
Soluciones laborales: jubilación activa. El camino hacia un contrato compatible

*Employment solutions. Active retirement.
The way towards a suitable contract*

La edad legal de la jubilación debe adaptarse a los cambios experimentados por la edad biológica. En este contexto, la aplicación del principio de prolongación de la vida laboral debe llevar aparejado el establecimiento por parte de la legislación de mecanismos que colaboren a que los trabajadores séniores continúen en el mercado laboral, al menos hasta la edad legal de jubilación y, cuando así lo estimen conveniente, más allá de este momento. Figuras como la jubilación activa o flexible deben ser repensadas con el fin de establecer un nuevo marco de trabajo para este colectivo. La apuesta por un nuevo contrato (el contrato compatible) que promocióne continuar la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación podría ser un elemento fundamental para dar respuesta a esta nueva realidad social.

Erretiroaren legezko adina adin biologikoak izandako aldaketetara egokitu behar da. Testuinguru horretan, lan-bizitza luzatzeko printzipioarekin batera legediak mekanismoak ezarri behar ditu langile seniorrek lan-merkatuan jarrai dezaten, gutxienez erretiroa hartzeko legezko adinera arte, eta hortik gora, egoki ikusten denean. Erretiro aktiboa edo malgua bezalakoak birpentsatu egin behar dira kolektibo horrentzat lan-esparru berri bat ezartzeko. Lan-bizitza erretiratzeko legezko adinetik harago jarraitzea sustatuko duen kontratu berri baten (kontratu bateragarriaren) aldeko apustua funtsezko elementua izan liteke gizarte-errealitate berri horri erantzuna emateko

Legal retirement age should be adapted to biological one. In this context, the application of principle of prolonging working life means that legislation has to establish mechanisms to facilitate senior workers to remain into the labor market, at least until their legal retirement age, even more when they chose it. Figures such as active or flexible retirement must be rethought in order to establish a new framework. A new contract (a compatibility contract) which promotes the prolongation of labor life could be a fundamental solution to this new social reality.

Índice

1. Hacia un nuevo contexto laboral marcado por el envejecimiento de la población activa
2. La jubilación como un derecho y no como una obligación: partiendo de la no discriminación por razón de edad
3. Medidas de la Seguridad Social que promocionan la prolongación de la vida laboral
4. Conclusión: propuesta de un nuevo régimen jurídico contractual

Referencias bibliográficas

Palabras clave: jubilación activa, prolongación de la vida laboral, trabajadores séniores, contrato compatible, discriminación por razón de edad.

Keywords: active retirement, prolongation of working life, senior employees, compatible contract, age discrimination.

Nº de clasificación JEL: H55, J26, J41

Fecha de entrada: 19/06/2019

Fecha de aceptación: 14/10/2019

1. HACIA UN NUEVO CONTEXTO LABORAL MARCADO POR EL ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN ACTIVA

En la actualidad hay una tendencia a entender que la prolongación de la vida activa, tan precisa para el sostenimiento del sistema financiero de la Seguridad Social, se opone frontalmente a la lucha frente a la alta tasa de desempleo juvenil que, en general, existe en muchos países europeos y, en especial, en España. Pero, ¿la promoción del empleo juvenil se contrapone de forma absoluta al principio de prolongación de la vida laboral de los trabajadores más mayores? ¿No es posible promocionar ambas políticas sociales como complementarias, sin entender que son contrarias? Y, en su caso, si finalmente se concluye que es preciso elegir una de ellas, ¿es la actual situación sociolaboral de alta tasa de desempleo juvenil una cuestión que se va a mantener en el tiempo o en un corto plazo la demografía modificará este panorama, cuando, sin embargo, la población activa seguirá envejeciendo?

En este estudio se tratará de responder a alguna de estas cuestiones y, además, se buscará aportar alguna solución que se pudiese incluir en el ámbito del derecho del

trabajo para colaborar en el mantenimiento de los trabajadores más allá de la vida laboral, sobre todo con el objeto de que desde el mercado laboral se perciba esta opción como una forma de aprovechar la experiencia de los trabajadores y se mantenga la decisión personal de continuar o no en la vida laboral.

Con este objetivo, en este epígrafe se inicia el estudio con un acercamiento al principio de prolongación de la vida laboral como elemento ventajoso para las personas trabajadoras, pero también para la empresa; y como medida imprescindible para una sociedad donde se está produciendo un envejecimiento paulatino de la población activa. Por último, se tratará su relación con las políticas de promoción del empleo juvenil.

1.1. **La promoción del principio de prolongación de la vida laboral más allá de la edad pensionable como ventaja para las personas trabajadoras**

La Organización Mundial de la Salud, ya en 2002, definió el *envejecimiento activo* como el proceso en que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen. Y ya desde incluso antes de esa fecha se había apostado por la promoción del envejecimiento activo desde la propia OMS, pero también desde el Banco Mundial, la OCDE y la Comisión Europea. Por otra parte, desde el marco de la Unión Europea se pone de manifiesto la necesidad de que los Estados miembros reconozcan fórmulas de jubilación parcial o de jubilación flexible¹. Y no se está tratando de un colectivo minoritario. La OMS ha puesto de manifiesto que entre 2000 y 2050, la proporción de los habitantes del planeta mayores de 60 años se duplicará, pasando del 11% al 22% (de 605 millones a 2.000)². Así, el estudio de este colectivo se convierte en una necesidad que va incrementándose día a día, donde deben valorarse sus necesidades concretas de acuerdo con su evolución socioeconómica.

Antes de seguir con este análisis, hay que señalar ciertas cuestiones obvias. En primer lugar, el término «envejecimiento» no puede tener una connotación negativa y valorarse como una carga para el crecimiento social; muy al contrario, el aumento de la esperanza de vida es uno de los principales avances del siglo pasado y es positivo que las personas de edad avanzada ahora sean más saludables y se sientan más jóvenes en comparación con las generaciones anteriores.

Por otro lado, la edad que se toma como referencia para que a una persona se la incluya en el concepto de «persona de edad avanzada», que se sitúa habitualmente

¹ Entre otros muchos, se recogen estas ideas en el Libro Blanco «Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», de febrero de 2012; la Resolución del Parlamento sobre los retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones, de marzo de 2006, o el Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones», de marzo de 2005.

² De acuerdo con el censo, en la actualidad hay algo más de 47 millones de habitantes en España (INE, enero 2019), de los cuales un 19,3% son mayores de 65 años.

en los 65 años, lo que en muchos países europeos como España fue la edad establecida por ley para jubilarse en el origen de este derecho a través de la regulación del Retiro Obrero en 1919, debe ser repensada a la vista de la nueva realidad. En este sentido, muchos son los Estados que han impuesto edades superiores de jubilación a los 65 años. En España ha sido fijada a los 67 años (excepto para largas carreras de cotización, que se mantiene a los 65) para 2027, tal y como ha ocurrido en otros países de nuestro entorno como Francia o Alemania. Incluso en otros, como el Reino Unido, ya está previsto que se eleve hasta los 68. De esta forma, en los próximos tiempos habrá que empezar a asumir que el envejecimiento activo es un término aplicable a los trabajadores con más de 65 años.

Desde lo señalado, diversas son las causas, por tanto, para promocionar la continuación de su vida laboral. Muchas, sin lugar a duda, se relacionan con la necesidad de reducir el número de años en los que se cobran pensiones y aumentar, inversamente, el número de años de cotización a la Seguridad Social. Es obvio que la necesidad de financiación de los sistemas de la Seguridad Social está en juego. El aumento de la expectativa de edad conlleva que los pensionistas reciban las pensiones durante más años e incluso se acumulen dos generaciones cobrando prestaciones. Así, la esperanza de vida en la OCDE entre 2015 y 2020 para las mujeres de 65 años es de 21,3 años, mientras que para los hombres la expectativa es de 18,2 años; y se elevará en el periodo 2060-2065 hasta 25,5 para las mujeres y 22,8 para los hombres (OCDE, 2017). De forma que se va a seguir incrementando el número de años en los que se percibe la pensión de jubilación.

