrarios residentes en Andalucía y Extremadura, regulado en el RD 5/1997, de 10 de enero, y a los beneficiarios de la renta agraria, regulada por RD 426/2003, de 11 de abril, en ambos casos por remisión del art. 288 LGSS. En el primer caso, el referido al subsidio por desempleo a favor de trabajadores eventuales agrarios residentes en Andalucía y Extremadura, la edad madura se refiere a 52 años, edad que no se ha modificado por el RD-Ley 20/2012 que elevó la edad del llamado “subsidio de prejubilación” desde los 52 a 55 años. En el caso de la renta agraria, la edad se madura se modula en tres tramos desde los 45 hasta los 60 o más años para la exigencia de inscripción en el censo agrario. La edad también se refleja en la duración de dicho subsidio, ofreciéndose a los mayores de 52 años la duración máxima posible.

4.2.2.3. La renta activa de inserción

Finalmente, la DF 8ª LGSS habilita al Gobierno a regular dentro de la acción protectora por desempleo, y con el régimen financiero y de gestión establecido para tal protección, el establecimiento de una ayuda específica denominada Renta Activa de Inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral.

Evidentemente, se trata de una protección de carácter asistencial pero a diferencia de los subsidios por desempleo vistos anteriormente, tiene una extraordinaria conexión con las políticas activas de empleo, por ello es por lo que se desarrolla y regula fuera de la Ley General de la Seguridad Social⁵⁸.

El origen de la renta activa de inserción se encuentra en el RD 236/2000 que estableció en nuestro ordenamiento, por vez primera a nivel nacional, un programa de inserción laboral que tenía como objetivo la

⁵⁸ Sobre este programa, véase, MORENO I GENE, J. y ROMERO BURILLO, A.M., *Nuevo régimen jurídico renta activa de inserción (A propósito del RD 1369/2006, de 24 de noviembre)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, y ESTEBAN LEGARRETA, R., *La renta activa de inserción*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

incorporación del colectivo de trabajadores mayores de 45 años desempleados de larga duración a un programa variado de medidas de política activa de empleo gestionadas por los servicios públicos de empleo. Inicialmente se reguló a través de programas anuales, en diversas normas que se prorrogaban o modificaban con el tiempo⁵⁹, siendo, por fin, su versión normativa final, aunque modificada en varias ocasiones, la producida por el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

Al tratarse de políticas de empleo (activas y pasivas) cuyas competencias se encuentran repartidas entre la Administración central y las Comunidades Autónomas, exige una coordinación eficaz entre ambas administraciones. Además, se observa una doble financiación del programa: respecto de las políticas activas de empleo o acciones de inserción laboral, se financiarán con cargo a las subvenciones previstas para fomento de la inserción y estabilidad laboral. Por su parte, la renta activa de inserción se financiará con cargo a la acción protectora del desempleo.

Aunque el colectivo inicial al que se dirigió la renta activa de inserción fue el de los trabajadores mayores de 45 años, se ha ampliado esta protección a otros colectivos: discapacitados (incluso beneficiarios de pensiones no contributivas de invalidez), emigrantes retornados y víctimas de violencia de género.

A los desempleados mayores de 45 años para tener derecho a la renta activa de inserción se les exige que cumplan varios requisitos: tener una antigüedad como demandante de empleo de 12 meses; haber extinguido una prestación o subsidio por desempleo (siempre que no haya sido por sanción); carecer de rentas; y, finalmente, no haber recibido la renta activa de inserción durante 3 ocasiones o en los 365 días naturales anteriores a la fecha de la solicitud del programa. En caso de cumplir los requisitos y las obligaciones establecidas en el programa

⁵⁹ Sobre los avatares normativos véase, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., "Política de empleo y protección social", en AAVV, *Lecciones de Derecho del Empleo*, Dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Ed. Tecnos, Madrid, 2006, pp. 442 y ss.

podrán percibir durante 11 meses la misma cuantía que un subsidio por desempleo (80% del IPREM). Además, podrán acceder a ayudas para incentivar el trabajo, complementarias de este subsidio, en el caso que durante el programa realicen un trabajo por cuenta ajena (a tiempo completo) o propia, del 25% de la cuantía del subsidio percibido durante 180 días.