

Recibido: 21.03.2018. Aceptado: 12.04.2018.

LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO DE LOS TRABAJADORES MAYORES COMO ELEMENTO PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES

PROTECTION AGAINST THE DISMISSAL OF OLDER WORKERS AS AN ELEMENT FOR THE SUSTAINABILITY OF PENSIONS

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Profesora Titular de Universidad (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada

ORCID ID: 0000-0002-1248-6015

RESUMEN

A nivel europeo el envejecimiento de la población viene constituyendo un reto importante, ya que como revelan las estadísticas el alargamiento de la esperanza de vida, junto con el paso a la jubilación de los nacidos del *boom* de natalidad, hacen pensar sobre las consecuencias económicas y presupuestarias que sobre los distintos Estados europeos conlleva reducir el potencial de crecimiento financiero. Por esa razón la Unión Europea ya ha reconocido la necesidad de combatir el efecto del envejecimiento demográfico. Sin embargo, lo más destacado de estas directrices europeas es la falta de regulación concreta de cómo se han de llevar a cabo esas políticas de promoción del envejecimiento activo, lo que unido a la contradicción entre textos comunitarios ha propiciado que se plantee en España una fuerte tensión en torno a dos conceptos "envejecimiento activo" o "sostenibilidad del sistema de pensiones". Actualmente, la figura de la prejubilación se está convirtiendo en la gran estrella de los procesos de reestructuración empresarial al propiciar la salida prematura del mercado de trabajo de los trabajadores mayores, lo cual hace pensar acerca del establecimiento de un trabajo decente.

PALABRAS CLAVE: sostenibilidad de las pensiones, despido colectivo, mayores, envejecimiento activo y prejubilación.

ABSTRACT

At European level the ageing of the population is constituting a major challenge, since as statistics reveal the lengthening of life expectancy, together with the move to the retirement of the baby boomers born, they make think about the Economic and budgetary consequences resulting from reducing the potential of financial growth on European States. For that reason the European Union has already recognized the need to combat the effect of demographic ageing. However, the highlight of these directives is the lack of specific regulation of how have to carry out these policies for the promotion of active ageing, which together with the contradiction between Community texts has led to it arises in Spain a strong tension around two concepts "active ageing" or "sustainability of the pension system". Currently, the figure of early retirement is becoming the star of corporate restructuring the lead to the premature exit from the labour market of older workers, which makes thinking about the establishment of a decent work.

KEY WORDS: sustainability of pensions, redundancy, older, active ageing and retirement.

SUMARIO

I. LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN EL MARCO DEL SISTEMA DE EMPLEO

A. LA DIRECTIVA 98/59 CE DEL CONSEJO, DE 20 DE JULIO, SOBRE DESPIDOS COLECTIVOS.

B. POLÍTICAS EUROPEAS SOBRE ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES

II. FOMENTO DEL EMPLEO DE MAYORES, DESPIDO COLECTIVO Y SEGURIDAD SOCIAL: TRES VARIANTES EN ETERNO CONFLICTO

A. PREJUBILACIÓN: ENTRE LA FLEXIBILIDAD DEFENSIVA Y LA OFENSIVA COMO FORMA DE SALIDA PREMATURA DEL MERCADO DE TRABAJO

B. LA PREJUBILACIÓN COMO PUENTE JURÍDICO PARA EL ALIVIO DE INTERESES EMPRESARIALES: ¿PENALIZACIÓN? ¿INCENTIVO? Y USO FRAUDULENTO

C. MODELO NORMATIVO: EL PAPEL DE LOS AGENTES COLECTIVOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MAYORES

D. EL DERECHO DE CONSULTA-NEGOCIACIÓN ORDINARIO Y A LA EMISIÓN DE UN INFORME PREVIO EN CASO DE REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS

E. MEDIDAS DIRIGIDAS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MAYORES: LAS INSUFICIENCIAS DEL MODELO PARTICIPATIVO Y NEGOCIAL DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES Y SU CONVENIENCIA DE REFORMA DESDE EL “GARANTISMO JURÍDICO-SOCIAL”

F. INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DE LA PREJUBILACIÓN: LOS PLANES PRIVADOS DE PENSIONES

III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

I. LOS PROCESOS DE RESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL EN EL MARCO DEL SISTEMA DE POLÍTICAS DE EMPLEO

El incremento de la esperanza de vida y de los gastos a cargo del sistema de Seguridad Social, motivada entre otras razones por el aumento en el número de altas en la pensión de jubilación, ha suscitado la necesidad de operar cambios en el sistema de políticas de empleo comunitarias.

En un principio, la idea fuerza caminaba acorde con el derecho a asegurar pensiones dignas para todos los ciudadanos europeos, pero poco a poco la situación ha ido cambiando. Espoleada por la coyuntura de crisis económica, que de lleno ha afectado a las frágiles estructuras que sostienen a los mercados europeos, se han adoptado en el marco de la política europea una serie de medidas que buscan reducir la presión que las pensiones ejercen sobre un sistema público, cada vez, más sobrecargado.

De ahí que no sea tan extraño el uso de los procesos de reestructuración empresarial con la intención de expulsar del mercado activo a los trabajadores mayores. Ciertamente, el despido colectivo se ha convertido en la gran estrella del modelo regulador en tiempos de crisis empresarial, lo cual hace plantearse las bases o cimientos mismos del sistema de Seguridad Social.

Y es que esta figura expulsiva de la mano de obra madura ha pasado de operar de manera puntual a convertirse en un hecho permanente, por lo que al tiempo ello ha ocasionado una crisis del empleo y una instrumentalización del sistema de protección social en el marco de una sociedad de riesgo¹.

La estandarización y cronologización estricta de los ciclos vitales opera de manera normalizada, en lugar de excepcional, ante la mirada a menudo impasible del legislador y en contra de las garantías europeas de consecución para una viabilidad y mantenimiento del sistema de pensiones².

Cabe afirmar que el desajuste actuarial deriva en gran medida de la progresiva disminución del periodo de actividad laboral que se viene produciendo, por una parte, porque los jóvenes han retrasado su acceso al mercado de trabajo (en relación con la edad a la que habitualmente se incorporaban en pasadas generaciones) y, por otra, porque la tasa de participación en el mercado laboral de las personas mayores de 50 años ha ido descendiendo³, entre otras razones, debido al uso a veces inadecuado de las distintas fórmulas de jubilación flexible, anticipada y parcial. Por lo que, para el legislador español, no resulta pues tan descabellada la idea de flexibilizar el despido colectivo, al tiempo que se endurecen los requisitos de acceso para una pensión digna de

¹Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº Extra 1, 2010, pág. 159.

²Monereo Pérez, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 160-163. En esta misma dirección véase MORENO ROMERO, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2016, págs.165-173.

³Monereo Pérez, J.L.: "La política de pensiones tras el Acuerdo Social y económico de 2011: la fase actual de la construcción de un "nuevo" sistema de pensiones" en *La edad de jubilación*, AA.VV., Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A (dirs y coords), Granada, Comares, 2011, pág. 5.

jubilación (desnaturalizando o descausalizando de esta figura)⁴ y, asimismo, se alarga la edad ordinaria de jubilación.

El dilema entre la promoción del envejecimiento activo o la estabilidad presupuestaria del sistema de Seguridad Social se ha situado, hoy día, en el punto de mira doctrinal. Evidentemente, ello ha originado una fuerte tensión dialéctica que se eleva tanto a nivel nacional como europeo.

De ahí, que unas de las cuestiones que más se hayan debatido en nuestro país sea la revisión del Pacto de Toledo. Y es que con el objetivo en mente de que en un futuro el sistema de Seguridad Social pueda seguir haciendo frente a la protección de las personas que se encuentran en situación de necesidad, otorgando así una cobertura protectora amplia y eficaz, se han adoptado ya algunas medidas de urgencia que “supuestamente” tratan de compensar estos dos factores -envejecimiento demográfico y búsqueda de equilibrios financieros del sistema de pensiones públicas⁵- al tiempo que se evita cualquier discriminación por razón de edad.

Sin embargo y pese al catálogo de buenas intenciones, la realidad demuestra cómo a la hora de sopesar entre los distintos intereses en juego la balanza se haya inclinado en el sentido de “promover el envejecimiento activo”, en lugar de “garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones” que tanto defiende ahora la Unión Europea.

Así es, el legislador español entiende que debe prevalecer lo dispuesto por el Libro Blanco de la Comisión Europea: “Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles” (COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012) y el Libro Verde,⁶ dada la grave situación de crisis financiera, por lo que olvida las directrices para las políticas de empleo que deben llevar a cabo los Estados miembros en pro del envejecimiento activo e introduce así una serie de reformas que, para muchos, dibujan la crónica de una muerte anunciada en la pensión de jubilación⁷.

Por otra parte, y de nuevo en contra de las directrices comunitarias en materia de empleo y de pensiones, se ha impuesto a nivel nacional una política legislativa que tiende a favorecer la salida del mercado de trabajo de todas aquellas personas próximas a una edad de jubilación. Para lo cual se emplea la vía del despido colectivo.

Y ello con la única pretendida intención de favorecer la inserción laboral de los más jóvenes a través del establecimiento de un sistema más basado en la precariedad laboral, el abuso y el fraude. No le interesa, por tanto, al legislador español emplear y proteger a

⁴López Insua, B.M: "La jubilación parcial", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L y López Cumbre, L (Dirs), Maldonado Molina, J.A y Fernández Ramírez, M (Coord), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Granada, Comares, 2015, pág. 171.

⁵Monereo Pérez, J.L: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, AA.VV, Monereo Pérez, J.L (Dir), Granada, Comares, 2010, pág. 146.

⁶Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M, Valdés Dal-Ré, F y Casas Baamonde, M^a.E: "La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº5, año 29, mayo 2013, pág. 3.

⁷López Gandía, J: "La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones", *Documentación laboral*, nº 99, 2013, Vol.III, pág. 57.

los trabajadores experimentados o con capacidades no necesariamente obsoletas, sino disminuir los índices de desempleo que tanto están dañando las arcas de nuestro sistema de Seguridad Social. Es por ello que, hasta el momento, no se hayan llevado a cabo medidas de política activa para los mayores o próximos a una edad de jubilación⁸. Por supuesto, no debe olvidarse que la intervención de éste ha sido, en esta materia, muy tímida en los últimos años⁹.

Aunque si cabe alabar algunas medidas disuasorias que han operado frente al despido colectivo de los mayores, así como la necesidad obligatoria de tener en cuenta, por parte de los negociadores colectivos, su situación a la hora de la adopción de estas decisiones empresariales. Sin embargo, a día de hoy, los sujetos negociadores siguen recurriendo con frecuencia al despido colectivo de los trabajadores de edad madura como fórmula o solución ante los procesos de reestructuración empresarial, ignorando la grave repercusión que esta medida puede suponer para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

A. LA DIRECTIVA 98/59/CEDEL CONSEJO, DE 20 DE JULIO, SOBRE DESPIDOS COLECTIVOS

La evolución normativa en materia de despidos colectivos ha seguido caminos muy diferentes en las legislaciones propias de cada uno de los Estados Comunitarios. Y es que, ya sea por razones económicas, sociales o políticas, lo cierto es que esta materia se ha visto afectada en sus distintas modalidades y procedimientos de despidos colectivos, así como en lo referente a las medidas que son efectuadas para atenuar las consecuencias que ocasiona este tipo de extinción contractual en los trabajadores de edad madura.

Mientras que algunos Estados europeos han optado por un modelo más garantista de los derechos laborales, por el contrario, otros países (como es el caso de España) se han inclinado por flexibilizar el despido colectivo a costa de limitar el establecimiento de unas garantías mínimas para los trabajadores -en general- y los mayores -en particular-. En todo caso, hay que tener en cuenta que en esta materia influye *los modelos de flexiseguridad* (que oscilan entre el “garantismo” y la “liberalización”) que adopten los Estados miembros de la Unión Europea (UE)¹⁰.

La repercusión que ha tenido este fenómeno sobre el mercado laboral se ha visto agravada a causa de la situación de crisis económica mundial, ocasionando así graves consecuencias para el establecimiento de una Europa fuerte y capaz de competir a nivel

⁸Suárez Corujo, B: "Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Fernández Bernat, J.A y López Insua, B.M (Dir. y Coords), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, págs. 759-767. En una perspectiva más integral de protección sociolaboral de la personas maduras o de edad avanzada, véase Monereo Pérez, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013, *passim*.

⁹Gallego Losada, R: *El dilema de las pensiones en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, págs. 120-134.

