

ASPECTOS JURÍDICO-CRÍTICOS DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

NET21 NÚMERO 3, MAYO 2021

En el proceso permanente de reformas y desde nuestra posición de juristas comprometidos (juristas críticos del Derecho Social), realizamos una serie de aportaciones, desde la perspectiva *de lege ferenda* como *de lege data*, con las que creemos posible avanzar y mejorar en el sistema normativo de jubilación y, especialmente, en la modalidad de jubilación anticipada.

1. Lo principal de todo, es el carácter absolutamente imprescindible de recuperar la dinámica del consenso del Pacto de Toledo evitando cualquier orientación política de encabezar o liderar cualquier reforma que no atienda a una lógica estrictamente jurídica. Dicho lo anterior, es el Pacto de Toledo el espacio donde debe quedar reflejado el compromiso “político” para la garantía efectiva del mantenimiento del sistema de pensiones, siendo el lugar correcto para la búsqueda de aquellos puntos de encuentro entre las diferentes opciones sociales y políticas. Es el espacio adecuado en el que establecer esa planificación idónea que venga a poner de relieve las prioridades del rumbo a seguir. Y para ello, qué mejor aspecto que el de comenzar con la finalidad, muy necesaria, de aumentar la confianza de los ciudadanos en la sostenibilidad del sistema y de la capacidad de éste para responder ante el reto de la garantía de las pensiones dignas, suficientes y adecuadas en ambos niveles: contributivo (lógica de sustitución) y no contributivo (lógica de compensación).

2. Asimismo, el proceso de reformas en el sistema de Seguridad Social no puede olvidar que el objetivo debe atender a la política de pleno empleo de calidad y decente o digno para la persona que trabaja. Lo cierto es que un modelo de relaciones laborales basado en el denominado “Empleo Low Cost”, precario y sustentado en la competitividad por la reducción de costes, es manifiestamente incompatible con la viabilidad/sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y, por ende, con el subsistema de pensiones, siendo fundamental paliar aquellas consecuencias en la protección social de las

carreras de seguro inestables, interrupciones existentes o rupturas de la actividad profesional.

3. Deben incrementarse medidas legales que impidan cualquier mínimo ápice de discriminación por razón de género. Lo que, puesto en plena vinculación con la materia a tratar, requiere de una estrategia en la que las mujeres no gocen de una menor cobertura que los hombres en las pensiones de jubilación.

4. El envejecimiento de la población (que en sí es un éxito de las políticas del Derecho Social) es uno de los principales lastres para el sistema de pensiones de España. Para combatir este mal, hoy endémico, se requiere de la implantación de políticas públicas de familia que favorezcan el nacimiento de hijos. Para ello, también se convierte en elemento fundamental cualquier política de igualdad, conciliación y corresponsabilidad que permitan vertebrar y favorecer la natalidad.

5. Debe apostarse por la reducción de un sistema excesivamente complejo. El trabajador que se encuentra llegando al ocaso de su vida profesional tendrá que analizar si le interesa anticipar la edad o no de jubilación con las múltiples variantes posibles (mutualista, voluntaria, involuntaria, discapacidad, por aplicación de coeficientes reductores y por la actividad desempeñada) y dentro de ellas con variedades posibles. Asimismo, también tendrá que valorar si antes de la edad ordinaria le interesa compatibilizar trabajo y pensión o bien esperar a después de tener la misma. Por otro lado, tendrá que valorar si puede y le interesa optar por legislación anterior a la actualmente vigente. Y finalmente si va o no a proseguir total o parcialmente su actividad o ejercer otra distinta.

