

exaltación de la autonomía y libertad individual, la realidad del poder militar en la fijación de trabajos de libertad del trabajador, y la producción mediante una retirada de cierto tipo de intervencionismo del Estado, precisamente de aquel tendiente a conseguir un cierto equilibrio de las partes del contrato de trabajo, a lo que hay que sumar un debilitamiento de lo colectivo

REVISTA DE

Antonio Baylos Grau

Luis Collado García

Joaquín Aparicio Tovar

C/ Dionisio Guardiola, 1. 4º.

Tel: 967247354

e-mail:

redaccion@redaccion.com

REVISTA DE  
DERECHO  
SOCIAL

Extinción contractual por convenio alcanzada la edad pensionable no discriminatoria por edad [Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de octubre de 2010 (Gisela Rosenblatt y Oellerking Gebäudereinigungsges)].

Ana Marta Olmo Gascón

EDITORIAL  
BOMARZO

## EXTINCIÓN CONTRACTUAL POR CONVENIO ALCANZADA LA EDAD PENSIONABLE NO DISCRIMINATORIA POR EDAD

[Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de octubre de 2010, (Gisela Rosenblatt y Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH)]

1. El supuesto y las cuestiones prejudiciales planteadas. 2. La compatibilidad de la regulación alemana sobre extinción automática del contrato con el principio comunitario de no discriminación por edad. 3. El juicio de razonabilidad de las medidas extintivas: similitudes con la regulación española. 4. Sobre la elevación de la edad de jubilación por parte de la Unión Europea.

Ana Marta Olmo  
Gascón

PROFESORA TITULAR DE  
DERECHO DEL TRABAJO Y  
DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UCLM

### 1. EL SUPUESTO Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

La sentencia resuelve una cuestión prejudicial sobre la adecuación de determinadas disposiciones de derecho alemán al contenido de la Directiva 2000/78/CE, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>1</sup>. Concretamente, se examina si una cláusula de extinción automática del contrato de trabajo una vez alcanzada la edad legal de jubilación, contenida en un convenio colectivo, constituye una discriminación por edad contraria a la Directiva.

En Derecho alemán es habitual la existencia de cláusulas convencionales que permiten al empresario resolver la relación contractual al alcanzar el trabajador la edad legal de jubilación. En este caso concreto, una trabajadora de la limpieza, a tiempo parcial en los últimos años de su prestación laboral, es advertida por su empresa sobre la extinción de su contrato en el mes en el que cumpla la edad de jubilación –cuando tenga 65 años- por aplicación del art. 19 del Convenio colectivo del sector de la limpieza industrial. La trabajadora manifiesta por escrito su deseo de continuar trabajando, pero la empresa extingue su contrato en la fecha prevista aunque ofreciendo la posibilidad de iniciar una nueva relación laboral. La trabajadora demanda a su empresa ante el órgano jurisdiccional nacional, alegando que la conclusión de su contrato es una discriminación por motivos de edad, planteando a su vez el Tribunal alemán la decisión prejudicial ante el Tribunal europeo con base en los arts 1 y 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE.

El derecho comunitario establece que en los Estados miembros está vetada toda discriminación en el empleo y la ocupación por razón, entre otros factores, de edad (art. 1 de la Directiva), y que el principio de igualdad de trato implica la ausencia

<sup>1</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16).

de cualquier discriminación directa o indirecta, en este caso por edad, constituyendo una discriminación directa cuando una persona sea tratada de forma menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 2.2, Directiva 2000/78/CE). Por otra parte, en la misma norma comunitaria se permiten determinadas excepciones concretamente "los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios." (art. 6.1) permitiendo además el establecimiento de diferentes edades de jubilación para determinados grupos o categorías de trabajadores, siempre que ello no constituya una discriminación por razón de sexo (art. 6.2).

En desarrollo de esta normativa la Ley de igualdad alemana, en su art. 2.1.2, especifica que queda prohibida toda discriminación, entre otros factores por edad, y concretamente en lo que atañe a: "Las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas la remuneración y los requisitos para el despido, especialmente las que figuran en los convenios colectivos y en los contratos de trabajo individuales, así como las medidas adoptadas en el transcurso de una relación laboral o con ocasión de su extinción (...)"<sup>2</sup>. El tribunal nacional encuentra que esta norma general en materia de igualdad, es vulnerada por la regulación laboral alemana que permite la extinción contractual -concretamente en el Código de la Seguridad Social y también en el convenio colectivo-. Por ello las cuestiones prejudiciales no sólo cuestionan el acomodo de la normativa laboral nacional a las directrices comunitarias en materia de igualdad de trato, y plantean además el incumplimiento del Estado alemán al permitir regulaciones convencionales que determinan diferencias de trato fundamentadas en la vejez del trabajador. Al amparo de este examen, lo que se está dirimiendo es un problema de concurrencia de fuentes de ordenación de la relación laboral.

## 2. LA COMPATIBILIDAD DE LA REGULACIÓN ALEMANA SOBRE EXTINCIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO CON EL PRINCIPIO COMUNITARIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR EDAD

La posibilidad de que la relación laboral se resuelva por el empresario una vez alcanzada por el trabajador la edad de jubilación, no es efectiva automáticamente en el Código de la Seguridad Social alemán. De hecho, esta norma ya contenía antes de su reforma en 1994 la posibilidad de este tipo de ceses, siempre que existiera un acuerdo expreso, concluido o confirmado "dentro de los tres años anteriores a esa fecha" (a la de la jubilación)<sup>3</sup>. La necesaria confirmación de voluntad por parte del trabajador mediante un acuerdo expreso, provocó en 1993 la declaración

<sup>2</sup> Ley General de Igualdad de Trato, de 14 de agosto de 2006 (BGB1. I, p. 1897).

<sup>3</sup> Art. 41, Libro Sexto del Código de la Seguridad Social alemán, vigente entre 01/01/92 y 31/07/94.

de nulidad por la jurisprudencia alemana de todas aquellas cláusulas convencionales que determinaban la extinción automática e incondicionada<sup>4</sup>.

Debe prestarse especial atención a los acontecimientos normativos que se suceden tras esta declaración jurisprudencial. Con el pretexto de salvaguardar la voluntad colectiva de los trabajadores, manifestada en los convenios colectivos que fue anulada por la sentencia nacional, el legislador modifica esta regulación e introduce la posibilidad de una extinción anticipada del contrato por voluntad empresarial "en la fecha en que el trabajador pueda solicitar una pensión de jubilación antes de cumplir 65 años", siempre que el trabajador manifieste expresamente o confirme su disponibilidad para ser cesado en los tres años anteriores a la mencionada fecha, permitiendo de este modo las jubilaciones anticipadas -modalidad de jubilación que aparece de forma accesoria, no siendo evaluada en la sentencia-. Es llamativo que en la posterior reforma de 2008 se elimina la referencia a los "65 años", siendo sustituida por "la edad legal de jubilación" redacción más flexible y acorde con las previsibles ampliaciones de la edad legal mínima de jubilación en Alemania, que se han producido recientemente hasta los 67 años<sup>5</sup>.