De este modo, la extensión de la vida laboral puede verse como una solución a corto plazo, pero aún más a medio: el trabajador sigue cotizando, en ocasiones, solo sea en parte (por ejemplo, a través de las «cotizaciones de solidaridad» que luego se analizarán), y reduce el coste al sistema (de forma absoluta o limitada cuando, por ejemplo, reduce su pensión al 50% y compatibiliza la actividad laboral).

Asimismo, la prolongación de la vida laboral puede tener otro efecto de ahorro económico para la sociedad más allá de los propios costes de las pensiones. Existen estudios experimentales que han demostrado que la falta de actividad en la vejez tiene consecuencias negativas sobre el estado de salud y el bienestar personal subjetivo, de forma que la actividad laboral puede significar la disminución de los costes del sistema sanitario e, incluso, de los de dependencia, un tiempo después.

Pero, además, la ampliación de la vida laboral promociona la seguridad económica de las personas mayores, sobre todo cuando las cuantías de las pensiones no cumplen de forma absoluta con el principio de equiparación de los salarios percibidos. En la OCDE los trabajadores con salarios bajos tienen un reemplazo (pensión sobre salario) de aproximadamente un 65%, mientras que para los que perciben salarios medios se reduce a un 53%. En España se sitúa en un 72,3 la relación entre retribución y pensiones públicas (OCDE, 2017).

De acuerdo con las cifras mencionadas, es recomendable la continuación de la vida laboral, incluso a la vez que se compatibiliza con la pensión de jubilación, a los efectos de garantizar su suficiencia económica. Por último, también tiene importantes consecuencias en el propio bienestar del trabajador sénior y en su integración social.

1.2. **La prolongación de la vida laboral como una necesidad provocada por el envejecimiento de la población activa**

El efecto demográfico que vive España, donde la esperanza de vida estimada se incrementa día a día³, donde ha aumentado progresivamente el número de personas mayores de la edad legal de jubilación, y donde la tasa de natalidad se ha estabilizado a un nivel muy reducido, conlleva a que cada vez sea menor el número de personas en edad de trabajar⁴. Y esto no ha hecho más que empezar, dado que, como bien se conoce, en España los efectos del «*baby boom*» todavía no se han puesto de manifiesto, ya que el punto de inflexión en la pirámide poblacional se encuentra en la cohorte de entre 40 y 45 años. Por lo que se deduce que las consecuencias del envejecimiento en general, y en particular en el mercado laboral, todavía no se han puesto en evidencia. Cuando los trabajadores que nacieron en las décadas de los sesenta y setenta empiecen a jubilarse, las consecuencias en la población activa serán aún más severas. Esto es, habrá menos mano de obra y, consecuentemente, menos cotizantes.

En estos momentos la edad media de la población inscrita en el Padrón es de 43,4 años, que se elevará en los próximos años. Por edades, en enero de 2019 el 15,7% de la población tiene menos de 16 años, el 36,3% entre 16 y 44 años, el 28,7% tiene entre 45 y 64, y el 19,3% 65 o más años. De este modo, dentro de 20 años, cuando los menores de 16 años estén ya en edad de trabajar, y los que ahora tienen entre 45 y 64 años hayan entrado o estén entrando en la edad de la jubilación, la población activa empezará a reducirse de forma drástica, lo cual se seguirá agudizando en los siguientes años mientras no se revierta la tendencia de la tasa de natalidad y con independencia de la posible trayectoria de los movimientos migratorios. En este sentido, se calcula que en los próximos años los trabajadores de 55 a 64 años representen un 30% aproximadamente de la población activa⁵.

³ La esperanza de vida se sitúa en 85,7 para las mujeres y 80,4 para los hombres en 2017, mientras que en 2007 era de 84,1 y 77,8 respectivamente; y en 1997 era de 82,2 y 75,3. Fuente: INE.

⁴ De acuerdo con los datos del INE de noviembre 2018, el número de nacimientos se ha reducido en un 5,8% en el primer semestre de 2018, mientras que el de defunciones aumentó un 2,1%, lo que implica que el crecimiento vegetativo de la población presente un saldo negativo de 46.590 personas durante la primera mitad del año.

⁵ Entrevista a C. Sedlatschek, directora de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el trabajo, en la presentación de la campaña «Trabajos saludables en cada edad». <http://www.fundacionlaboral.org/actualidad/noticias/entrevistas/la-directora-de-la-eu-osha-en-2030-los-trabajadores-de-55-a-64-anos-representaran-hasta-el-30-o-mas-de-la-poblacion-activa>

De acuerdo con este contexto, el principio de prolongación de la vida laboral debe presidir la legislación de los próximos años y debe tenerse en cuenta no solo como elemento básico para alargar la vida en activo, sino también como un reto que se le impone al mercado laboral, que tendrá que prepararse para mantener en sus puestos de trabajo a los trabajadores séniores, valorando sus necesidades específicas y atendiendo a la flexibilización de sus carreras profesionales. Esta nueva realidad inminente no puede ser ignorada por las políticas públicas, pero tampoco por las empresas ni por los propios trabajadores⁶.

En definitiva, en un futuro a corto plazo no será ni siquiera necesario valorar la decisión de prolongar la vida laboral de los trabajadores más maduros y de insertar a los más jóvenes en el mercado laboral, dado que la propia inercia de los datos demográficos hará que se imponga el primero de los principios y que la extensión de la vida laboral se convierta en un asunto imprescindible para el mantenimiento del mercado laboral.

1.3. La apuesta por una cultura empresarial de gestión del trabajo de los trabajadores séniores

En cualquier caso, no se entiende que la promoción de la prolongación de la vida laboral deba hacerse sin ningún otro condicionante. En primer lugar, es preciso la determinación de qué clase de empleos pueden ser los más adecuados para la aplicación de la promoción de la prolongación de la vida laboral.

A priori, el empleo autónomo, por la flexibilidad en tiempo y lugar, puede ser defendido como fórmula adecuada para impulsar la actividad en este sector de la población activa, cuestión sobre la que se volverá más adelante en este trabajo⁷. En relación con el empleo por cuenta ajena, en general, también habrá que fomentar la actividad laboral durante más años, aunque hay ciertos tipos de trabajo en los que dicha promoción parece no tener fundamento. Es más, al contrario, habrá que mejorar los modos ya existentes de jubilación anticipada para evitar que cuestiones relacionadas con los requisitos exigidos para acceder a la pensión fueren a sus posibles beneficiarios a continuar trabajando en condiciones no aceptables.

Así, en primer lugar hay que limitar la continuación de la vida laboral en todos aquellos sectores donde la actividad se desarrolle de forma precaria debido a la naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre de los trabajos o que estos acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, como recoge el artículo

⁶ En este sentido, *The 2018 Ageing Report* (Comisión Europea, 2017) entiende que hay que introducir la variable laboral como una de las más importantes para analizar el examen de elemento edad, poniéndola en el centro de los estudios sobre el envejecimiento.

⁷ Así, la Comunicación de la Comisión «Hacia una Europa para todas las edades», de 21 de mayo de 1999, (Comisión Europea, 1999) establece que la política de empleo debe facilitar el acceso al empleo independiente, flexible y las pymes; y, en la misma línea, la Declaración del Consejo sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional, de 7 de diciembre de 2012, estima que las capacidades deben ser aprovechadas con posterioridad a la jubilación a través de la economía social.

206 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS). Se regulan formas de jubilación anticipada sin coeficiente reductor, esto es, sin penalización en la cuantía de la pensión, con el fin de que los trabajadores que han desarrollado su labor en esas condiciones puedan acceder al cese definitivo de la actividad a edades más tempranas que las generales, sin ver aminorados sus beneficios. Por tanto, cuando se acredita la actividad durante una serie de años en estos sectores tasados por dicha norma, se concluye que lo más adecuado sea permitir el cese de la actividad con antelación a la edad de jubilación ordinaria sin ningún tipo de penalización económica. La reducción de edad tiene como límite los 52 años.

En la misma línea, también se contempla esta opción de jubilación anticipada sin penalización económica para las personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65% (o 45% en determinadas discapacidades que llevan aparejadas la reducción de expectativa de vida).

