

La jubilación pactada. Los compromisos por pensiones como estrategia para planificar las salidas ordenadas de la plantilla

Rocío Gallego Losada

*Profesora titular.
Universidad Rey Juan Carlos*

EXTRACTO

En los próximos años la posibilidad de alargar voluntariamente la vida laboral antes de la jubilación puede resultar una opción más atractiva para el trabajador, debido a razones fundamentalmente económicas, dentro de un entorno de agravado envejecimiento demográfico. Aunque esta posibilidad se enfrenta actualmente a importantes inconvenientes, el previsible empeoramiento en las próximas décadas de la tasa de sustitución de la pensión va a obligar a reconsiderar las decisiones de jubilación de muchos trabajadores. Ante la preocupación por la solvencia de la Seguridad Social y las pensiones, los poderes públicos están introduciendo regulaciones que retrasan la edad de jubilación, tratan de contener el gasto y fomentan el envejecimiento activo. Una de las medidas que en ese intento de prorrogar la vida activa de los trabajadores maduros ha pasado más desapercibida ha sido la supresión de la edad de jubilación forzosa, que estaba incluida en la mayoría de los convenios colectivos de nuestro país. Sin embargo, existe una fuerte discrepancia entre las empresas y los poderes públicos respecto a los trabajadores de edad avanzada. Este artículo analiza ese nuevo contexto y las opciones que pueden manejar las empresas para gestionar de manera activa la estrategia en torno a las salidas pactadas por jubilación de sus empleados a través de las mejoras voluntarias en esa materia.

Palabras clave: pensiones; premios de jubilación; Seguridad Social; discriminación por edad; negociación colectiva; envejecimiento activo.

Fecha de entrada: 22-07-2017 / Fecha de revisión: 04-01-2018 / Fecha de aceptación: 04-01-2018

The agreed retirement. Pension commitments as a strategy to plan the orderly departures of the workforce

Rocío Gallego Losada

ABSTRACT

In the next few years, the possibility of voluntarily extending work life before retirement can be a more attractive option for the worker due to fundamentally economic reasons, in an environment of aggravated demographic aging. Although this possibility is currently facing significant drawbacks, the foreseeable worsening in the coming decades of the pension replacement rate will require a reconsideration of the retirement decisions of many workers. Faced with concerns about the solvency of social security and pensions, public authorities are introducing regulations that delay the retirement age, try to contain spending and encourage active aging. One of the measures that has been more unnoticed in this attempt to extend the working life of mature workers has been the abolition of the forced retirement age that was included in most of the collective bargaining of our country. However, there is a strong discrepancy between businesses and public authorities over older workers. This article analyzes this new context and the options that can be managed by companies to actively manage the strategy around retirement benefits of their employees through voluntary improvements in this area.

Keywords: pensions; retirement; Social Security; discrimination by age; collective bargaining; active ageing.

Sumario

1. Introducción
 2. El fin de la jubilación forzosa
 - 2.1. La jubilación en la negociación colectiva
 - 2.2. La discriminación por edad
 3. Hacia una jubilación pactada. Incentivos a la jubilación ordinaria
 - 3.1. Mecanismos de jubilación voluntaria. El premio de jubilación
 - 3.2. Una reflexión crítica sobre la jubilación pactada
 4. Reflexiones finales. Más vale buen final, que buen comienzo
- Referencias bibliográficas

Cómo citar este estudio:

Gallego Losada, R. (2018). La jubilación pactada. Los compromisos por pensiones como estrategia para planificar las salidas ordenadas de la plantilla. *RTSS.CEF*, 420, 19-43.

«El arte de envejecer es el arte de conservar alguna esperanza»

1. INTRODUCCIÓN

Los profundos cambios de carácter demográfico que se están produciendo en la sociedad española en las últimas décadas están teniendo considerables consecuencias de carácter social y económico sobre el mercado laboral y los sistemas de protección social. En este contexto, no debe perderse de vista que en la actualidad la práctica en la gestión empresarial suele utilizar la edad como criterio de selección de sus trabajadores. Este escenario es difícilmente reversible en la medida en que prevalezcan determinados estereotipos negativos en torno al envejecimiento en el puesto de trabajo y la tendencia actual del mercado laboral donde la tecnología juega un papel determinante y donde a la hora de competir son cada vez más necesarias estructuras empresariales flexibles y con gran capacidad de adaptación a los cambios constantes en una economía globalizada.

Como consecuencia, la posibilidad de alargar la vida laboral en las generaciones venideras empieza a resultar una opción cada vez más viable y atractiva, al conservar el salario, y más especialmente si el trabajo es a tiempo parcial y se promueven otras alternativas más flexibles, como es el teletrabajo. Al mismo tiempo, los poderes públicos están introduciendo regulaciones que fomentan el envejecimiento activo ante la preocupación de la solvencia de la Seguridad Social y las pensiones. Se aprecia, en ese sentido, una acusada tendencia al incremento del desvelo por los costes económicos, la sostenibilidad de los sistemas de pensiones y los posibles problemas específicos derivados de la prolongación de la vida activa.

Esta medida, que se adoptó para reducir las cargas del sistema público de pensiones, está teniendo consecuencias negativas para las empresas, que se encuentran con plantillas cada vez más envejecidas. Desde el año 2013, hay cada vez más trabajadores que deciden prolongar su vida laboral, lo que genera problemas para la planificación de los recursos humanos en muchas compañías, a lo que se une en muchos casos una posible ausencia de planificación a nivel privado de la jubilación. En la práctica, existe una fuerte discrepancia entre las empresas y los poderes públicos respecto a los trabajadores de edad avanzada que se explica principalmente por el escaso interés que muestran las compañías en el mantenimiento de estos en las plantillas y la preferencia por trabajadores más jóvenes. Resultan claramente insuficientes todas las medidas para evitar la discriminación de ese colectivo, que se materializan en una escasa protección frente a la expulsión temprana del mercado de trabajo y en una casi inexistente promoción del envejecimiento activo. No podemos olvidar que tanto las fórmulas de compatibilidad del trabajo con la pensión como los incentivos para prolongar la vida laboral tienen un impacto bastante limitado precisa-

mente por las dificultades actuales, bien para mantener un empleo al alcanzar una edad relativamente alta o bien para retornar a la vida laboral activa una vez que la persona ya se ha jubilado. No debe dejarse de lado que la «voluntariedad» de la jubilación del trabajador está claramente condicionada por el comportamiento empresarial.

La razón de fondo es que los españoles de más edad confían en la suficiencia de la pensión pública para sus años de jubilación¹. Pero probablemente existe una importante brecha generacional en esta confianza, más tras las reformas del sistema y la introducción de la nueva fórmula de revalorización de las pensiones además del factor de sostenibilidad que comenzará a aplicarse a partir de 2019, que estiman una importante reducción del monto de las pensiones futuras². Dentro de los diferentes escenarios alternativos que se manejan para un horizonte a partir de 10 años, la mayoría señala que la cuantía de las pensiones se verá reducida y que la tasa de sustitución con respecto al último salario caerá de manera importante para tratar de contener el coste de las pensiones en los próximos años. Lo cual puede suponer que, bajo ese escenario, muchos trabajadores de edad avanzada puedan optar por retrasar la jubilación y seguir en sus puestos de trabajo con objeto de mantener su nivel de rentas.

Una de las medidas que en ese intento de prorrogar la vida activa de los trabajadores maduros ha pasado más desapercibida ha sido la supresión de la edad de jubilación forzosa que estaba incluida en la mayoría de los convenios colectivos de nuestro país. Bajo ese contexto de salvaguardar la viabilidad del sistema de Seguridad Social, el legislador español consideró prioritario establecer medidas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad, fomentando así la prolongación de la vida laboral como objetivo compartido por la mayoría de los países de la Unión Europea (UE). Independientemente de que esta medida tenga un mayor o menor impacto en el sistema de pensiones públicas, con ella se pone fin a la pugna entre el derecho a la negociación colectiva y el derecho individual de los trabajadores a decidir si quieren o no seguir trabajando al alcanzar una determinada edad, primando la voluntad del trabajador frente a los objetivos de política de empleo a los que hacían referencia los convenios colectivos para justificar la jubilación obligatoria.