¹⁰Monereo Pérez, J.L: "Intervención administrativa en los despidos colectivo", *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 125, 2014, pág. 219.

internacional. Ello ha conducido necesariamente a que en el espacio económico europeo se hayan llevado a cabo estrategias de *reestructuración empresarial* y de adaptación competitiva a las constantes transformaciones de los mercados y exigencias de rentabilidad de las empresas. Por esta razón, la intervención del Derecho comunitario en este campo parte de la constatación de la necesidad de armonizar la regulación legal de los Estados miembros.

Paulatinamente, los derechos sociales de los trabajadores se han ido reconociendo en el Derecho Comunitario a través de las diferentes directivas que se han aprobado y por las que se pretende aproximar la legislación de los Estados europeos a lo dispuesto por el ordenamiento supranacional¹¹. A este fin, nace la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio sobre despidos colectivos¹², en aras de reforzando la protección de los trabajadores en caso de despido colectivo y logro de un desarrollo económico-social equilibrado en la UE.

Principalmente, la protección que ofrece aquí la legislación europea se concreta en los derechos de consulta-negociación e información con los representantes de los trabajadores, obligación ésta que deberá respetar el empleador en caso de que pretenda iniciar el correspondiente procedimiento de despido colectivo. Constituye este punto, en particular, pieza clave para el mantenimiento en el empleo de los trabajadores mayores o, en su caso, para el fomento de medidas internas de recolocación o prevención de su expulsión del mercado activo de trabajo.

El marco comunitario que presenta la Directiva de 1998 se construye no sólo sobre el papel pro-activo que deberá desempeñar la Administración Laboral sino, y lo que es aún más importante, sobre un modelo de flexibilidad negociada del preceptivo período de consulta-negociación, esto es a lo que la doctrina ha denominado como "negociación colectiva gestional"¹³.

El contexto de referencia que marca la normativa europea sobre despidos colectivos conlleva necesariamente la implicación consciente y participativa de los representantes de los trabajadores en las decisiones de la empresa, de modo que los pactos que se acuerden en el marco de este procedimiento gestional constituirán expresión formal de la negociación colectiva llevada a cabo de conformidad con el principio de buena fe. La codecisión negociada se convierte así en un instrumento muy útil para la toma de decisiones en los supuestos de reestructuración empresarial, de ahí que entren en juego los derechos de información y consulta.

No obstante, deberá tenerse también en cuenta por los agentes negociadores la necesidad de adoptar medidas "sociales de acompañamiento" que reduzcan o atenúen las consecuencias de los despidos colectivos para los trabajadores mayores.

A este respecto, cobran especial importancia los Planes Sociales (que son pactados en empresa de más de cincuenta trabajadores) como medida de amortiguación de los

¹¹Arastey Sahún, M^a. L: "La protección por despido en la Constitución Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social*, nº 57, 2005, pág. 368.

¹²Relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 225/16).

¹³Monereo Pérez, J.L: "Intervención administrativa en los despidos colectivo"...op.cit., pág. 922.

efectos del procedimiento de regulación de empleo (los antes denominados ERE). De lo que se trata es de posibilitar la continuidad y la viabilidad del proyecto empresarial a través del empleo de distintas soluciones: recolocación de trabajadores, movilidad geográfica, creación de bolsas de empleo... etcétera. Ciertamente, el papel que cumple la representación de los trabajadores a la hora de la negociación de estas medidas es esencial para la consecución de los objetivos que marca, primero, la Directiva comunitaria 98/59/CE y, posteriormente, la normativa nacional¹⁴ a fin de proteger a los trabajadores mayores.

La Directiva 98/59/CE se caracteriza, en principio, por implantar un modelo abierto y de "flexibilidad jurídica" que se adapta perfectamente a las distintas opciones de política legislativa. Por lo que en tanto los Estados Comunitarios alcancen los objetivos que son propuestos por la UE, las autoridades nacionales podrán elegir la forma y los medios ("Derecho flexible")¹⁵.

En los supuestos de reestructuración de empresas la Directiva de referencia fomenta la consecución de soluciones consensuadas a través del diálogo social y la negociación colectiva gestional (el modelo típico que se impulsa es el de la "flexibilidad negociada")¹⁶, lo que se en la práctica se ha traducido en la adopción de diversas opciones de política legislativas entre los Estados que forman parte de la Unión.

La experiencia demuestra como durante la crisis económica, a pesar de la situación sumamente negativa de los mercados y las finanzas, las empresas de toda Europa han emprendido procesos de reestructuración muy diferentes, algunos de los cuales pueden ser calificados como de constructivos, eficaces y útiles para limitar las pérdidas de puestos de trabajo gracias al empleo de métodos innovadores¹⁷.

Sin embargo, otras empresas (como es el caso de las españolas) se han inclinado por un tipo de reestructuración interna o *downsizing* basado en la reducción de las plantillas y, por tanto, en la destrucción de empleo (principalmente, de personas con edades próximas a una jubilación) como vía de mejora de la productividad de la empresa. En estos procesos de reestructuración interna se utiliza como criterio preferentemente para las mutaciones de empresa la figura del despido colectivo, aunque también cabe el

¹⁴Molero Marañón, M^a.L y Valdés Dal-Ré, F: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Granada, Comares, 2014, págs. 128-129.

¹⁵Monereo Pérez, J.L: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Comares, 2006, pág. 88.

¹⁶Monereo Pérez, J.L: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral...op.cit.*, págs. 171-172.

¹⁷Tal y como destacaba el informe 2009 del Observatorio Europeo de la Reestructuración (ERM), titulado "La Reestructuración en la recesión", en respuesta a la crisis, muchas empresas de toda Europa han tomado iniciativas para mantener el empleo; para lo cual emplean diversas medidas de reducción de las horas de trabajo. Estas medidas incluyen paradas de producción, vacaciones obligatorias, reducción de la semana o la jornada laboral, un mayor recurso a cuentas de horas de trabajo, rotación de permisos...etcétera En algunas empresas, los niveles salariales se han ajustado a la baja y las reducciones temporales de entre un 10% y un 20% no son infrecuentes. La mayoría de las empresas han aplicado distintas combinaciones de estas medidas y, tras intensas negociaciones, han llegado a adoptar diversos compromisos, a saber: salarios más bajos a cambio de participaciones en el patrimonio de la empresa. Y todo ello a fin de evitar el recurso a la figura del despido, como última opción. En otros países se conceden indemnizaciones por despido, a menudo combinadas con el disfrute de una jubilación anticipada. Ver el Libro Verde sobre "Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? (SEC 2012, 59 final), firmado en Bruselas el 17 de enero de 2012, COM (2012) 7 final.

recurso al despido individual¹⁸ cuando el acumulado supera el umbral previsto por definición para el *downsizing*¹⁹. Lamentablemente la reducción o atenuación de los efectos del despido colectivo a través de la negociación de planes sociales encuentra, en este último de tipo de empresas, un escaso desarrollo entre las partes implicadas (agentes sociales y administración laboral)²⁰, debido quizás al deficiente y limitado modelo de participación y gestión negociada que presenta la normativa europea²¹.

Pese al intento de armonización comunitaria, la ambigüedad de esta Directiva y, por supuesto, la grave situación de crisis financiera no han favorecido el logro de los objetivos marcados. Por lo que, en la actualidad, son muchos los Estados que guiados por criterios economicistas han olvidado ese sistema de protección reforzada negocial frente al despido colectivo, por lo que al final los colectivos más vulnerables son los que sufren las consecuencias de un modelo expulsivo de la mano de obra.

B. POLÍTICAS EUROPEAS SOBRE ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES

El envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de pensiones de todos los Estados europeos, ya que como revelan las estadísticas el alargamiento de la esperanza de vida, junto con el paso a la jubilación de los nacidos del *boom* de natalidad, auguran consecuencias económicas y presupuestarias de gran calado en la Unión Europea al reducir el potencial de crecimiento económico y ejercer presión sobre las finanzas públicas.

En este sentido, los distintos países comunitarios han de adaptarse “para asegurar su viabilidad en el largo plazo y mantener unas pensiones adecuadas”. Y es que, a nivel europeo, el logro de la sostenibilidad del sistema de pensiones²² se ha convertido en una prioridad, debiéndose combinar este ambicioso objetivo con el impulso o promoción del envejecimiento activo²³.

La Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012)²⁴ ha reconocido la necesidad de combatir el efecto del envejecimiento demográfico que se proyecta sobre los modelos europeos. Para ello ha

¹⁸El Libro Verde sobre "Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? (SEC 2012, 59 final) expone, en este sentido, que el hecho de que en algunos países las empresas hayan optado por los despidos como forma de reestructuración incide negativamente la economía. La Comisión califica la actuación de estos países como reactivas, en lugar de previsoras y correctoras. El recurso a la figura del despido no sólo causa un efecto importante sobre la economía, sino también sobre la inversión y el crecimiento económico.

¹⁹Véase el requisito cuantitativo o numérico que enumera el artículo 51.1 del ET para declarar un despido como colectivo.

²⁰Aragón Medina, J; Rocha Sánchez, F y De la Fuente Sanz, L: *Los planes sociales en los procesos de reestructuración en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2010, pág. 125.

²¹Monereo Pérez, J.L: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral...*op.cit., págs. 177-178. La

²²Ampliamente, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Ed. Tecnos, 2013.

²³Véase el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" firmado en Bruselas el 16 de febrero de 2012, COM(2012) 55 final.

²⁴Diario Oficial de la Unión Europea de 23 de septiembre de 2011 (L 246/5).

afirmado que una respuesta fundamental a este rápido cambio de la estructura de edades consiste en "promover la creación de una cultura del envejecimiento activo como un proceso permanente y, en consecuencia, garantizar que las personas que actualmente tienen cerca de 60 años o más, cuyo número aumenta rápidamente y que, globalmente, están más sanas y mejor formadas que ningún otro grupo anterior de esa edad, gocen de buenas oportunidades de empleo y participación activa en la vida familiar y social, también a través de actividades de voluntariado, el aprendizaje permanente, la expresión cultural y el deporte".

Se trata, por tanto, de garantizar un envejecimiento más saludable para todos y, en particular, para las personas más próximas a una edad de jubilación, lo que "puede contribuir a que las personas de más edad incrementen su participación en el mercado de trabajo, permanezcan activas más tiempo en la sociedad y mejoren su calidad de vida individual, y a que se reduzca la carga para los sistemas de atención sanitaria y social y para los regímenes de pensiones".

El término "envejecimiento activo" al que tanto tiempo le dedicó la UE fue definido en 2012 por la Organización Mundial de la Salud como el proceso en el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen²⁵.

De ahí que las políticas comunitarias de envejecimiento activo deban basarse pues "en una sociedad para todas las edades", lo que implica "crear mejores oportunidades para que las mujeres y los hombres de más edad puedan participar en el mercado laboral, combatir la pobreza, en particular la de las mujeres, y la exclusión social, incentivando el voluntariado y la participación activa en la vida familiar y en la sociedad, y fomentando un envejecimiento saludable con dignidad".

A tal fin, se fijan como objetivos "adaptar las condiciones laborales, luchar contra los estereotipos negativos relacionados con la edad y contra la discriminación por razón de edad, mejorar la higiene y la seguridad en el trabajo, adaptar los sistemas de aprendizaje permanente a las necesidades de una mano de obra de más edad y garantizar que los sistemas de protección social sean adecuados y proporcionen incentivos correctos"²⁶.

En materia de Seguridad Social, esta nueva visión de las políticas comunitarias sobre "envejecimiento activo" implicará buscar alternativas que compensen el cese de la actividad de los trabajadores de edad avanzada. De modo que se combinen correctamente las Políticas de Seguridad Social y las de Empleo en un sentido "pro-activo" y, por tanto, de reactivación de la capacidad de ofrecer empleos como solución para asegurar el mantenimiento, la viabilidad y la seguridad del sistema de pensiones²⁷. Por lo que visto de una perspectiva protectora, estas medidas deberán ir enfocadas, en primer lugar, al objetivo de mantenimiento de la vida laboral y, en segundo lugar, a la

²⁵Véase el apartado 9 de la Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012).

²⁶Ver artículo 2 de la Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012).

²⁷Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., pág. 105.

reincorporación en la vida laboral para el caso de que el trabajador cese prematuramente²⁸.

Es precisamente en este punto equidistante donde se ha planteado la reformulación del régimen jurídico de las pensiones, lo cual ha sido fuente de una fuerte tensión entre dos objetivos, de un lado, la prolongación de la vida activa y, de otro lado, la sostenibilidad del sistema de pensiones.