Aparte del desarrollo de las actividades penosas y de la protección de la discapacidad de las personas trabajadoras, se concibe adecuada la promoción del trabajo por cuenta ajena más allá de la edad pensionable (67 años o 65 años para largas carreras de cotización en 2027) en todas sus facetas. Pero además de la regulación de la propia pensión, que debe inducir a la continuación de la actividad laboral si así lo estima conveniente el trabajador, también hay que tener en cuenta la posición de la empresa.

Como ya se ha señalado, el empresario puede creer más conveniente para su negocio que los trabajadores se jubilen cuando llegan a cierta edad, por los siguientes motivos: a) porque generalmente cuanto más tiempo llevan trabajando, más alto suele ser el salario percibido, aunque solo sea por efecto de la aplicación del complemento de antigüedad; y b) porque el empresario entiende que estos trabajadores pierden destreza y tienen más posibilidades de absentismo y de reducir su productividad⁸.

Y al empresario se le permite, de forma indirecta, la imposición de la jubilación a sus trabajadores a través del despido objetivo. El Estatuto de los Trabajadores regula la opción de que el empresario extinga unilateralmente el contrato por causa de ineptitud sobrevenida. Dicha motivación, en ocasiones, se justifica por la edad de la persona trabajadora, fundamentando el despido en que no puede continuar la actividad laboral en las mismas condiciones que anteriormente, aunque es cierto que esta extinción lleva aparejada una indemnización de 20 días por cada año trabajado a favor del despedido.

No obstante, aunque sea fácil alegar que esta cuantía a abonar pueda ser una limitación importante para el empresario a la hora de decidir el cese de la actividad del trabajador sénior, sobre todo cuando la antigüedad de este en la empresa sea importante; el hecho de que dicha compensación económica se limite legalmente a un máximo de 12 meses, lo que lleva a que la cuantía máxima a recibir por el trabajador sea el salario de un año.

⁸ En sentido contrario, se puede consultar Fundación Adecco (2019): «El absentismo entre los profesionales mayores de 55 años» en *VIII Informe Adecco de Absentismo*.

Si la empresa prevé la contratación de un sustituto por salario inferior, en muchas ocasiones ahorrando los costes generados por los complementos de antigüedad acumulados y, en general, debido a la política de reducción salarial de los últimos años, dicho despido puede ser incluso económicamente beneficioso, aunque tenga que abonar la indemnización.

Para contrarrestar esta posible visión empresarial, la primera cuestión será si debe mantenerse el mismo tipo de contrato y, por ende, idéntico salario si, una vez se alcanza la edad de jubilación, el trabajador opta por seguir trabajando. Esto es, si debe apostarse por la mera continuación de la actividad laboral prolongando el contrato, generalmente indefinido, que hasta ese momento enmarque la relación laboral o, al contrario, quizás sea preciso diseñar tipos de contratación específicas que permitan al trabajador continuar desarrollando su actividad laboral sin que la empresa lo estime como un coste económico que no quiere afrontar, dado que seguramente encuentre otros empleados por retribuciones más reducidas.

Incluso se podría plantear si el objeto de estos contratos pueda ser el intercambio de experiencias entre trabajadores séniores y los más jóvenes, de forma que se retenga el talento en aras a la necesaria formación de los que inician su actividad laboral. En ese sentido, dejaría de contraponerse el principio de prolongación de la vida laboral con la promoción del empleo juvenil, como luego se pondrá en evidencia. En cierto modo el «contrato de relevo» tiene esta función en la regulación de la jubilación parcial. No obstante, el hecho de que no se demande como requisito que se busque sustituir parte de la jornada de un trabajador por otro en la misma actividad, sino la simple correlación de las bases de cotización, hace que se pierda este objetivo, que puede ser fundamental en este ámbito.

Pero hay otros aspectos importantes a tener en cuenta en la gestión del trabajador mayor de 65 (o 67) años. Estas medidas de adaptación, obviamente, deben hacerse con anterioridad a la edad legal de jubilación, con el fin de que llegado este momento el trabajador pueda continuar con el desarrollo de su puesto de trabajo, e incentivar la adaptación cuando el trabajador empieza a ser calificado como sénior.

En primer lugar, es precisa la continua recualificación y adaptación de los puestos de trabajo a la realidad física de los empleados. La necesidad de dicha adaptación tiene dos partes. En primer lugar, esta idea se relaciona con el preciso desarrollo de acciones de formación permanente que colaboren tanto en el ajuste de la actividad a los cambios que se produzcan en el desarrollo de la actividad, evitando sobre todo la brecha digital que puede marginar a los empleados cuando van cumpliendo más edad; como planteando nuevas opciones de recualificación que les permita redirigir su actividad en otras labores que preserven su bienestar⁹.

⁹ En ese sentido, la Decisión de la Unión Europea de 5 de octubre de 2015, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015, hace referencia a la necesidad de lograr

Por otro lado, la adaptación tiene una segunda vertiente. Es preciso el desarrollo de políticas específicas de prevención de riesgos que eviten el deterioro de los trabajadores y que cuiden de su salud. Asimismo, se hace necesario el rediseño de los puestos de trabajo con el fin de garantizar la prevención de accidentes de trabajo, cuyo riesgo a sufríros puede incrementarse con la edad. En todo caso, las medidas a aplicar dependerán de la salud concreta del trabajador y del tipo de trabajo que este desarrolle (Eurofound, 2015). Entre otras muchas, puede decidirse un cambio de tareas, una reducción de jornada o una adaptación de horarios. Pero, incluso, se puede ir más allá y cambiar el lugar de trabajo, optando por el trabajo a distancia utilizando las nuevas tecnologías¹⁰.

En definitiva, es preciso que se cree un clima laboral propicio a la prolongación de la vida laboral de los trabajadores en las empresas, siendo el vehículo más adecuado el diseño de carreras profesionales que se adapten a las necesidades de los trabajadores en cada etapa de su vida laboral y, en especial, en la que estos empiezan al alcanzar edades cercanas a la edad legal de jubilación.

1.4. **El principio de prolongación de la vida laboral frente a la promoción del empleo juvenil**

La incompatibilidad de ambos principios (prolongación de la vida laboral y promoción del empleo juvenil) se recoge, en cierto modo, por la propia normativa laboral, que a menudo lo da expresamente por sentado. Recientemente, por ejemplo, el RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, ha vuelto a incluir la opción negociada de imponer la jubilación a los trabajadores una vez han alcanzado la edad legal de jubilación. De nuevo, se vuelve a poner en vigor una excepción a la regla de voluntariedad que rige, y debe regir, en el acceso al derecho a la jubilación. No es ninguna novedad. En diversas ocasiones se ha puesto en vigor y, posteriormente, se ha vuelto a derogar una norma con un contenido idéntico al que ahora se encuentra recogido en la reglamentación referida. Se reconoce la posibilidad de que mediante convenio colectivo se imponga la jubilación a los trabajadores cuando sea en aras al fomento de las políticas de empleo juvenil. En definitiva, se apuesta por el rejuvenecimiento de la plantilla frente al mantenimiento de la experiencia, como si ambas fuesen mutuamente excluyentes.

un aprendizaje permanente, donde deben aplicarse estrategias de envejecimiento activo con el fin de prolongar la vida laboral.

¹⁰ En este contexto, se ha planteado la tesis de los puestos de trabajo amigables con las personas mayores (los trabajadores de mayor edad), los cuales deben cumplir cuatro condiciones: a) el entorno laboral debe adaptarse a las necesidades físicas y psíquicas de los trabajadores sénior, relacionado con el principio de diseño universal; b) promoción de la salud y prevención de enfermedades; c) conciliación mediante flexibilidad en tiempo y lugar de trabajo; d) apoyo social, es decir, acciones de sensibilización corporativas y públicas. <http://www.agefriendlyworkplace.org>

Y esta normativa viene incluso avalada por la jurisprudencia constitucional. En este sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero, señala que la inclusión de disposiciones con el contenido mencionado (la preferencia de trabajadores jóvenes frente a los más mayores) no atenta contra la Constitución, dado que la desigualdad de trato entre los colectivos tiene una justificación objetiva y razonable. Si bien es cierto que se limita el derecho individual de unos (los que son obligados a jubilarse), sin embargo, se garantiza el derecho al trabajo de otros, dado que se colabora en la redistribución del trabajo entre los empleados que tienen diversas edades. En definitiva, con causa justificada se avala la limitación del derecho a la jubilación como una opción voluntaria, que pasa a ser en algunos supuestos un deber impuesto al trabajador sénior cuando de la negociación colectiva se deduzca tal imposición.