También se acota, en parte, la discriminación por edad, aunque lo haga con cierto retraso frente a otros motivos de discriminación (sexo, discapacidad, raza o ideología, por ej.), donde sí se actuó de forma más contundente. Sin embargo, esta cuestión no deja de mostrar su complejidad y sus matices, ya que incide en la consideración del trabajo como un derecho a pesar de que las

¹ Y ello a pesar de que el 44,5% de los españoles cree que podría no recibir una pensión pública cuando se jubile, según un informe realizado por la Fundación Mapfre sobre la opinión de los ciudadanos sobre el sistema de pensiones (noviembre de 2016). Sobre la percepción de los ciudadanos sobre la viabilidad de las pensiones, el estudio destaca que hay diferencias entre sexo y edad, ya que la confianza en recibir una pensión de jubilación es mayor entre los hombres que entre las mujeres y más elevada entre los mayores que entre los jóvenes. *Vid.* Fundación Mapfre (2016).

² Además, el número de años cotizados necesarios para el cálculo de la cuantía de la pensión irá en aumento, teniendo en cuenta que, a partir del año 2027, serán necesarios 38 años y 6 meses de cotización para tener derecho al 100% de la base reguladora. Desde los 35 años exigibles en 2012 hasta los 38 años y 6 meses exigibles en 2027, se aplicará un periodo transitorio gradual.

leyes de Seguridad Social han incorporado la noción de «edad ordinaria de jubilación»³, edad a partir de la cual se accede a la situación de pasivo en el mundo laboral e incorpora a su vez fuertes distinciones entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo autónomo.

Pero otra derivada que surge de la voluntariedad de la jubilación del trabajador es el nuevo escenario de incertidumbre para las empresas, a las que se traslada conscientemente la carga económica que puede suponer esa toma de decisión, posiblemente con objeto de aligerar los costes del sistema al retrasar la jubilación del empleado. ¿Se transfiere con ello parte del coste de la jubilación de la pensión pública al sector privado? Esa es la idea, lo que unido a otras actuaciones ya señaladas, como la de endurecer las condiciones de la jubilación anticipada, retrasar la edad de jubilación hasta los 67 años o promover la compatibilidad entre trabajo y jubilación, buscan configurar un escenario de contención del gasto destinado a pensiones en las próximas décadas.

Algunas empresas, particularmente las grandes y las multinacionales, ya tienen contemplada una estrategia de salidas ordenadas de sus empleados más maduros que aúnan sus objetivos con los de sus empleados. Sin embargo, la mayoría del sistema productivo español, compuesto de pymes, adolece de estos esquemas⁴. Por consiguiente, se convierte en una necesidad planificar las salidas de los trabajadores con edades próximas a la jubilación, mediante los diferentes instrumentos vigentes en la actualidad, para enfrentarlo al coste anual que supondría en la cuenta de resultados la salida indemnizada sin previa planificación. La articulación de mecanismos empresariales de protección complementaria a la Seguridad Social se convierte en la mejor alternativa para ello.

Este artículo analiza ese nuevo contexto y las opciones que pueden manejar las empresas para gestionar de manera activa la edad de jubilación de sus empleados tras ese cambio normativo a través de mejoras voluntarias en materia de jubilación, los denominados premios de jubilación, que si bien habían caído en desuso, podrían volver a cobrar un gran protagonismo⁵. En efecto, estas mejoras voluntarias canalizadas a través de un seguro colectivo de vida o de planes de pensiones pueden ser una potente herramienta para que la empresa pueda remodelar su plantilla sin el coste que supondrían los despidos y/o expedientes de regulación de empleo (ERE), lo que en

³ Hasta el punto, como señala Serrano, de que la discriminación por edad en estos casos se configura legalmente hacia el exterior como si fuera un derecho a una prejubilación (pero con cargo a la prestación por desempleo), jubilación temprana, anticipada o incluso la jubilación obligada o forzosa. La discriminación por edad se reviste así de legalidad e incluso en ocasiones se tilda de derecho social conquistado (2011, p. 32).

⁴ Con el objetivo de dar respuesta a estos interrogantes, la consultora GFK realizó un estudio para Nationale-Nederlanden (2016) que revela que solo el 4,3% de las empresas españolas de más de 10 empleados dispone de soluciones de previsión social para facilitar a sus trabajadores un instrumento de ahorro o inversión que les permita complementar la pensión pública que recibirán al finalizar su vida laboral.

⁵ Son todavía pocos los convenios que contienen mejoras voluntarias en materia de jubilación, a pesar de que en los años previos a la crisis económica de 2008 se había incidido en la línea de una incentivación de la protección social complementaria, por ejemplo, en las declaraciones del Pacto de Toledo (de 1995 y sucesivos), así como en diversas normas fiscales.

último término podría suponer un problema para su supervivencia. Asimismo, los trabajadores podrían valorar tomar la decisión de jubilarse a una edad razonable sin que ello les suponga una merma importante de los ingresos que tenían cuando estaban activos.

2. EL FIN DE LA JUBILACIÓN FORZOSA

Hace escasos años, la jubilación al llegar a los 65 años parecía una realidad indiscutible, siendo, por lo general, bastante común establecer en convenio colectivo una edad de jubilación obligatoria en la que la empresa tenía que prescindir de los servicios del trabajador. Esa jubilación forzosa convencional ha estado presente en los mecanismos reguladores de nuestro derecho laboral a lo largo de gran parte de la etapa democrática⁶. Desde su aparición en el año 1980 los poderes públicos habían otorgado al obligado retiro razones ligadas a factores como el demográfico, económico, social o político. La jubilación se consideraba entonces una herramienta de política de empleo, una vía para proceder al reparto del trabajo en una situación caracterizada por unas altas tasas de desempleo. Era considerado por los interlocutores sociales un elemento válido de flexibilidad externa, válido para reducir los costes empresariales, y se legitimaba para reducir el desempleo y el marco idóneo para su aplicación parecía el convenio colectivo.

La aparición de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980⁷ constituyó el primer paso del tortuoso camino por el que las cláusulas convencionales de jubilación forzosa transitarían durante las siguientes décadas. La incapacidad para trabajar a los 69 años y, de forma directa e incondicionada, la extinción de la relación laboral a esa edad que establecía el ET en esa disposición adicional, fue declarada inconstitucional mediante la Sentencia 22/1981, dictada el 2 de julio de 1981 por el Tribunal Constitucional (TC). Sin embargo, este tribunal abrió la puerta a permitir hacer uso de este tipo de jubilación cuando con la misma se proporcionase una oportunidad de incorporarse al mercado laboral a una persona que estuviese en situación de desempleo. Se prefería, por tanto, facultar a los convenios colectivos para pactar jubilaciones forzosas que pudieran garantizar un relevo en el empleo ya que en aquellos años España se encontraba inmersa en una grave crisis económica⁸.

⁶ El establecimiento de la edad de jubilación forzosa ha contado en España con una larga tradición que se remonta a las reglamentaciones de trabajo durante la dictadura franquista.

⁷ «La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los periodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos». *Vid.* Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

⁸ Así se establecía en el segundo párrafo de esta disposición adicional quinta del ET: «En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos».

2.1. LA JUBILACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Desde el año 1995, el Texto Refundido del ET de 1995 incorporaba ya las matizaciones del TC y lo regulaba en la disposición adicional décima del mismo⁹. No obstante, su introducción no produjo los efectos deseados en la negociación colectiva, pues si bien las cláusulas convencionales de jubilación forzosa respetaban el derecho del trabajador afectado a la percepción de su correspondiente pensión, dicho cese forzoso no se vinculaba a la consecución de fines relacionados con la política de empleo; fue precisamente esta circunstancia la que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) que, en fecha de 14 de julio de 2000 (rec. 3428/1999), desatendió los criterios interpretativos del TC y estableció la legalidad de la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo con el único requisito de que garantizase al trabajador afectado la pensión de jubilación contributiva.

Lógicamente, esta interpretación jurisprudencial abrió la vía a que las empresas pudieran reestructurar sus plantillas a menor coste, ya que estas cláusulas no se supeditaban a la consecución de los objetivos de políticas de empleo. Posteriormente, el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, dio lugar a la derogación de la disposición adicional décima del ET de 1995¹⁰. El legislador consideró en ese momento desaparecidas las razones de política de empleo como mecanismo de reparto de empleo que habían venido funcionando como justificación objetiva y razonable de la jubilación obligatoria por razón de la edad. Ante el aumento de la expectativa de vida y las disponibilidades económicas del sistema de Seguridad Social, se pretendía fomentar la permanencia de los trabajadores en activo una vez cumplida la edad que les da acceso a la pensión de jubilación. Es más, esa posibilidad había hecho su aparición muy tímidamente a partir de 1997 con medidas de políticas públicas que buscaban favorecer la permanencia en activo de los trabajadores¹¹.