En este contexto los Estados miembros de la UE, siguiendo lo dispuesto por las directrices comunitarias, deberán aumentar las tasas de empleo de los trabajadores de más edad mediante el fomento de la innovación en la organización del trabajo y el aumento de la empleabilidad de los trabajadores de más edad mejorando sus aptitudes²⁹. Por tanto, la idea del envejecimiento activo aparece referida a los derechos de las personas próximas a una edad de jubilación, siendo así el fin último de ésta el evitar su expulsión o exclusión en la participación activa de la sociedad.

No obstante a lo anterior, el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”, firmado en Bruselas el 16 de febrero de 2012, se refiere a la necesidad de diseñar y poner en práctica estrategias globales que permitan adaptar los distintos sistemas de pensiones nacionales a las cambiantes circunstancias económicas y demográficas.

Y ello en una línea tendente a asegurar la viabilidad a largo plazo de las pensiones y necesaria sostenibilidad de las finanzas públicas, de forma que no decaiga la seguridad del sistema de Seguridad Social. En este documento se repiten los considerados del Libro Verde sobre el envejecimiento de la población, el impacto de la crisis económica en los sistemas de pensiones³⁰ y la importancia fundamental que tienen las pensiones para la buena marcha social y económica de Europa³¹. Por lo que, en general, el Libro Blanco no aporta ninguna idea completamente nueva, pues los objetivos que marca son los mismos que están presentes en otros documentos europeos desde el año 2001³².

No obstante, pese a este importante cambio en el sistema de políticas de empleo, lo cierto es que esa idea del envejecimiento activo que tanto se trata de impulsar desde el ámbito europeo no ha calado suficientemente en España debido a la situación de crisis

²⁸Sánchez-Urán Azaña, Y: "Trabajadores de edad avanzada: I. Jubilación anticipada y jubilación parcial (Cuestiones prácticas tras la Reforma 2013)", *Actualidad Laboral*, nº 9, Septiembre de 2013, pág. 2.

²⁹En este sentido, la Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, insta a los Estados miembros, en las directrices número 7 y número 8, a aumentar la participación de la mano de obra mediante políticas que promuevan el envejecimiento activo.

³⁰Se pretende asegurar "unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros" (Libro Verde de la Comisión Europea firmado en Bruselas el 7 de julio de 2010 (COMO (2010) 365 final).

³¹En concreto el Libro Verde apunta a que deben llevarse a cabo reformas tendentes a “animar a que más gente trabaje más y durante más tiempo para obtener derechos similares a los de antes: aumento de las edades de jubilación; recompensa a quien se jubila más tarde y penalización a quien lo hace antes; paso de las prestaciones basadas en las retribuciones de los mejores años a un derecho basado en la media de las retribuciones a lo largo de la carrera laboral; cierre o restricción de las vías de salida temprana; medidas del mercado de trabajo para animar a los trabajadores de más edad a permanecer en él y permitirles hacerlo y para fomentar en él una mayor igualdad entre hombres y mujeres”.

³²Alonso Seco, J. M^a: *Política Social Europea*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a distancia, 2014, p. 253.

económica. Por lo que el legislador nacional olvidando el importantísimo cambio demográfico y la necesidad de que todas las personas puedan disfrutar de una pensión que les permita vivir dignamente, determina que lo imperante es en el momento presente "sacar a los trabajadores mayores del mercado de trabajo como fórmula para reducir el desempleo" y renovar sangre nueva. De modo que se ignora que el éxito de las políticas de empleo, más allá del mercado de trabajo, no está en anteponer los intereses económicos a las garantías laborales, sino en garantizar unos niveles de pleno empleo para todas las personas³³.

II. FOMENTO DEL EMPLEO DE MAYORES, DESPIDO COLECTIVO Y SEGURIDAD SOCIAL: TRES VARIANTES EN ETERNO CONFLICTO

Actualmente, se ha incrementado el número de personas mayores en edad de trabajar y que no encuentran empleo. Ello es debido al cambio demográfico, pero también al imparable envejecimiento de la población, así como al aumento de la esperanza de vida. Aunque hay que señalar que los jóvenes han sido punto de referencia en esta materia, lo cierto es que cada vez más los mayores están ganando protagonismo debido a la maduración, en términos de edad, de la generación del *baby boom*. Ello, evidentemente, va a determinar con el paso del tiempo un aumento del número de personas mayores, lo que al término afectará primero a aquellos próximos a una edad de jubilación y, seguidamente, a aquellos ya jubilados.

Principalmente, hay que decir que, este incremento ha afectado más a las personas desempleadas mayores de 45 años (normalmente entre 55 y 64 años) y, en función de la variante "sexo", se comprueba que las mujeres resultan más afectadas que los hombres. Esta lamentable situación obliga, al final y como medio de búsqueda de una vida digna, a que el núcleo familiar tenga que buscar fuentes adicionales de ingresos que palien los efectos del desempleo, así como el deterioro de condiciones laborales.

De la interconexión entre el sistema de Políticas de Empleo, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se deduce cómo el vigente modelo normativo está montado sobre la base del "pleno empleo", sin que con ello quepa olvidar el ciclo vital ternario. Por lo que, cuando se consigan conjugar, efectivamente, ambas variantes podrá asegurarse el disfrute de un sistema de protección social que garantice un equilibrio satisfactorio entre los niveles de empleo y de protección social frente a las situaciones de necesidad. De lo que se trata es de mantener la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones gracias al establecimiento de nuevas formas de empleo que aseguren, de una forma pro-activa, la reinserción laboral y la ayuda entre el tránsito desempleo-empleo y el empleo-jubilación.

En efecto, a día de hoy, el sistema de Seguridad Social no está preparado para asumir una función reparadora frente a las situaciones de pérdida prematura del empleo, sino para ostentar una labor preventiva y, por tanto, de satisfacción frente a las situaciones de necesidad. Por lo que, lo ideal sería aquí adaptar el sistema de protección social y de política de empleo al ciclo vital -en términos de conjunto- de todas las personas, evitando así que la primera sea utilizada al servicio del trabajo flexible y precario, para así fomentar la renovación de plantillas a cambio de la expulsión anticipada del

³³Suárez Corujo, B: " Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico"...op.cit., pág. 770.

mercado laboral de los trabajadores mayores³⁴. No se trata de rejuvenecer al personal mediante el establecimiento de formas flexibles y baratas de desempeño laboral, sino de operar cambios en la configuración jurídico-política del sistema de empleo y de pensiones, para así asegurar un envejecimiento activo al tiempo que un trabajo digno³⁵ y la promoción de transiciones profesional.

A este respecto, los artículos 40³⁶ y 50³⁷ de la Constitución Española establece una política de atención primaria orientada al pleno empleo y, por tanto, a garantizar la suficiencia financiera de las personas de edad avanzada. Sin embargo, la reinserción y readaptación profesional de este colectivo encuentra especiales dificultades (Recomendación número 162 de la OIT), de ahí que se recurra a su cese prematuro ante la falta de adaptación tecnológica e industrial. Así es, la doctrina científica identifica a estos sujetos como “pocos proclives al reciclaje profesional y a los nuevos retos profesionales”³⁸ y establece como causa “la carga que suponen los trabajadores maduros para la empresa”³⁹.

A fin de mantener el “fomento de la capacidad de empleo” y erradicar la inactividad a la que se encuentra sometida este grupo se ha diseñado una vía promocional a través del mecanismo de incentivos y bonificaciones a la Seguridad Social. En efecto, indica la actual Ley de Empleo (aprobada a través del Real Decreto Legislativo 3/2015) que el objetivo principal consiste en “... llevar a cabo unas políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presentan más dificultades de inserción laboral”, entre los que se encuentran los mayores de 45 años.

No obstante, cabe reseñar que son muy deficitarias las medidas y conatos legislativos que han operado a este fin. Así pues, destaca en este ámbito: 1) La Estrategia Española de activación para el empleo 2017-2020⁴⁰; 2) El Plan Anual de Política de Empleo para el 2018 (PAPE)⁴¹; 3) La “Garantía 45+” (iniciativa presentada por algún grupo parlamentario y que pretendía fomentar la inserción de los mayores, al igual que para los jóvenes se creó “la garantía juvenil”. Quizás debido a la pobreza de los resultados de

³⁴Monereo Pérez, J.L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”...op.cit., págs. 166 y 167.

³⁵Godino Reyes, M: “Del empleo a la jubilación en tiempo de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas” en VV.AA., Ortiz Castillo, F y Sánchez-Rodas Navarro, C (Dir.) y Rodríguez Iniesta, G (Consejero), *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2013, pág. 119.

³⁶Establece este artículo que “1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. 2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales...”.

³⁷“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”.

³⁸Sánchez-Urán Azaña, Y: “Trabajadores de “edad avanzada”: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº33, 2001, págs. 218-222.

³⁹López Cumbre, L: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 112.

⁴⁰Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2017-2020.

⁴¹Dos instrumentos estos que identifican a estos como un colectivo afectado por el desempleo, pero que sin embargo no prevén medidas. A saber, el PAPE del año 2015 contemplaba la creación de servicios y programas de políticas activas de empleo en las distintas Comunidades Autónomas. Sin embargo, el resultado ha sido que sólo en el País Vasco y en Extremadura han establecido dichas medidas. Suárez Corujo, B: “ Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico”...op.cit., págs. 770 y siguientes.

la Garantía juvenil no se ha llevado a cabo esta medida). Y, finalmente, 4) la "Estrategia 55 y más" (del año 2011), la cual pretendía ser un complemento tanto de la Estrategia Española de empleo, como de la reforma del sistema público de pensiones.

A. PREJUBILACIÓN: ENTRE LA FLEXIBILIDAD DEFENSIVA Y LA OFENSIVA COMO FORMA DE SALIDA PREMATURA DEL MERCADO DE TRABAJO

Una gran parte del empleo que se pierde en España trae su causa en los procesos de reestructuración empresarial, los cuales suelen llevar aparejados el uso de fórmulas intermedias entre el desempleo y la jubilación para poder hacer efectivo el despido colectivo de trabajadores maduros⁴². Este proceso se inicia a partir de la gran crisis mundial de los años 70 y tras la apertura económica de la nación española. Desgraciadamente, este proceso se mantendrá invariable durante años perviviendo, hoy por hoy, aunque con leves atenuaciones legislativas.

Inicialmente, el sistema de políticas de empleo no estaba muy desarrollado debido a que, por entonces, se mantenía un Instituto Nacional de Empleo muy burocratizado y escasamente efectivo. De ahí que imaginar, en este contexto, que los trabajadores de mayor edad iban a tener nuevas oportunidades para continuar con sus carreras profesionales era considerado algo surrealista e, incluso, una idea platónica. No se confiaba en que el servicio público de empleo estuviera en condiciones de gestionar la recolocación de estas personas, pero es que tampoco las entidades creadas "ad hoc" para apoyar estas transiciones, como son los fondos de promoción de empleo, fueron capaces de evitar la exclusión social de este colectivo⁴³.

Ya en este tiempo comenzaban a fraguarse los modelos de "flexibilidad defensiva" y "flexibilidad ofensiva"⁴⁴. Mientras que el primero se basa en una desregulación parcial de las relaciones laborales, la expulsión de la mano de obra madura (y su sustitución por trabajadores precarios y mano de obra barata) y el deterioro del estatuto protector; por el contrario, el segundo trata de fomentar la productividad, la competitividad y la calidad en el empleo. Así es, el modelo "ofensivo" pone en cuestión la precarización del empleo, la reducción de las medidas de protección social y la recuperación económica como fin para el desarrollo de las personas.

En efecto, se debe implantar un sistema desmercantilizado que priorice en la adopción de medidas de recolocación (interna y externa) para así fomentar el desarrollo

⁴²Monereo Pérez, J.L: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiantes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 74 Extra, 2008.

⁴³Rodríguez-Piñero Royo, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad", *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Nuevos retos del mercado laboral: pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*, 30 de septiembre de 2017, versión digital.

⁴⁴Para la construcción de esa distinción y sus fundamentos, consúltese Monereo Pérez, J.L: *Introducción el nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, tirant lo blach, 1996; *Ibid., Para una crítica de las soluciones iusliberales a la crisis económica en el Derecho del Trabajo*, en la *Revista Lan Harremanak/20-21* (2009), págs.51-136; y recientemente, *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, específicamente, págs. 54 y sigs.

profesional generacional y evitar la expulsión de la mano de obra madura⁴⁵. Para la consecución de este último modelo resultará preciso la implicación del sistema heterónomo, con el de otras fórmulas plurales y la autonomía colectiva. De modo que se combine ley y negociación colectiva, sin que con ello se ponga en peligro las bases mismas para la sostenibilidad financiera del sistema de protección social⁴⁶.