No es que no se entienda necesario desarrollar políticas de promoción del empleo juvenil. Es cierto que en la actualidad el desempleo de los jóvenes es un problema grave en el mercado de trabajo español, donde la tasa de desempleo de este colectivo (jóvenes menores de 25 años) alcanza un 35 % (EPA, marzo 2019), manifestándose ya una brecha de género en la que el desempleo de los hombres es del 33,1% y de las mujeres del 37,1%.

Ante tal panorama, diversas son las acciones públicas que se emprenden con el fin de reducir estas cifras, cuestión necesaria, sin lugar a duda, pero que debería quedar desvinculada de la limitación del principio de prolongación de la vida laboral, como se pondrá de manifiesto a lo largo de este estudio.

De hecho, en la opción legislativa elegida se contraponen diversos intereses, más allá del derecho individual de los trabajadores a seguir en el mercado laboral y el derecho colectivo de fomentar la inclusión de los jóvenes a través de la negociación colectiva. Asimismo, se pone en juego el principio de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social. E incluso la voluntad del empresario de modificar su plantilla, sobre lo cual se volverá más adelante (Sala Franco, 2018).

En definitiva, la legislación deberá elegir las prioridades de los distintos colectivos del mercado laboral, pero siempre respetando los derechos de los trabajadores a decidir con su actividad de acuerdo con el artículo 35 de la Constitución, que declara el derecho al trabajo sin ninguna otra limitación. Las distintas políticas de promoción de la prolongación de la vida laboral y de la integración de los jóvenes al mercado de trabajo tendrían que considerarse como complementarias y no opuestas, incluyendo también acciones que pusieran en relación a ambas generaciones como valor añadido a dichas actividades laborales, tal y como ya se ha señalado.

1.5. **Hacia la promoción del emprendimiento sénior**

Sin lugar a dudas, otro tipo de actividad laboral que debe fomentarse entre los trabajadores séniores es el trabajo por cuenta propia. De acuerdo con Eurostat, la media

de trabajadores autónomos del total de la población activa es del 14%, porcentaje que en España se eleva al 16%. La actividad emprendedora está aumentando en España en el último año con una participación que supera la cifra de 6 personas emprendedoras en fase inicial por cada 100 personas de la población adulta (GEM, 2017).

Este ámbito puede ser un buen lugar para quienes deciden continuar con su actividad laboral más allá de la edad legal de jubilación. La autoorganización del trabajo y la adaptación de la jornada pueden ser buenos incentivos para seguir en el mercado laboral. En este sentido, también son aplicables los beneficios de la prolongación en la vida laboral, reconociéndose un mayor porcentaje aplicable a la base reguladora y la compatibilidad con la pensión, que luego se analizarán. Hay que recordar que ha mejorado dicha compatibilidad, dado que se admite en la actualidad la actividad por cuenta ajena hasta el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) sin ninguna otra limitación, y en el supuesto de jubilación activa se permite el mantenimiento de hasta el 100% de la pensión si se realiza una contratación.

No obstante, estos incentivos, en general, se aplican en largas carreras de cotización que no suelen ser tan comunes en los trabajadores por cuenta propia, aunque en España el porcentaje de abandonos empresariales sea menor que en otros Estados con desarrollo similar (1,9% frente al general de un 2.9%) (Global Entrepreneurship Monitor, 2018). Pero no es este su principal problema, sino las bajas cuantías de sus pensiones frente a otros regímenes¹¹ debido a la flexibilidad en la cotización que les ofrece el sistema. Mientras que los trabajadores por cuenta ajena deben cotizar de acuerdo con sus salarios, en el caso de los trabajadores por cuenta propia estos pueden elegir sus bases de cotización, lo que en muchas ocasiones supone optar por las más bajas, que consecuentemente conlleva pensiones con cuantías inferiores.

Quizás esta sea la razón por la cual, en 2015, de un total de 25.086 jubilaciones activas, 21.177 correspondieran a trabajadores por cuenta propia, frente a 3.909 de trabajadores por cuenta ajena (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2015). Es decir, mayoritariamente son los trabajadores por cuenta propia los que continúan en activo, compatibilizando la pensión de jubilación con su actividad laboral.

Frente a esta realidad, aunque en los últimos tiempos se han regulado diferentes incentivos para el inicio de la actividad autónoma, dirigidos a los más jóvenes o a las personas discapacitadas, sin embargo, no se regula ningún incentivo en el ámbito nacional para el colectivo de los más mayores, a efectos no solo de ayudarles a continuar en la actividad que ya estaban desarrollando, sino también a emprender otras nuevas como forma de readaptación al mercado laboral cuando son expulsados del ámbito del trabajo por cuenta ajena.

¹¹ En mayo de 2019, la pensión media en el régimen general es de 1.283,84 euros frente a 760,67 en el régimen de autónomos. Fuente: INSS.

2. LA JUBILACIÓN COMO UN DERECHO Y NO COMO UNA OBLIGACIÓN: PARTIENDO DE LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

La edad se ha reconocido como una forma de discriminación en diversos instrumentos emitidos por distintos organismos internacionales. Así, ya en 1980, la Recomendación número 162 de la OIT sobre los trabajadores de edad apuesta por la implantación de las condiciones precisas para un trabajo decente a las personas trabajadoras de mayor edad, destacando su alegato en favor de la igualdad de oportunidades y trato para los trabajadores mayores de 50 años en relación a la formación profesional, la seguridad en el empleo y el desarrollo de su carrera profesional, así como la necesidad de adoptar medidas que garanticen un sistema adecuado de transición progresiva entre la vida profesional y un régimen de actividad libre, de forma que el paso de un trabajador a la situación de retiro se efectúe voluntariamente.

Posteriormente, en 2008, esta Recomendación se ha complementado con una ficha informativa (*Conditions of work and employment: Issues for older workers*), donde fundamentalmente se vuelve a incidir en las ventajas de contratar a trabajadores de cierta edad y con mucha experiencia, procurando ofrecer puestos de trabajo flexibles en lo referente al horario laboral, con el fin de que compartan sus conocimientos con los más jóvenes. Se trata de implementar una estrategia global y equilibrada entre medidas de fomento del empleo orientadas a los nuevos trabajadores y las dirigidas a los de mayor edad, basadas en la solidaridad de los grupos etarios¹².

En idéntico sentido, la prohibición de la discriminación por razón de edad se recoge como principio general del derecho comunitario en el Tratado Ámsterdam, en el art. 80- I de la propuesta de Constitución europea y en el art. 13 de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento del marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. De esta forma, se prohíbe expresamente la discriminación por razón de edad en el mercado laboral. No obstante, este derecho no se reconoce como absoluto, dado que se admiten ciertas restricciones cuando existan justificaciones objetivas, apropiadas y necesarias de acuerdo con objetivos legítimos del propio mercado. Así, por ejemplo, entre otras, se mencionan la necesidad de protección de un sector concreto de trabajadores como pueden ser los jóvenes, o el establecimiento de requisitos de acuerdo a la experiencia profesional precisa para un determinado puesto.

Ya en el ámbito nacional, en el artículo 14 de la Constitución Española no se incluye la edad entre las materias concretas de discriminación que se recogen expresamente en el segundo inciso del precepto, después de la proclamación del derecho general a la igualdad de trato. Su inclusión o no, tiene importantes consecuencias.

¹² Sin embargo, no se recoge igual noción en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de la ONU, cuando en el objetivo número 8 sobre el Trabajo Decente y sostenible se mantiene la lucha contra los colectivos discriminados, y solo se hace referencia a la edad para poner de manifiesto las necesidades laborales de los más jóvenes.