6. En absoluto debe apostarse por retrasar, de manera obligatoria, la edad de jubilación. No es la solución "realista" (viable), ni es deseable (en términos de justicia social) desde la perspectiva del derecho a la pensión pública. Existen límites humanos intrínsecos y de carácter civilizatorio respecto de la calidad de vida y bienestar en la vejez que deben quedar salvaguardados. Cuestión distinta es favorecer la jubilación voluntaria (no forzosa ni por vía legal, ni por vía de negociación colectiva) sin límite de edad. Sería oportuno reflexionar sobre la noción y funcionalidad actual de la edad pensionable. Una de las cuestiones podría ser la de superar la noción de edad pensionable, fijando una edad mínima (los 63 años) a partir de la cual pueda accederse a la jubilación a la edad que se desee, pero viéndose afectado el importe por la edad que tenga. La prolongación de la vida activa encuentra límites intrínsecos, y no sólo por razones de deterioro psicofísico (que condicione la

“empleabilidad” de los trabajadores mayores), sino también por el valor social de una larga vida dedicada a un trabajo productivo y necesario. La prolongación de la vida activa más allá de la edad ordinaria de jubilación debe ser siempre realmente voluntaria y no subrepticamente forzosa para mantener el nivel de vida de la persona mayor.

7. Llegamos así al problema específico de las *jubilaciones anticipadas*. Lo cierto es que opera una falta de correspondencia precisa entre la “vejez” y el instituto jurídico-social de la “jubilación”, pues el abandono de la vida activa no depende tanto de la vejez como de la decisión de la adaptada heterónomamente por los agentes sociales y la decisión de las empresas. De ahí la centralidad del cese anticipado de la actividad laboral a través de distintas figuras de jubilaciones anticipadas con la paradoja de que se está produciendo, al mismo tiempo, un progresivo retraso en el envejecimiento biológico, incrementándose la esperanza de vida y el carácter saludable del trabajador mayor o de edad avanzada, con lo que la protección que confiere la jubilación alcanza a situaciones de necesidad no reconducibles estrictamente al hecho del envejecimiento biológico. Por ello debe plantearse la necesidad de un cambio respecto a la verdadera operatividad que la jubilación anticipada posee, quizás, limitándose dichas jubilaciones o las medidas de anticipación de la edad de jubilación. Al mismo tiempo que en una dirección sólo aparentemente contradictoria se establece una relación más flexible entre jubilación y trabajo, en el sentido de una mayor apertura hacia la compatibilidad relativa (y, por tanto, limitada y condicionada). De hecho, muchos jubilados a la edad ordinaria de jubilación (y por descontado tanto más los jubilados a una edad real inferior a la misma), por inempleabilidad o por expulsión del mercado de trabajo (“fundada” en razones externas preeminentes de política de empleo) ni son “ancianos”, ni quedan necesariamente “impedidos” –física o psicológicamente– para realizar un trabajo profesional con plena aptitud. Es obvio que ello depende de la aptitud y capacitación de la persona, pero también del nivel dinámico de exigencias inherentes a la actividad profesional de que se trate. La contingencia jurídicamente protegida por la pensión de jubilación no es tanto la vejez en sentido biológico –que de algún modo siempre subyace al fenómeno del envejecimiento del individuo– como situación de envejecimiento tasada por el elemento tipológico de trabajador de edad avanzada en una lógica propia del “ciclo vital” que hoy precisamente se encuentra desestandarizado (porque del ciclo vital ternario –para el que estaba “programada” la pensión de jubilación– se ha pasado al ciclo vital cuaternario), pues a la “tercera edad” (jubilación) le sucede cronológicamente un envejecimiento del “envejecimiento” que conduce a la “cuarta edad” (situación de dependencia con la pérdida de ciertos ámbitos de autonomía

personal). La desestandarización (descronologización) de los ciclos vitales ha venido comportando una mutación de las políticas de protección de las personas mayores o de edad avanzada.

Por otro lado, los coeficientes reductores de la jubilación anticipada deben ser equitativos para aquellas personas que posean largas carreras de cotización. No puede penalizarse a las personas que se acogan a la jubilación anticipada y posean carreras laborales especialmente largas. Es realista tener presente que, aunque estos trabajadores se jubilen anticipadamente (especialmente porque las crisis que nos encontramos atravesando ha terminado por expulsar a muchos de estos trabajadores del mercado laboral consecuencia de despidos colectivos y reestructuraciones de plantillas; por tanto, jubilaciones anticipadas "obligatorias"), no es razonable penalizar a dichos trabajadores que poseen una carrera laboral especialmente dilatada. Tal vez podría valorarse aplicar dichos coeficientes reductores en los años previos a la edad legal de jubilación y, una vez alcanzada la misma, puedan percibir el 100% de su pensión de jubilación.