A nivel convencional -en el supuesto denunciado- estas extinciones de la relación laboral sin que deba mediar despido o dimisión, se recogen en el art. 19.8 del Convenio colectivo del sector de la limpieza industrial, en el que se prevé que "salvo que en el contrato de trabajo se estipule otra cosa, la relación laboral se extinguirá al finalizar el mes en que el trabajador adquiera el derecho a una pensión de jubilación, (...) y, a más tardar, al finalizar el mes en que el trabajador cumpla los 65 años de edad." El convenio por tanto regula de forma equilibrada dos situaciones: el derecho a continuar trabajando hasta la edad legal de jubilación, si es el deseo del trabajador, y por otro lado la posibilidad de rebajar la edad de retiro una vez alcanzada la edad pensionable, mejorando de esta forma el régimen legal. También es razonable el diferente papel que se atribuye a la voluntad individual del trabajador manifestada en contrato, por parte de la ley de seguridad social alemana y por parte del convenio. En la ley de seguridad social la manifestación expresa del trabajador es un requisito inexcusable para la extinción anticipada, mientras que en el convenio es al contrario, la relación concluye automáticamente "salvo que en el contrato de trabajo se estipule otra cosa"; de este modo se respeta que la ley es de aplicación general, mientras que el convenio al ser sectorial puede acomodarse a las circunstancias y particularidades concretas

<sup>4</sup> Sentencia del Bundesarbeitsgericht de 1 de diciembre 1993 -7 AZR 428/93- BAGE 75, p. 166.

<sup>5</sup> La modificación del art. 41 del Código de la Seguridad Social estableció que "El derecho del asegurado a una pensión de jubilación por haber alcanzado la edad correspondiente no puede ser considerado un motivo que justifique la resolución por el empresario de una relación laboral, en virtud de la Ley de protección frente al despido. Un acuerdo que establece que la relación laboral de un trabajador se extingue, sin que deba mediar despido o dimisión, en la fecha en que el trabajador pueda solicitar una pensión de jubilación antes de alcanzar la edad legal de jubilación produce efectos frente al trabajador el día en que cumpla la edad legal de jubilación, excepto si el acuerdo se concluyó, o fue confirmado por el trabajador, dentro de los tres años anteriores a la mencionada fecha". En cuanto a la reforma del Seguro de Pensiones, ha sido aprobado por el Parlamento alemán el 9 de marzo de 2010, estableciendo una ampliación gradual de la edad de jubilación.

del espacio que regula, permitiendo añadidamente el respeto a situaciones individuales manifestadas expresamente en contrato.

Este es el contenido convencional denunciado por la trabajadora, al entender que se trata de un límite de edad constitutivo de una discriminación por vejez contrario al Derecho Comunitario, lo que sirve al órgano judicial nacional para confrontar el precepto del convenio colectivo con la Ley de igualdad de trato alemana. Concretamente se remite al art. 2.1.2 de esta Ley que, en cumplimiento de la Directiva 2000/78/CE, recoge la prohibición de discriminación en los requisitos para el despido que figuren en los convenios colectivos y en los contratos de trabajo. Sin embargo, la Ley de igualdad alemana contempla un supuesto de admisibilidad de diferencias de trato por motivos de edad, siempre que respondan a objetivos legítimos justificados objetiva y razonablemente, y concretamente permite los acuerdos que establecen extinciones laborales en el momento en que el trabajador pueda solicitar una pensión de jubilación (art. 10.5, Ley de igualdad de trato alemana).

Así la primera cuestión que resuelve el TJUE, es la compatibilidad entre la regulación comunitaria y la norma alemana sobre igualdad, con la cláusula convencional. Desde un primer momento, el Tribunal señala que la Directiva 2000/78/CE contiene la posibilidad de que los Estados miembros dispongan diferencias de tratamiento por edad que no serán consideradas discriminatorias cuando estén justificadas objetiva y razonablemente por una finalidad legítima, siempre que los medios para lograr los objetivos sean adecuados. Concretamente se mencionan como objetivos posibles las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de formación profesional. Este primer aspecto es resuelto de una forma categórica en la sentencia, desde el momento en que se señala que el art. 10.5 de la Ley de igualdad de trato alemana *“reproduce en lo sustancial estos principios”* y que sí la Directiva no incluye a las cláusulas de extinción automática entre los supuestos justificativos de diferencias de trato por edad, no cabe concluir su ilegalidad inmediata pues la referencia recogida en la norma comunitaria es meramente ejemplificativa. De este modo *“los Estados no están obligados a elaborar una lista específica de diferencias de trato que pueden estar justificadas en aras de un objetivo legítimo”*<sup>6</sup> (apartado 40), siendo suficiente la redacción general recogida en la ley alemana. Es muy significativa la declaración del tribunal efectuada en el apartado 41, en la que se recuerda que los interlocutores sociales a nivel nacional *“disponen de una amplia facultad de apreciación no sólo al primar un objetivo sobre otros en materia social y laboral, sino también al definir las medidas que les permitan lograrlo”*, reconociendo el papel de la autonomía colectiva como protagonista y gestor directo de las relaciones laborales (apartado 41)<sup>7</sup>.

Con posterioridad a esta sentencia, las Conclusiones del Abogado General en un asunto similar, en el que un convenio fija una edad límite de 60 años para la jubilación de

<sup>6</sup> También en Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England* (C-388/07, Rec. p. I-1569).

<sup>7</sup> Doctrina ya recogida en las Sentencias de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, (C-144/04, Rec. p. I-9981) y de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa*, (C-411/05, Rec. p. I-8531).

los pilotos de líneas aéreas, coinciden en este argumento considerando que la “garantía de la negociación colectiva está comprendida entre los objetivos de política social, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78”<sup>8</sup>. Destaca el hecho de que se aluda al art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales como fundamento de una negociación colectiva que conlleva el reconocimiento “del papel central que los convenios desempeñan en la regulación de las relaciones laborales que constituyen su ámbito natural de actuación, asegurando siempre un razonable equilibrio de los mismos con la ley y, en particular, con el Derecho de la Unión”, teniendo además un manifiesto entronque constitucional en todos los países de la Unión, normativa a la que en cambio no se refiere el TJUE en la sentencia *Rosenbladt*.

De igual modo, en relación con el papel atribuido a la negociación colectiva, el TJUE indica en el apartado 49, que frente a las dudas manifestadas por el tribunal denunciante, el convenio colectivo sí atiende a la situación económica, social y demográfica concreta y a las circunstancias específicas del mercado laboral nacional, en la medida en que los agentes sociales pueden recurrir con una flexibilidad considerable al instrumento de la jubilación forzosa, teniendo debidamente en cuenta la situación global del mercado de trabajo en cuestión.