Durante décadas la falta de sensibilidad hacia los trabajadores mayores brilló por su ausencia, por lo que impulsados por un sistema de "flexibilidad defensiva" el ordenamiento jurídico comunitario (y, por ende, también el nacional) comenzó a apostar por la implantación de la denominada "jubilación flexible"⁴⁷.

Y es que, la tranquilidad que daba la garantía de rentas que generalmente se aseguraba, hacía que el impacto desproporcionado sobre estas personas no fuera considerado un problema. Por lo que, la principal preocupación era rebajar la presión que las pensiones ejercen sobre un sistema público sobrecargado⁴⁸. La contextualizada era la de fomentar la extinción contractual por razones de edad y en base a la previsión ya establecida por el artículo 49.1 f) del Estatuto de los trabajadores "extinción del contrato de trabajo por jubilación".

Por esta época destacaba la implantación de medidas que permitían compatibilizar la jubilación flexible y la parcial con el trabajo, las jubilaciones forzosas pactadas en convenio.... de lo que se trataba es de facilitar un amplio abanico de opciones a las que podía acogerse el trabajador en relación a su ciclo vital elástico⁴⁹. El efecto de expulsión del mercado de trabajo no era valorado como especialmente negativo, si no venía acompañado de una situación de desprotección. A este respecto nace la figura de la prejubilación bajo el paraguas de los planes sociales o situaciones alternas: jubilación anticipada, jubilación parcial, autoempleo, etcétera⁵⁰.

Acceder prematuramente a una jubilación, con rentas públicas garantizadas, no era considerado un perjuicio relevante y ello aun cuando se tratara de una medida impuesta a los trabajadores mayores ante los procesos inminentes de reestructuración empresarial (lo cual suponía privarles de la posibilidad de continuar en el empleo), pero es que además permitía la sustitución de los mayores por jóvenes, lo que convierte a la jubilación en un instrumento al servicio de las políticas de empleo.

De esta forma se puede llevar a cabo la reordenación inevitable de plantillas mediante la amortización de puestos de trabajo. Por lo que, para aquellos trabajadores afectados ya

⁴⁵Monereo Pérez, J.L: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiantes" y Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 173-178.

⁴⁶Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 177-178.

⁴⁷Moreno Romero, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea...* op.cit., págs. 25-28.

⁴⁸Rodríguez-Piñero Royo, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

⁴⁹Moreno Romero, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea...* op.cit., págs. 30-31.

⁵⁰Montoya Melgar, A y Sánchez-Urán Azaña, Y: "Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº extraordinario, 2003, pág. 20 en su versión digital.

sólo quedaba determinar cómo había de llevarse la ampliación de la protección social pública. Lo que explica la gran cantidad de recursos destinados a eliminar puestos de trabajo para así sacar a las personas que los ocupaban durante su vida laboral activa; dejando sin fondos, paradójicamente, a las políticas de empleo, subdesarrolladas durante décadas en la nación española⁵¹.

Principalmente, en la praxis ordinaria se está utilizando con mucha habitualidad la figura de la "prejubilación" para extinguir, de una forma no traumática, los contratos de trabajo durante los procesos abiertos de despido colectivo. Se trata ésta de una situación intermedia e híbrida -que enlaza el subsidio por desempleo con el acceso a la pensión de jubilación-, la cual carece de un reconocimiento legal explícito en el ordenamiento jurídico⁵², pero que sin embargo aparece referenciada en múltiples disposiciones de la actual Ley General de la Seguridad Social⁵³ (aprobada mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social). A pesar de la imprecisión que presenta⁵⁴, lo cierto es que esta forma de "prejubilación programada" ha sido ya admitida por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pudiendo así tener su origen por vía legal o convencional⁵⁵.

Son múltiples las definiciones que se han dado para estas situaciones, algunas más proclives al establecimiento normativo y definitivo de esta figura, mientras que otras resultan más generales y acordes con la práctica habitual (pero no ideal). En la primera línea se encuentra la siguiente definición: "situación de hecho y de derecho en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del Sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación"⁵⁶.

⁵¹Rodríguez-Piñero Royo, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

⁵²A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento comunitario, en donde el Reglamento CE 883/2004, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social la define como: "... todas las prestaciones en metálico, distintas de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones anticipadas de vejez, concedidas a partir de una edad determinada, al trabajador que haya reducido, cesado o suspendido sus actividades profesionales hasta la edad en que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada...". Ver artículo 1 del Título I en su apartado x) del Reglamento CE 883/2004.

⁵³Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 177-187.

⁵⁴Montoya Melgar, A y Sánchez-Urán Azaña, Y: "Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo"... op.cit., págs. 22 y siguientes. Afirman estos autores que esta figura es de difícil encaje en el ordenamiento jurídico, pues no se contempla actualmente ningún mecanismo protector para todas aquellas que personas que cesan en su relación laboral y no reúnen los requisitos para el acceso a una pensión de jubilación (ya sea en su modalidad contributiva o no contributiva), por lo que lo más adecuado es que las personas afectadas pasen a disfrutar el subsidio por desempleo.

⁵⁵Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, Caso Defreyn/Sabena, S.A. Para un conocimiento más exhaustivo, ver López Cumbre, L: "Prestaciones complementarias de prejubilación: un debate sobre la naturaleza retributiva o de protección social. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, Caso Defreyn/Sabena, S.A", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº Extraordinario, 2003.

⁵⁶López Cumbre, L: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, págs. 85 y 86.

Otro sector la identifica como “aquella situación transitoria que se produce para trabajadores de cierta edad, desde el momento del cese en la empresa hasta que alcanzan la jubilación anticipada o la jubilación a la edad legal⁵⁷” o “situación en que se encuentra un trabajador de edad avanzada y en razón de tal circunstancia, cuando se extingue su relación laboral sin expectativas de reingreso a la vida laboral activa y hasta el momento en que pase a percibir una pensión de jubilación, ya sea anticipada u ordinaria”⁵⁸.

En cualquier caso, lo que está claro es que la prejubilación supone el reconocimiento de una prestación económica externa al sistema de Seguridad Social y que viene a cubrir o sustituir la carencia de rentas de aquellos trabajadores próximos a una jubilación y que, con motivo de su edad cesen, voluntariamente⁵⁹ o involuntariamente (como ocurre en la mayoría de los casos), en su actividad laboral. Cabe entender la prejubilación programa como una figura impuesta unilateralmente por el empresario (y que cuenta, en muchos casos, con el beneplácito de los negociadores)⁶⁰ para despedir colectivamente a los trabajadores maduros, a cambio de una renta sustitutiva para el periodo laboral que les resta hasta su jubilación.

Tal y como ha considerado la doctrina científica, la prejubilación constituye una medida que le interesa a ambas partes (trabajador y empresario), pero que por otra parte puede entrañar el riesgo de vulnerar claramente en la praxis el principio de igualdad y no discriminación por razón de edad⁶¹.

Y es que, fundamentando la causa de extinción colectiva en razones económicas, los empresarios recurren a esta vía para ocultar una realidad palpable. En efecto, detrás de todo esto lo que se busca es expulsar a aquellos trabajadores que son considerados "prescindibles" o "menos productivos" (ignorando así los conocimientos y experiencia profesional que son necesarias en el desempeño de las labores en la empresa) para así emplear precariamente a una mano de obra barata y más productiva (a saber: jóvenes, inmigrantes, mujeres, etcétera).

⁵⁷Devesa Carpio, M: "Una introducción a los Planes de Prejubilación", *Revista Previsión y Seguro*, nº48, 1995, pág. 9. Sánchez-Urán Azaña, Y: "Trabajadores de edad avanzada: I. Jubilación anticipada y jubilación parcial (Cuestiones prácticas tras la Reforma 2013)"...op.cit., pág. 245.

⁵⁸Consejo Económico y Social (CES): Informe sobre Vida laboral y prejubilaciones, publicado en Madrid, 2000, pág. 41.

⁵⁹González Ortega, S: "La anticipación de la edad de jubilación", *Revista de Seguridad Social (RSS)*, núm.36, 1987, pág. 20.

⁶⁰A saltado, a fecha de 4 de diciembre de 2017, la noticia de que el Banco Santander- tras comprar al Banco Popular- ha puesto sobre la mesa que los trabajadores de entre 50 y 54 años que sean despedidos puedan recibir una indemnización de una sola vez del 80% del sueldo, por 8 años con el tope máximo de 380.000 euros, más 2.000 euros por cada trienio y condiciones ventajosas en préstamos hipotecarios. Se trata ésta de una medida que adoptada de común acuerdo con la mesa negociadora para aminorar los efectos del despido colectivo. Hasta el momento, esta entidad bancaria ofrecía a los trabajadores de edad madura una indemnización de 40 días por año trabajado. Según los sindicatos, este cambio supone “un paso de gigante” que “igual” las salidas a las condiciones del Expediente de Regulación de Empleo iniciado en el año 2016.

En términos parecidos se produce el despido colectivo de los trabajadores de Bankia tras la fusión de esta entidad bancaria con BMN. Las plantillas de ambas entidades suman alrededor de 17.000 trabajadores y, de cara al proceso de integración en marzo de 2018, el equipo de dirección ha puesto encima de la mesa la necesidad de reducir 2.510 empleos.

⁶¹Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 186-189.

Esta situación de "connivencia forzada " entre partes debería desde un punto jurídico ser castigada⁶², pues no puede aceptarse el hecho de que un despido colectivo se base en condiciones inherentes a la persona del trabajador. Ciertamente, este dato ya resulta contrario a lo dispuesto por la Directiva comunitaria 2000/78/CE del Consejo⁶³, en donde claramente se prohíbe el despido de trabajadores de edad avanzada. Así es, "... por mucho que doctrinalmente se intente acomodar el carácter necesariamente voluntario de aquella al régimen jurídico de esa causa extintiva, diferenciando entre la voluntariedad en el origen de la extinción y la voluntariedad en la aceptación de la misma, en el sentido de entender que cabe la simple aceptación voluntaria de la ruptura contractual por parte del trabajador pese a que el origen de la misma esté en la decisión unilateral del empresario"⁶⁴. De esta manera, la prejubilación acaba convirtiéndose en un mecanismo u objeto a concretar durante período de negociación colectiva gestional que tiene lugar durante los procesos de reestructuración colectiva empresarial.

Pero, además, cabe decir que a día de hoy no tiene sentido seguir apoyando sin reservas y limitaciones estrictas esta medida, pues ya desde el ámbito europeo se habla de la necesidad de favorecer el "envejecimiento activo"⁶⁵. Por lo que, resulta esencial seguir una vía "pro-activa" de formación y ocupación, para así evitar la salida prematura de los trabajadores mayores y fomentar un tránsito gradual y progresivo del trabajo a la jubilación⁶⁶. Evitando, por otra parte, las consiguientes repercusiones y efectos negativos que sobre el sistema de pensiones ello ocasiona y teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de garantizar el disfrute de unas pensiones dignas.

En cualquier caso, el Plan de prejubilación, fruto del contrato individual o colectivo, se regulan todas las condiciones que rigen el nacimiento, extinción, así como los derechos y obligaciones de las partes⁶⁷. Por lo que, al término, la prejubilación se configura como una contingencia específica y distinta a las reguladas por el sistema de Seguridad Social, en donde el convenio especial cumple un papel muy relevante al permitir que aquellos colectivos más vulnerables puedan acceder al sistema de protección social⁶⁸. El Convenio Especial se constituye como un instrumento negocial de naturaleza jurídica público-privada, el cual se articula mediante acuerdos celebrados entre los trabajadores y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) con el objeto de generar, mantener o ampliar, en determinadas situaciones, el derecho a las prestaciones de la

⁶²Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., pág. 189.

⁶³De 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁶⁴Sánchez-Urán Azaña, Y: "Trabajadores de "edad avanzada": empleo y protección social"...op.cit., pág. 247.

⁶⁵Monereo Pérez, J.L: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013, págs. 115 y siguientes.

⁶⁶Monereo Pérez, J.L: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiantes" y Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., pág. 189.

⁶⁷Godino Reyes, M: "Del empleo a la jubilación en tiempo de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas"...op.cit., pág. 123.