⁹ El Texto Refundido del ET, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, trató de eliminar aquellas partes cuya literalidad había merecido reproches de constitucionalidad e introdujo otra redacción con el propósito de adecuar el precepto a las líneas señaladas por las sentencias del TC.

¹⁰ Según la STS de 14 de julio de 2000, serían válidas las cláusulas de jubilación forzosa incluidas en convenios colectivos hasta la finalización de su vigencia, siempre y cuando aquellos hubieran entrado en vigor antes del 4 de marzo de 2001.

¹¹ La Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, que integró en la LGSS (RDLeg. 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) la disposición adicional vigésima sexta, vino a establecer que:

El Gobierno podrá otorgar desgravaciones, o deducciones de cotizaciones sociales, en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo, una vez alcanzada la edad de sesenta y cinco años, con suspensión proporcional al percibo de la pensión. La regularización de los mismos se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

En todo caso, la supresión de la disposición adicional décima del ET en el año 2001, así como su recuperación en 2005 mediante la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, vinieron acompañadas de polémica. En cuanto a la supresión, se produjeron divergencias doctrinales y judiciales sobre la posibilidad de que los interlocutores sociales pudieran seguir negociando la inclusión de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos. Finalmente, el TS concluyó que la derogación de la disposición adicional décima llevaba consigo la desaparición de la norma que habilitaba a la negociación colectiva a establecer edades de jubilación forzosa, en plena consonancia con lo establecido en los artículos 4.2 y 17.1 del ET, pero solo respecto a los convenios colectivos negociados y aprobados tras la derogación¹².

Sin embargo, la aprobación de la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, volvió a cambiar el panorama; en su exposición de motivos, indicaba que tenía por objeto incorporar al ET una disposición para que en los convenios colectivos pudieran establecer cláusulas que possibilitasen, en determinados supuestos y bajo determinados requisitos, la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación. Esta posibilidad quedó vinculada a objetivos coherentes con la política de empleo, tales como la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo o la contratación de nuevos trabajadores, y siempre que el afectado reuniera los requisitos para acceder a la pensión contributiva de la Seguridad Social¹³.

Que la jubilación forzosa a través de convenios colectivos siempre ha suscitado grandes controversias y debate tanto en el plano de las ideas como en el estrictamente jurídico puede comprobarse fácilmente por lo sucedido durante las reformas de las pensiones de los años 2011 y 2012¹⁴. Mientras, la Ley 27/2011 mantuvo la jubilación forzosa y únicamente la modificó con la finalidad de que no afectara a trabajadores con pensiones de jubilación claramente mejorables¹⁵. En

¹² Sentencia de 9 de marzo de 2004 de la Sala de lo Social del TS dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina 2319/2003.

¹³ Tomaba en consideración, además de la doctrina constitucional ya citada, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, especialmente lo establecido en su artículo 6.1, que permite a los Estados miembros 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 ese objetivo son adecuados y necesarios.

¹⁴ Para mayor abundamiento sobre la evolución legislativa de la jubilación forzosa, *vid.* Tomás (2011).

¹⁵ La disposición adicional trigésimo sexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, volvió a modificar la disposición adicional décima del ET. Para mayor amplitud sobre el tema, *vid.* López y Toscani (2011).

este sentido, estableció que el trabajador afectado tuviera cubierto el periodo mínimo de cotización que le permitiera aplicar un porcentaje de un 80% sobre la base reguladora para el cálculo¹⁶.

Posteriormente, la última reforma operada suprimió definitivamente la eficacia y la posibilidad de negociar cláusulas de jubilación forzosa a través del convenio colectivo. Así, la disposición final cuarta dos, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, entre las medidas para favorecer el empleo de los trabajadores con más edad, modificó nuevamente la disposición adicional décima, cuya redacción quedaría del siguiente modo:

Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos 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, cualquiera que sea la extinción y el alcance de dichas cláusulas.

Se terminaba de esa manera definitivamente con la potestad de la negociación colectiva para fijar edades de jubilación. El contexto de crisis económica persistente y la amenaza respecto a la viabilidad del sistema de Seguridad Social fueron el caldo de cultivo necesario para que el legislador optase por establecer medidas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad, fomentando así la prolongación de la vida laboral como objetivo compartido por la mayoría de los países de la UE.

Sin embargo, en esta ocasión el legislador sí se preocupó de definir en qué medida la reforma afectaba a las cláusulas de jubilación forzosa previstas en los convenios colectivos. Y lo hizo afectando a aquellos suscritos con posterioridad a su entrada en vigor, por tanto, después del 8 de julio de 2012¹⁷. En cuanto a los convenios pactados antes de esa fecha y hasta que se produjera la finalización de la vigencia inicial pactada en los mismos, las jubilaciones forzosas que pudieran llevarse a cabo habrían de ajustarse al régimen jurídico que se derivaba de la disposición adicional décima del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores (TRLET), en la redacción dada a la misma por la Ley 27/2011, aun cuando la norma no indicara nada al respecto. Una vez finalizada la vigencia inicial, tales cláusulas quedarían inoperativas, afectando tanto a convenios colectivos que se prorroguen de año en año (*ex art. 86.2 TRLET*), como a convenios colectivos en situación de ultraactividad (*ex art. 86.3 TRLET*). Por tanto, tras la reforma laboral de 2012, está prohibido incluir este tipo de cláusulas en los nuevos convenios colectivos, con lo que irán desapareciendo de los mismos a medida que cumplan su vigencia.

¹⁶ No debe olvidarse que los convenios colectivos que estableciesen cláusulas de jubilación forzosa deberían contemplar a partir de ese momento los cambios producidos respecto a la modificación de la edad ordinaria de jubilación y el periodo mínimo de cotización exigidos para tener derecho a la prestación que entraron en vigor con esa ley.

¹⁷ El apartado primero de la disposición transitoria decimoquinta de la Ley 3/2012 establecía que la nueva disposición adicional décima del ET se aplicaba a los convenios que se suscribían con posterioridad a su entrada en vigor.

Puede afirmarse, por tanto, que esta última reforma, en la que se prohíbe negociar cláusulas donde se permita la jubilación forzosa o involuntaria, fue congruente con el aumento de la edad de jubilación con base en que, si se decidió ampliar la edad de jubilación a los 67 años, incentivando la continuidad de la vida laboral activa, no resultaba lógico el mantenimiento de la jubilación obligatoria en los convenios colectivos ya que, bajo esa cláusula, los intereses a proteger eran, fundamentalmente, los del empresario y no los del trabajador. ¿Puede entenderse entonces que la importancia de los interlocutores sociales se resintiera o quedara, en cierto sentido, mermada, al no permitirse la negociación de este tipo de cláusulas? Evidentemente no ya que la normativa legal y la jurisprudencia son claras al establecer que el acceso a la pensión de jubilación tiene carácter voluntario para el trabajador por ser un derecho constitucional. Puede interpretarse que la cláusula de jubilación forzosa prevista en convenios derivaba una facultad empresarial para extinguir el contrato, evidencia de ser un mecanismo utilizado por las empresas para renovar o reducir sus plantillas sin recurrir a la figura del despido y, por tanto, una conducta empresarial discriminatoria por razón de edad, aunque en muchos casos se legitimaran y razonaran esas cláusulas conforme a lo previsto en las políticas de empleo.

2.2. LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD

En cuanto a la jubilación forzosa en una relación laboral ordinaria, tampoco puede acordarse mediante pacto individual entre empresario y trabajador, ya que el acceso a la pensión de jubilación tiene carácter voluntario para el trabajador por ser un derecho constitucional vinculado al derecho al trabajo reconocido en la Constitución española¹⁸. Por lo tanto, la empresa no podrá obligar a su empleado a jubilarse cuando este cumpla la edad legal de jubilación. Es el trabajador el que libremente, una vez alcanzada una determinada edad y reuniendo unos requisitos de carencia concretos, puede decidir ausentarse del mercado laboral, solicitando la prestación de jubilación, cuya percepción es incompatible con el trabajo por cuenta ajena. Es por tanto la jubilación una causa extintiva del contrato de trabajo para el ordenamiento laboral, siendo potestativa para el trabajador y obligatoria para el empresario.