Así, si se entiende que, aunque haya en general una igualdad de trato, entonces es necesaria la prueba de su incumplimiento por parte de quien lo alegue, mediante el cotejo de esta circunstancia con otra similar a la que se haya dado un trato diferente sin existir una justificación objetiva y razonable.

Mientras que, en el supuesto de deducir que la edad es un motivo más de los supuestos de las discriminaciones señaladas en el artículo 14, entonces se facilita la prueba sin más; una vez aparezca el menor indicio de la situación presentada (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.; Fernández López, M.F., 1986).

Como no se incluye de forma expresa, la única opción de gozar de las prerrogativas del segundo inciso es incluir a la discriminación por razón de edad en el cajón de sastre de ese segundo párrafo, cuando se hace mención a «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Así lo entendió el Tribunal Constitucional en su sentencia 184/1993. Con lo que, en principio, se concluye que la igualdad de trato por razón de edad se puede alegar ante los tribunales, invirtiendo la carga de la prueba (es decir, que deberá probarse que no existe discriminación por el acusado), siempre que se demuestre un mero indicio de discriminación por parte del empresario al trabajador sénior. No obstante, en otras ocasiones el Tribunal Constitucional, centrado en materia de empleo, deriva la desigualdad de trato por razón de edad al análisis del principio general de igualdad de trato, poniéndolo en relación con otros derechos como el recogido en el art. 35 CE sobre el trabajo (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., 2008).

Por otro lado, el propio Estatuto de los Trabajadores recoge en su artículo 4.2. el derecho a no ser discriminado directa o indirectamente por razones de edad; y en el 17.1. se declaran nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales directas o indirectas del empresario que contengan discriminaciones –directas o indirectas– desfavorables por razón de edad; y, por último, en el 54.2.g), el acoso por razón de edad se considera como una causa de incumplimiento contractual y, por tanto, como causa de despido a quien lo inflija. Cualquiera de estos preceptos puede servir de fundamento con el fin de impugnar una situación de desigualdad de trato por razón de edad ante los tribunales.

En este contexto, habrá que concluir que cualquier discriminación por razón de edad en materia de empleo, incluida la expulsión del mercado laboral, incluso con el fin de que se acceda a la pensión de jubilación, debe entenderse como atentatoria al principio de igualdad, y así debe contraponerse a la empresa. De forma que la extinción de la relación laboral con el fin de acceder a la jubilación debe interpretarse como un derecho de los trabajadores y nunca como un deber. Es decir, la jubilación es una opción personal de los trabajadores una vez que han llegado a la edad legal de jubilación y cumplen los requisitos para dicho beneficio.

En el sentido expresado, poniendo el énfasis en el acceso a la jubilación, la Orden del Ministerio de Trabajo de 1 de julio 1953 configuraba la jubilación como un derecho de los trabajadores que llegaban a cierta edad y cumplían determina-

dos requisitos, y no como un deber, pudiendo optar por el acceso al beneficio siempre y cuando lo estimasen conveniente, o por continuar con su vida laboral más allá de este momento.

No obstante, el Estatuto de Trabajo de 1980 incluyó una disposición adicional que rompía con este derecho y en la que se señalaba que *«la capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y el mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de 69 años, sin perjuicio de dispuesto en materia de Seguridad Social»*. Respecto a esta normativa, el Tribunal Constitucional, en las sentencias 22/1981 y 58/1985, señaló que se admitían estas restricciones de forma temporal cuando existiesen justificaciones para limitar los derechos e imponer una jubilación forzosa.

Posteriormente, la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores de 1994 deroga la normativa descrita en el párrafo anterior y determina que *«la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos»*. Esta disposición tuvo dos efectos: por un lado, suprime la edad de los 69 años como edad máxima para trabajar, lo cual fue un paso decisivo para eliminar discriminaciones por razón de edad; por otro, se mantiene como justificación de la jubilación forzosa a las necesidades de las políticas de empleo, de la viabilidad económica de la Seguridad Social o cuando así se estime vía negociación colectiva.

Un poco más tarde, en 2001, se deroga esta disposición, respetando el derecho a la jubilación de las personas trabajadoras y apoyando el fomento de la prolongación de la vida laboral (Montoya Melgar, A., Sánchez-Urán Azaña, Y., 2002). Pero las disposiciones no acaban aquí. La Ley 14/2005, de 1 de julio, vuelve a poner en vigor la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, aunque atenuada, reconociendo de nuevo la jubilación forzosa impuesta mediante convenio colectivo, siempre vinculada a objetivos de política de empleo y cuando el sujeto jubilado cumpla en general los requisitos demandados para acceder a la pensión de jubilación contributiva, que como ya se ha adelantado, se derogó y aprobó de nuevo hace unos meses¹³. Como se señaló, hay que recordar que el RD- ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, ha vuelto a incluir la opción negociada de

¹³ Por otro lado, hay que tener en cuenta que la jubilación forzosa se admite de forma general también para los funcionarios, ya que se les limita su actividad hasta a los 70 años bajo ciertas circunstancias.

imponer la jubilación a los trabajadores una vez han alcanzado la edad legal de jubilación¹⁴, en la línea impuesta con el fin de amortiguar la tasa de desempleo juvenil (Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018).

En este sentido, la Directiva 2000/78, del Consejo de Ministros, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ha admitido que las legislaciones nacionales puedan regular diferencias de trato por razón de edad, imponiendo edades máximas de contratación. Y, mediante varias sentencias del Tribunal de la Unión Europea también se ha contemplado esta limitación del derecho individual¹⁵, aun dejando a un lado la prohibición de discriminación por razones de edad para conseguir los objetivos marcados sobre el empleo, siempre y cuando haya una justificación objetiva y razonable. Es este sentido, por ejemplo, la STJUE, de 5 de julio de 2012, pone en evidencia que es posible imponer la obligación de jubilarse cuando sea en aras de la consecución de objetivos concretos de las políticas de empleo.

Parece, por tanto, que desde la norma y desde los tribunales se admite la excepción señalada, es decir, se entiende que se justifica la discriminación por razón de edad en los casos descritos en que sea precisa la promoción de la actividad laboral entre otros colectivos especialmente sensibles en el mercado laboral. Lo más llamativo es que esta opción se ha defendido incluso sin contemplar si la limitación del derecho a trabajar de los trabajadores séniores tiene efectos positivos en las políticas de empleo juvenil¹⁶, o incluso si el cambio demográfico que sufre la sociedad conllevará que ya no sea necesario este tipo de políticas de jubilaciones obligatorias, sino, al contrario, que en un corto plazo las acciones que van a ser precisas, sin lugar a duda, serán las que promuevan la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación. Como se ha puesto en evidencia, en el nuevo contexto demográfico habrá que regular políticas de fomento del empleo de los trabajadores séniores, al margen de la promoción de empleo juvenil, respetando en todo caso el derecho individual de los trabajadores a continuar su actividad laboral y colaborando con el sostenimiento financiero del sistema de la Seguridad Social.

3. **MEDIDAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL QUE PROMOCIONAN LA PROLONGACIÓN DE LA VIDA LABORAL**

Al margen del debate expuesto en estas páginas, la regulación de la pensión de jubilación, seguramente con el objetivo de contribuir al sostenimiento del sistema,

¹⁴ La cual fue alentada desde el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2018, 2019 y 2020, que fue suscrito el 5 de julio de 2018 por la CEOE y CEPYME (parte empresarial) y los sindicatos CCOO y UGT (parte social).

¹⁵ Sentencia de 16 de noviembre de 2011 (asunto C-411/2005; Palacios de la Villa).

