

# LOS TRABAJADORES MAYORES COMO COLECTIVO VULNERABLE: DERECHO AL TRABAJO *VERSUS* PROTECCIÓN SOCIAL

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad de Granada*

## 1. JUBILACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL: LAS POLÍTICAS COMUNITARIAS

El incremento de la esperanza de vida y de los gastos a cargo del sistema de Seguridad Social, motivada entre otras razones por el aumento en el número de altas en la pensión de jubilación, ha suscitado la necesidad de operar cambios en el sistema de políticas de empleo comunitarias. En un principio, la idea fuerza caminaba acorde con el derecho a asegurar pensiones dignas para todos los ciudadanos europeos, pero poco a poco la situación ha ido cambiando. Espoleada por las distintas situaciones de crisis económica, que de lleno han afectado a las frágiles estructuras que sostienen a los mercados europeos, se han adoptado en el marco de la política europea una serie de medidas que buscan reducir la presión que las pensiones ejercen sobre un sistema público, cada vez, más sobrecargado. De ahí que no sea tan extraño el uso de los procesos de reestructuración empresarial con la intención de expulsar del mercado activo a los trabajadores mayores. Ciertamente, la figura de la jubilación forzosa se ha convertido en la gran estrella del modelo regulador en tiempos de crisis empresarial, lo que –sin duda– hace tambalear las bases o cimientos mismos del sistema de Seguridad Social. Y es que esta figura expulsiva de la mano de obra madura ha pasado de operar de manera puntual a convertirse en un hecho permanente, por lo que al término ello ha ocasionado una crisis del empleo y una instrumentalización del sistema de protección social en el marco de una sociedad de riesgo<sup>1</sup>. La estandarización y cronologización estricta de los ciclos vitales opera de manera normalizada, en lugar de excepcional, ante los ojos impasibles del legislador y en contra de las garantías europeas de consecución para una viabilidad y mantenimiento del sistema de pensiones<sup>2</sup>.

Cabe afirmar que el desajuste actuarial deriva en gran medida de la progresiva disminución del periodo de actividad laboral que se viene produciendo, por una parte, porque los jóvenes han retrasado su acceso al mercado de trabajo (en relación con la edad a la que habitualmente se incorporaban en pasadas generaciones) y, por otra, porque la tasa de participación en el mercado laboral de las personas mayores de 50 años ha ido descendiendo<sup>3</sup>, entre otras razones, debido al uso a veces inadecuado de las distintas fórmulas de jubilación flexible, anticipada y parcial. Por lo que, para el legislador español, no resulta pues tan descabellada la idea de flexibilizar la jubilación forzosa, al tiempo que se endurecen los requisitos de acceso para una pensión digna de

---

<sup>1</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº Extra 1, 2010, pág. 159.

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

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "La política de pensiones tras el Acuerdo Social y económico de 2011: la fase actual de la construcción de un "nuevo" sistema de pensiones" en VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A (dirs y coords), *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011, pág. 5.

jubilación (desnaturalizando o descausalizando de esta figura)<sup>4</sup> y se alarga la edad ordinaria de jubilación<sup>5</sup>.

El dilema entre la promoción del envejecimiento activo o la estabilidad presupuestaria del sistema de Seguridad Social se ha situado, hoy día, en el punto de mira doctrinal. Evidentemente, ello ha originado una fuerte tensión dialéctica que se eleva tanto a nivel nacional como europeo. De ahí, que unas de las cuestiones que más se hayan debatido en la nación española sea la revisión del Pacto de Toledo. A este respecto, la revisión del Pacto de Toledo operada a finales del año 2020<sup>6</sup> recuerda que el objetivo es: "... combatir la discriminación por edad en nuestro mercado de trabajo, restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral y la protección ante los despidos colectivos, como orientación de futuro en las políticas de igualdad, de acuerdo con las iniciativas de la Unión Europea. Para ello resulta clave que una de las prioridades de las políticas activas de empleo sea la recolocación de las personas de más edad y su mantenimiento en activo". Tras esta tercera revisión se pretende reforzar así un nuevo derecho, esto es, el relativo a la protección frente a la expulsión prematura de los trabajadores mayores.