Tradicionalmente, la jurisprudencia venía justificando la jubilación forzosa por razón de la edad debida a la ineptitud sobrevenida del trabajador al superar el umbral de edad previsto por el legislador, signo inequívoco de la disminución o desaparición, de repente, de la capacidad laboral del mismo en su puesto de trabajo, lo que además se justificaba reafirmando el mensaje del paso a una merecida situación de descanso, alcanzada tras la actividad laboral de toda una vida y también por la necesidad de rejuvenecer las plantillas mediante la incorporación de trabajadores más jóvenes, de manera que se reducían costes al sustituir trabajadores de salarios más altos por

¹⁸ Diferente trato merecen las relaciones especiales de alta dirección. En ese sentido, los tribunales sí han permitido en alguna ocasión pactar de forma individual la jubilación forzosa (STSJ de Andalucía 2628/2011, de 10 de noviembre). Esto es debido a la importancia de la voluntad de las partes en estas relaciones contractuales.

otros de salarios más bajos al tiempo que se producía una actualización tecnológica y productiva con cada nuevo reemplazo de trabajadores. Estos estereotipos sobre la vejez han reafirmado el hecho discriminatorio que durante años ha obligado a los trabajadores, quisieran o no, a abandonar el mundo laboral y acceder a la jubilación de forma obligatoria.

Este argumento ha sido muy utilizado a lo largo de las décadas que van desde los setenta hasta el final de la primera década de este siglo ya que, desde un punto de vista general, la jubilación se consideraba que representaba un cierto papel en el ajuste entre oferta y demanda de empleo. De manera que se ha dado por supuesto que el trabajo de los jóvenes y el de los mayores forma parte de un dilema excluyente, políticas que en ningún caso la evidencia empírica ha demostrado correctas. «La discriminación por edad tiene lugar cuando se niega una oportunidad a una persona debido a su edad cronológica, sin que esta sea por sí misma indicador de insuficiencia en aptitudes, solvencia, responsabilidad, compromiso o habilidad» (Hidalgo, A., Pérez, S., Fernández, A., Iniesta, P. y García, I. J., 2004, pp. 7 y 8). Si a esto se añade la ciega creencia de que los trabajadores mayores resultan caros o costosos, además de su mayor número de ausencias laborales y su falta de flexibilidad o adaptabilidad con relación a las nuevas tecnologías de información, así como su falta de capacidad innovadora, se fomenta un caldo de cultivo excelente para inducir a los trabajadores mayores a retirarse¹⁹.

El derecho laboral predica el principio de no discriminación, la edad no puede ser una razón de discriminación en el trabajo e incide en la consideración del trabajo como un derecho²⁰. La característica de la voluntariedad respecto de la jubilación²¹ ha sido afirmada en numerosas ocasiones por varias sentencias que han obligado a las empresas a readmitir o indemnizar a sus trabajadores tras haberse desprendido de ellos. En esas sentencias se ha venido considerando que la jubilación impuesta por la empresa por llegar a la edad de jubilación constituye una privación del trabajo que se venía realizando y de la remuneración correspondiente, con rompimiento de la relación que a ambas partes vinculaba, lo que constituye un despido en sentido amplio, improcedente con las consecuencias inherentes a tal declaración. Señala Tapia (2007, p. 142) acertadamente que:

La jubilación forzosa convencional no se aviene bien con los valores generales que están en la base de la cultura occidental. Formulados jurídicamente como el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el derecho al trabajo y a la libertad de empresa.

¹⁹ Esa discriminación también se traduce en otros aspectos; en la mayor parte de los casos, también los trabajadores más veteranos tienen menos oportunidades de seguir cursos de formación en comparación con sus compañeros más jóvenes.

²⁰ Desde la aprobación de la Directiva 2000/78/CE, se vino incorporando como una nueva causa de despido disciplinario el acoso por razón de la edad. Así figura en el artículo 54.2 letra g) del TRLET.

²¹ El artículo 49.1 letra f) del TRLET enumera entre las causas de extinción del contrato de trabajo la jubilación del trabajador.

La edad por sí misma y en exclusiva no puede ser tomada como elemento determinante de la jubilación.

En cuanto a la jubilación forzosa «involuntaria» atendiéndose también al motivo de la edad, continúa siendo una realidad ya que el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, confirmó la jubilación anticipada «forzosa» o involuntaria donde se enmarcan supuestos tales como el despido colectivo por causas económicas, la extinción del contrato por resolución judicial o la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, entre otros.

Se extrae de estas líneas que cualquier diferenciación basada exclusivamente en la edad de una persona debe considerarse como discriminatoria una vez extinguido el derecho que capacitaba a la negociación colectiva a establecer la jubilación forzosa en convenio²². En la actualidad, tal actuar en el ámbito laboral supondría un actuar arbitrario que no tendría en cuenta las características profesionales del trabajador, ni el rendimiento, la dedicación, la actitud por él desarrollada o la productividad, sino únicamente el factor cronológico aislado del tiempo vivido. De modo que tal arbitrariedad se produce cuando no se ofrece una fundamentación suficiente y relevante del trato desigual. Con este fundamento, la edad ha pasado a convertirse en un criterio añadido a la serie de tipos de discriminación (Mercader, 2009, pp. 27-29).

3. HACIA UNA JUBILACIÓN PACTADA. INCENTIVOS A LA JUBILACIÓN ORDINARIA

Una vez reafirmada la voluntariedad del trabajador respecto al hecho de su jubilación y para evitar que en el caso de que el empresario, haciendo caso omiso de lo anterior, comunique al trabajador su cese en la empresa por llegar a la edad de jubilación, tal hecho se considerará como un despido improcedente con las consecuencias inherentes a tal declaración. La única excepción se encuentra precisamente en la Administración pública, que puede obligar a jubilarse forzosa-mente a los funcionarios públicos al cumplir 67 años²³.

²² La Declaración de las ONG de Viena de 2012 propugna la abolición de la edad de jubilación forzosa, eliminando la discriminación basada en la edad y en el acceso al trabajo, reafirmando lo que rotundamente establecía la II Asamblea Mundial del Envejecimiento: «Las personas de edad deben de tener la oportunidad de trabajar hasta que quieran y sean capaces de hacerlo» (Declaración política, 12).

²³ Existen dos excepciones a esta regla. La primera, cuando el funcionario no cumple con las condiciones necesarias para acceder a la pensión de jubilación, a excepción de la edad; en este caso, continuará con la prestación de servicios hasta que cumpla las condiciones mínimas para beneficiarse de la prestación. La segunda excepción aparece cuando el funcionario público solicita una prórroga para continuar en el servicio hasta los 70 años, pero en este caso necesita la autorización expresa de la Administración.

Se enfrenta, por tanto, el sector privado a un escenario novedoso y muy diferente al existente hasta hace relativamente pocos años atrás²⁴ a la hora de afrontar la fecha indeterminada de retiro por jubilación de su trabajador, lo que puede llevar a dificultar la planificación necesaria para el relevo del mismo así como para cuantificar el impacto económico de su salida. En concreto, son muchas las consecuencias que se derivan de las diferentes estrategias a la hora de finalizar una relación laboral de una u otra manera y de cuándo hacerlo. Bajo ese escenario se quiere poner de manifiesto la posibilidad de que los trabajadores, una vez alcanzados los requisitos exigidos legalmente, decidan no solicitar la pensión de jubilación por motivos económicos. Al prorrogar su actividad laboral durante más años, tendrán acceso a mejores condiciones en la futura jubilación y, además, mantendrán durante mayor tiempo su remuneración salarial, generalmente, con mejores condiciones que la prestación que les pueda corresponder de la Seguridad Social. A estas motivaciones podrían añadirse otras de carácter más emocional pero que no deben obviarse, ya que poner el punto y final a la actividad laboral puede ocasionar trastornos psicológicos a extrabajadores que se sienten incompetentes y marginados por la sociedad.