¹⁶ Sobre el escaso éxito de estas medidas en la promoción real del empleo juvenil, (CES, 2000).

ha promocionado en los últimos tiempos la continuación de la vida laboral más allá de la edad pensionable de diversas maneras¹⁷. Por un lado, premiando a los que continúan trabajando con mayores porcentajes aplicables a las bases reguladoras que sirven para el cálculo de la pensión; por otro, abriendo puertas progresivamente a la compatibilidad de actividad laboral y la percepción de la pensión. En este sentido, además, cada vez se amplía más el número de años precisos para alcanzar el 100% de la base reguladora de la pensión de jubilación (hasta precisar 37 años en 2027). Antes de la reforma se pedían 35 años para acceder a la cuantía total de la pensión, siempre que el beneficiario se jubilase a la edad legal correspondiente; cuando termine la transitoria se exigirán 37 años. De nuevo se pone en evidencia la mayor dificultad de acceso a la pensión en mejores condiciones, lo que promueve indirectamente la continuación en la vida laboral.

Pero, además, en sentido contrario, se intenta desincentivar la jubilación anticipada principalmente a través de la demanda de largos periodos de cotización y la reducción de la cuantía de la pensión alcanzada.

A continuación, se abordan las fórmulas de jubilación anticipada.

3.1. **La penalización de la jubilación anticipada**

Para evitar las situaciones que llevan a la jubilación anticipada, en primer lugar, se penaliza al empresario cuando decide formalizar un despido colectivo e incluir a trabajadores mayores de 55 años o más, puesto que si no están incurso en procedimiento concursal deberán abonar las cuotas destinadas a un Convenio Especial a los efectos de mantener sus cotizaciones durante los siguientes años (entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla la edad legal pensionable) de acuerdo con el promedio de las bases de cotización del trabajador en los últimos seis meses de ocupación cotizada, a tenor de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET).

Continúa señalando la Disposición Adicional Decimotercera de la LGSS que el empresario tendrá que hacerse cargo de dichas cotizaciones, en concreto hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años (o 61 años en caso de despido colectivo por causas económicas), siendo luego a cargo del trabajador hasta la jubilación. Asimismo, también se incluyen otras obligaciones empresariales en el párrafo decimoprimero del artículo 51 del ET, como la obligación de las empresas que contemplen despidos colectivos a trabajadores mayores de 50 o más años a realizar aportaciones económicas al Tesoro Público.

¹⁷ En todo caso, de los 6.014.303 pensionistas del Régimen General solamente 364.000 tienen menos de 65 años en mayo de 2019. Fuente: INE.

Cuando no se evita este tipo de situaciones de expulsión anticipada del mercado laboral (en situaciones de reestructuración empresarial)¹⁸, se permite adelantar el momento de la jubilación hasta cuatro años antes de la edad legal de jubilación (esto es, anticipar 4 años la edad de 67 años o 65 para largas carreras de cotización en 2027). En este caso, siendo conocida la dificultad existente en encontrar de nuevo un puesto de trabajo cuando el trabajador ha alcanzado cierta edad, se permite su acceso a la pensión siempre y cuando tenga más de 33 años cotizados. Con lo cual en ocasiones no es posible acceder al beneficio, siendo la única solución la solicitud del subsidio para mayores de 52 años.

E incluso, aunque se presupone que la solicitud de la pensión de jubilación es la mejor salida posible, sin embargo, se penaliza al beneficiario con la reducción de la cuantía de la pensión por cada trimestre que adelanta su jubilación de acuerdo con los años que acredite de cotización¹⁹. De modo que aun habiendo estado cotizando durante un largo período, un hecho ajeno a su voluntad limita el importe de su pensión. La aminoración del beneficio viene a cubrir, sin duda, la ampliación de años que se está cobrando la pensión.

Siendo preciso, seguramente, la protección social de estas salidas anticipadas del mercado de trabajo; no obstante, se entiende que, dado el contexto actual y la necesaria aplicación del principio de prolongación de la vida laboral, sería preciso armonizar estas ventajas con otras medidas de carácter laboral, donde se apliquen acciones de recualificación y de recolocación de los trabajadores que les permitiesen continuar en el mercado. De hecho, en el párrafo décimo del artículo 51 del ET se impone también a la empresa la obligación de ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación externa cuando afecte a más de 50 en total; lo cual sería conveniente que se ampliase de forma generalizada, con independencia de otra cuestión, cuando los trabajadores afectados tienen más de 55 años.

Aunque estas medidas, por las propias características del mercado de trabajo, aún no tienen mucha incidencia, seguramente, cuando empiece a notarse el envejecimiento masivo de la población activa, tendrán una mayor virtualidad y podrán lograr la recolocación de los trabajadores considerados mayores (quizás desde los 45 años, donde ya inciden las políticas de empleo con el fin de animar a su contrata-

¹⁸ Se reconoce la jubilación anticipada en los siguientes supuestos: a) despido colectivo o individual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; b) el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; c) extinción del contrato por resolución judicial; d) muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante; e) extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral.

¹⁹ En concreto, se reduce en un coeficiente del 1,875% por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a 38 años y 6 meses; 1,750% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses; del 1,625 % por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses; y 1,500 % por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 44 años y 6 meses.

ción). En todo caso, en este momento quizás se vayan paliando los despidos masivos de trabajadores séniores por la propia lógica del mercado laboral y no tanto por las barreras impuestas por las distintas normas ya aplicables.

Asimismo, además de la jubilación anticipada involuntaria, se reconoce la opción personal de jubilarse hasta dos años antes de la edad pensionable, en este caso, tanto a trabajadores por cuenta ajena como propia, siempre que se haya contribuido al sistema durante al menos 35 años, con penalizaciones también en el importe del beneficio, un poco más reducidas que en la otra tipología de jubilación anticipada. En este último caso, se trata de premiar a las largas carreras de cotización adelantando el momento del cese de su actividad laboral. No obstante, esta regla choca frontalmente con la tendencia general a aumentar la edad de jubilación²⁰. Esta opción es contraria a la tendencia a la prolongación de la vida laboral, que en el caso anterior sí estaba justificada por la expulsión involuntaria del mercado laboral. Es decir, esta modalidad rompe con la línea de actuación de la regulación de la pensión de jubilación.

3.2. El premio por seguir trabajando más allá de la edad de jubilación

El pensionista puede conseguir un porcentaje adicional aplicable a la base reguladora de su pensión cuando se jubile más allá de la edad pensionable que le corresponda y siempre que en ese momento acredite 15 años de cotización. Así, la LGSS reconoce un porcentaje adicional aplicable a la base reguladora de la pensión por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió la edad pensionable y el momento de acceso al beneficio, de acuerdo con el número de años cotizados: un 2% hasta 25 años cotizados; el 2,75% entre 25 y 37 años cotizados; y el 4% desde 37 años cotizados).

Si el beneficiario ya ha alcanzado el 100% de la base reguladora de la pensión o está cerca y, además, dicha base va a ser calculada sobre altas bases de cotización, con el fin de no desincentivar la continuidad de la vida laboral se añade a este derecho una importante cautela: si se alcanza la cuantía de la pensión máxima establecida anualmente, esto es, si el importe de la pensión va a ser sometido a los topes aprobados cada año, se podrá acceder a una cuantía extra del beneficio. Este importe extraordinario consistirá en una cantidad cuyo importe se obtendrá aplicando al importe de la pensión máxima en cada momento un porcentaje adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeado a la unidad más próxima por exceso, siempre que la suma de su importe y el de la pensión reconocida, en cómputo anual, no supere la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual. Es esta la única forma de acceder a una pensión mayor que la fijada como máxima cada año y solamente se reco-

²⁰ Sobre la contradicción entre el retraso y el anticipo de la edad de jubilación, (Fernández Orrico, F.J., 2018).

nocerá a aquellos que tengan largas carreras de cotización, pero decidan seguir trabajando más allá de su edad legal de jubilación²¹.

Así, se tratará de ofrecer una mayor cuantía en un futuro como recompensa por el ahorro producido por los años que se podía haber recibido la pensión de jubilación (a partir del momento en que se alcanzó la edad legal de jubilación y se cumplían las condiciones para su acceso), pero también por continuar aportando ingresos a través de las cotizaciones, aunque reducidas en varias contingencias.