Con el objetivo en mente de que en un futuro el sistema de Seguridad Social pueda seguir haciendo frente a la protección de las personas que se encuentran en situación de necesidad, otorgando así una cobertura protectora amplia y eficaz, se han adoptado ya algunas medidas de urgencia que "supuestamente" tratan de compensar estos dos factores –envejecimiento demográfico y búsqueda de equilibrios financieros del sistema de pensiones públicas<sup>7</sup>- al tiempo que se evita cualquier discriminación por razón de edad. Sin embargo y pese al catálogo de buenas intenciones, la realidad demuestra cómo a la hora de sopesar entre los distintos intereses en juego la balanza se haya inclinado en el sentido de "promover el envejecimiento activo", en lugar de "garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones" que tanto defiende ahora la Unión Europea. Así es, el legislador español entiende que debe prevalecer lo dispuesto por el Libro Blanco de la Comisión Europea: "Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles" (COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012)<sup>8</sup> y el *Libro Verde*<sup>9</sup>, dada la grave situación de crisis financiera, por lo que olvida las directrices para las políticas de empleo que deben llevar a cabo los Estados miembros en pro del envejecimiento activo e introduce así una serie de reformas que, para muchos, dibujan la crónica de una muerte anunciada en la pensión de jubilación<sup>10</sup>. No obstante, a fecha de 17 de marzo de 2023 se ha publicado el RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la

---

<sup>4</sup> LÓPEZ INSUA, B.M: "La jubilación parcial", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L Y LÓPEZ CUMBRE, L (Dir), MALDONADO MOLINA, J.A Y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M (Coord), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Granada, Comares, 2015, pág. 171.

<sup>5</sup> LÓPEZ INSUA, B.M: "El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada", en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L. Y MALDONADO MOLINA, J.A (Dir), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, págs. 409-437.

<sup>6</sup> Publicado en el Boletín Oficial nº175 de las Cortes Generales a fecha de 10 de noviembre de 2020.

<sup>7</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Dir), Granada, Comares, 2010, pág. 146.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M, VALDÉS DAL-RÉ, F Y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>.E: "La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº5, año 29, mayo 2013, pág. 3.

<sup>9</sup> Libro Verde de la Comisión Europea firmado en Bruselas el 7 de julio de 2010 (COMO (2010) 365 final.

ampliación de los derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. Normativa ésta que busca poner solución a tres grandes problemas, de un lado, la revalorización de las pensiones presentes y futuras, de otro, revalorizar las pensiones mínimas y no contributivas y, finalmente, no penalizar a los trabajadores con carreras de seguro irregular. Ciertamente, el legislador se muestra aquí sensible al querer reforzar y mejorar las pensiones mínimas, incluyendo una serie de subsidios a las pensiones bajas, mínimas y no contributivas.

Por otra parte, y de nuevo en contra de las directrices comunitarias, se ha impuesto a nivel nacional una política que tiende a favorecer la salida del mercado de trabajo de todas aquellas personas próximas a una edad de jubilación. Para lo cual se emplea la vía del despido colectivo y la de la jubilación forzosa. Y ello con la única intención de favorecer la inserción laboral de los más jóvenes a través del establecimiento de un sistema más basado en la precariedad laboral, el abuso y el fraude. No le interesa, por tanto, al legislador español emplear y proteger a los trabajadores experimentados o con capacidades obsoletas, sino disminuir los índices de desempleo que tanto están dañando las arcas de nuestro sistema de Seguridad Social. Es por ello que, hasta el momento, no se hayan llevado a cabo medidas de política activa para los mayores o próximos a una edad de jubilación<sup>11</sup>. Por supuesto, no debe olvidarse que la intervención de éste ha sido, en esta materia, muy tímida en los últimos años<sup>12</sup>, aunque relevantes en el último periodo con la derogación completa de la Ley 2013 sobre el que se diera en llamar en su momento doble factor de sostenibilidad (vinculado a la edad y a la revalorización de las pensiones)<sup>13</sup>. Por tanto, sí cabe alabar algunas medidas innovadoras encaminadas a la sostenibilidad de las pensiones y de medidas disuasorias que han operado frente a esta expulsión masiva de los mayores, así como la necesidad obligatoria de tener en cuenta, por parte de los negociadores colectivos, su situación a la hora de la adopción de estas decisiones empresariales.