De cara a evitar los costes añadidos que supone despedir improcedentemente al trabajador, las empresas tienen que plantearse un acuerdo previo con el trabajador que incentive a este a realizar una salida ordenada y pactada del puesto de trabajo. En ese sentido, los sistemas de previsión complementaria en el ámbito de la empresa, entendidos como aquellos que constituyen una mejora de la acción protectora de la Seguridad Social²⁵ pero al margen de ella, pueden ayudar a alinear los objetivos individuales de los trabajadores con los de la propia organización. Desde el punto de vista de la empresa, estas mejoras pueden utilizarse como un elemento más de la política retributiva, al entenderse como un salario diferido, funcionando además como un elemento de fidelización de los trabajadores y retención del talento, y que forma parte de la política de incentivos, de manera que se ofrece esa mejora siempre que se consigan objetivos específicos, en este caso acordar una salida pactada y ordenada del trabajador al llegar este a su edad de jubilación. El hecho de que la empresa ofrezca a sus trabajadores una compensación económica para incentivar el retiro voluntario de la empresa no constituye por sí solo una coacción o presión indebida que conduzca a considerar el retiro como un despido ilegal o injusto.

El camino que deben recorrer las empresas para transformar esas mejoras del convenio colectivo de meras recompensas de fidelidad en incentivos a la salida pactada con el trabajador al alcanzar la edad de su jubilación parece sencillo a través de los premios de jubilación, prestación complementaria que proporciona un paquete retributivo diferido a los empleados en supuestos como la jubilación. Las empresas pueden mejorar directamente las prestaciones del Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo, si bien es posible, excepcionalmente y previa aproba-

²⁴ Siempre que no quede afectado por los convenios aún vigentes hoy en día y anteriores a la entrada en vigor de la Ley 3/2012 y prorrogados o bajo régimen de ultraactividad desde esa fecha.

²⁵ Estas mejoras tienen una función protectora complementaria del sistema de la Seguridad Social y encuentran acomodo, junto con el resto de fórmulas complementarias de protección social, en el artículo 41 de la Constitución española.

ción del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, establecer una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición. No obstante el carácter voluntario para los empresarios de la implantación de estas mejoras, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento.

En la práctica, estas mejoras pueden incorporarse al contrato de trabajo de forma individual o mediante negociación colectiva siendo esta, sin duda, la mejor manera de hacerla extensible al mayor número de trabajadores²⁶. Aunque la negociación colectiva se centra más en aspectos laborales que prestacionales en materia de jubilación, se presenta sin embargo «como la vía más idónea para establecer y regular las mejoras voluntarias, por cuanto presenta significativas ventajas frente a otras alternativas (consenso, equilibrio en la negociación, protección reforzada y adaptabilidad), y aunque también plantea problemas, su propio régimen jurídico ofrece recursos para resolverlos o evitarlos» (Gala *et al.*, 2006, p. 107).

Si hay algo que reconocer es que toda la normativa que regula esas mejoras está muy dispersa y carece de la necesaria actualización que ayude a explicar su potencial trascendencia en los próximos años, regulación que sin embargo no ha tenido el desarrollo esperado en el pasado ya que, aunque la práctica totalidad de los convenios colectivos recogen en mayor o menor medida estas mejoras de protección social, sin embargo, en lo que respecta a las mejoras de jubilación tienen un carácter residual y no se recogen con carácter general un gran número de convenios que contengan mejoras concretas en esa materia. El insuficiente grado de desarrollo de la previsión complementaria empresarial en España en materia de jubilación es, sin duda, uno de los mayores retos a los que se enfrenta la negociación colectiva en los próximos años. Más si se tiene en cuenta que desde 2014, y tras la entrada en vigor del Real Decreto 637/2014²⁷, la base de cotización la integran, entre otros conceptos, tanto «las contribuciones satisfechas a planes de pensiones en el marco del texto refundido de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones» como «las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social concedidas por las empresas». Lógicamente, una

²⁶ En efecto, tal y como prevé el artículo 43.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), la negociación colectiva puede establecer mejoras a la acción protectora de la Seguridad Social «sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el número anterior, la Seguridad Social, no podrá ser objeto de contratación colectiva» (art. 43.2 TRLGSS). Entre las notas definitorias de las mejoras voluntarias, cabe destacar:

- Voluntariedad. Son implantadas libremente por el empresario o su representación en la negociación colectiva.
- Obligatoriedad. Tras su adopción se convierten en un derecho para el trabajador.
- Complementariedad. Generalmente se superponen a las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.
- Además, comparten algunos caracteres de las mismas prestaciones que complementan.

²⁷ Real Decreto 637/2014, de 25 de julio, por el que se modifica el artículo 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

regulación de este tipo juega claramente en contra de la negociación colectiva de prestaciones complementarias, ya sea en su modalidad de mejoras directas como cuando de la contribución a fondos de pensiones o seguros colectivos se trate, pues en definitiva se viene con ello a incrementar los costes sociales que han de soportar principalmente las empresas. Y ello porque a la hora de realizar estas mejoras, además, se incrementa la base de cotización.

En cuanto a las diferentes maneras de afrontar esa mejora de prestaciones de la Seguridad Social, no nos encontramos con un sistema generalizado en los convenios colectivos y se contemplan fórmulas que van desde la externalización a través de los planes de pensiones del sistema de empleo o a través del seguro colectivo de vida, o cualquier otra fórmula de materialización de los compromisos por pensiones de los trabajadores de las empresas hasta las fórmulas de reconocimiento de una cantidad a tanto alzado mantenida como premio de jubilación. Corresponde, por tanto, la gestión de la mejora directa a las empresas por sí mismas o a través de la Administración de la Seguridad Social, fundaciones laborales, montepíos y mutualidades de previsión social o entidades aseguradoras de cualquier clase.

3.1. MECANISMOS DE JUBILACIÓN VOLUNTARIA. EL PREMIO DE JUBILACIÓN

Poco podrían imaginar los negociadores sociales de los convenios colectivos que reconocen los llamados «premios de jubilación», allá por los años 60 del siglo pasado, acerca de lo que sería su posterior transcendencia y complejidad. Los premios de jubilación, cuya denominación puede variar según los casos²⁸, son un sistema de previsión privada con carácter contractual y facultativo que habilita la adquisición de una cantidad económica que percibe el trabajador, renta o capital, una vez se produzca el hecho causante, en este caso, cuando se decide acceder a la jubilación del sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva. No parecen abundar en los convenios las cláusulas que establecen esas ventajas ya que, como se ha señalado anteriormente, la previsión empresarial no goza de un amplio reconocimiento entre las empresas y trabajadores de nuestro país, estando generalmente más vinculadas a aspectos laborales que a auténticos complementos por pensiones. Con carácter general, la protección social complementaria no ha sido un terreno favorable a la intervención de la autonomía colectiva.

Es más, en la mayoría de los convenios colectivos no se negocian nuevos acuerdos de mejoras voluntarias, sino que mantienen los que ya existían en convenios anteriores. Es decir, mantienen y/o conservan su obligatoriedad en la medida en que subsistan en la regulación de convenio. Cuando estos premios sí figuran en convenio, suelen suponer el reconocimiento de una cuantía a tanto alzado en la mayoría de los casos para el supuesto de jubilación del trabajador, vinculada la

²⁸ Premio de jubilación, de antigüedad, de fidelidad o incluso de permanencia.

misma a una edad determinada o a una jubilación anticipada –incentivando en ese caso la salida prematura de la empresa– y exigiendo, en determinados supuestos, una antigüedad en la empresa.

Por tanto, el premio de jubilación ha servido tanto para premiar la fidelidad en la empresa como para incentivar su salida anticipada. Parece contradictorio que un mismo instrumento tenga dos finalidades tan diferentes –las que sirven para anticipar y las que permiten prolongar la vida laboral– y aunque teóricamente está siempre latente el interés por gratificar los servicios prestados en la empresa, en unos casos estaban diseñados para reestructurar, rejuvenecer y redimensionar las plantillas de una manera incentivada y no traumática mientras que en otros se concebía principalmente como un premio de antigüedad o de permanencia hasta alcanzar la edad de jubilación al cambiar de una situación de activo a una de pasivo²⁹.

Uno de los aspectos más discutidos sobre esta figura es que los empresarios nunca han estado de acuerdo con la Dirección General de Seguros en que estos premios de jubilación fueran compromisos de pensiones³⁰. Recuérdese que en caso de considerarse como mejoras de pensiones (incapacidad permanente, jubilación, etc.), la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados³¹ (modificada por normativa posterior), obliga al empresario a contratar su cobertura mediante un seguro o plan de pensiones externo³². Dicha exteriorización significó que el empresario debiese contratar a partir de ese momento el aseguramiento de las prestaciones mediante fondos gestionados de forma ajena a la organización empresarial.