Como segunda cuestión prejudicial, se plantea la compatibilidad entre la regulación de seguridad social alemana con la prohibición de discriminación por edad establecida en la directiva. En este caso concreto la trabajadora estaba contratada a tiempo parcial y por ello genera el derecho a una pensión de jubilación escasa. La insuficiencia en la prestación de jubilación para garantizar un medio de subsistencia digno, parece poner en evidencia la controvertida mención convencional que la obliga al retiro, sin embargo esta situación particular no implica necesariamente que los trabajadores afectados por este tipo de disposiciones contenidas en convenio se encuentren obligatoriamente avocados a la precariedad económica, pues no pierden el derecho a continuar trabajando. De esta forma el convenio respeta y se adapta a situaciones particulares en las que se ha cotizado por debajo de lo habitual, dado que en derecho alemán no está prohibido que una vez alcanzada la edad de jubilación se siga ejerciendo una actividad profesional; además con la garantía ofrecida por la ley de igualdad de trato alemana que *“prohíbe que el antiguo empresario o un tercero le denieguen un empleo por cualquier motivo relacionado con la edad”* (apartado 74), concluyendo que *“al garantizar a los trabajadores cierta estabilidad en el empleo y, a largo plazo, la promesa de una fecha de jubilación previsible –ofreciendo al mismo tiempo a los empresarios cierta flexibilidad en la gestión de su personal-, la cláusula de extinción automática de los contratos de trabajo constituye el reflejo de un equilibrio entre intereses divergentes pero legítimos, que se inscriben en un complejo contexto de relaciones laborales estrechamente vinculadas a las opciones políticas en materia de jubilación y de empleo”* (apartado 68).

<sup>8</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, presentadas el 19 de mayo de 2011, en el asunto C-447/09, *Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach contra Deutsche Lufthansa AG*; sin embargo en sentido contrario a la sentencia que se comenta, propone finalmente la inadecuación de la cláusula convencional con el derecho comunitario por incumplir el principio de proporcionalidad.

También se analiza el consentimiento prestado por el trabajador como un aspecto sustancial del acuerdo extintivo. Se hace hincapié en que el acuerdo más relevante no es el prestado de forma individual a través del contrato de trabajo, sino el reconocido en el propio convenio. El pacto contractual que autoriza al empresario a poner fin unilateralmente a la relación laboral, alcanzada por el trabajador la edad que le permite solicitar una pensión de jubilación, puede encubrir un abuso de derecho contra el trabajador improbable en una regulación convencional. Además este doble sistema de manifestación del consentimiento por parte de los trabajadores, consta de un importante sistema de garantía, pues no esta exento de control judicial efectivo, y específicamente el art. 16 de la Directiva 2000/78/CE obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias que permitan que "se declaren o puedan declararse nulas e inválidas o se modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos o convenios colectivos" (apartados 52 y 67).

En cuanto a la obligación del estado de impedir cualquier disposición contractual o convencional, contraria al principio de igualdad de trato, evidentemente queda perfectamente cumplida al convalidarse normativamente por el gobierno alemán la legalidad de la previsión convencional (por Resolución del Ministro de Economía y Trabajo declarando de aplicación general del convenio), siendo de esta forma legítima la extensión de la cláusula examinada a los trabajadores y trabajadoras no vinculados por el mismo (apartado 79)<sup>9</sup>.

### 3. EL JUICIO DE RACIONABILIDAD DE LAS MEDIDAS EXTINTIVAS: SIMILITUDES CON LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

En las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, el Tribunal alemán plantea la oportunidad de las extinciones en relación con una adecuada política de empleo y con la situación real del mercado de trabajo alemán. Aunque reconoce que el artículo del convenio colectivo que se ha recurrido es tradicional desde hace décadas en el sistema de relaciones laborales del país, no aprecia de qué manera la jubilación de los trabajadores, alcanzada la edad de jubilación, mejora directamente la situación de los desempleados. El Tribunal europeo reitera que las cláusulas de extinción automática del contrato laboral que existen en varios Estados miembros, son manifestación de un consenso político y social en el país y descansan en una finalidad legítima como es el reparto del trabajo entre las diferentes generaciones (apartado 43)<sup>10</sup>. Es evidente que fomentar la jubilación del trabajador una vez que tiene asegurada una renta sustitutiva suficiente, sí provoca un efecto positivo sobre la mano

<sup>9</sup> Sobre la posibilidad de extensión de los convenios colectivos: Sentencia de 21 de septiembre de 1999, Albany, (C-67/96, Rec. p. I-5751).

<sup>10</sup> El órgano jurisdiccional alemán cuenta además con un criterio de interpretación de su Tribunal Supremo pues en la sentencia del Bundesarbeitsgericht de 18 de junio de 2008, se precisa que el art. 19.8 del Convenio colectivo del sector de la limpieza industrial tiene como finalidad "facilitar la colocación de los jóvenes, planificar las contrataciones y permitir una buena gestión del personal de las empresas, garantizando un equilibrio entre las distintas edades".

de obra desempleada, en la medida en que se liberan puestos de trabajo sobre los que en principio no hay indicios de posteriores amortizaciones por parte del empresario. Por ello la objetividad y razonabilidad de la medida exigida por el derecho comunitario y por los derechos nacionales de transposición están presentes en el supuesto, con lo que el Tribunal europeo está señalando que estados miembros y agentes sociales cuentan con un generoso grado de flexibilidad a la hora de fijar las medidas para mejorar su mercado laboral.

Finalmente se revisa si la medida es adecuada y necesaria, y en primer término se repara en que en la normativa alemana no hay una autorización ilimitada al empresario para concluir el contrato, constituyendo un procedimiento lo suficientemente flexible no sólo para acomodarse a las circunstancias concretas del mercado de trabajo, sino también a las características particulares de los puestos de trabajo de que se trate (apartado 50). Frente a las dudas manifestadas por tribunal remitente sobre la escasa incidencia de estas cláusulas en el nivel de empleo alemán y la baja tasa de envejecimiento de la mano de obra de la limpieza industrial, la sentencia encuentra pertinente que los interlocutores sociales seleccionen un objetivo determinado en política social y de empleo -el relevo generacional-, y que además definan las medidas idóneas para alcanzarlo (apartado 69). Así se acredita oportunamente la adecuación de la medida, y su carácter necesario también es justificado al discutir la onerosidad de la extinción para el trabajador no se trata de una medida abusiva desde el momento en que exige la autorización del empleado afectado. Como segundo argumento se señala que existe la prohibición para el antiguo empresario o para un tercero, de denegar un empleo al trabajador al que se ha extinguido su contrato por cualquier motivo relacionado con la edad (apartado 74).