### **1.1. Discriminación por razón de la edad, política de empleo y brecha digital**

La diferencia de trato de los trabajadores maduros es un tema que preocupa no sólo a nivel comunitario, sino también a nivel internacional. La necesidad de fijar una edad máxima de mantenimiento en el empleo y de acceso a una pensión digna de jubilación ha motivado el surgimiento de todo un elenco de normas que afectan tanto a la jubilación forzosa, como al resto de medidas anticipadas de jubilación y prejubilación.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya destacó en su Convenio número 111/1958, de 25 de junio, sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación la necesidad de establecer medidas que eviten la discriminación positiva de los

---

<sup>10</sup> LÓPEZ GANDÍA, J: "La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones", *Documentación laboral*, nº 99, Vol. III, 2013, pág. 57.

<sup>11</sup> SUÁREZ CORUJO, B: "Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ BERNAT, J.A Y LÓPEZ INSUA, B.M (Dirs y Coords), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, págs. 759-767.

<sup>12</sup> GALLEGO LOSADA, R: *El dilema de las pensiones en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, págs. 120-134.

<sup>13</sup> MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 2014, *passim*.

trabajadores (artículo 5) para así garantizar un equilibrio satisfactorio entre la protección social de los trabajadores y el derecho al empleo. En esta línea, la Recomendación núm. 162 de la OIT, sobre trabajadores de edad (1980) ya reconoce la necesidad de que se ponga coto a cualquier medida legislativa que determine el establecimiento de una edad obligatoria para la terminación de la relación de trabajo. A este respecto, la OIT recomienda que los Estados garanticen un tránsito progresivo entre la vida profesional y la actividad libre, de forma que se respete la voluntariedad en el paso a la situación de retiro o de acceso a una pensión de vejez.

La Asamblea de las Naciones Unidas también contribuyó -en esta materia- al reconocer, primero, en el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento de 1982 como, uno de sus objetivos primordiales, la eliminación de toda discriminación por razón de edad. Se deben reforzar los mecanismos de control, especialmente, en el caso de las mujeres, pues son éstas primordialmente las que más se ven afectadas por esta situación lo que, al término, repercute en el derecho al disfrute de una pensión digna. Esta última idea quedó muy reforzada, en segundo lugar, con la aprobación de la resolución de Surinam que se adoptó, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 2002<sup>14</sup> y la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento también del año 2002.

A nivel europeo son varias las iniciativas que han incidido sobre esa necesidad de que se respete el derecho universal<sup>15</sup> a la igualdad por razón de la edad. Ahora bien, no ha sido hasta la revisión de la Carta Social Europea revisada del año 1996 cuando se ha introducido el derecho de todas las personas de edad avanzada a una protección social, para lo cual habrán de establecerse medidas que, de forma específica, eliminen todo tipo de discriminación por razón de la edad<sup>16</sup>.

El amplio elenco de normas encaminadas a combatir las distintas formas de discriminación (en materia laboral y de Seguridad Social) por razón de la edad no ha sido -en muchos casos- interpretada de manera teleológica y garantista. A fin de clarificar y reforzar todo ese disperso marco jurídico, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>17</sup> ha recordado que el principio de no discriminación por motivos

<sup>14</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 18 de marzo de 2002, titulada «La respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial - Promover el progreso Económico y Social en un mundo en proceso de envejecimiento. Contribución de la Comisión Europea a la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento» [COM (2002) 143 final].

<sup>15</sup> Artículo 13 del Tratado de la Unión Europea, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores, Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. BOE nº 153/1980, de 26 de junio de 1980..., etcétera.

<sup>16</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. Y MALDONADO MOLINA, J.A: “Derechos de las personas de edad avanzada a la protección social (Artículo 23 Carta Social Europea Revisada de 1996)”, en MONEREO ATIENZA, C Y MONEREO PÉREZ, J.L (Dir.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Conejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, págs. 821 y ss.