La disputa surgía del argumento defendido y practicado por un gran número de empresas, en general pymes, que defendían que resultaba admisible su cobertura mediante la dotación por la empresa de fondos internos o instrumentos similares que en definitiva supusieran el mantenimiento por parte de esta de la titularidad de los recursos constituidos. Y a esa confusión se añadían las disputas de diferentes organismos públicos que dieron lugar a opiniones encontradas

²⁹ Lógicamente, el montante económico difería en función de la edad si se trataba de incentivar un objetivo u otro, aunque también existieran otras fórmulas intermedias. En el caso de anticipar la edad de jubilación, los convenios premiaban con una mayor cantidad al trabajador que antes se acogiera a esa fórmula, mientras que en el caso de los premios por permanencia, la cuantía sería mayor cuanto más se acercara a la edad legal de jubilación. Sin embargo, la regla general de muchos convenios es la de pactar un premio de jubilación.

³⁰ Esta modalidad de gestión de las mejoras es la denominada por la disposición adicional primera del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones «compromisos por pensiones» asumidos por las empresas. 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.

³¹ Como consecuencia de la trasposición de la Directiva europea 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.

³² Con carácter general, la empresa puede optar por gestionar las mejoras voluntarias por sí misma o delegar esta función en entidades ajenas (gestión concertada). Sin embargo, esta opción solo será posible cuando se trate de prestaciones temporales (como el accidente de trabajo o la paternidad) e indemnizaciones a tanto alzado (como la prestación por lesiones permanentes no invalidantes).

respecto a si los premios de jubilación habían de considerarse compromisos por pensiones³³. Tal interpretación fue desautorizada más tarde tanto por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales como por el de Economía y ambos departamentos acordaron que los criterios sobre esta normativa los impondría el Ministerio de Economía, con independencia de que la competencia para imponer sanciones la ostentara el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

En principio, el propósito del legislador parecía claro al establecer que los compromisos dinerarios por jubilación de las empresas con sus trabajadores debían ser exteriorizados, independientemente de si se trataba de determinados premios o asignaciones dinerarias que la empresa no consideraba complementarias de las pensiones de la Seguridad Social y el montante fueran cuantías poco elevadas en pago único, o incluso que los términos del convenio al que hicieran referencia no contuvieran una mención expresa a la jubilación. Siempre que se cumplieran las condiciones de adquisición del derecho a una prestación, como en el caso del cese voluntario a determinadas edades que supusiera el acceso a la jubilación.

Se ha tratado de obviar en todo caso la referida obligación de externalizar dichos premios de jubilación insistiendo en su carácter salarial. Se defiende el argumento de que estos incentivos a la jubilación son un instrumento más próximo al salario al tratarse de una cantidad a tanto alzado que no tiene relación alguna con los supuestos de mejoras de las prestaciones de Seguridad Social en el supuesto de jubilación del trabajador. Otro argumento defendido por las empresas para no externalizar los premios de jubilación es que se extinguen con su percibo en un exiguo pago único, carácter puramente simbólico en muchos casos, para el que, seguramente en ningún caso, las empresas tienen que hacer una provisión extraordinaria en sus presupuestos anuales. Además, se señala que la consolidación y aplicación queda condicionada no solo por los propios vaivenes de la negociación sino por la propia perdurabilidad de la relación laboral en cuestión, aparte de que no constituyen un derecho efectivo sino posible, que no se transfiere a otras personas (cónyuge o herederos) entero o en parte.

Se trata, sin embargo, de una interpretación «que atiende a un concepto restrictivo tanto de las mejoras directas como, y sobre todo, de los compromisos por pensiones. Tras la laxa caracterización sobre los compromisos por pensiones efectuada por el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, no cabe duda ya de que se incluye en dicho concepto cualquier obligación que con finalidad de previsión social establezca el empresario en el seno de su empresa, independientemente de que esta se fije a tanto alzado o de forma periódica y al margen, como señala la ley, de lo que esconda tras su denominación» (De la Villa y López, 2003, p. 126). Tras ello subyace la idea de que cualquiera que sea la

³³ Así lo afirmaba, entre otras, una de las consultas respondidas en el año 2000 por la Subdirección General de Asistencia Técnica de Inspección de Trabajo o por el director general de la Tesorería General de la Seguridad Social, que mantenían que no debían incluirse entre los compromisos por pensiones que deben exteriorizarse.

fórmula empleada respecto a la cuantificación de los compromisos por pensiones –a tanto alzado o periódica–, no puede modificar el régimen jurídico aplicable ya que al trabajador se le gratifica por acceder a su jubilación y quedan sujetas a exteriorización.

En cuanto a la forma que deben adoptar los premios de jubilación se puede afirmar que se incurre en una contradicción, pues si bien la cuantía de la prestación podría venir predeterminada en términos absolutos (pago a tanto alzado, de cuantía fija o variable) o en función de ciertas variables (antigüedad, salarios, diferencias entre bases de cotización y pensión pública, edad, años de servicio, etc.), se suele hacer depender de un proceso de capitalización de aportaciones definidas a través de aportaciones y sus correspondientes rendimientos, que, evidentemente, deben coincidir en el tiempo (a través de cálculos actuariales). Debe tenerse en cuenta que en los sistemas de prestación definida la empresa debe garantizar exactamente la cuantía prevista al trabajador mientras que en los de aportación definida, los más habituales, realizará las aportaciones acordadas a las que se añadirá el rendimiento acumulado. Es habitual que para el resto de compromisos por pensiones que no se ajusten al premio de jubilación a tanto alzado se recurra a los sistemas de aportación definida, tanto a través de planes de pensiones como de seguros colectivos de vida, de manera que permite a la empresa controlar en todo momento el coste esperado del sistema, lo que no sucede en los sistemas de prestación definida.

En cuanto a la cesión *ab initio*, puede lograrse con ambos productos. Sin embargo, si no se quiere transferir esa titularidad necesariamente hay que optar por el seguro de vida colectivo, ya que en el plan de pensiones opera la transferencia automática de los citados derechos. Sin embargo, en el caso del seguro colectivo de vida, las primas podrán imputarse o no a los trabajadores. Solo si se imputan, serán gasto deducible en el impuesto de sociedades de la entidad o en el IRPF del empresario pagador, que también debe transmitir de forma irrevocable el derecho a la percepción de las prestaciones futuras³⁴. ¿Qué transcendencia tiene transmitir esos derechos sobre la póliza a los trabajadores? Implica que en tanto no nazca el derecho al cobro de la prestación por no haber accedido el trabajador la jubilación, este no tiene más que una expectativa de derecho. Esto significa que si quiebra la relación laboral antes de la jubilación, el trabajador no puede rescatar cantidad alguna, aunque la finalización del contrato haya sido en virtud de despido improcedente, recuperando de esta forma el empresario las cantidades satisfechas, incrementadas con el interés legal del dinero. De modo que la empresa puede persuadir al trabajador a que se jubile cuando pueda acceder legalmente a su jubilación (o supervivencia), es decir, en una fecha determinada a cambio de recibir los derechos de la póliza que, en caso contrario, perdería.

³⁴ No hay que olvidar que las contribuciones de los promotores de planes de pensiones del sistema de empleo, seguro de vida y planes de previsión social empresarial (PPSE) tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible en el impuesto sobre sociedades de la entidad promotora. En cuanto al seguro colectivo de vida, salvo que las primas correspondan a prestaciones causadas a favor de trabajadores jubilados (pasivos), la consideración como gasto deducible para la entidad o para el empresario queda vinculada a la imputación directa al trabajador en la cuantía que haya sido deducida en el impuesto de sociedades.

En el caso de que no se transmitan los derechos sobre la póliza a los trabajadores, se deriva una clara inseguridad jurídica respecto a la materialización del compromiso por pensiones ya que, como se ha señalado anteriormente, si quiebra la relación laboral antes de la jubilación, el trabajador no puede rescatar cantidad alguna, incluso en el caso de que la finalización del contrato haya sido en virtud de despido improcedente. Por otra parte, en el supuesto de optar por el sistema alternativo donde los derechos se transfieren al trabajador, la empresa no tendrá la certeza absoluta de las fechas de las salidas por jubilación de sus trabajadores ya que el empleado puede optar por demorar su jubilación hasta el momento que estime oportuno sin perder su derecho al premio de jubilación. Bajo esta opción, el éxito de la estrategia dependerá en gran medida de la planificación que realice la empresa en el largo plazo ya que escaso incentivo puede suponer para un trabajador maduro abandonar su puesto de trabajo y condiciones salariales si no se ve compensado en suficiente medida frente a la teórica indemnización por despido con impacto directo para la cuenta de resultados de la empresa en el mismo ejercicio.