En España el tema que nos ocupa ha sufrido embates normativos que han provocado de forma similar al caso alemán, pronunciamientos judiciales condicionantes de la regulación convencional. En el periodo comprendido entre 2001 y 2005 se suprime la habilitación contenida en el ET que permitía a la negociación colectiva pactar edades de jubilación forzosa<sup>11</sup>. Podría establecerse cierto paralelismo en cuanto a los vaivenes que ha sufrido la validez de la negociación colectiva, pero la intervención de los operadores jurídicos no es equiparable. En Alemania el Tribunal Supremo declara nulas las cláusulas convencionales en 1993, interviniendo el gobierno inmediatamente declarando la validez legal de las mismas; en nuestro caso la reprobación al contenido convencional se produce mucho más tarde (2001) a través de una norma legal, que precisamente es matizada y salvada en parte por la intervención de nuestro TS. Posteriormente la negociación colectiva recupera su competencia en la materia mediante una nueva reforma normativa. Pero fundamentalmente la diferencia estriba en que el precepto que permite esta regulación a través de la autonomía colectiva en España, menciona expresamente los objetivos

<sup>11</sup> Modificaciones normativas contenidas en la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, y en la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

de política de empleo, no siendo así en derecho alemán, detalle que precisamente provoca el recurso prejudicial analizado. La cuestión fundamental que subyace en la sentencia es que, de forma diversa a lo que ocurre en el caso español, la normativa laboral alemana no alude a los requisitos de razonabilidad y de vinculación con la política de empleo estipulados también en el ordenamiento comunitario.

La mayor minuciosidad de nuestra normativa se concreta en la Disposición Adicional 10ª ET que al día de hoy permite a la negociación colectiva establecer extinciones contractuales una vez cumplida por el trabajador la edad ordinaria de jubilación fijada legalmente siempre que se cumplan dos requisitos: la jubilación debe justificarse por "objetivos coherentes con la política de empleo expresados en convenio colectivo", y en segundo lugar el trabajador debe tener cubierto el periodo mínimo de cotización para generar el derecho a una pensión de jubilación contributiva<sup>12</sup>. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004 analiza la determinación de edades de jubilación en la negociación colectiva advirtiendo que siempre que quede garantizado el percibo de una prestación de jubilación por parte del trabajador, el convenio es una manifestación de la transacción de intereses entre trabajadores y empresarios, intercambio en el que se entiende que van incluidas las consideraciones de política de empleo que no precisan aparecer explicitadas<sup>13</sup>. No se pierde el derecho al trabajo, la extinción contractual no impide al trabajador continuar su vida laboral en otro puesto de forma similar a la regulación alemana.

Como conclusión al comentario de la sentencia revisada, puede decirse que el fallo del TJUE no podría haber sido en otro sentido; determinar la ilegalidad del contenido convencional alemán por ser constitutivo de una diferencia de trato por edad hubiera supuesto una interpretación inadecuada de la normativa comunitaria analizada y del sistema regulador de competencias normativas entre derecho europeo y derechos nacionales. Hubiera supuesto la reprobación de una prerrogativa de la autonomía colectiva que como se ha visto, queda plenamente justificada, además

<sup>12</sup> D.A. 10ª ET: "Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.- En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo. b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva". El Acuerdo sobre Políticas Activas de Empleo y otras materias de índole laboral (02/02/2011) ha elevado la edad de jubilación ordinaria a 67 años en los supuestos en que no se acrediten 38 años y medio de cotización, supuesto en el que se mantienen los 65 años. De esta forma se ha ampliado el periodo mínimo de cotización necesario y la edad, umbrales que se aplicarán de forma gradual a partir de 2013. También establece que con anterioridad al 30 de septiembre de 2011, el Gobierno elaborará una Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad.

<sup>13</sup> La razonabilidad de la jubilación forzosa por convenio colectivo en España y su adecuación a las medidas de política de empleo ha sido profusamente analizado por doctrina y jurisprudencia; una perspectiva de esta evolución en: APARICIO TOVAR, J., OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 208 y ss.

de desautorizar al gobierno alemán que expresamente declaró la aplicabilidad general del convenio. Las instituciones comunitarias no van a conducir las reformas de los sistemas de seguridad social eliminando determinadas regulaciones convencionales relativas a la edad de jubilación, no sólo por la natural oposición a nivel sindical que provocaría un embate tan burdo, sino por que además sería poco práctico. Este tipo de cláusulas no aparecen ni en todos los convenios, ni de igual forma en la práctica negocial de los estados miembros. La técnica que ha puesto en marcha la UE sirve para todos los países europeos con independencia de su sistema de seguridad social y es bien conocida: ampliar la edad de jubilación legalmente establecida y añadidamente, ampliar el periodo de carencia que se considera para el cálculo de la pensión<sup>14</sup>.

El Convenio OIT nº 102 sobre la Seguridad Social de 1952 (ratificado por España en 1988) y el art. 41 CE fijan un derecho básico para el trabajador: el acceso a una prestación pública suficiente después de una vida laboral en la que se ha capitalizado una parte del salario; el derecho es indiscutible, pero el debate se plantea en torno a la edad en que se puede acceder al mismo.

#### 4. SOBRE LA ELEVACIÓN DE LA EDAD DE JUBILACIÓN POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA

Al analizar esta sentencia, es inevitable hacer referencia al retraso de la edad de jubilación en algunos Estados de la Unión. Seguramente se trata de una de las cuestiones más relevantes en relación a las condiciones laborales del estado social en Europa. La jubilación garantiza el derecho al descanso después de la vida laboral, y también a disponer de una renta sustitutiva del trabajo que asegure unas condiciones de vida dignas. La fijación de una edad de retiro razonable ha sido una de las mayores conquistas de nuestra sociedad, y los argumentos a favor de alargar ese umbral son muy discutibles, tal y como tendremos oportunidad de comprobar.

El discurso mantenido por las instituciones comunitarias y algunos estados miembros, consiste en que la elevación de la edad de jubilación es una medida de política legislativa justificada como solución para el sostenimiento del régimen económico de las pensiones; la esperanza de vida aumenta por lo que se amplía el número de años en que se percibe la prestación económica de jubilación<sup>15</sup>. Por otra parte el tra-

<sup>14</sup> Sin embargo en el caso español, la anunciada reforma del sistema de negociación colectiva sí que puede suponer un fuerte revés a los derechos de los trabajadores -afectando también a las cláusulas convencionales de jubilación forzosa- en tanto que las propuestas por parte de la patronal inciden en la ultra-actividad del convenio colectivo, tratando de modificar el actual sistema de prórroga del contenido normativo desde su extinción, hasta la conclusión de otro convenio, "eliminando la flexible fórmula legal actualmente vigente que permite que los interlocutores sociales puedan modalizar los tiempos y los contenidos del contenido normativo del convenio (...)", BAYLOS GRAU, A., "Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio", en *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Baylos Grau (Coord.), Bomarzo, Albacete, 2011, p. 247.