<sup>17</sup> Entre otras, la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2007 (asunto C-411/05), 21 de julio de 2011, de 13 de septiembre de 2011, 24 de junio de 2019 (asunto C-619/18) y 5 de diciembre de 2019. GALA DURÁN, C., “La posición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo: Plena validez de los establecido en la disposición transitoria única de la Ley 14/2005. Comentario a la sentencia de 16 de octubre de 2007 (Asunto C-411/05)”, *IUSLabor* 1/2008. BARCELÓ FERNÁNDEZ, J: “La edad de jubilación como política de empleo y como posible medida discriminatoria”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº39 de 2014.

de la edad constituye un principio general en el colectivo comunitario que busca proteger, en concreto, el principio general de igualdad de trato que ampliamente se analiza en el Libro Verde de 28 de mayo de 2004 sobre “Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada”.

La actual Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre<sup>18</sup>, crea ese necesario marco regulador para luchar contra la discriminación, sobre todo por motivos de la edad. Empero, esta Directiva habilita a que a nivel nacional se establezcan diferencias de trato vinculadas a la edad cuando se cumplan con dos requisitos: a) que sean discriminaciones justificadas objetivamente y razonablemente por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional y b) que los medios para lograr este objetivo sean adecuados y necesarios.

Cuando se cumplan con estos dos objetivos quedarán justificadas las diferencias de trato, pudiendo los Estados miembro prever diferencias de edad para beneficiarse de prestaciones de jubilación e invalidez u optar a las mismas y siempre que ello no implique una discriminación por razón de sexo. En otras palabras, para que una discriminación quede justificada deberá vincularse a razones de políticas de empleo que, objetiva y racionalmente, amparen el que un derecho individual -como es la voluntariedad en el acceso a una jubilación- ceda ante el derecho colectivo -a las políticas de empleo-<sup>19</sup>.

La transposición de estas reglas a los distintos ordenamientos jurídicos comunitarios no ha resultado del todo satisfactoria -tal y como denuncia la Comisión Europea y el TJUE-, de ahí que el reto para la consecución de un envejecimiento activo y de unas políticas de empleo respetuosas con la edad de jubilación quede desdibujado e incluso, en muchos casos, desnaturalizado. En contra de todo pronóstico, las distintas reformas nacionales han inclinado la balanza a favor de los intereses económicos antes que el respecto a unas políticas de empleo y un derecho del trabajo digno. Lo que cuestiona el desafío de una jubilación activa.

Por otra parte, cabe considerar el problema de la “brecha digital”. Esta última se ha acelerado, especialmente, durante la pandemia del Covid-19 (y es que las herramientas digitales sirvieron para facilitarnos una nueva normalidad con restricciones, lo que llevó a muchas empresas a imponer el teletrabajo como opción preferente a fin de evitar los contagios), pero también posteriormente. Las nuevas tecnologías han venido para quedarse. Y ello es porque optimizan y agilizan enormemente el desempeño de la prestación profesional, sin embargo, se ha comprobado que los trabajadores con más de 45 años son a los que más le ha costado adaptarse. Antes de la pandemia, las estadísticas ya reflejaban un importante distanciamiento en el conocimiento o en las capacidades digitales que separan a jóvenes frente a los trabajadores seniors; en efecto, mientras que

---

<sup>18</sup> Relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

<sup>19</sup> Del mismo modo, el artículo 6 de la Directiva enumera una serie de prácticas que no serán discriminatorias cuando se cumplan los dos requisitos anteriores, a saber: “a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación”, salvo cuando objetivamente se pueda justificar que el trabajador de edad maduro no cumple con los requisitos de formación, capacidad y/o productividad.

el 80% de los jóvenes disponía de capacidades digitales básicas en España, sólo el 35% de las personas entre 55 y 74 años la poseía. Sin embargo, con la pandemia y tras la pandemia, en el ámbito laboral esa brecha digital se ha hecho aún más profunda.

La brecha digital sigue siendo una importante barrera para los mayores de 45 años que intentan encontrar una nueva oportunidad laboral. Desde que estalló la pandemia del Covid-19 se ha incrementado el número de parados de larga duración, siendo los colectivos más representados dentro de estas cifras las mujeres y los mayores de 45 años. No es casualidad que sean estos, precisamente, los que más dificultades tenían y aún están teniendo para insertarse en el mercado laboral. Ello se traduce en discriminación para una parte importante de la plantilla.