También cabe la posibilidad de que el empleado pueda participar en el ahorro a largo plazo promovido por la empresa por medio de la retribución flexible³⁵. Con estas políticas se consigue simultáneamente una armonización de la estructura de beneficios sociales para la plantilla con una mayor vinculación del empleado con la empresa, a la vez que se mejora la valoración de la retribución por parte de los empleados al ser partícipes de su ahorro a largo plazo³⁶.

3.2. UNA REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LA JUBILACIÓN PACTADA

Pese a que la externalización puede considerarse un avance en la protección de los intereses de trabajadores y extrabajadores y, en definitiva, de sus derechos y/o expectativas de derecho, ya que esto ha supuesto dotar de seguridad y transparencia a este tipo de mejoras voluntarias de jubilación, lo cierto es que tras la aplicación de la misma se evidencia una ausencia práctica de nuevas referencias a la protección social complementaria dentro de la negociación colectiva y tampoco por iniciativa del empleador y ello a pesar del escenario de incertidumbre que ha creado la voluntariedad de la jubilación. Además de ese progresivo declive de la presencia de las mejoras voluntarias en los convenios colectivos, la arcaica regulación fijada en su día para reglar situaciones muy diferentes de las que actualmente existen no encuentra el debido encaje en los instrumentos que las empresas pueden utilizar para la materialización de fórmulas para la extinción de la relación laboral al llegar a una determinada edad.

³⁵ La «retribución flexible» es una herramienta a través de la cual el empleado puede flexibilizar parte de su salario bruto en productos o servicios, aprovechando las exenciones fiscales de algunos de estos productos, dando como resultado una disminución de su IRPF sin que ello suponga un mayor coste para la empresa, teniendo carácter voluntario para ambos. Se considerará «salario» a la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, y en ningún caso, el salario en especie podrá superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador (art. 26 TRLET).

³⁶ La Ley de IRPF [art. 17.1 f)] establece que la imputación fiscal de las contribuciones o aportaciones satisfechas por los empresarios para hacer frente a los compromisos por pensiones tendrá carácter voluntario en los contratos de seguro colectivo distintos de los PPSE, hasta 100.000 euros anuales por contribuyente.

Más aún cuando el legislador parece empeñado en poner obstáculos a ese objetivo. Así lo demuestran los cambios legislativos en materia fiscal de finales de 2013³⁷, con un objeto claramente recaudatorio, en los que se obligó, junto a la mayor parte de retribuciones en especie, a cotizar por las aportaciones a los planes de pensiones de empleo y PPSE o seguro colectivo de vida, lo que significa un mayor desembolso para empresa (cotizaciones empresariales) y empleado (parte personal de cotizaciones)³⁸. También se aplica a los premios de jubilación. Parece un contrasentido incentivar, por un lado, el envejecimiento activo y, por otro, eludir los intereses de empresas, y en muchos casos de los trabajadores, que revelan las contradicciones y las paradojas que se derivan del conflicto intergeneracional vinculado a la edad. Y ello se refleja sin duda en «las propias incertidumbres, lagunas y antinomias del Derecho español en esta materia, que viene navegando entre dos aguas, sin rumbo cierto» (Molina, 2015, p. 124).

La reforma de la Seguridad Social para retrasar la edad de jubilación hasta los 67 años en 2027, que se está elevando de forma paulatina desde el año 2013, probablemente ayudará a favorecer una salida voluntaria de los trabajadores a esas edades de retiro siempre y cuando la pensión pública a la que accedan no se vea en gran medida recortada o que el endurecimiento de las condiciones de acceso a la pensión por el incremento de los años cotizados necesarios no les afecte sobremanera. En España, el régimen de jubilaciones está repleto de pequeñas contradicciones que han utilizado la edad de jubilación, ya sea fijándola o anticipándola, como una política de empleo y que para garantizar la estabilidad de las finanzas públicas y tratar de mantener unas pensiones adecuadas y sostenibles, ha venido a trasladar la decisión de la extinción de la relación laboral del trabajador en el momento de la jubilación a un nuevo escenario que hasta ahora no había sido contemplado por las empresas del sector privado.

Esta traslación de responsabilidades debe ir acompañada de las adecuadas medidas y políticas, tanto públicas como privadas, que desarrollen de una vez los compromisos por pensiones dentro del sistema productivo español que eviten los costes de último momento del despido. Pero además se pueden instrumentar otras muchas medidas que favorezcan una salida pactada y ordenada de los trabajadores mayores de sus empresas; se debería pensar en medidas de flexibilidad laboral. O revisar el actual modelo de cálculo de la pensión pública, que favorece los últimos años de cotización. Sin duda, pasar de la voluntariedad de los compromisos por pensiones a la obligatoriedad, tanto para empresas como para empleados, sería el mecanismo más efectivo para gestionar con efectividad las salidas ordenadas dentro de las empresas³⁹. Quizá de esa manera se vea reforzada la negociación colectiva, que en los últimos años parece estar tomando una deriva de menor presencia en las relaciones empresa-trabajadores.

³⁷ Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

³⁸ Para aquellos empleados con una base de cotización inferior a la base máxima.

³⁹ El ejemplo francés sirve de referencia. La pensión de vejez complementaria tiene carácter obligatorio para todo trabajador por cuenta ajena de las empresas y organismos del sector privado cuando cotiza, con carácter obligatorio, al seguro de vejez del Régimen General de la Seguridad Social o de la Mutualidad Social Agraria o del Régimen de

4. REFLEXIONES FINALES. MÁS VALE BUEN FINAL, QUE BUEN COMIENZO

Cabe concluir que la jubilación pactada puede convertirse en estos años en una de las circunstancias más comunes a las que se enfrentarán empresas y trabajadores para el tránsito desde la actividad laboral a la jubilación. Hasta ahora, y tras el nuevo escenario que ha establecido el fin de la jubilación forzosa, generalmente las empresas han venido solucionando las salidas de sus empleados en el último momento a través de despidos, individuales y colectivos o, en el mejor de los casos, a través de mutuos acuerdos. Materializado en fórmulas costosas al trasladar la responsabilidad desde el empleado a la empresa, sin planificar y, en muchos casos, traumáticas, que no suponen la mejor estrategia para ninguna de las partes. Parece, por tanto, necesario cambiar esta situación y adaptarse a los nuevos tiempos.

Esta necesidad se acrecienta además por la mayor carga económica que se está viendo obligada a soportar la Tesorería General de la Seguridad Social por la evolución demográfica de la sociedad española, incrementando año tras año el desembolso de las prestaciones de jubilación, poniendo en entredicho la viabilidad financiera del sistema de pensiones, condicionada por los crecientes déficits y el agotamiento del fondo de reserva. En ese sentido, la jubilación se concreta como una cuestión central dentro del sistema de protección de la Seguridad Social, tal y como se manifiesta tras las reformas de 2011 y 2013, por las cuales los poderes públicos han revisado algunos de los parámetros relacionados con los gastos del sistema, con la edad y con las condiciones de jubilación.

El final de la jubilación forzosa en el año 2012 y de la potestad que se otorgaba a la negociación colectiva para fijar edades de jubilación significaron el interés del legislador por establecer medidas para favorecer el mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad, fomentando así la prolongación de la vida laboral. La discriminación de los trabajadores por razón de edad ha venido siendo un hecho reiterativo en las últimas décadas en muchas de las empresas españolas.

Y una de las maneras de tratar de acabar con ese hecho discriminatorio, que demuestra la génesis de la anomalía laboral española y que tiene por consecuencia la expulsión prematura del mercado de trabajo de trabajadores con plenas facultades físicas y psíquicas para continuar desarrollando su labor, era la de fomentar la prolongación de la actividad laboral de aquellos que opten por mantenerse en el mercado de trabajo una vez alcanzada la edad a la que pueden acceder a la pensión de jubilación. En consecuencia, se pasó de incentivar la retirada del mercado laboral de los trabajadores a intentar prolongar la vida activa de estos, facilitando y fomentando incluso la compatibilidad entre la pensión de jubilación y la prestación de servicios.

las Minas. ARRCO (Asociación para el Régimen Complementario de los Trabajadores por Cuenta Ajena) la aplica al conjunto de los trabajadores por cuenta ajena del sector privado (directivos y trabajadores en general) y AGIRC (Asociación General de las Instituciones de Seguro de Vejez para los Cargos Directivos), a los directivos.