<sup>15</sup> Aumento de la esperanza de vida refutado por algunos autores que mantienen que el incremento de años es el reflejo estadístico de la reducción de la tasa de mortalidad infantil: NAVARRO, V., TORRES

bajador alcanza la edad madura en mejores condiciones de salud por lo que puede seguir desempeñando una actividad laboral, en opinión de la UE, transfiriendo un valioso capital intangible: su experiencia profesional, argumento que debería ser convenientemente matizado en tanto que el sistema productivo demanda una recualificación constante.

Resulta hasta cierto punto perturbador que el Tribunal de Justicia europeo entienda en la sentencia comentada, que las jubilaciones anticipadas, cumplidas las condiciones que hemos visto, son un mecanismo que *"descansa en un equilibrio entre consideraciones de índole política, económica, social, demográfica y/o presupuestaria y depende de que se opte entre prolongar la duración de la vida activa de los trabajadores o, por el contrario, prever la jubilación temprana de éstos últimos"*<sup>16</sup>. El hecho es que todas las instituciones comunitarias comparten este punto de vista que subordina flagrantemente un derecho laboral básico a consideraciones de índole puramente económica; como ejemplo, el último Consejo Europeo de 17 de junio de 2010, concluye en relación a la Estrategia Europa 2020 que es necesario garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas, concretamente a través de la reforma de los sistemas de pensiones<sup>17</sup>.

Aprovechar una situación de crisis para justificar tal sacrificio en las condiciones laborales es escandaloso, y lo más lamentable es que el gobierno nacional es partícipe en tal atropello<sup>18</sup>. La actual coyuntura económica ha generado situaciones de auténtica necesidad en parte de la ciudadanía, lo que resulta ejemplarizante para el resto de la sociedad a la que se atemoriza con la posibilidad de que las dificultades se generalicen afectándoles de la misma forma<sup>19</sup>. En este contexto, provocan una gran impotencia determinadas declaraciones procedentes de la Unión tales como *"El número de jubilados en Europa en comparación con los que financiar sus pensiones se prevé que se duplique para 2060 -la situación actual simplemente no es sostenible"*<sup>20</sup>; la incoherencia de una predicción demográfica a tan largo plazo resulta

LÓPEZ, J., GARZÓN ESPINOSA, A., *¿Están en peligro las pensiones públicas?*, Attac, Justicia Económica Global, <http://www.pensamientocritico.org/vicnav1110.pdf>, pp. 44 y 45.

<sup>16</sup> Apartado 44 de la sentencia.

<sup>17</sup> [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/es/ec/115349.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/115349.pdf), p. 2.

<sup>18</sup> De hecho, se ha señalado que la reforma de nuestro sistema de pensiones mediante el Acuerdo Económico y Social de 02/02/2011 "no precisaba de la urgencia con que se ha tramitado y no sólo por la solidez económica actual de la Seguridad Social, sino que teniendo en cuenta que la reforma no entrará en vigor hasta el 1 de enero de 2013, no se alcanza a comprender tales urgencias, a no ser que se trate de precisiones foráneas y, en tal caso, habría que haberlo explicado a la ciudadanía.", COLLADO GARCÍA, L., "Reflexiones sobre el Acuerdo de pensiones", *RDS*, n° 52 (2010), p. 216, concluyendo el mismo autor en que no se trata del mejor acuerdo para los trabajadores, p. 244.

<sup>19</sup> Entre los efectos de las crisis económicas se han advertido el quebrantamiento de la fuerza colectiva de los trabajadores, la fragmentación de sus niveles de tutela y situarles en la competencia de la mera <<libertad de trabajo>>, BAYLOS GRAU, A., "Modelo social y políticas frente a la crisis", *RDS*, n° 49 (1998), p. 41.

<sup>20</sup> Declaraciones de Michel Barnier, Comisario europeo de Mercado Interior y Servicios, del 7 de julio de 2010, en la presentación del Libro Verde sobre las pensiones; en [www.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=89&newsId=839](http://www.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=89&newsId=839). Commissioner for Economic and Monetary Affairs, and Michel Barnier, EU

alarmante. El razonamiento, que defiende la elevación inmediata de la edad de jubilación como solución a la financiación de una eventual población envejecida, hecha para un marco temporal tan lejano es ficticia. Las variables demográficas son dúctiles y unas previsiones tan dilatadas en el tiempo no deben utilizarse, dada su incertidumbre, para adoptar un recorte de derechos tan grave. La tasa de natalidad es un criterio en el que existe cierto grado de corrección a través del fomento fiscal, laboral y administrativo; la población activa de los estados miembros puede aumentar o disminuir significativamente como consecuencia de futuros flujos de emigración de ciudadanos comunitarios a terceros países, y desde luego, la capacidad de recepción de emigración extracomunitaria queda en manos de los gobiernos -dentro de unas directrices comunitarias-, mediante sus correspondientes leyes de extranjería<sup>21</sup>.

Incluso dando por válidas todas estas premisas, y adoptando una postura previsor para garantizar las pensiones futuras, debe plantearse una capitalización a través de otras fuentes de financiación diferentes a las propias aportaciones de los trabajadores. En un estado social es igual de coherente mantener una sanidad o una educación pública deficitaria, que un sistema de pensiones; el problema es que muchos países europeos, entre los que se encuentra España, han procedido a la privatización de empresas y sociedades estatales que generaban un importante rédito a las arcas públicas. En este proceso la vuelta atrás es complicada; la tendencia en cumplimiento del principio fundamental de libre competencia comunitario, es la liberalización prácticamente total de los bienes y servicios europeos<sup>22</sup>, lo que dificulta recuperar fórmulas de gestión empresarial públicas que además generan empleo.

Pero el aumento de la edad de retiro no tiene relación alguna con la situación económica coyuntural, se trata de un objetivo antiguo en el seno de la Unión, y que fue tímidamente anunciado en el Consejo de Colonia, de 3 y 4 de junio de 1999<sup>23</sup>. A partir de este momento, este tema fue una constante en los sucesivos Consejos Europeos; el de Estocolmo, de 23 y 24 de marzo de 2001, acuña el término *"reto demográfico"* y pronostica que a partir de 2010 habría un importante descenso en la población en

Commissioner for Internal Market and Services, said: "The number of retired people in Europe compared with those financing their pensions is forecast to double by 2060 – the current situation is simply".

<sup>21</sup> Muy claramente descrito: *"La reforma de la Seguridad Social tampoco tiene que ver con la urgente necesidad de reducir el déficit público aunque sólo sea por la evidente razón de que este mismo año la Seguridad Social tendrá superávit"*, APARICIO TOVAR, J., "El ataque a la seguridad social en España", en: <http://www.insightweb.it/web/content>. Con toda certeza puede afirmarse que la crisis pasará, pero las reformas justificadas en ella, perdurarán.