Ciertamente, durante la pandemia del coronavirus se han destruido muchos puestos de trabajo que no han podido adaptarse a las nuevas tecnologías. Sin ir más lejos, muchas compañías han eliminado, en estos casos, de su comunicación interna a los trabajadores menos conectados que, en la mayoría de los casos, son los de más edad (y que trabajan en el campo, en la construcción. Etcétera). El motivo suele ser que estos no pueden recibir los mensajes internos por no tener acceso a la tecnología necesaria para ello. El resultado: empleados que utilizan la tecnología a diario en su vida personal trabajan en entornos poco o nada digitalizados donde la información no fluye, lo que tiene un impacto directo en su bienestar y motivación.

Hay que admitir que las nuevas tecnologías han venido para quedarse, a este respecto todas las empresas deben avanzar para encontrarse con el proceso de digitalización. Y es que, no basta con centrarse en los empleados más jóvenes o en los que trabajan en oficinas. El reto aquí es hacer partícipes a los trabajadores más desconectados mediante el recurso a la formación continua y la implantación de herramientas capaces de facilitar la comunicación de la empresa con todos los empleados, sea cual sea su lugar de trabajo o su capacitación.

La solución al problema pasa por establecer la formación continua en las empresas y para todas las edades, debiendo efectuarse un seguimiento individualizado o por colectivos a fin de garantizar la adaptación al cambio y a los nuevos procesos productivos, esto es lo que, algún autor ha denominado *mentoring bidireccional*. Otras de las ideas que se ofrecen para no dejar atrás a estos trabajadores son: personalizar la formación para eliminar limitaciones al aprendizaje, implantar un modelo de reclutamiento más inclusivo o no emplear sólo los medios digitales para comunicarse con los trabajadores.

## **1.2. El fomento del envejecimiento activo en la Unión Europea**

El envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de pensiones de todos los Estados europeos (y reconocerlo no nos debe llevar a un determinismo demográfico, pues hay un espacio realmente existente y posible para la intervención activa y conformadora de la política del Derecho social y económico-financiero de las pensiones públicas), ya que como revelan las estadísticas el alargamiento de la esperanza de vida, junto con el paso a la jubilación de los nacidos del *boom* de natalidad, auguran consecuencias económicas y presupuestarias de gran calado en la Unión Europea al reducir el potencial de crecimiento económico y ejercer presión sobre las finanzas públicas. En este sentido, los distintos países comunitarios han de adaptarse "para asegurar su viabilidad en el largo plazo y mantener unas pensiones adecuadas". Y es que, a nivel europeo, el logro de la sostenibilidad del sistema de pensiones se ha

convertido en una prioridad, debiéndose combinar este ambicioso objetivo con el impulso o promoción del envejecimiento activo<sup>20</sup>.

La Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012)<sup>21</sup> ha reconocido la necesidad de combatir el efecto del envejecimiento demográfico que se proyecta sobre los modelos europeos. Para ello ha afirmado que una respuesta fundamental a este rápido cambio de la estructura de edades consiste en "promover la creación de una cultura del envejecimiento activo como un proceso permanente y, en consecuencia, garantizar que las personas que actualmente tienen cerca de 60 años o más, cuyo número aumenta rápidamente y que, globalmente, están más sanas y mejor formadas que ningún otro grupo anterior de esa edad, gocen de buenas oportunidades de empleo y participación activa en la vida familiar y social, también a través de actividades de voluntariado, el aprendizaje permanente, la expresión cultural y el deporte". Se trata, por tanto, de garantizar un envejecimiento más saludable para todos y, en particular, para las personas más próximas a una edad de jubilación, lo que " puede contribuir a que las personas de más edad incrementen su participación en el mercado de trabajo, permanezcan activas más tiempo en la sociedad y mejoren su calidad de vida individual, y a que se reduzca la carga para los sistemas de atención sanitaria y social y para los regímenes de pensiones".