La tremenda complejidad que encierra todo este debate se concreta en la enorme discrepancia existente entre las empresas y los poderes públicos, fruto del precario interés que las empresas demuestran por el mantenimiento de los trabajadores de edad avanzada por diversas razones, entre ellas, por los ahorros de costes que conlleva reemplazar a un trabajador maduro por otro más joven. La perspectiva de edad está ausente de las políticas empresariales, como lo demuestra que las políticas de diversidad en la gestión de equipos de personas no suelen contemplar la edad como factor de diferenciación. Apoyar el empleo de los trabajadores mayores y su tránsito a la jubilación es, sin duda, una de las tareas pendientes en muchas organizaciones empresariales. Pero también del gobierno, que debe clarificar cuál debe ser la política a priorizar e impulsar. Incorporar las contribuciones satisfechas a planes de pensiones o seguros colectivos de vida a la base de cotización no parece ser la manera adecuada para desarrollar estas fórmulas de ahorro a largo plazo.

Lógicamente, una regulación de este tenor implica un elemento que juega claramente en contra de las prestaciones complementarias, ya sea en su modalidad de mejoras directas, de la contribución a fondos de pensiones o a seguros colectivos de vida, pues en definitiva se viene con ello a incrementar los costes sociales que han de soportar principalmente las empresas.

También los trabajadores son actores principales de este complejo dilema. La pensión pública que obtendrán una vez se retiren es, sin duda, el factor que más les condiciona a la hora de su toma de decisiones frente a la jubilación. Desde hace ya décadas, la tasa de reemplazo –relación entre la primera pensión y el último salario medio– ha estado en ratios superiores al 80%⁴⁰, lo que ha alejado, en la mayoría de los trabajadores, cualquier necesidad de plantear prolongar su vida laboral o, por ejemplo, priorizar la inclusión de compromisos por pensiones en la negociación colectiva. La aplicación, repetidamente en estos últimos años, del índice de revalorización de las pensiones en su mínimo –0,25%– y del llamado «factor de sostenibilidad» a partir de 2019, supondrá un recorte de la pensión esperada en el medio plazo que, probablemente, obligue a replantearse a muchos trabajadores la suficiencia, por sí sola, de la pensión pública esperada a la hora de su jubilación⁴¹.

Y a todo ello se une que en los próximos años debe reconsiderarse la estrategia de expulsión de las personas maduras de las plantillas al afrontarse un escenario cambiante, con una mano de obra joven excedente inferior a la actual por el acusado descenso de la natalidad registrado en las últimas décadas. La negociación colectiva puede jugar en ese sentido un papel fundamental a la hora de posicionar en el centro del debate a los compromisos por pensiones como una de las piezas claves del sistema global de previsión social, aunque sería de agradecer una mayor imaginación desde todos los ámbitos que ayuden a realizar planteamientos novedosos. No debe olvidarse que las mejoras voluntarias han venido formando parte del contenido típico del convenio colec-

⁴⁰ La tasa de reemplazo española está ahora mismo entre las más elevadas de la UE.

⁴¹ Según las estimaciones oficiales de la Comisión Europea, la tasa de reemplazo en España pasará del 79 al 60%. Son 20 puntos menos de media en una década y media. *Vid.* Comisión Europea, 2015.

tivo a lo largo de muchos años, aunque con carácter general la protección social complementaria no es un terreno favorable a la intervención de la autonomía colectiva y, por ende, el convenio colectivo se caracteriza por ser un instrumento regulador de carácter temporal frente al horizonte del largo plazo que significan los compromisos por pensiones, prestaciones no periódicas en definitiva. Adicionalmente, el tamaño de las empresas –España es un país donde sobre todo prima la pequeña empresa– convierte la negociación en dicho ámbito en anecdótica, lo que supone otra dificultad añadida al proceso.

Si bien la externalización puede considerarse un avance en la protección de los intereses de trabajadores y extrabajadores –y, en definitiva, de sus derechos, en unos casos, y de sus expectativas de derecho, en otros–, lo cierto es que adecuar las históricas mejoras directas de los compromisos por pensiones a las necesidades actuales de trabajadores y empresas es uno de los grandes retos a los que se enfrenta la generalización de la protección social complementaria y que puede ayudar, a su vez, a alinear los objetivos individuales de los trabajadores con los de la propia organización. Estas mejoras pueden utilizarse como un elemento más de la política retributiva, al entenderse como un salario diferido que funciona además como un elemento de fidelización de los trabajadores y retención del talento, que forma parte de la política de incentivos y que, en definitiva, pueden ayudar a facilitar una salida pactada y ordenada del trabajador al llegar a su edad de jubilación a través de convenios colectivos, pactos de empresa o disposiciones equivalentes.

La elección del producto para instrumentar esos compromisos por pensiones debe ir en consonancia con la estrategia de la empresa y con las expectativas del trabajador. Y para ello deben considerarse toda una serie de factores, entre ellos, si se trata de un pago único o recurrente, si se transmiten o no los derechos sobre la póliza a los trabajadores, la liquidez, el colectivo afectado y la posible participación del empleado en el producto. En todo caso, parece claro que con la implantación dentro de la empresa de estos sistemas complementarios a la pensión pública el trabajador tendrá un incentivo más a la hora de acogerse a la jubilación a una fecha determinada. Y quizá ello ayude a afrontar en mejores condiciones esa nueva etapa.

Referencias bibliográficas

- Comisión Europea. (2015). The 2015 Ageing Report. Recuperado de <http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2015/pdf/ee3_en.pdf> (consultado el 4 de enero de 2018).
- Fundación Mapfre. (2016). *Encuesta: La opinión de los españoles sobre el sistema de pensiones*.
- Gala, C., Rey, S. del, Fernández, J. A., García, Y., Lázaro, J. L., Luque, M., Martínez, D., ... y Valverde, A. (2006). Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual. I Parte. (Fipros2006/44). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Recuperado de <<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100608.pdf>> (consultado el 4 de enero de 2018).
- Hidalgo, A., Pérez, S., Fernández, A., Iniesta, P. y García, I. J. (2004). Condiciones laborales de los trabajadores de más edad. Barreras y discriminaciones hacia los trabajadores mayores en el mercado laboral. Universidad de Castilla y La Mancha. Recuperado de <https://www.researchgate.net/profile/Santiago_Perez_Camarero/publication/242591935_CONDICIONES_LABORALES_DE_LOS_TRABAJADORES_DE_MAS_EDAD_BARRERAS_Y_DISCRIMINACIONES_HACIA_LOS_TRABAJADORES_MAYORES_EN_EL_MERCADO_LABORAL/links/02e7e51efa26f49e6d000000/CONDICIONES-LABORALES-DE-LOS-TRABAJADORES-DE-MAS-EDAD-BARRERAS-Y-DISCRIMINACIONES-HACIA-LOS-TRABAJADORES-MAYORES-EN-EL-MERCADO-LABORAL.pdf> (consultado el 4 de enero de 2018).
- López Gandía, J. y Toscani Giménez, D. (2011). *La reforma de la jubilación. Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 de agosto*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mercader Uguina, J. R. (2009). Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad. En J. R. Mercader Uguina (Dir.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. Valladolid: Lex Nova.
- Molina Navarrete, C. (2015). *Envejecimiento activo versus prohibición de despido por edad: ¿quién debe pagar los costes sociales? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 23 de febrero de 2015, rec. núm. 32/2014)*. *RTSS.CEF*, 389-390, 123-129.
- Nationale-Nederlanden. (2016). *Previsión Social Empresarial para la Jubilación en España: empleados y empresas*.
- Serrano Argüello, N. (2011). La edad como factor de discriminación en el empleo. *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 12, 17-43.
- Tapia Hermida, A. (2007). *La jubilación forzosa por convenio colectivo (Comentario a la STC 280/2006, de 9 de octubre de 2006, rec. amparo núm. 43/2003)*. *RTSS.CEF*, 292, 113-142.
- Tomás Jiménez, N. (2011). La jubilación forzosa y su evolución legislativa. En J. L. Monereo Pérez y J. A. Maldonado Molina (Dir.), *La edad de jubilación*. Granada: Comares.
- Villa Gil, L. E. de la y López Cumbre, L. (2003). La externalización de los premios de jubilación. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 8, 99-142. Recuperado de <https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3082/14264_8RJ098.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consultado el 4 de enero de 2018).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0