Asimismo, la merma por la penalización entre las diferentes bases de cotización debe ser revisada en el sentido de que no existan diferencias notables en la penalización de estas personas que se acogen a la jubilación anticipada.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien debe reducirse el número de jubilaciones anticipadas voluntarias, no obstante, cualquier modificación aconseja ser tomada con prudencia y, sobre todo, con tiempo suficiente de reflexión para los trabajadores a los que les venga a afectar cualquier reforma, puesto que es justo y lícito que puedan planificar y decidir su jubilación como estimen conveniente.

8. Lo que debe enlazarse con las jubilaciones forzosas y la prolongación voluntaria de la vida activa. Es absolutamente necesario articular y desarrollar una política activa de empleo de los trabajadores mayores puesto que son insuficientes las previsiones y medidas actualmente existentes (Real Decreto-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). La anticipación de la edad jubilatoria termina comportando una merma significativa de los derechos de pensión pública en virtud del juego de los coeficientes reductores. De igual modo, se debe repensar la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo y el modelo adoptado por la disposición final primera del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en

materia social, laboral y de empleo, en un triple sentido: 1°. No cumple con los objetivos de crear empleo para los más jóvenes. 2°. Ha terminado sirviendo para prescindir de trabajadores maduros o en edad avanzada que se encontraban en plena actitud para trabajar y con derecho al trabajo. 3°. No hay garantía de no amortización del puesto de trabajo y sustitución por un trabajador desempleado con un contrato indefinido equivalente. Lo anterior convierte tal mecanismo es una posible vía de escape para despedir a un trabajador.

En esa lógica de fomento de la permanencia en activo, tiene que ser objeto de penalización el uso de las jubilaciones forzosas por convenio colectivo. Hay dos opciones posibles de política legislativa: endurecer el marco legal (condicionándolo a la sustitución de un trabajador desempleado, por ejemplo) o suprimir la habilitación legal para realizar jubilaciones forzosas. Apostamos por derogar la habilitación legal para pactar jubilaciones forzosas en la negociación colectiva. Las razones coyunturales no deberían contradecir la lógica estructural del proceso de reformas del Pacto de Toledo en la dirección de favorecer no sólo el respeto a la edad ordinaria de jubilación, sino también a prolongar voluntariamente la vida laboral más allá de dicha edad (retraso de la jubilación y jubilación flexible). Lo que se desea es establecer una nueva relación más positiva ("proactiva") entre trabajo y jubilación. Es una línea estratégica a implantar en el marco del Método Abierto de Coordinación y de las directrices de renovación del Pacto de Toledo. Interesa recordar que en nuestro sistema jurídico la jubilación es, ante todo, un derecho subjetivo del trabajador. Nuestro modelo es de jubilación voluntaria, una vez que el trabajador cesa total o parcialmente en el trabajo. Pero esta regla tiene excepciones legalmente tasadas. Se impone, pues, la derogación de cualquier disposición que contradiga frontalmente la política de prolongación de la vida activa; o alternativamente, una mayor exigibilidad en su funcionalización al servicio de una política de empleo coherente y no al simple ajuste de plantillas (dispositivos de ajuste de plantillas). En general, cabe decir que la coordinación entre políticas de empleo y políticas de seguridad es necesaria e inevitable, pero es preciso evitar la instrumentalización unilateral de la Seguridad Social al servicio de las políticas de reestructuración empresarial, con el consiguiente olvido de sus funciones sociales específicas.

9. Es necesario reformar la "contributividad" considerando todas las cotizaciones realizadas a lo largo de toda la vida laboral o una mayor proporcionalidad entre lo cotizado y la pensión. En otros términos, la regla de "tanto cotizas, tanto recibes"; en suma, una relación equilibrada entre la prestación reconocida y el esfuerzo de cotización que esa persona ha realizado durante su vida laboral.

10. Adopción de políticas activas de empleo que favorezcan la "empleabilidad" positiva de los trabajadores de edad madura y la predisposición de incentivos para el mantenimiento y contratación de trabajadores maduros. Es correcta la incitación a la prolongación de la actividad laboral, sólo que la situación del mercado de trabajo respecto a los trabajadores de edad no facilita que éstos puedan decidir sobre la duración de su actividad y el nivel de su pensión, más bien le vendrá impuesta.