El término "envejecimiento activo" al que tanto tiempo le dedicó la UE fue definido en 2012 por la Organización Mundial de la Salud como el proceso en el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen<sup>22</sup>. De ahí que las políticas comunitarias de envejecimiento activo deban basarse pues "*en una sociedad para todas las edades*", lo que implica "crear mejores oportunidades para que las mujeres y los hombres de más edad puedan participar en el mercado laboral, combatir la pobreza, en particular la de las mujeres, y la exclusión social, incentivando el voluntariado y la participación activa en la vida familiar y en la sociedad, y fomentando un envejecimiento saludable con dignidad". A tal fin, se fijan como objetivos "adaptar las condiciones laborales, luchar contra los estereotipos negativos relacionados con la edad y contra la discriminación por razón de edad, mejorar la higiene y la seguridad en el trabajo, adaptar los sistemas de aprendizaje permanente a las necesidades de una mano de obra de más edad y garantizar que los sistemas de protección social sean adecuados y proporcionen incentivos correctos"<sup>23</sup>.

En materia de Seguridad Social, esta nueva visión de las políticas comunitarias sobre "envejecimiento activo" implicará buscar alternativas que compensen el cese de la actividad de los trabajadores de edad avanzada. De modo que se combinen correctamente las Políticas de Seguridad Social y las de Empleo en un sentido "pro-activo" y, por tanto, de reactivación de la capacidad de ofrecer empleos como solución

---

<sup>20</sup> Véase el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre "*Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*" firmado en Bruselas el 16 de febrero de 2012, COM (2012) 55 final.

<sup>21</sup> Diario Oficial de la Unión Europea de 23 de septiembre de 2011 (L 246/5).

<sup>22</sup> Véase el apartado 9 de la Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012).

<sup>23</sup> Ver artículo 2 de la Decisión 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2011 sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012).

para asegurar el mantenimiento, la viabilidad y la seguridad del sistema de pensiones<sup>24</sup>. Por lo que, visto de una perspectiva protectora, estas medidas deberán ir enfocadas, en primer lugar, al objetivo de mantenimiento de la vida laboral y, en segundo lugar, a la reincorporación en la vida laboral para el caso de que el trabajador cese prematuramente<sup>25</sup>. Es precisamente en este punto equidistante donde se ha planteado la reformulación del régimen jurídico de las pensiones, lo cual ha sido fuente de una fuerte tensión entre dos objetivos, de un lado, la prolongación de la vida activa y, de otro lado, la sostenibilidad del sistema de pensiones.

En este contexto los Estados miembros de la UE, siguiendo lo dispuesto por las directrices comunitarias, deberán aumentar las tasas de empleo de los trabajadores de más edad mediante el fomento de la innovación en la organización del trabajo y el aumento de la empleabilidad de los trabajadores de más edad mejorando sus aptitudes<sup>26</sup>. Por tanto, la idea del envejecimiento activo aparece referida a los derechos de las personas próximas a una edad de jubilación, siendo así el fin último de ésta el evitar su expulsión o exclusión en la participación activa de la sociedad.

Por su parte, el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la "*Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*", firmado en Bruselas el 16 de febrero de 2012, se refiere a la necesidad de diseñar y poner en práctica estrategias globales que permitan adaptar los distintos sistemas de pensiones nacionales a las cambiantes circunstancias económicas y demográficas. Y ello en una línea tendente a asegurar la viabilidad a largo plazo de las pensiones y necesaria sostenibilidad de las finanzas públicas, de forma que no decaiga la seguridad del sistema de Seguridad Social. En este documento se repiten los considerados del Libro Verde sobre el envejecimiento de la población, el impacto de la crisis económica en los sistemas de pensiones<sup>27</sup> y la importancia fundamental que tienen las pensiones para la buena marcha social y económica de europea<sup>28</sup>. Por lo que, en general, el Libro Blanco no aporta ninguna idea nueva, pues los objetivos que marca son los mismos que están presentes en otros documentos europeos desde el año 2001<sup>29</sup>.

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

---

<sup>24</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., pág. 105.

<sup>25</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: "Trabajadores de edad avanzada: I. Jubilación anticipada y jubilación parcial (Cuestiones prácticas tras la Reforma 2013)", *Actualidad Laboral*, n° 9 de septiembre de 2013, pág. 2.