⁶⁸Cuando, por diversas circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico (entre otras, con motivo de un ERE), los trabajadores han salido de la protección del mismo o tienen dificultades para acceder a determinadas prestaciones.

Seguridad Social⁶⁹. Y no se olvide que, adicionalmente, la contingencia de prejubilación puede ser objeto de cobertura a través de los planes y fondos de pensiones privados⁷⁰.

En este orden de ideas, para los casos de despido colectivo el artículo 51.9 del ET establece una verdadera obligación de acordar este convenio, a saber: "cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social".

Actualmente, este sólo podrá ser celebrado por personas que figuen incluidos en el despido colectivo, siempre que tengan más de 55 años de edad y no tengan la condición de mutualista a 1 de enero de 1967. De ahí que se imponga, durante todo el periodo de prejubilación, la obligación de cotizar a ambas partes hasta que el trabajador alcance los 65 años de edad. Ahora bien, la obligación de cotizar del empleador sólo se extiende hasta los 61 años, pudiendo éste realizar el pago de una vez o de manera fraccionada. Ya de primeras llama la atención el hecho de que este convenio se suscriba entre trabajador y empresario, de un lado, y, de otra, por la TGSS. Cuando lo normal es que el convenio se pacte entre el trabajador y la Tesorería⁷¹.

A finales del siglo XX, la Comisión Europea examinará las consecuencias negativas que esta situación puede conllevar atendiendo al fenómeno del "envejecimiento constante de la población" y sobre su puesta en peligro para la sostenibilidad de las pensiones⁷². Se dará cuenta de que lo ideal sería combinar apropiadamente flexibilidad y estabilidad, para que pueda operar una organización adecuada del trabajo.

Y es que, no se olvide, que los procesos de reestructuración empresarial van acompañados normalmente de despidos colectivos. De ahí que surja la necesidad de establecer mecanismos de control y amortiguadores de los efectos negativos de los procesos de reestructuración. Sin que con ello se dejen de lado a uno de los grandes protagonistas en los procesos de despido colectivo, esto es, los agentes sociales⁷³.

⁶⁹Rodríguez-Piñero Royo, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

⁷⁰Monereo Pérez, J.L y Fernández Bernat, J.A: "Planes de pensiones y *prejubilación*: (El caso poliseda: aplicación del Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones a los compromisos empresariales de *prejubilación*. A propósito de la STS de 19 de diciembre de 2016)", en *Revista de derecho social*, núm. 78, 2017, págs. 159-170.

⁷¹Sempere Navarro, A y San Martín Mazzucconi, C: "Selección de trabajadores afectados por un ERE (Criterios prácticos)", *Boletín Gómez-Acebo & Pombo*, enero 2014. Disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/seleccion-de-trabajadores-afectados-por-un-ere-criterios-practicos.pdf>

⁷²Moreno Romero, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea...* op.cit., pág. 113.

⁷³Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., pág. 180.

B. LA PREJUBILACIÓN COMO PUENTE JURÍDICO PARA EL ALIVIO DE INTERESES EMPRESARIALES: ¿PENALIZACIÓN?, ¿INCENTIVO? Y USO FRAUDULENTO

Desde un punto de vista laboral y de política de empleo, la figura de la “prejubilación” ha supuesto el desarrollo de múltiples parches normativos. En unos momentos la legislación fue más proclive, mientras que en otros resultó levemente penalizadora. Y es que no se olvide que, detrás de todo ello, se encuentra cómo único objetivo el de ayuda a las empresas para reajustar sus plantillas ante momentos de déficit presupuestario.

A fin de aliviar tensiones empresariales, el legislador modificó o utilizó indebidamente algunas figuras jurídicas. Así por ejemplo, alargó el tiempo de permanencia en desempleo para, por consiguiente, facilitar el acceso anticipado a la pensión de jubilación, empleando para ello fórmulas jurídicas intermedias (a saber: jubilación anticipada forzosa, jubilación voluntaria, diversos subsidios...etcétera).

En este sentido, los costes quedaban a cargo del trabajador y de la Seguridad Social, quien en este último caso debía soportar las consecuencias negativas que sobre un sistema público debilitado recaía desde un punto de vista financiero. El Convenio Especial de Seguridad Social venía a cumplir aquí una función relevante. De este modo, se lograba en la práctica disuadir el retorno al empleo de los trabajadores mayores, a cambio de no garantizar su protección continuada y el disfrute de una pensión de jubilación generosa⁷⁴.

Igualmente, las indemnizaciones por despido fueron fraudulentamente empleadas. Y es que, con el único propósito de encubrir la realidad de un despido colectivo por razones de edad, estas indemnizaciones eran elevadas para así lograr un acuerdo de plantillas y conseguir la autorización administrativa necesaria para abrir el ERE. Sin embargo, en la práctica, la mencionada indemnización formaba parte de los fondos sobre los que se construía la prejubilación, incrementando la cuantía de la prestación por desempleo o de las pensiones de jubilación anticipada o bien dando cobertura económica a los períodos de desprotección entre el disfrute de la una y de la otra.

En un inicio la prejubilación (bajo la fórmula de "jubilación anticipada") fue utilizada en empresas más propias del sector servicios (por ejemplo: banca, telefonía, industrias...), pero paulatinamente se va generalizando a todos los sectores productivos. Es por ello que algunos de sus antecedentes, más señalados, se encuentren en el Real Decreto-ley 9/1981, de 5 de junio, sobre medidas para la reconversión industrial⁷⁵ y en la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización⁷⁶. La primera

⁷⁴Rodríguez-Piñero Royo, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

⁷⁵BOE núm. 138, de 10 de junio de 1981. Normativa que fue completada por la Orden de 15 de marzo de 1982 por la que se desarrolla un sistema de ayudas por jubilaciones anticipadas para trabajadores de Empresas no sujetas a planes de reconversión. Posteriormente, esta Orden quedó derogada por la de 9 de abril de 1986, que regulaba la concesión a las Empresas en crisis, no sujetas a planes de reconversión, de ayudas para la jubilación anticipada de sus trabajadores. Y, a su vez, ésta fue sustituida por la Orden de 5 de octubre de 1994, a través de la quedó regulada la concesión de ayudas previas a la Jubilación Ordinaria en el Sistema de la Seguridad social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de Empresas.

⁷⁶BOE núm. 180, de 28/07/1984.

normativa fue destinada a regular las ayudas económicas para empresas “no sujetas a planes de reconversión”, mientras que en la segunda se regulaba con carácter temporal los llamados “planes de reconversión”. En cualquier caso, se reconocían para aquellos trabajadores próximos a los 60 años o más unas ayudas equivalentes a la prestación por jubilación, otras prestaciones y subsidios (y complementos) por desempleo por un tiempo mayor al legal y con independencia de los períodos previos de cotización. Nacieron así, gracias a la Ley 27/1984, los Fondos de Promoción de Empleo⁷⁷ encargados de cubrir el tiempo necesario hasta que el trabajador alcanzara la edad para el acceso a una jubilación anticipada⁷⁸. Con posterioridad se confirmara y reafirmará en esta idea gracias a la publicación de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria⁷⁹, en donde ya se precisa, aún más, la dotación de las ayudas vinculadas a procesos de reconversión tras un despido colectivo y el compromiso empresarial de completar dichos subsidios por desempleo y pensiones de jubilación⁸⁰.

En este contexto, las jubilaciones anticipada que existía con -carácter general- eran "la forzosas" y, por tanto, las vinculadas a procesos de extinción de las relaciones de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ciertamente, el despido del trabajador se producía por causas no imputables al mismo y como consecuencia de una reestructuración empresarial que impidiese su continuidad laboral, ahora bien para que éste pudiera gozar del derecho a las ayudas mencionadas debía de cumplir con una serie de requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

A este respecto, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social exigía para el acceso a una jubilación anticipada "voluntaria" (cambio operado respecto a la normativa anterior en donde sólo se hablaba de jubilaciones anticipadas "forzosas") que, como mínimo, el trabajador ostentara la edad de 61 años. Aparte, en ella se requiere que el interesado esté inscrito como demandante de empleo, al menos, 6 meses antes de la fecha de solicitud de la jubilación, acreditación de un mínimo de cotización efectiva de treinta años.

El tránsito “indebido” o puente jurídico para la prejubilación -no regulada legalmente- operaba de la siguiente manera: Primeramente, el trabajador percibía una indemnización por despido generosa como para así aludir cualquier medida de política de empleo; Seguidamente y una vez agotada la indemnización, el trabajador pasaba a desempleo. En este caso, podía éste disfrutar de un máximo de 2 años (dependiendo de lo cotizado), ahora bien, si una vez finalizado el trabajador no alcanzaba la edad ordinaria para el

⁷⁷Regulados a través del Real Decreto 335/1984, de 8 de febrero (BOE 21 febrero 1984, núm. 44). Expone el artículo 2 de este Real Decreto que: "1. Los Fondos de Promoción de Empleo se constituirán como asociaciones sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y tendrán el carácter de Entidad colaboradoras del Instituto Nacional de Empleo, actuando bajo la inspección del mismo.

2. Podrán asociarse para la constitución de un Fondo de Promoción de Empleo las Empresas de un sector declarado en reconversión, las Sociedades de reconversión y las Organizaciones empresariales y los Sindicatos que hayan negociado y prestado su conformidad al Plan de Reconversión correspondiente. Los Fondos de Promoción de Empleo tendrán el ámbito territorial que fijen sus Estatutos, pudiendo extenderse a todo el territorio nacional".

⁷⁸Godino Reyes, M: "Del empleo a la jubilación en tiempo de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas" ...op.cit., pág. 122.

⁷⁹BOE núm. 176, de 23/07/1992.

⁸⁰Para un conocimiento más exhaustivo ver García Ninet, J.I: "Sobre el complemento a cargo de la empresa en la pensión de jubilación anticipada en empresas públicas sometidas a reconversión industrial", *Tribuna social*, Número 13, 1992, pág. 29.

acceso a una jubilación entonces, en Tercer Lugar, se reconocía el subsidio por desempleo para mayores de 55 años. Finalmente, el carácter asistencia de esta medida permitía que se mantuviera hasta que alcanzara la edad legal para poder acceder a un pensión contributiva⁸¹.

De acuerdo con este esquema eran varias las premisas que incentivaban a ambas partes para el acceso a una prejubilación: 1) el operar despidos más caros que la del resto de trabajadores de la empresa, 2) junto a la indemnización que reciben por despido hay que sumar el pago de una cuota a través del Convenio especial con la Seguridad Social y 3) una vez alcanzada la edad para el acceso a una jubilación anticipada o a una jubilación ordinaria, la empresa puede (si así se acuerda en el correspondiente Plan de prejubilación) pagar una renta vitalicia gracias a la entrada en escena de los acuerdos a los que éste llega con las compañías aseguradoras. En la práctica todo este entramado propicia que los prejubilados no retornen al mercado laboral activo. Ahora bien, cabe decir que en toda esta fase no puede calificarse al prejubilado ni como asalariado, ni como desempleo, ni tampoco como jubilado. Se trata, en todo caso, de una jubilación anticipada efectuada "*ex ante*"⁸².

El despido colectivo de mayores de 50 o más años de edad, claramente, se incentiva. En particular, el RDL 16/2013 de 23 de diciembre⁸³, introdujo un nuevo beneficio empresarial del que resultaran favorecidas las grandes empresas, empresas multinacionales y grupos de empresas, pues alivió considerablemente el coste del plan de prejubilación. Y es que, a través de este RDL se preció que quedarían excluidas del coste por la prestación por desempleo de sus trabajadores maduros despedidos todas las empresas que hubiesen registrados pérdidas importantes de actividad productiva. Por lo tanto, lo relevante no es aquí que tuviesen beneficios como grupo corporativo a nivel mundial, sino que hubiesen experimentado pérdidas en su actividad.

El mayor fracaso de todo entramado legislativo se vio reflejado en Andalucía con el famoso caso conocido como de fraude o "escándalo de los EREs". Se trata de una red de corrupción política vinculada a la Junta de Andalucía y que tiene su origen en la investigación del caso de corrupción en la empresa sevillana Mercasevilla. Los antecedentes de este supuestos se encuentran en el procedimiento iniciado en 2001 por la Junta de Andalucía y por el cual, el Gobierno -presidido por Manuel Chaves- trató de respaldar a aquellas empresas con problemas económicos que venía iniciando, debido a su situación de déficit, EREs con la finalidad de realizar prejubilaciones. Esta situación llevó a que la Comunidad Autónoma Andaluza aprobara una regulación para estas ayudas que fue cuestionada, debido a que ofrecía serias dudas de legalidad.