3.3. La compatibilidad de pensión y actividad laboral: las diversas formas de la jubilación activa

De acuerdo con lo adelantado, se puede señalar que los elementos básicos de la jubilación se han modificado, incluso variando su propia esencia. Así, ya no se trata de sustituir el salario perdido cuando una persona trabajadora cesa su actividad laboral al llegar a cierta edad, sino que en muchas ocasiones se va a compatibilizar salario/pensión y actividad/cese.

Cada vez se abren más opciones de compatibilizar la pensión de jubilación y la actividad laboral. El artículo 213 de la LGSS, bajo el epígrafe sobre incompatibilidades, declara de forma general y rotunda que el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista, pero acto seguido determina que es posible que haya excepciones legales a esta regla.

La jubilación parcial: una mejora para el trabajador más allá de la edad pensionable

En primer lugar, existe la posibilidad de acceder a la jubilación parcial reduciendo la jornada de trabajo del pensionista proporcionalmente a la parte de la pensión a la que accede. En este caso, la lógica de esta excepción se encuentra en que el sistema ahorra parte de la jubilación que podría solicitar el trabajador, aunque sea de forma anticipada y, por tanto, penalizada, mientras se sigue abonando el 100% de la cotización (aunque esta última regla todavía se encuentra en período transitorio hasta 2023). En este supuesto, se exigen 33 años de cotización, 6 años de antigüedad en la empresa y la celebración de un contrato de relevo con otro trabajador. Sin embargo, en la lógica de promover la vida laboral más allá de la edad pensionable, es posible disfrutar de la jubilación parcial a partir de esa edad con requisitos más flexibles. En concreto, solo es preciso acreditar 15 años de cotización, sin exigir ninguna antigüedad en la empresa ni la celebración de contrato de relevo. De nuevo se mejoran las condiciones de acceso, dado que se están ahorrando costes al sistema de trabajadores a tiempo parcial que podían estar percibiendo su pensión completa.

²¹ Esta norma no parece tener mucha incidencia, como se puede concluir de los datos. En mayo de 2019 del total de 6.014.303 pensionistas de jubilación solamente 59.750 perciben importes superiores a la pensión máxima. Fuente: INSS.

La compatibilidad con rentas de trabajo autónomo

En el mismo artículo 213 de la LGSS se admite otra segunda excepción, como es la posible compatibilidad con el desarrollo de actividades por cuenta propia de forma totalmente libre, sin necesidad de cotizar al sistema de la Seguridad Social, solamente con un límite: que los ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional. Esta opción es aún más beneficiosa para el pensionista ahora que el SMI se ha elevado, de forma que tiene más posibilidades de desarrollar actividades sin necesidad de cotizar. Este beneficio se acaba de extender a los artistas²², ya que se les permite la compatibilidad de la pensión con los emolumentos que generan sus derechos de autor, en este caso sin ningún límite económico, con el fin de no coartar su actividad artística, incluida la que desarrollen cuando se encuentran ya jubilados. Es decir, se mejora la situación general del resto de los pensionistas, dado que no quedan limitados por el SMI.

La jubilación activa

Fuera de estas dos opciones, bajo el epígrafe con el sugerente título de «pensión de jubilación y envejecimiento activo», en el artículo 214 de la LGSS se vuelven a recoger más excepciones a la regla de incompatibilidad. Así, se entiende compatible la actividad laboral por cuenta ajena o propia, con independencia de la retribución obtenida, con el 50% de la pensión de jubilación (previamente limitada por los topes máximos, si fuese necesario y sin derecho a complementos por mínimos), bajo ciertas condiciones previas: se exige haber accedido a la jubilación en la edad legal prevista, sin que se admitan los beneficios en supuestos de jubilación acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado. De esta manera, se evita que alguien que haya accedido anticipadamente y, por tanto, su pensión haya sido reducida como penalización, pueda luego completar su cuantía con el salario obtenido de una actividad laboral posterior al momento de la jubilación. Además, solo se admite esta compatibilidad cuando el porcentaje a aplicar a la base reguladora de la pensión haya sido el 100%, es decir, solamente se podrá acceder a esta ventaja cuando se acrediten largas carreras de cotización (cuando termine la transitoria, 37 años de cotización). En este caso, solo se cotiza por incapacidad temporal, accidente de trabajo y por la cuota denominada «de solidaridad», la cual no computará para la pensión cuando cese la actividad de forma absoluta, sino que como su nombre indica sirve para el mantenimiento del sistema en beneficio del resto de los pensionistas.

Además del aumento de ingresos, también se ahorra el sistema el pago del 50% de la pensión durante el tiempo que dure la compatibilidad. Pero incluso se puede compatibilizar con el 100% de la pensión cuando la actividad que se realiza es por

²² Real Decreto 302/2019, de 26 de abril, por la que se regula la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística.

cuenta propia, siempre que se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena. En este caso, el beneficio de la Seguridad Social solo está en la cuota de solidaridad (un 8%) y no en el ahorro del pago de parte de la pensión, pero también sirve como reconocimiento legal de una realidad, muy común, que consiste en que el trabajador por cuenta propia siga vigilando su negocio una vez jubilado. Volviendo al tema de los trabajadores por cuenta propia, para acceder a esta opción de compatibilidad se le imponen ciertos límites a la empresa contratante. No hay que olvidar que esta modalidad también puede ser de gran utilidad para el empresario, ya que recibe la misma prestación de servicios, pero más barata, al reducir la cuantía que paga en concepto de contribución al sistema de la Seguridad Social. Así, la empresa no puede adoptar decisiones extintivas improcedentes en relación con los puestos de trabajo del mismo grupo profesional en los 6 meses anteriores a dicha compatibilidad. Y, posteriormente, debe mantener el mismo nivel de empleo (el promedio de trabajadores en alta en los últimos 90 días), que se tenía en el momento de iniciar la nueva situación del trabajador, durante el tiempo que dure el contrato. Así se le ponen ciertas trabas a la empresa, la cual, como se ha señalado, va a beneficiarse de unas cotizaciones inferiores a la usuales, poniéndole límites similares a los que se aplican cuando se benefician de bonificaciones en las cotizaciones que incentivan la contratación de trabajadores pertenecientes a ciertos colectivos sensibles.

La reforma de 2013 que introduce esta opción ha sido un aliciente a la promoción del envejecimiento activo, dado que en 2013 hubo un total de 9.094 de jubilaciones activas; en 2014, 18.066; y en 2015 un total de 25.086 (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2015). En todo caso, si realmente se quiere promover la incentivación del envejecimiento activo, habrá que reducir todavía más las trabas impuestas a las empresas. Si se entiende adecuado que solamente se reconozca el beneficio a los trabajadores con largas carreras de cotización y que no hayan adelantado el momento de su jubilación, como premio a su aportación al sistema, no se puede calificar de igual forma las exigencias empresariales, puesto que en muchos casos la sola rebaja en las cotizaciones no será suficiente para mantener a un trabajador más allá de la edad legal de jubilación, que seguramente tendrá una retribución superior que el resto de los empleados de su mismo nivel, pero de menor edad.

Y no se puede pasar por alto que siempre es preciso el acuerdo con la empresa para poder mantener el trabajo en estas condiciones, que deberá apostar por el mantenimiento de su actividad y el cumplimiento de todas las condiciones exigidas. Es por esto por lo que de nuevo hay que poner en evidencia que la regulación de un contrato distinto con otras condiciones podría ser un mayor incentivo para la empresa a la hora de apostar por el mantenimiento de los trabajadores séniores en estas condiciones.

La jubilación flexible

Consiste en mantener la pensión de jubilación a la vez que una actividad laboral a tiempo parcial. La pensión se reducirá en proporción a la jornada trabajada. A di-

ferencia de la jubilación parcial, en este caso se pasa de la situación pasiva a la activa, mientras que en la primera se mantiene la activa y se pasa en parte a la pasiva. La jornada se puede reducir entre un 25 y 50%. No se puede acceder a este beneficio en el supuesto de desarrollar una actividad por cuenta propia, en cuanto que tampoco está regulado el trabajo a tiempo parcial en esta modalidad. La cotización aplicable es la misma que en los casos generales, por lo que cuando el trabajador vuelve a la jubilación total, por finalizar el contrato a tiempo parcial, se le recalcula la pensión de jubilación de acuerdo con las nuevas cotizaciones realizadas durante el tiempo que realizó la actividad a tiempo parcial. En este caso, si bien el sistema de la Seguridad Social se ahorra los costes de parte de la pensión durante el tiempo que dura la actividad a tiempo parcial, sin embargo, las cotizaciones no significan un ingreso sin contrapartida, dado que cuando termina la actividad la pensión se recalcula de acuerdo con dichas contribuciones.