<sup>22</sup> Esta presión liberalizadora afectará tarde o temprano a la sanidad y a la educación pública española. Concretamente, respecto a la asistencia sanitaria pública, ya se está advirtiendo sobre sus altos costes en Europa; en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Informe conjunto sobre protección social e inclusión social* de 13/02/2006, [COM(2006) 62 final], pp. 4 y ss.

<sup>23</sup> La evolución de las directrices comunitarias respecto al retraso de la edad de jubilación en: APARICIO TOVAR, J., OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, cit., pp. 181 y ss.

edad laboral, obviando además a la masa de trabajadores emigrantes en los estudios estadísticos. La predicción no sólo no se ha cumplido sino que el panorama es completamente opuesto: hay mucha población en edad laboral, pero desempleada, y el porcentaje de extranjeros ha disminuido mucho menos de lo esperado, lo que nos lleva a plantearnos que si en 2001 las instituciones comunitarias hicieron una previsión para 2010 completamente errónea, cuál es el margen de certeza de las actuales previsiones demográficas para dentro de 30 o incluso 50 años.

En el 2002 la UE fijó el año 2010 como término para alcanzar una edad media de jubilación real en Europa de 65,4 años (Consejo Europeo de Barcelona, 14 y 15 de marzo). Lo primero que nos sorprende es la falta de comunicación a la ciudadanía de estos objetivos tanto por parte de la UE, como por parte de los gobiernos nacionales, que en nuestro caso ponen sobre la mesa esta cuestión apenas hace unos meses. Obviamente, la discreta publicación sin otra difusión adicional, evita la previsible agitación social y la planificación de una estrategia de firme oposición colectiva; fijar metas a largo plazo distensionan la capacidad de oposición social pues difumina la certeza de la medida, sobre todo, si existe cierto margen de flexibilidad en su consecución.

Tras insistir en diversos Consejos Europeos en la necesaria elevación de la edad de jubilación, las instituciones comunitarias avanzan en este proceso mediante la Comunicación de la Comisión: *Informe conjunto sobre protección social e inclusión social* de 2006<sup>24</sup>. En el mismo se reincide en el envejecimiento de la población, y se reflexiona sobre la sostenibilidad del sistema de protección social europeo. El problema de las teorías mantenidas por los organismos comunitarios es que a simple vista plantean unos objetivos que respetan y fomentan el estado social, para finalmente acometer reformas que recortan los derechos de los trabajadores supe-  
ditándolos a intereses económicos privados amparados por el principio de libertad empresarial. De este modo, se habla de la necesaria garantía de "la protección social y la inclusión social, centrado en proporcionar un alto nivel de protección social y de cohesión social, y las políticas para el empleo y el crecimiento."<sup>25</sup>, para acto seguido añadir que tales objetivos deben ser "financieramente viables, adaptables y eficientes" y además, rentables para los Estados<sup>26</sup>. Las intenciones se exponen contradictoriamente; partiendo del reconocimiento del principio de solidaridad como dogma que debe presidir los sistemas públicos de reparto de las pensiones, se garantiza sólo "un tipo de mínimo garantizado para las personas mayores", frente a lo que es inevitable cuestionarse sobre qué tipo de solidaridad y de reparto se está predican-

<sup>24</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Informe conjunto sobre protección social e inclusión social*, de 13/02/2006, [COM(2006) 62 final].

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 4. Además, en una suerte de paroxismo contra todo sujeto ocioso se congratulan de que "Se ha constatado una notable labor de reforma por lo que se refiere a los regímenes de enfermedad de larga duración/invalidez, en los que numerosos Estados miembros están tomando medidas para velar por que no se conviertan en una forma disfrazada de jubilación anticipada, sino que promuevan la vuelta al mercado de trabajo".

do. Resulta preocupante que se defienda que el contenido económico mínimo de las pensiones públicas, debe superar el umbral de la pobreza para permitir al trabajador invertir en planes privados de pensiones<sup>27</sup>. Por otro lado, también es incoherente tratar de generar empleo aumentando la vida activa de la mano de obra<sup>28</sup>. En suma, no se trata de poner en cuestión que los regímenes de pensiones públicos precisen unas finanzas viables tal y como defiende la Unión, lo que se discute es el método que se propone -pensiones complementarias- y los efectos que provocará -jubilación a mayor edad y con menor prestación económica-.

Generalizar conclusiones y fijar metas tomando como base entornos normativos y realidades sociales tan dispares, como las presentes en los 27 estados miembros, no es desde luego, acertado. En los textos comunitarios analizados, se introducen datos y se hace referencia a las reformas emprendidas en los países bálticos como ejemplo de un adecuado equilibrio entre aumento del salario y del régimen de pensión pública, y como modelo del alejamiento del riesgo de exclusión social y pobreza, garantías hace años consolidadas en los países de nuestro entorno, de forma que alentar la convergencia con estas políticas supondría un recorte social muy severo en nuestros países<sup>29</sup>. De igual forma, se utilizan conjuntamente variables macroeconómicas procedentes de diferentes estados y se fijan criterios de convergencia comunes a la hora de evaluar la sostenibilidad financiera de los regímenes de pensiones europeos. En el *Informe conjunto sobre las pensiones* de 2010, del Comité de Protección Social y el Comité de Política Económica, se alude recurrentemente a la crisis económica como uno de los factores que ha empeorado ostensiblemente el déficit de las finanzas públicas, lo que es irrefutable, aunque no se justifique suficientemente que la reforma de las pensiones públicas vaya a solucionar una situación económica precaria, generada por factores completamente ajenos a los sistemas nacionales de protección social<sup>30</sup>. De nuevo se pronostica utilizando parámetros maleables, al afirmar que el gasto público de pensiones aumentará en 2 ½ puntos porcentuales del PIB en el año 2060, y que para evitarlo, las inminentes reformas deben basarse en el tiempo de ingreso de contribuciones por parte del trabajador, en el fortalecimiento de la relación entre contribuciones y prestaciones, y en una combinación de la solvencia financiera de los estados con una rentabilidad adecuada de los mercados financieros<sup>31</sup>. Al menos se

<sup>27</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Informe conjunto sobre protección social e inclusión social*, cit., p. 5.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 6, donde tratando sobre la protección social y el empleo se indica que "Al reforzar el vínculo entre las cotizaciones y las prestaciones, también fomentan la actividad y el trabajo declarado durante todo el ciclo de vida activa", cuando lo que realmente se está provocando es una necesidad imperiosa por trabajar para poder cotizar, no una creación de puestos de trabajo.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>30</sup> *Informe conjunto sobre las pensiones*, Comité de Protección Social y el Comité de Política Económica, de 27/05/2010, pp. 5 y ss, en:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=752&newsId=551&furtherNews=yes>

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 5-6. PIB calculado con una metodología incorrecta tal y como demuestran: NAVARRO, V., TORRES LÓPEZ, J., GARZÓN ESPINOSA, A., *¿Están en peligro las pensiones públicas?*, cit., pp. 34 y 35; de forma que rebatido el presupuesto de hecho, los resultados y las medidas propuestas también son falsas.

reconoce que no existe una "talla única" para los sistemas de pensiones y que cada país tiene sus ventajas e inconvenientes, sin embargo el objetivo de adaptar las pensiones a los cambios demográficos y económicos es quimérico y alcanzar "un equilibrio entre sostenibilidad y adecuación"<sup>32</sup> no debe hacerse a cualquier precio. La validación de la oportunidad financiera de todas estas propuestas, se ha producido recientemente por parte del Consejo de Economía y Finanzas de la UE, en las *Conclusiones sobre el Informe conjunto del Comité de Política Económica y Social en materia de pensiones*<sup>33</sup>.