<sup>26</sup> En este sentido, la Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, insta a los Estados miembros, en las directrices número 7 y número 8, a aumentar la participación de la mano de obra mediante políticas que promuevan el envejecimiento activo.

<sup>27</sup> Se pretende asegurar "unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros" (*Libro Verde* de la Comisión Europea firmado en Bruselas el 7 de julio de 2010 (COMO (2010) 365 final).

<sup>28</sup> En concreto el Libro Verde apunta a que deben llevarse a cabo reformas tendentes a "animar a que más gente trabaje más y durante más tiempo para obtener derechos similares a los de antes: aumento de las edades de jubilación; recompensa a quien se jubila más tarde y penalización a quien lo hace antes; paso de las prestaciones basadas en las retribuciones de los mejores años a un derecho basado en la media de las retribuciones a lo largo de la carrera laboral; cierre o restricción de las vías de salida temprana; medidas del mercado de trabajo para animar a los trabajadores de más edad a permanecer en él y permitirles hacerlo y para fomentar en él una mayor igualdad entre hombres y mujeres".

<sup>29</sup> ALONSO SECO, J. M<sup>a</sup>: *Política Social Europea*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a distancia, 2014, pág. 253.



económica. Por lo que el legislador nacional olvidando el importantísimo cambio demográfico y la necesidad de que todas las personas puedan disfrutar de una pensión que les permita vivir dignamente, determina que lo imperante es en el momento presente "sacar a los trabajadores mayores del mercado de trabajo como fórmula para reducir el desempleo" y renovar sangre nueva. De modo que se ignora que el éxito de las políticas de empleo, más allá del mercado de trabajo, no está en anteponer los intereses económicos a las garantías laborales, sino en garantizar unos niveles de pleno empleo para todas las personas. De lo que se trata es de diseñar una estrategia global e integral de inclusión social y de empleo de las personas mayores, como pre-condición para garantizar el respecto y eficacia real de sus derechos fundamentales<sup>30</sup>.

## **2. MECANISMOS DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS MAYORES, DESPIDO Y SEGURIDAD SOCIAL: TRES VARIANTES EN ETERNO CONFLICTO**

Actualmente, se ha incrementado el número de personas mayores en edad de trabajar y que no encuentran empleo. Ello es debido al cambio demográfico, pero también al imparable envejecimiento de la población, así como al aumento de la esperanza de vida. Aunque hay que señalar que los jóvenes han sido punto de referencia en esta materia, lo cierto es que cada vez más los mayores están ganando protagonismo debido a la maduración, en términos de edad, de la generación del *baby boom*. Ello, evidentemente, va a determinar con el paso del tiempo un aumento del número de personas mayores, lo que al término afectará primero a aquellos próximos a una edad de jubilación y, seguidamente, a aquellos ya jubilados. Principalmente, hay que decir que, este incremento ha afectado más a las personas desempleadas mayores de 45 años (normalmente entre 55 y 64 años) y, en función de la variante "sexo", se comprueba que las mujeres resultan más afectadas que los hombres. Esta lamentable situación obliga, al final y como medio de búsqueda de una vida digna, a que el núcleo familiar tenga que buscar fuentes adicionales de ingresos que palien los efectos del desempleo, así como el deterioro de condiciones laborales.

En este contexto, el despido objetivo por ineptitud (artículo 52 a) del ET), el despido tecnológico por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo (artículo 52 b) del ET) y el despido colectivo de los trabajadores maduros o próximos a una edad de jubilación ha sido utilizado con excesiva frecuencia y manifiesto abuso, en lugar de manera excepcional, a través de la figura de la prejubilación u otras formas de extinción contractual.