4. CONCLUSIÓN: PROPUESTA DE UN NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO CONTRACTUAL

De lo dicho en los distintos epígrafes se desprende que es esencial promover la prolongación de la vida laboral como forma de apoyo a la sostenibilidad financiera del sistema de la Seguridad Social, pero aún más importante es garantizar el derecho de la persona trabajadora a decidir sobre su vida activa de acuerdo con los beneficios sobre su salud, psicológicos, económicos y de bienestar, que pueden conllevar en muchos supuestos seguir trabajando si así se elige por el trabajador.

Siguiendo en el camino del envejecimiento activo y la concurrencia entre trabajo-pensión, incluso se podría seguir avanzando hacia una compatibilidad absoluta, como ya se admite para los trabajadores por cuenta propia que contraten a un trabajador, incluso de forma libre y, en cualquier caso, como ocurre en numerosos países avanzados. Es decir, sin tener que requerir el derecho al 100% de la base reguladora y, por tanto, limitarse a largas carreras de cotización, aunque sí haber accedido a la modalidad ordinaria. Esto, que ahora se ve complicado dada la alta tasa de desempleo a medio plazo, cuando se empiecen a notar los efectos del envejecimiento de la población activa será casi una necesidad, siempre bajo la condición, de muy dudosa verosimilitud, de que el empleo de los trabajadores séniores impida el de los jóvenes.

Si bien es cierto que la descarga en las cuotas de la Seguridad Social es un buen incentivo para que la empresa mantenga a los trabajadores séniores, en ocasiones el hecho de que estos trabajadores tengan unos salarios mayores que el resto de los empleados en puestos de trabajo similares puede ser una importante traba para que esta situación pueda ser tomada como beneficiosa.

En este contexto, con el fin de fomentar la continuación en la actividad desarrollada, se entiende necesario regular un nuevo contrato que rompa con la anterior re-

lación laboral mantenida entre las partes y recoja los nuevos términos adaptados a la nueva realidad²³.

Ese nuevo contrato se plantearía en la situación en la que la persona trabajadora llega a la edad legal de jubilación y desea seguir trabajando de forma compatible con la percepción de su pensión de jubilación. La adquisición de la condición de jubilado daría paso a la extinción de su contrato previo y el inicio de otro con una nueva modalidad: un «contrato de compatibilidad».

La primera cuestión a resolver es qué trabajadores podrían acceder a este contrato. Si bien se entiende que se piensa en aquellos que se jubilan a la edad legal de jubilación y no para los que se jubilan anticipadamente, no debería limitarse a quienes hayan llegado al 100% de la base reguladora. Al contrario, parece que serán justamente los que no lleguen a estos porcentajes los que más necesidad económica van a tener de continuar con su actividad laboral. En todo caso, la compatibilidad será más precisa en los supuestos en los que la pensión no cumple la tasa de sustitución, que, como se ha comentado, suele ser cuando se parte de salarios más bajos.

El contrato por compatibilidad sería, en principio, un contrato temporal cuya causa justificativa sería la contratación de un trabajador jubilado a la edad legal de jubilación y cuya duración no estaría prestablecida ni limitada, sino que dependería de la voluntad de las partes. Es decir, cualquiera de ellas y en cualquier momento podría rescindir el contrato, preavisando con un tiempo prudencial, y sin generar ninguna obligación de compensación por dicho término.

Este contrato debería mantener la esencia de la situación de cotización actual. Es decir, llegada a la edad de jubilación se finalizaría la obligación de cotizar por contingencias comunes tanto del trabajador como de su empleador, excepto por incapacidad temporal, aunque se podría mantener una cotización por solidaridad, como compromiso con la sostenibilidad del sistema. Esta sería la ganancia de la Seguridad Social, que teniendo que abonar la pensión de jubilación por haber llegado la persona trabajadora a la edad legal, al menos, percibiría una cuota que no generase derecho alguno.

Este contrato rompería las condiciones del anterior, quedando libre de complementos de antigüedad y pudiendo renegociar las condiciones salariales de acuerdo con la jornada que se fuese a desarrollar. La antigüedad carecería de materialidad, pues se iniciaría una nueva relación, dotada económicamente con la pensión plena, que debería cubrir netamente la pérdida total de retribución. En definitiva, el salario tendría que renegociarse por las partes, respetando siempre los mínimos legales y de la negociación colectiva y, por supuesto, la nueva relación no generaría nuevos derechos de antigüedad.

Por otra parte, también la nueva relación tendría que quedar liberada de las cláusulas indemnizatorias ante una eventual situación de despido que ya estaría des-

²³ Tal y como proponen Arrieta, T., Blázquez, E., Herce, J.A. (2017).

naturalizada, dado que la duración del contrato queda al arbitrio absoluto de cualquiera de las partes y, además, el trabajador está ya en parte compensado por la cuantía de la pensión de jubilación.

Este contrato podría celebrarse a tiempo completo o parcial, de acuerdo con la voluntad de las partes. Lo que sí se entiende preciso es que se le dote de gran flexibilidad en el tiempo y en el lugar de trabajo, con el fin de que se adapte a las necesidades del trabajador sénior. Medidas de flexibilidad horaria y de teletrabajo pueden ser de gran ayuda en la consecución de un buen clima laboral que colabore en la actividad de este colectivo.

En definitiva, la relación entre el trabajador sénior y su empleador pasaría a ser de mutua aceptación y confianza, rescindible a voluntad de cualquiera de las partes mediante un simple preaviso, permitiendo a las personas trabajadoras completar la cuantía de sus pensiones, sobre todo cuando sus cuantías no son suficientes o no cubren enteramente la pérdida salarial (no llegan a la tasa de sustitución estándar). Por otra parte, como se ha dicho, se beneficiaría a la empresa, que puede mantener a un trabajador con experiencia con una reducción de sus costes, pero también a la Seguridad Social, que vería aumentar el número de cotizaciones de solidaridad sin generar derechos, en el caso deseable de que la compatibilidad de la pensión fuese al 100%, y no del 50% como en la actualidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRIETA, T.; BLAZQUEZ, E.; HERCE, J.A. (2017): «Un Contrato Compatible», El País, 20/11/2017, https://elpais.com/economia/2017/11/16/actualidad/1510826386_527772.html
- CES (2000): *Informe Vida laboral y prejubilaciones*, 2.
- COMISIÓN EUROPEA (1999): *Hacia una Europa para todas las edades* Bruselas, COM (1999) 221 final.
- (2017): «The 2018 Ageing Report». *Institutional paper 065* November 2017
- EUROFOUND (2015): *Sustainable work over the life course: Concept paper*, Publications Office of the European Union, Luxembourg.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (2018): *Sostenibilidad y suficiencia en la pensión de jubilación: Un dúo difícil de conciliar*, Aranzadi, 253-ss.
- FUNDACIÓN ADECCO (2019): *El absentismo entre los profesionales mayores de 55 años en VIII Informe Adecco de Absentismo*.
- GEM (2018): *Global Entrepreneurship Monitor Global Report 2017-2018*
- MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2015): *Informe sobre el Pacto de Toledo, 2011-2015*, 237
- MONTOYA MELGAR, A.; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2002): «Contrato de Trabajo, jubilación y política de empleo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1: 28 - 29.
- OCDE (2017): *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 Indicators*, OECD Publishing, Paris, 120
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F (1986): *Igualdad y discriminación*. Tecnos: 64 - ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. (2008): «Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, 2.
- SALA FRANCO, T. (2018): «Las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada», *Formación Laboral*, 8.