El último acontecimiento en este proceso normativo a escala comunitaria es el "Libro Verde sobre las pensiones", que al enunciar los retos insiste en estas tres ideas: la población envejece, los sistemas de pensiones actuales son deficitarios económicamente hablando, y la crisis financiera ha empeorado la situación económica de los estados<sup>34</sup>. El documento procede a una sistematización de todos los razonamientos institucionales expuestos, proponiendo como objetivos: la necesidad de la recuperación económica y la mejora de las finanzas públicas, la necesidad de establecer un nivel adecuado de pensiones, la oportunidad de reflexionar sobre el aumento de la edad efectiva de jubilación, la necesidad de garantizar y regular los sistemas de capitalización de jubilación, y la obligatoriedad de regular los mercados financieros, dado el papel creciente de los fondos de pensiones. También se tratan cuestiones que no inciden directamente en la elevación de la edad de jubilación, como la eliminación de los obstáculos a la movilidad de las pensiones entre los diferentes estados miembros. El consenso en el seno de la Unión Europea respecto a la modificación de la edad y sistema de cálculo para acceder a una pensión pública es completo, y se avanza en esta senda liberalizadora en términos tan concretos y expresos como los siguientes: "Las decisiones con conocimiento de causa están estrechamente relacionadas con una oferta de pensiones adecuada. Es importante ofrecer opciones apropiadas a quien va a tomar sus decisiones de ahorro. Por tanto, podría ser razonable definir cuáles son exactamente las características deseables de las pensiones: el que no posean algunas propiedades fundamentales no solo puede ser motivo de confusión, sino que podría dar lugar a unas prestaciones insuficientes en la jubilación si, por ejemplo, una baja temprana conduce a una merma de los ahorros, o si los activos acumulados no generan unos ingresos estables. Los Estados miembros podrían plantearse la posibilidad de poner en marcha un servicio fiable de asesoramiento en materia de pensiones para facilitar a los consumidores su elección." Textualmente, se supedita una vejez económicamente digna a una disposición de rentas para el consumo de productos financieros, como planes de pensiones o seguros de vida.

La plataforma jurídica ya está instaurada con la Directiva 2003/41/CE, de 23 de septiembre, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo,

<sup>32</sup> Informe conjunto sobre las pensiones, Comité de Protección Social y el Comité de Política Económica, de 27/05/2010, cit., p. 8.

<sup>33</sup> De 17/10/2010, en: <http://www.consilium.europa.eu/Newsroom>

<sup>34</sup> Libro Verde: En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros, 07/07/2010 [COM(2010)365 final].

que fijaba como fecha de transposición hasta el 23 de septiembre de 2005<sup>35</sup>. En el Libro Verde sobre las pensiones complementarias ya se aventuraba la siguiente conclusión: el descenso de la tasa de natalidad y el aumento de la esperanza de vida, provocarán que sí en 1997 cinco personas en edad de trabajar financian las necesidades de un jubilado mediante sus cotizaciones, en 2040, esos cinco trabajadores deberán financiar las necesidades de dos jubilados; la solución ofrecida por la UE es aligerar las pensiones pagadas por el estado, "aumentando las cotizaciones y/o reduciendo las prestaciones". Deben crearse regímenes de seguros de vejez mediante capitalización que funcionen de manera paralela a los regímenes de reparto, para que de esta forma "algunos fondos de pensiones puedan aumentar su índice de rendimiento actual diversificando su cartera y sacando partido de un mercado único de las inversiones. El desarrollo de los regímenes complementarios de pensiones financiados mediante capitalización aumentará el volumen de los activos financieros que han de invertirse. Es poco probable que la oferta de obligaciones públicas aumente en las mismas proporciones. Los mercados de capitales deberán adaptarse para absorber estos fondos. La moneda única, la competencia entre instituciones y plazas financieras, así como el aumento de los recursos financieros disponibles, deberían permitir mejorar el funcionamiento de los mercados europeos de capitales."<sup>36</sup> Es incuestionable que de continuar esta tendencia liberalizadora, se producirá un trasvase de lo público a lo privado en materia de pensiones, con el consiguiente empobrecimiento general y recorte de derechos, inédito en los estados de derecho europeos.

No es posible ser muy optimista respecto a las próximas medidas normativas en el ámbito comunitario; la garantía del derecho a la jubilación dependerá de la suficiencia en las cuantías económicas, y en los requisitos de acceso a las prestaciones, que se establezcan en cada estado miembro. La indeterminación de los conceptos que se manejan en Europa provoca inseguridad jurídica; nociones actualmente en debate tales como "ingreso mínimo decente", o "pensión adecuada"<sup>37</sup> se van a diseñar subordinadas a la garantía de intereses privados y mercantilistas.

Las propuestas comunitarias también son desafortunadas desde el punto de vista del relevo generacional de la mano de obra; mantener a los trabajadores en su

<sup>35</sup> También se ha creado un Comité en el ámbito de las pensiones complementarias; Decisión 2001/548/CE de la Comisión, de 9 de julio de 2001, (DO L 196 de 20/07/2001).

<sup>36</sup> Libro Verde de la Comisión, de 10 de junio de 1997: *las pensiones complementarias en el mercado único*, [COM (97) 283 final], y cita recogida de: [http://europa.eu/legislacion\\_summaries/other/c10519\\_es.htm](http://europa.eu/legislacion_summaries/other/c10519_es.htm)

Al margen de otras consideraciones de índole social, los planes privados de pensiones tienen el riesgo de desvalorizarse en el mercado; la propia UE advierte de cómo la crisis de 2008 ha provocado graves pérdidas en los mismos, que en parte han recuperado en 2009 y 2010; en el *Informe conjunto sobre las pensiones*, Comité de Protección Social y Comité de Política Económica -EPSCO-, de 27/05/2010, p. 5, en:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=752&newsId=551&furtherNews=yes> This should be seen against

<sup>37</sup> Conceptos debatidos en la reunión informal del Consejo EPSCO de 09 de julio de 2010 en el marco de la Estrategia *Europa 2020: sobre las pensiones y la inclusión social*, en: <http://www.eutrio.be/pressrelease/informal-meeting-epsco-council-social-security-and-social-inclusion>

puesto de trabajo, no permite su ocupación por mano de obra desempleada. Las consecuencias futuras de esta obiedad no son en absoluto desdeñables; ampliar los periodos de cómputo provocará que varias generaciones de jóvenes no coticen lo suficiente para acceder a una pensión pública, o que los vacíos contributivos en determinados periodos, ocasionen una rebaja tan considerable en las mismas, que se vean abocados a completarlas mediante planes privados, si es que disponen de la suficiente renta. Los jóvenes, actualmente desempleados en su mayoría, deben conocer las duras condiciones que les aguardan.