11. En la lógica de reformas se ha de continuar la política de fomento de la prolongación voluntaria de la vida laboral. La tensión existente entre la prolongación voluntaria de la vida activa y la anticipación del retiro/edad de jubilación debe resolverse a favor de la primera. Pero no son suficientes los incentivos dirigidos exclusivamente al trabajador mayor, sino que adicionalmente debe garantizarse la realización de políticas activas de empleo encaminadas a incrementar el acceso y la permanencia en el empleo de los trabajadores de edad, a través de una mejora sistemática de las condiciones de trabajo, la elaboración de políticas de formación continua adaptadas a los cambios y la mejora de los instrumentos de tutela frente al despido por motivos de edad, directos o indirectos. Por consiguiente, la política del Derecho aquí tiene que ser transversal, vinculando las medidas de Seguridad Social renovada con las políticas activas de empleo. La experiencia jurídica muestra que las personas mayores pueden "querer" trabajar y estar en condiciones de adaptarse asumiendo los esfuerzos necesarios para ello, pero a menudo no tienen el "poder" efectivo para que realmente sean contratados y no rechazados (a veces apriorísticamente) por los empresarios que suelen desconfiar de la idoneidad y preparación de estos colectivos de edad.

12. Otro objetivo a cumplir se localiza en que la edad de jubilación real se equipare a la edad ordinaria legal. En este sentido, es una política más correcta incentivar voluntariamente la prolongación voluntaria de la vida activa (alargamiento voluntario de la vida laboral). Incentivar a los que quieran y puedan mantenerse en el empleo. La ampliación de la edad supone, en realidad, una reducción adicional de las pensiones para aquellos asegurados que no pueden seguir trabajando a esa edad. Este es uno de los grandes problemas a resolver en cualquier programa dirigido a prolongar la vida activa: lo que obliga a conectar la política de Seguridad Social con la política de empleo.

13. Es necesario evitar, con contundencia y a través de medidas adecuadas, que las jubilaciones anticipadas ("forzosas" u "obligatorias" contempladas "ex una latere" del trabajador) operen predominantemente al servicio de las

reestructuraciones empresariales, con el consiguiente perjuicio al trabajador y a la sostenibilidad del sistema de pensiones públicas. Esto no supone que las jubilaciones anticipadas no puedan operar, bajo ciertas condiciones garantistas, como mecanismos de intervención activa del sistema de Seguridad Social en los procesos de reestructuración empresarial, pero sí es necesario buscar un equilibrio virtuoso en la ponderación de los intereses públicos y privados en juego. En general los sistemas de anticipación del cese en el trabajo y de la edad de jubilación (cuestiones coextensas) plantean siempre un conflicto o colisión de una pluralidad de intereses concurrentes, por un lado, y por otro, exigen una coordinación y racionalización de las políticas laborales reguladoras de los llamados “mercados de trabajo” y de las políticas de Seguridad Social (que tiene sus propios fines ex art. 41 y siguientes, en obligada conexión finalista en vía interpretativa y de control de convencionales establecida imperativamente en los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución). Es necesario evitar los efectos más perversos de los sistemas de anticipación de la edad de cese en el trabajo por razón de la edad y de la anticipación de la edad de jubilación propiamente dicha. La idea fuerza debe ser el mantenimiento voluntario de la vida activa (prolongación de la vida activa) y evitar una anticipación de la edad jubilatoria ordinaria salvo supuestos realmente justificados (que los hay tanto por razones estructurales del trabajo realizado como coyunturales de larga duración vinculadas las crisis y proceso de reestructuración objeto de control sindical y supervisión pública). Ello es tanto más necesario atendiendo al uso y abuso de los distintos instrumentos de anticipación del cese en el trabajo y de adelanto de la edad de jubilación en nuestro país.