Asimismo, el Estado aprobó el Real Decreto 908/2013, de 22 de noviembre, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas extraordinarias a

⁸¹Gallego Losada, R: *El dilema de las pensiones en España...* op.cit., págs. 120 y 121.

⁸²Gallego Losada, R: *El dilema de las pensiones en España...* op.cit., págs. 120-123. Aparte, hay que señalar que la Ley 27/2011-posteriormente modificada por la Ley 3/2012 y por enmienda "telefónica"- imponía a las empresas que efectuaran EREs también la obligación de que abonaran una aportación económica cuando los despidos colectivos afectaras a trabajadores mayores de 50 años (Ver Disposición Final 4ª de la Ley 3/2012). Ahora bien, se exigía que del total de trabajadores despedidos sea mayor el porcentaje de aquellos próximos a una edad de jubilación (es decir, mayores de 50 años).

⁸³De medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Publicado en el BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 2013.

trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas y, ya con posterioridad, el Real Decreto 3/2014, de 10 de enero por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas -y que sustituye a toda la normativa aprobada durante los años 90-.

En este conocido escándalo que se investiga actualmente de diversas prejubilaciones presuntamente fraudulentas de personas que nunca habían trabajado en las empresas afectadas. Todas ellas fueron financiadas a cuenta de la partida 31L, a la que llamaron "fondo de reptiles". Aparte, se estudio el pago de subvenciones a empresas que no estaban presentando un ERE o, incluso, a personas que no llegaron a crear ninguna empresa. Así como, las generosas comisiones que se pagaron a intermediarios entre la Junta y los trabajadores: aseguradoras, consultoras, bufetes de abogados y sindicalistas.

El excesivo recurso a la vía del despido colectivo motivado por la falta de una regulación valiente, garantista y por tanto intervencionista en los procesos de reestructuración empresarial ha motivado, precisamente, el uso abusivo y discriminado de los fondos públicos. Se precisa de un mayor control y racionalización en esta ámbito para así lograr el fin último del sistema de Seguridad Social, que no es otro que el de amparar a todos los ciudadanos frente a las distintas situaciones de necesidad.

La flexibilización del despido, la débil o suave penalización de las prejubilaciones y el consiguiente aumento de la edad de acceso a una jubilación han sido, sólo, algunos de los elementos que han incidido negativamente en caso. Aparte cabe señalar que no se puede confiar en el papel que de garantía de los intereses generales efectúa la Administración Pública española (y el cual se ha puesto en tela de juicio)⁸⁴, cuando ni siquiera el mismo legislador ha frenado los efectos perversos que el uso desviado de la prejubilaciones origina de cara a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y al colectivo de trabajadores maduros.

C. MODELO NORMATIVO: EL PAPEL DE LOS AGENTES COLECTIVOS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MAYORES

Con la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el legislador español dio paso a una de las modificaciones legislativas más cruciales y poco garantistas con los derechos de los trabajadores y sus representantes. Por razones de "celeridad", la Ley 3/2012 suprime el trámite de autorización administrativa previa de los despidos colectivos y, con ella, la idea de la doble fase (heterónoma-administrativa autorizante y autónoma colectiva durante el periodo de consultas-negociación).

Por lo que, ahora, la Autoridad Laboral se habrá de limitar a llevar a una labor meramente instrumental y de apoyo activo a las partes negociadoras en el sentido pro-activo que prevé el artículo 14 del Convenio de la OIT núm. 158, así como el apartado 25 de la Recomendación de la OIT núm. 166. Ello, evidentemente, repercute muy

⁸⁴Rodríguez-Piñero Royo, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

negativamente a la hora de garantizar el mantenimiento de los mayores en los puestos de trabajo, pues a efectos prácticos deja en manos de ambas partes (empresarios y negociadores) la decisión en cuanto a los trabajadores seleccionados para ser despedidos y sin considerar, en muchos casos, el requisito de la edad.

Sin embargo, en principio, esta previsión no es contraria ni a los principios que declara la vigente Constitución Española (art. 38), ni tampoco se opone a la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, por lo que dado que no sea considerada un elemento necesario deberá potenciarse una efectiva negociación colectiva gestional, que implique proactivamente a la autoridad laboral en los términos de apoyo, asesoramiento y mediación. Ahora bien, de la lectura atenta a las cláusulas que establece la Directiva, cabe deducir que la intención del legislador comunitario no es fomentar los despidos, sino orientar la futura consultas-negociación a fin de encontrar soluciones a las reestructuraciones de empresas.

A causa de la deficiente articulación que presenta la directiva comunitaria, el legislador español ha instaurado un sistema de "flexibilización negociada desvirtuada" que refuerza, claramente, los poderes que le son conferidos al empresario⁸⁵ y, por tanto, el despido colectivo. De forma que, una vez agotado el periodo de consultas-negociación, sin acuerdo con los representantes de los trabajadores, el empresario procederá a despedir unilateralmente. Y es que, por desgracia, el sistema legal (europeo e interno) potencia doblemente el reforzamiento de los poderes empresariales, procurando además que la negociación colectiva no vayan en contra de la dirección de los mismos⁸⁶.

Pero olvida que la clave del éxito no está en inclinar la balanza a favor del poder empresarial, sino en fomentar el modelo de "flexibilidad consensuada". Así es, de ese modo, se evitara que éste utilice la vía del ERE de manera sistemática, al tiempo que favorecerá la conservación del empleo, recolocación y formación de los trabajadores mayores afectados⁸⁷. No obstante resultará ineludible, además, la intervención del legislador a fin de ahondar en esta idea propia de un sistema garantista de derechos.

D. EL DERECHO DE CONSULTA-NEGOCIACIÓN ORDINARIO Y A LA EMISIÓN DE UN INFORME PREVIO EN CASO DE REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS

Establece el artículo 51.2 del ET que "el despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores". A este respecto, se entiende por consultas "... el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo" (Art. 64.1 del ET).

⁸⁵Monereo Pérez, J.L: "Intervención administrativa en los despidos colectivo" ...op.cit., págs.223-229.

⁸⁶Monereo Pérez, J.L: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral...*op.cit., pág. 177.

⁸⁷Monereo Pérez, J.L: "Despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L (Dir), Triguero Martínez, L.A y González de Patto, R.M (Coord)., *Modalidades de Extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2014, págs. 152-158.

Por tanto, para que el empresario pueda iniciar el correspondiente expediente de regulación de empleo deberá, previamente, abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores consistente en la emisión de un informe previo no vinculante para el empresario⁸⁸. Aunque el ET atribuye la competencia a los representantes legales de los trabajadores (Comité de empresa y delegados de personal), hay que reconocer que quedan también aquí incluidos los delegados sindicales⁸⁹. En definitiva, el derecho a consultas en el cual se integra el derecho a la emisión de un informe previo, por parte de los representantes de los trabajadores, podrá llevarse a cabo siempre que el empresario vaya a adoptar medidas consistentes en "las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella" (Art. 64.5 a) del ET).

La apertura de un periodo de consulta por parte del empresario, en virtud de las reglas que transpone al ordenamiento español la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, hace referencia "más que a un deber de consultas, pareciera que lo que se reclama es una auténtica negociación colectiva" (en palabras del Alto Tribunal Europeo)⁹⁰. Y, precisamente, es ahí en donde los negociadores habrán de incidir para reducir los efectos del despido para los trabajadores de más edad: "La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad" (Art. 51.2 del ET). Por lo que, a entendimiento de la doctrina judicial y científica, el derecho a consultas al que hacen referencias los artículos 51 y 64 del ET se identifica con una verdadera negociación en la cual se integra el derecho a la adopción de informe previo⁹¹.

La consulta deberá realizarse por parte del empresario en un momento y con un contenido apropiados (y, por lo tanto, no discriminatorios), de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, proceder a su examen adecuado a fin de preparar, en su caso, la consulta y el informe (Art. 64.6 del ET).

⁸⁸Monereo Pérez, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992, págs. 438-442; *Ibid.*, "El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno", en la revista *Temas Laborales*, núm. 130/2015, págs. 311-350.

⁸⁹En este sentido, el artículo 10.3.3º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical establece: "Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo:... 3º. Ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de éstos últimos".

⁹⁰Sentencia del TJCE (Sala segunda) de 27 de enero de 2005, asunto C-188/03, Caso *Irmtraud Junk* contra *Wolfgang Kühnel*. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho Interno", en la revista *Temas Laborales*, núm. 130/2015, págs. 311-350.

⁹¹En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas, 1994; *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992, *passim*; Molero Marañón, Mª.L y Valdés Dal-Ré, F: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas...*op.cit., pág. 107-109.

El plazo para la emisión del informe previo deberá elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes. En lo que respecta al empresario, la Ley del ET impone que deberá reunirse con los representantes de los trabajadores para que puedan éstos “obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre... las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales...”. La respuesta que conceda el empresario a los representantes legales debe ser razonada y motivada, aun cuando luego decida unilateralmente efectuar el despido colectivo.

Los deberes que se le imponen al empresario se aproximan a un verdadero deber de negociación, lo que determina que se pueda solapar la emisión del informe previo con el derecho a consultas al que se refiere el artículo 51 del ET para los despidos colectivos. Ciertamente, se tratan de dos derechos que se ubican en preceptos distintos (pero funcionalmente vinculados), uno específico, que es el que figura en el artículo 51 del ET y, otro general, al que refiere el artículo 64 del ET. Ambos mecanismos de negociación podrán darse de forma acumulada, de forma que, para evitar duplicidades, los representantes de los trabajadores podrán durante el transcurso de la negociación emitir su informe (Art. 3.3 del RD 1483/2012⁹²). Quedando así éste último derecho diluido en las consultas que se desarrollen durante la negociación colectiva gestional.

Y es que parece absurdo que el empresario exija que ambos procesos se lleven a cabo por separado, ya que es en ese periodo de consultas en donde se abrirá el proceso de diálogo e intercambio de opiniones que conlleva la negociación. No obstante, podrá ocurrir también en la práctica que los representantes de los trabajadores decidan no emitir su informe previo al considerar que el aspecto determinante es la negociación durante el período de consultas, hecho que es perfectamente posible pues coinciden a un mismo tiempo los sujetos que actúan como representantes y ambos derechos⁹³.

E. MEDIDAS DIRIGIDAS PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MAYORES: LAS INSUFICIENCIAS DEL MODELO PARTICIPATIVO Y NEGOCIAL DE LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES Y SU CONVENIENCIA DE REFORMA DESDE EL “GARANTISMO JURÍDICO-SOCIAL”

La apertura del procedimiento de despido colectivo no sólo requiere de la correspondiente comunicación a la Autoridad Laboral, sino también de la apertura de un período de consulta con los representantes de los trabajadores que "... deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad" (Art. 51.2 del ET y 7 del RD 1483/2012). No se

⁹²Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE de 30 de octubre).

⁹³Escudero Rodríguez, R: "Los márgenes dejados por la ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo" en VV.AA, Escudero Rodríguez, R (Coord), *La negociación en los expedientes de regulación de empleo*, Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2012, págs. 24-25. Molero Marañón, M^a.L y Valdés Dal-Ré, F: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas...*op.cit., págs. 107-109.

trata de una simple consulta, sino de un proceso de negociación colectiva gestional, es decir, de transmisión de información e intercambio de opiniones a fin de propiciar la negociación de buena fe⁹⁴ que logre la consecución de un acuerdo constructivo de reorganización.

El contenido de esas consultas es muy limitado al circunscribirse su ámbito de actuación sólo a las "efectos o consecuencias del despido" y no a las "causas o factores determinantes de la situación de crisis" (reforma del ET que fue operada por la Ley 3/2012 y que camina en la línea del art. 2.2 párrafo 1º de la Directiva 98/59/CE). Pero siempre subyacen a la consulta-negociación de reestructuración la realidad objetiva de las "causas".

El mismo art. 2.3.b) de la Directiva impone la obligación jurídica al empresario de comunicar *por escrito* a la representación de los trabajadores, "los motivos del proyecto de despido"⁹⁵. La reforma es objeto de críticas, ya que si lo que se pretende es minimizar los efectos de la crisis y proteger al trabajador, indudablemente, la formulación de una normativa flexibilizadora que invite irremediamente al despido colectivo no es la mejor solución. Por esa razón, los interlocutores sociales deben estar abiertos a la negociación de soluciones alternativas a los despidos o, en un último caso, a colaborar a fin de que los trabajadores afectados mejoren su empleabilidad y se reintegren en el mercado laboral lo antes posible⁹⁶. En este concreto punto, se echan en falta la imposición de medidas que impongan la obligación de negociar la recolocación, recualificación y el retorno de los trabajadores maduros.