Existen alternativas y en parte ya aparecen diseñadas en nuestro ordenamiento<sup>38</sup>. La jubilación gradual y flexible permite el relevo generacional de la mano de obra, respetando el deseo del trabajador de continuar en su prestación laboral si así lo quiere, y provocando en algunas de sus modalidades, un trasvase de conocimientos y experiencia laboral al trabajador joven, cuando simultanea parte de la jornada del prejubilado. Reformular los procedimientos de jubilación gradual fomentándolos para el conjunto de la población, disminuirá el porcentaje de jóvenes desempleados y elevará la edad media de jubilación en España, siempre que se acompañe de la supresión de prejubilaciones a edades muy tempranas que disfrutaban determinados sectores de trabajadores. Como mecanismo de solidaridad entre el colectivo de trabajadores y al menos temporalmente, no deberían mantenerse jubilaciones por vía convencional a edades en torno a los 55 años, cuando tal retiro no traiga causa en razones intrínsecas a la actividad desarrollada que comprometan la calidad de vida del trabajador<sup>39</sup>. Concretamente, en la jubilación parcial vinculada a un contrato de relevo, prevista en el art. 12.6 ET, el trabajador puede adelantar hasta en cinco años la edad de jubilación reduciéndose su jornada y salario entre un 25% y un 85% con el objeto de contratar a un desempleado o a un trabajador temporal de la empresa. En cambio, en la jubilación flexible el trabajador debe tener como mínimo 65 años y siendo receptor de una pensión de jubilación, se le permite compatibilizarla con un trabajo a tiempo parcial, con la consiguiente reducción proporcional en la prestación de jubilación (art. 3, Real Decreto 1132/2002).

El resultado de los dos tipos especiales de jubilación es diferente; en la jubilación parcial el trabajador se retira antes de los 65 años, en la flexible, siempre después de esa edad, y en los dos supuestos debe defenderse no sólo su mantenimiento sino también su fomento. Ambos mecanismos junto a la jubilación ordinaria, conforman un panorama lo suficientemente amplio para adecuarse a las diferentes

<sup>38</sup> Modalidades de jubilación gradual y flexible introducidas mediante Ley 35/2002, de 12 de julio y desarrolladas por los Reales Decretos 1131/2002 y 1132/2002, de 31 de octubre; régimen parcialmente modificado por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, y por el RD-L 8/2010. Doctrinalmente: CALVO GALLEGU, F.J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Mergablum, Sevilla, 2002; RUIZ SALVADOR, J.A., *El contrato de trabajo a tiempo parcial*, Bomarzo, Albacete, 2004; LÓPEZ GANDÍA, J., *La jubilación parcial*, Bomarzo, Albacete, 2004; FERRADANS CARAMES, C., "El contrato de relevo y la jubilación parcial en un contexto de fomento de la prolongación de la vida activa de los trabajadores", *REDT*, nº 130 (2006).

<sup>39</sup> Legalmente el establecimiento de una edad de jubilación inferior a los 65 años esta reservada para aquellos "grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad." (art. 161 bis.1 LGSS).

necesidades de retiro, aumentando o disminuyendo la edad según las circunstancias concretas del trabajador; además, son procedimientos en los que se provoca la incorporación de desempleados al mercado de trabajo y sobre todo, descansan en consideraciones generales no constituyendo sistemas de jubilación reservados a colectivos o sectores específicos de trabajadores. El margen de maniobra de que dispone el gobierno, modificando ligeramente las condiciones de acceso a los sistemas de jubilación gradual y flexible, puede resultar efectivo para alcanzar los objetivos comunitarios, sin necesidad de recurrir a la imposición de la elevación general de la edad de jubilación para toda la población.

Otra posibilidad que quizás debería postularse desde la ciencia económica tras el oportuno contraste de las variables implicadas, es el aumento salarial con una contribución más alta al sistema público de pensiones, incremento que si se hace en detrimento del beneficio empresarial, plantearía un debate en torno al reparto de la riqueza<sup>40</sup>, que posiblemente la población demande tarde o temprano. Es un pulso de intereses tan legítimo o incluso más, que el que se está planteando en la actualidad al elevar la edad de jubilación. Nuestra intención no es realizar un análisis exhaustivo de los factores que pueden influir en el volumen de las cotizaciones sociales, pero debemos al menos mencionar que además del envejecimiento de la población, desde el ámbito de la economía se han señalado los siguientes: el volumen de empleo, el nivel salarial, el volumen de actividad económica y su evolución a lo largo del tiempo, la distribución de la renta, la calidad del empleo, la productividad del trabajo, la extensión de la economía sumergida, y la tasa de actividad y de empleo femenina. Por ello, "solo cuando, además del envejecimiento, todos estos factores evolucionaran negativamente podría aventurarse que habría problemas financieros para el sistema público de pensiones."<sup>41</sup>

En el caso español, la reforma del sistema de pensiones y la elevación de la edad de jubilación legal a través del Acuerdo entre Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, de 2 de febrero de 2011 ha sido calificado de "defensivo" en la medida en que "pretende intervenir y controlar la deriva que se quería imprimir al sistema, y ha congelado en sus prescripciones un nivel mínimo de derechos a la prestación económica de jubilación que no resulta lesivo para la garantía institucional de la protección de la vejez tutelada constitucionalmente"<sup>42</sup>, estableciendo además un ámbito temporal amplio (año 2023). Sin embargo el resultado del proceso de concertación español en este caso, no debe distraer nuestra atención sobre la inadecuada política social europea en general y en particular, en materia de edad de jubilación.

<sup>40</sup> En términos similares: APARICIO TOVAR, J., "El ataque a la seguridad social en España", *cit.* A este respecto incluso las instituciones comunitarias han alertado sobre el SMI tan bajo que existe en nuestro país: COLLADO GARCÍA, L., *cit.*, p. 223.

<sup>41</sup> NAVARRO, V., TORRES LÓPEZ, J., GARZÓN ESPINOSA, A., *¿Están en peligro las pensiones públicas?*, *cit.*, p. 41.

<sup>42</sup> BAYLOS GRAU, A., "El acuerdo de reforma del sistema de pensiones", en [http://baylos.blogspot.com/2011\\_01\\_01\\_archive.html](http://baylos.blogspot.com/2011_01_01_archive.html)