14. Por último, y en otro orden de ideas, es necesario reflexionar sobre la función de la Seguridad Social en una sociedad cambiante y en transformación. En este sentido, es preciso combinar las reformas estructurales y las reformas coyunturales. Las reformas estructurales - imprescindibles- han de estar pensadas para atender a los cambios estructurales de la sociedad (ciclos vitales de las personas: familia, empleo, envejecimiento “activo”, etcétera). Es la reforma como proceso de larga duración desde el Pacto de Toledo y sus renovaciones, cuya continuación está en ciernes. A ella se unen las reformas coyunturales, necesarias, elaboradas para hacer frente a la coyuntura actual de crisis económica y crisis del empleo. La cuestión más delicada es procurar que no se produzca una contradicción entre las reformas estructurales y coyunturales. Tiene que realizarse una estrategia de programación y racionalización conjunta e integral entre ambos tipos de respuestas a las exigencias de regulación del sistema de protección social. En realidad, ambos tipos de reformas de la Seguridad Social asumen dos funciones típicas: por un lado, la protección de las personas “de la cuna

a la tumba” en las distintas fases del ciclo vital (actualizando la propuesta de Beveridge para hacer frente a las necesidades de la presente etapa histórica); y, por otro, racionalizar (equilibrando la razón social y la razón económica coexistentes) su condición de instrumentos de regulación y estabilización del sistema económico. Lo que exige la reordenación inmediata de ciertas medidas de edad para propiciar el objetivo estructural de mantenimiento en la prolongación de la vida activa y el “envejecimiento activo” (como los ceses anticipados; jubilaciones anticipadas/anticipación de la edad de jubilación; jubilaciones forzosas; desempleo permanente o temporal, protección por desempleo en su funcionalidad activa y pasiva; atención a los mercados transicionales; etcétera). Existe un interés público en la implementación de ese tipo de políticas, pero también existe la obligación constitucional impuesta a los poderes públicos de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad y, en nuestro caso, la protección efectiva de las personas de edad madura, que objetivamente tienen una posición de debilidad en el mercado de trabajo, pero también fuera de él, es decir, en el contexto de una sociedad del riesgo y de primacía de la racionalidad económica, que presenta estructuralmente una marcada tendencia hacia la exclusión –social, política y cultural– de las personas mayores y, en general, de los colectivos más vulnerables o desfavorecidos.

Importa, en ese orden de cosas, la revisión inmediata de ciertas medidas coyunturales que, sin embargo, se están normalizando más allá de lo razonable, pues contradicen los objetivos estructurales. Esto es, urge un replanteamiento de las políticas de ajuste y reestructuración en la línea de fomentar el mantenimiento de las personas mayores en el mercado de trabajo y de garantizar el sostenimiento de la demanda agregada. La prolongación de la edad de jubilación está siendo en gran medida neutralizada por la anticipación de la edad de retiro/jubilación dentro de las estrategias empresariales de ajuste y de adaptación al contexto de la crisis. Hay que sustituir estas “técnicas expulsivas” (cese o retiro anticipado) de los trabajadores maduros por otras estrategias “activas” y más coherentes de gestión de personal en las organizaciones productivas. Debe superarse, igualmente, el tratamiento “formal” de la discriminación por razón de la edad y sustituirlo por un enfoque más “real” de la discriminación efectiva que están sufriendo los colectivos de trabajadores maduros en razón de la edad. Esto implica un giro en las políticas de gestión de las edades dentro de la empresa, valorizando la recualificación permanente de las personas y estableciendo estrategias preventivas de adaptación de los trabajadores maduros a los cambios tecnológicos y organizativos.

En esa línea de pensamiento debe destacarse el papel extraordinariamente positivo de la Seguridad Social, pues la Seguridad Social no es una “carga social”, sino “activo social” para las personas, ante todo, pero también para las empresas porque facilita la racionalización jurídico-social de las operaciones de ajuste y reestructuración de las plantillas bajo las condiciones imperantes en el orden económico existente. La pensión de jubilación no debe referirse tan sólo al riesgo de vejez, sino también al derecho al descanso, pero bajo los nuevos condicionamientos razonables que sea necesario imponer atendiendo tanto a la mayor esperanza de vida como a la garantía efectiva de la viabilidad del sistema de pensiones públicas. Se impone, así, una reflexión serena y en profundidad sobre el tiempo de actividad laboral o profesional y el papel renovado del sistema de pensiones; lo que, inevitablemente, supone una revisión cualitativa de la cultura jurídica que ha impregnado el Derecho Social durante el pasado siglo.