El objeto de las consultas es muy abierto (Art. 51.2 del ET), por lo que ha tenido que ser la normativa reglamentaria (Art. 7 del RD 1483/2012) la que establezca una mayor concreción sobre el contenido y alcance de las mismas. Así pues, entre las medidas destinadas a "evitar o reducir los despidos" se encuentran: a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte; b) Movilidad funcional de los trabajadores; c) Movilidad geográfica de los trabajadores; d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores; e) Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable; f) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial y g) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados (Art. 8.1 del RD 1483/2012). En todo caso, esta previsión puede ser objeto de mejora por los negociadores durante el período de consultas-negociación, pues la ley sólo impone un mínimo de derecho necesario.

Entre las medidas destinadas a "atenuar" las consecuencias del despido en los trabajadores están: "a) El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o

⁹⁴De conformidad con la previsión que recoge este principio, se podrá declarar la nulidad del despido colectivo cuando el empresario incumpla o obstaculice la negociación colectiva gestional de buena fe. Ver, Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2012 y STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012, Recurso 17/2012).

⁹⁵Monereo Pérez, J.L: "El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado "expediente" de crisis)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013, pág. 27.

⁹⁶Ver Libro Verde sobre "Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? (SEC 2012, 59 final), firmado en Bruselas el 17 de enero de 2012, COM (2012) 7 final.

similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule; b) La recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente, en el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo; c) Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores; d) Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social, siempre que no persigan la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa mediante contratos de obras o de servicios o tipos contractuales análogos que tengan por fin la elusión en fraude de ley de las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo; e) Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica y f) Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo" (Art. 8.2 del RD 1483/2012).

Asimismo, se prevén otras medidas que pueden ser objeto de consultas-negociación a fin de atenuar los efectos del despido colectivo. En este sentido, el artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores dispone que: "Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad". Esta disposición supone una notable mejora del contenido de la negociación colectiva gestional, pues amplía positivamente una materia que puede ser objeto de tratamiento en el período de consultas. De forma que los representantes de los trabajadores desempeñarán en este aspecto un papel fundamental respecto de aquellos colectivos más desfavorecidos (como son, por ejemplo, los trabajadores de mayor edad que son despedidos antes del cumplimiento de la edad de jubilación, lo que les dificulta a posteriori el encuentro de un nuevo empleo)⁹⁷.

No obstante lo anterior, desaparece del tenor literal del artículo 51 del ET la referencia a la indemnización que deberá abonarse en caso de despido colectivo. Únicamente, el artículo 53.1 b) del ET establece que el empresario deberá respetar las exigencias legales del artículo 51 del ET, entre las que se incluyen el pago de "... la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades". Nótese que se trata de una previsión dudosa acerca de su calificación como norma de derecho necesario absoluto o de derecho necesario relativo/tope mínimo. Por lo que tanto la doctrina científica⁹⁸, como la jurisprudencia, han entendido que pese a la flagrante omisión legal resulta claro que se trata de "un mínimo indispensable *in peius* y tan sólo mejorable por acuerdos de carácter colectivo o individual". Por lo que, la idea de dejar abierta la posibilidad de su mejora durante el procedimiento de negociación colectiva gestional equilibra una mínima salvaguarda de los derechos de los trabajadores⁹⁹.

⁹⁷Monereo Pérez, J.L: "El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado "expediente" de crisis)"...op.cit., pág. 31.

⁹⁸Gil Plana, J: "El despido colectivo: aspectos sustantivos", en VV.AA, Montoya Melgar, A y García Murcia, J (Dir), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid, Civitas, 2012, pág. 276.

⁹⁹Monereo Pérez, J.L: "El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado "expediente" de crisis)"... op.cit., págs. 44-45.

Con la reforma de 2012 desaparece la obligación de negociar "un Plan de acompañamiento social" en las empresas de más de cincuenta trabajadores, lo cual no implica que no pueda negociarse "medidas de acompañamiento" que se centren en evitar la expulsión indeseada y prematura de los trabajadores del mercado de trabajo. Lo único es que, ahora, esas medidas sociales de acompañamiento no son obligatorias por ley, por lo que, en caso de adoptarse de común acuerdo habrán éstas de ceñirse a las circunstancias concretas de la empresa¹⁰⁰ a través de mecanismos recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad (art. 51.2 del ET). Legalmente, se sustituye así el Plan Social de acompañamiento por el "Plan de recolocación externa" (Art. 9 del RD 1483/2012 y 51.10 del ET) de alcance más restringido. Lo cual es merecedor de crítica, pues deberían tener una lógica de complementariedad¹⁰¹.

El nuevo artículo 51.2 del ET no sólo está limitando la capacidad de los sujetos negociadores dentro de esa búsqueda de soluciones más satisfactorias para los intereses para los trabajadores¹⁰², sino que además está permitiendo que en pequeñas, medianas y grandes empresas puedan operarse libremente los despidos colectivos, por debajo incluso del umbral establecido y sin que los agentes negociadores puedan frenar este abuso. Dichos límites sólo podrían solventarse con una actividad de apoyo público de carácter extraordinario, que pusiera en funcionamiento una serie de recursos de solución supletorios respecto de aquellos inmediatamente objeto de negociación por las partes en conflicto¹⁰³.

El actual "Plan de recolocación externa" es una obligación jurídica que se impone al empresario, pero en lo que respecta a su contenido podrá "... ser concretado o ampliado a lo largo del periodo de consultas" (Art. 9.5 del RD 1483/2012).

En tal sentido, la negociación habrá de llevarse a cabo de buena fe y con vistas a la consecución de un acuerdo, en particular, en aquellos aspectos vinculados a su objeto y al tipo de medidas de acompañamiento social, debiendo el empresario facilitar toda la información necesaria para que los representantes de los trabajadores puedan negociar en un sentido protector con los trabajadores afectados por el despido¹⁰⁴. Por lo que, en caso de que el empresario no negocie dicho plan de recolocación o las medidas sociales de acompañamiento, dado que se trata de una materia que constituye contenido esencial durante el periodo de negociación colectiva gestional, su incumplimiento podrá ser objeto de impugnación por vía judicial (Artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social). La reclamación podrá fundamentarse en base a la no realización del período de consultas que establece el artículo 51.2 del ET (Artículo 124.2 de la Ley 36/2011), pues a resultados de lo dispuesto por el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE las consultas constituyen contenido mínimo. Así pues, el

¹⁰⁰Goñi Sein, J.L.: "El nuevo modelo normativo de despido colectivo implantado por la Ley de reforma laboral de 2012", *Documentación Laboral*, nº 95-96, 2012, pág. 45.

¹⁰¹Suárez Corujo, B.: " Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico" ...op.cit., pág. 785.

¹⁰²Tortuero Plaza, J.L.: "La jubilación forzosa en las políticas de empleo", *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33 de 2001.

¹⁰³Monereo Pérez, J.L y Fernández Avilés, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 1997, pág. 156.

¹⁰⁴Monereo Pérez, J.L.: "El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado "expediente" de crisis)"...op.cit., pág. 39.

incumplimiento por parte del empresario podrá ser objeto de sanción administrativa muy grave a resultas de lo previsto por el artículo 8.14 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁰⁵.

F. INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO DE LA PREJUBILACIÓN: LOS PLANES PRIVADOS DE PENSIONES

De entre las medidas que desde el ámbito de la protección social destacan en pro de la búsqueda de empleo de los mayores se encuentran, de un lado, aquellas relativas al endurecimiento de los requisitos para el acceso a las prestaciones públicas son(a saber: de jubilación -de 65 a 67 años- y subsidio asistencial por desempleo para mayores - antes de 52 años- ahora de 55 años. En el caso de jubilación anticipada, el aumento de 63 a 65 años, en el supuesto de que no haya cotizado al menos 38 años y 6 meses o el adelanto de 61 a 63 años, cuando los períodos de cotización resulten mayores a los indicados). Y, de otro lado, ese conjunto de medidas que utilizan el estímulo para intentar lograr que los mayores sigan en activo: a) prohibición de pactar en los Convenios colectivos cláusulas que posibiliten la extinción de los contratos por cumplimiento de la edad de jubilación (recuérdese la derogación de la antigua Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores); b) incremento del porcentaje adicional por cada año completo cotizado a partir de la edad legal de retiro y c) compatibilidad entre pensión y trabajo, a fin de fomentar la "jubilación activa".

No obstante a lo anterior, y pese a los conatos legislativos por establecer un efectivo "envejecimiento activos, lo cierto es que nuevamente desde el ámbito de la protección social complementaria se fomenta la prejubilación. Así es, los planes de pensiones privados se configuran como contingencias protegidas por el régimen de Planes y Fondos de pensiones¹⁰⁶. Constituyen, en la práctica, una vía de escape para el pago complementario y suplementario de la responsabilidad pública en las pensiones de jubilación¹⁰⁷ que, lamentablemente, encubren una prejubilación en caso de despido colectivo¹⁰⁸. De hecho, gracias al Real Decreto-Ley 16/2013 de Medidas para ofrecer la Contratación Estable y Mejorar la Empleabilidad de los Trabajadores se han previsto "las aportaciones empresariales a planes de pensiones" cómo una fórmula pactada de

¹⁰⁵ Apartado 14 del artículo 8 redactado por el apartado 11 del artículo 18 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Boletín Oficial del Estado de 7 de julio).

¹⁰⁶ La promotora de los planes y fondos de pensiones fue la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. (BOE núm. 137, de 9 de junio de 1987). Esta ley nace con la finalidad de dar cumplimiento a la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

¹⁰⁷ Recuérdese que conforme al artículo 5 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones, podrán realizar aportaciones tanto el trabajador, como "... los empresarios individuales que realicen contribuciones empresariales a favor de sus trabajadores, como promotores de un plan de pensiones de empleo, podrán realizar aportaciones propias al citado plan".

¹⁰⁸ Monereo Pérez, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 192-194. También, Monereo Pérez, J.L y Fernández Bernat, J.A: "Planes de pensiones y *prejubilación*: (El caso poliseda: aplicación del Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones a los compromisos empresariales de *prejubilación*. A propósito de la STS de 19 de diciembre de 2016)", en *Revista de derecho social*, núm. 78, 2017, págs. 159-170.

retribución integrada en la base de cotización a la Seguridad Social. De ahí que computen a la hora de calcular la indemnización por despido, pues no se discute ya su naturaleza salarial (Sentencia del TS de 2 de octubre de 2013 y 3 de mayo de 2017)¹⁰⁹.

En la actualidad, he tenerse en cuenta en esta materia de un lado, el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y, de otro, el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones. En sendas normativas se dispone: 1) que la acceso a la contingencia de jubilación tendrá lugar de acuerdo con lo dispuesto por la LGSS y, en caso de jubilación anticipada, a partir de los 60 años; 2) sería imprescindible para el acceso a la anticipación de la prestación por jubilación: "a) que haya cesado en toda actividad determinante del alta en la Seguridad Social, sin perjuicio de que, en su caso, continúe asimilado al alta en algún régimen de la Seguridad Social, b) Que en el momento de solicitar la disposición anticipada no reúna todavía los requisitos para la obtención de la prestación de jubilación en el régimen de la Seguridad Social correspondiente". Y, finalmente, 3) el cese en la actividad laboral deberá darse por algunas de las causas previstas en el ET, en concreto, "... en los casos contemplados en los artículos 49.1.g), 51, 52 y 57 bis del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

Ahora bien, tras la reforma del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones introducida por el Real Decreto 681/2014 de 1 de agosto se prevé su pago anticipado, no siendo necesario que el beneficiario agote el derecho a la prestación por desempleo para poder solicitar el rescate por un plan de pensiones. Únicamente, el trabajador deberá acreditar tres requisitos para poder solicitar el abono del plan de pensiones privado: 1) estar en situación legal de desempleo (se incluyen los supuestos de extinción por despido colectivo), 2) encontrarse inscrito en las oficinas públicas correspondientes como demandante de empleo en el momento de presentar la solicitud y 3) no tener derecho a percibir la prestación contributiva por desempleo o haberla agotado.

III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

A nivel europeo el envejecimiento de la población viene constituyendo un reto importante, ya que como revelan las estadísticas el alargamiento de la esperanza de vida, junto con el paso a la jubilación de los nacidos del *boom* de natalidad, hacen pensar sobre las consecuencias económicas y presupuestarias que sobre los distintos Estados europeos conlleva reducir el potencial de crecimiento financiero. Por esa razón la UE ya ha reconocido la necesidad de combatir el efecto del envejecimiento demográfico, para lo cual se deben llevar a cabo en todo el ámbito comunitario políticas enfocadas a la prolongación de la vida activa.

¹⁰⁹En este sentido, el Tribunal Supremo en su última sentencia de 2017 ha dictaminado que: "La posible cualidad de mejora voluntaria de la Seguridad Social (sic.) que podría atribuirse a... los planes de jubilación solo puede predicar de las prestaciones obtenibles en virtud del correspondiente aseguramiento, pero no en virtud a las primas, que son salario en especie del que el trabajador hipotéticamente puede beneficiarse".

Sin embargo, lo más destacado de estas directrices europeas es la falta de regulación concreta de cómo se han de llevar a cabo esas políticas de promoción del envejecimiento activo, lo que unido a la contradicción entre textos comunitarios ha propiciado que se plantee en España una fuerte tensión en torno a dos conceptos “envejecimiento activo” o “sostenibilidad del sistema de pensiones”.

Ciertamente, la falta de una normativa comunitaria jurídicamente vinculante y la grave situación de crisis de empleo que afecta a España (superior al resto de la UE) han influido también en esa idea de abrir un caluroso debate.

En este contexto, el despido colectivo de los trabajadores maduros o próximos a una edad de jubilación ha sido utilizado con excesiva frecuencia y manifiesto abuso, en lugar de manera excepcional, a través de la figura de la prejubilación u otras formas de extinción contractual. Por lo que, al término, se ha instaurado en el ordenamiento nacional un rechazable modelo de flexibilidad defensiva orientado, única y exclusivamente, hacia la expulsión de la mano de obra madura más que a la reinserción profesional, recualificación, movilidad interna y retorno de dichos trabajadores.

Desgraciadamente, hemos decir que cada vez más esa edad de acceso a la prejubilación ha ido descendiendo, a saber: de 60 años, se pasó a 55 años y ahora ese umbral abarca a trabajadores de entre 50 y 54 años de edad. Recuérdese, a este respecto, el caso del Banco Santander publicado a fecha de diciembre de 2017 o el que, de forma inminente, se va a llevar a cabo por la entidad Bancaria Bankia tras su fusión con el BMN. Y es que, ya se ha anunciado el deseo de reducir 2.510 empleos, así como el cierre de varias sucursales en toda España.

Al hilo de esta idea debe tenerse en cuenta el papel que cumple el Derecho del Trabajo y el sistema de políticas de empleo, pues no cabe desconocer que en todo este entramado se conjugan ambas perspectivas. En efecto, desde el ámbito laboral, el artículo 51 del ET se ha convertido en la vía perfecta para la pérdida irreparable de capacidad productiva madura, esto es, de transmisión de saber y de experiencia profesional. Y ello es así porque se han impuesto una particular visión del problema en donde los trabajadores mayores son calificados como un colectivo “prescindible”, “falto de capacitación”, “falto de adaptación a las nuevas tecnologías” y, por ende, “menos productivos”.

Por lo que, la solución problema pasa por la vía de convertir al Estado en un mercado instrumentalizado al servicio de las estrategias económicas y empresariales. Por otro lado, desde el ámbito de las políticas de empleo, la salida del mercado de trabajo de todas aquellas personas próximas a una edad de jubilación se ha visto como una solución para así favorecer la inserción laboral de los más jóvenes a través del establecimiento de un sistema más barato en donde hacen su aparición los principios de precariedad laboral, abuso y fraude.

De este modo, cree frenarse el alto desempleo que tanto están dañando las arcas de nuestro sistema público de Seguridad Social. Es por ello que, trate de explicarse, como hasta el momento no se han llevado a cabo medidas de política activa para los mayores o trabajadores próximos a una edad de jubilación. Pero paradójicamente estas políticas de precariedad laboral generalizada, a su vez, cuestionan visiblemente el objetivo de la sostenibilidad de los pensionistas actuales y de los futuros pensionistas (ahora jóvenes).

Actualmente, el sistema de Seguridad Social se encuentra bastante debilitado. De ahí que se cuestione "la sostenibilidad de las pensiones" y el actual modelo defensivo español. Sin embargo, el legislador tampoco actúa en este ámbito desde una perspectiva pro-activa de fomento de la recualificación profesional y modificación de las prestaciones fraudulentamente empleadas (principalmente, la de desempleo y jubilación). Sino que, por el contrario, tras las últimas reformas legislativas marca este un cambio radical que hace cuestionar los parámetros comunitarios y de impulso del "envejecimiento activo" a través de la jubilación activa y el retorno al mercado de trabajo de los trabajadores mayores (jubilación flexible).

Ciertamente, opino que la solución no está en facilitar la expulsión de la mano de obra a través del mecanismo de la prejubilación, sino en crear unas condiciones idóneas para garantizar la inserción laboral en condiciones cambiantes. Ahora bien, para ello debe reorientarse la Seguridad Social a las vicisitudes del ciclo vital de las personas, de modo que actúe ésta de forma complementaria y no preventivamente, o sea, como medida sustitutiva de la protección social del trabajo. Ello conlleva la necesaria penalización de la prejubilación y de las demás formas de anticipación de la edad de jubilación, la consiguiente, promoción del envejecimiento activo de la mano de los servicios públicos de empleo y administraciones implicadas¹¹⁰.

Se echa en falta el establecimiento de una legislación valiente y acorde con una política coherente del tratamiento de la edad de jubilación que proteja a los trabajadores maduros frente a la mercantilización de las relaciones laborales durante los procesos de reestructuración empresarial.

El excesivo recurso a la vía del despido colectivo ha motivado, además, el uso abusivo y discriminado de los fondos públicos. Acuérdesse, a este respecto, del caso del "Escándalo de los EREs" en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ello evidencia la necesidad de un mayor control y racionalización en esta ámbito para así lograr el fin último del sistema de Seguridad Social, que no es otro que el de amparar a todos los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad.

La flexibilización del despido, la débil o suave penalización de las prejubilaciones y el consiguiente aumento de la edad de acceso a una jubilación han sido sólo algunos de los elementos que han incidido negativamente en caso. De nada sirve mantener el vigente sistema de encadenamiento de generosas indemnizaciones por despido, con la prestación por desempleo, el subsidio asistencia para mayores de 55 años y, finalmente, la pensión de jubilación ordinaria u anticipada del trabajador con complemento, en su caso, a través de las casas de seguro y planes privados de pensiones.

Todo esto genera un alto coste en los despidos y una grave desigualdad entre colectivos de distinta edad (que va en contra del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Carta Magna). Aparte cabe señalar la excesiva intervención de los Poderes Públicos, en esta materia. Ello ya ha hecho dudar del papel que desarrolla la Administración

¹¹⁰VV.AA: *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir. y Coord.), Granada, Comares, 2015.

Pública española para la garantía de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

La protección social complementaria ha cumplido también, en este punto, una importante labor pues, en contra de todo pronóstico, ha sido utilizada para fomentar los procesos de prejubilación. Es por ello que, a día de hoy, se establezca como una posible solución el que los bancos (promotores de estos planes) paguen un impuesto que contribuyan a la viabilidad del sistema de pensiones.

No obstante, a mi parecer, puede ser ésta una medida útil, pero en absoluto puede afirmarse que vaya a levantar el barco que sostiene al sistema de pensiones. En todo caso, podría tratarse de una fórmula complementaria.

Asimismo, también podría eliminarse el pago que sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) realizan todos los jubilados con independencia de su pensión. No tiene sentido mantener esta vía, cuando ya han contribuido durante toda su vida activa al IRPF (doble pago). Además, téngase en cuenta que, para algunos colectivos, no puede ni tan siquiera hablarse de que disfruten de pensión digna (a saber: el caso de mujeres que durante su vida activa han encadenado contratos a tiempo parcial, con temporales y en general los trabajadores precarios), por lo que el perjuicio en estos casos es bastante alarmante. En este sentido, se podría proponer destinar dichas cantidades a la sostenibilidad del sistema de pensiones. Ahora bien, en todo caso, como medida complementaria.

La clave en esta materia está en combinar una ley coherente, racional y acorde con el ciclo vital de las personas, con el fomento de soluciones negociales entre los actores sociales implicados en los procesos de negociación-colectiva gestional durante los procesos de reestructuración empresarial.

Desgraciadamente, la actual Directiva de 1998 sobre despidos colectivos y también aquella que se refiere al establecimiento de un marco general para la información y a la consulta de los trabajadores de 2002 son sólo causa raíz de la creación de un modelo legislativo sobre reestructuración empresarial "débil", que no impone limitaciones explícitas a la expulsión de los trabajadores mayores y no refuerza en este sentido la intervención negociada de los órganos de representación de los trabajadores.

De ahí que se pueda calificar el vigente sistema de consultas-negociación como desnaturalizado. Si bien, aunque la normativa europea no pretende fomentar el despido, lo que sí es cierto es que adolece de la insuficiencia de querer implantar una negociación colectiva gestional poco incisiva respecto al establecimiento de limitaciones más reforzadas de los intereses empresariales. Por lo de que bajo el predominio de la racionalidad económica en lugar de instaurarse en el espacio europeo un sistema garantista y de protección de derechos fuerte, por contra, se ha permitido que los Derechos nacionales se flexibilicen/liberalicen, abriendo así la veda a "práctica" de expulsión de los trabajadores maduros en los supuestos de crisis y reorganización del sistema productivo.

Sigue siendo pues una asignatura pendiente en la agenda de la UE la puesta en marcha de un catálogo de medidas preventivas y correctoras de las situaciones de reestructuración empresarial.

Y es que, el hecho de que se perfile un modelo abierto y flexible de regulación de la reestructuración empresarial sin suficientes garantías efectivas de estabilidad en empleo de los mayores ha conducido a su despido masivo, máxime cuando se trata de Estados poco previsores y que entienden el despido colectivo como solución preferente ante las crisis ordinarias y extraordinarias (a buen ejemplo: España). En todo caso en nuestro país no se ha establecido un sistema contrario al ordenamiento comunitario, ya que mantiene el período de consultas-negociación, aunque con las últimas reformas de 2012 se ha retrocedido bastante en este punto al limitar duramente el papel de los agentes negociadores y de la Autoridad Laboral.

La transposición a nuestro ordenamiento jurídico de las directivas comunitarias se ha traducido en la práctica en la instauración de un sistema de flexibilización negociada "desvirtuada", por lo que aun cuando se lleve a efecto el período de consultas, si el empresario así lo decide, unilateralmente se podrá ejecutar el despido. Ciertamente, en este punto, los trabajadores mayores se han visto muy negativamente afectados.

Y es que, ante los últimos cambios legislativos, los negociadores tienden a pactar prejubilaciones como vía de escape al despido colectivo. Éstos podrían, en todo caso, negociar "medidas de acompañamiento" para así aliviar la expulsión indeseada y prematura de los trabajadores del mercado de trabajo. Sin embargo, el hecho de que no sean obligatorias por ley las hace de muy difícil negociación en la práctica. Por lo que, al final, cualquier solución de recolocación, recualificación o movilidad interna que quiera adoptarse convierte al proceso de consulta-negociación en una lucha encarnizada.

Indudablemente, este lamentable retroceso, actúa una vez más en pro de los intereses del empresario, pues limita el protagonismo de los negociadores colectivos y desincentiva la futura consecución de un acuerdo que mejore la estabilidad en el empleo y la empleabilidad de los trabajadores mayores a través del comento de medidas de flexibilidad interna (a saber: recolocación, recualificación, movilidad interna...). Entonces ¿qué sentido tiene prever el establecimiento de cláusulas mínimas mejorables por negociación colectiva?

Está claro que aquí la negociación colectiva gestiona, así como el convenio colectivo típico no cumplen con el criterio finalista para el que se creó, pues los instrumentos legislativos de Derecho Laboral y los Sistemas de Políticas de Empleo y Seguridad Social son actualmente insuficientes y deficientes. Se debería establecer un sistema integrado de garantías legales y de negociación colectiva de las reestructuraciones mucho más reforzado. Una vía, ésta, que permitiría una aplicación del Derecho del Trabajo de las reestructuraciones empresariales más coherente y respetuosa con los principios que presiden la constitución democrático-social del trabajo y su forma política típica de Estado Social de Derecho.