Por otra parte, ya se están dando casos de trabajadores maduros y no maduros que han sido despedidos debido a la "automatización de sus tareas", es decir, por la implantación por parte de las empresas de "robots" o "bot" informáticos. Algunas sentencias, a buen ejemplo del Juzgado de lo Social de Las Palmas de 23 de septiembre de 2019 ya ha declarado improcedente el despido efectuado por vía del artículo 52 del ET "despido tecnológico" de una trabajadora (a la que se había amortizado su puesto de trabajo), señalando este tribunal lo siguiente: "la automatización implica la irrupción de algo nuevo, y no el cambio de algo pasado (...)", pues "se pasa de que los trabajadores hagan uso de un instrumento de producción para el desempeño de su trabajo, a que el instrumento de producción haga ese trabajo por sí". Seguramente sea cuestión de

---

<sup>30</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013, págs. 169 y sigs. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Bomarzo, 2019, págs. 101 y ss. SUÁREZ CORUJO, B: "Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico"...op.cit., pág. 770.

matices, pero los propios repertorios de jurisprudencia parecen desmentir que nos encontremos ante algo tan novedoso”.

En esta línea garantista, la sentencia del TSJ de Madrid (sección cuarta) de 20 de octubre de 2022 condena a una empresa tecnológica en España a abonarle al trabajador, mayor de 58 años y despedido, una indemnización de 20.000 euros por los daños y perjuicios al haber sido despedido y sustituido por otro trabajador más joven. Y, todo ello, a pesar de que de la evaluación realizada por el algoritmo de la empresa y revisada por el Comité de dirección de la empresa había tenido, en el año de despido, unos buenos resultados. En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid concluye que, por un lado, no existen causas razonables y objetivas que justifiquen la procedencia del despido y, por otro, existen indicios suficientes para afirmar que la edad del trabajador es la causa real del despido. Por tanto, declara nulo el despido por discriminatorio por razón de edad, en virtud de lo establecido los artículos 14 de la Constitución Española y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Al hilo de este tema debe tenerse una cuestión clara y es que, para despedir a un trabajador con base en los criterios fijados en un algoritmo, siempre y cuando la decisión haya sido adoptada únicamente a través de la inteligencia artificial y sin intervención humana, estamos ante un despido que vulnera no solo las prescripciones de los arts. 51, 53 y 55 del ET sino también lo dispuesto en los arts. 105.1, 122.1 y 124.2 a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), en el art. 22 del RGPD, con relación a los requisitos formales, y en el art. 18.4 de la CE, y, por todo ello, el despido habrá de ser declarado nulo, porque no cabe duda de que la decisión de extinguir la relación contractual laboral excedería de los límites al uso de la informática y vulneraría el pleno ejercicio de los derechos del trabajador.

Dado que el trabajador tiene derecho a la defensa y a la oposición a la resolución de su contrato, según señala el magistrado Carlos Hugo Preciado Domènech, serán los tribunales quienes decidirán si queda acreditado el incumplimiento laboral que ha motivado el despido y, por tal razón, habrán de pronunciarse respecto al grado de cumplimiento de los requisitos que han de constar preceptivamente en la carta de despido.

Por consiguiente, será preciso conocer los parámetros que evalúa el algoritmo y cuáles son las consideraciones que ha tenido en cuenta el empleador a la hora de adoptar la decisión extintiva de la relación laboral, de ahí la importancia de cumplir con el principio de transparencia.

Y es que encontramos casos de trabajadores despedidos que han sabido de la existencia del mismo porque había fallado su tarjeta de identificación que le permita el acceso al edificio. Cabe tener en cuenta que, tal y como Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, la adaptación del ordenamiento jurídico laboral español a las normas anteriores, exige que, detrás de cada decisión automatizada haya una revisión humana.

El Dictamen 2/2017, de 8 de junio sobre el tratamiento de datos en el trabajo, del GT<sup>29</sup>, al analizar el art. 88 del RGPD, señala en relación con lo mencionado en el párrafo anterior que, para proteger el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, los Estados miembros podrán establecer normas específicas a efectos de contratación, ejecución del contrato laboral, gestión, planificación y organización del

trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, y extinción de la relación laboral, entre otros.

El objetivo de esas normas específicas es proteger la dignidad humana, los intereses legítimos y los derechos fundamentales de los trabajadores.

Principalmente, esta situación se ha producido debido a que se ha instaurado en el ordenamiento nacional un rechazable modelo de flexibilidad defensiva orientado, única y exclusivamente, hacia la expulsión de la mano de obra madura más que a la reinserción profesional, recualificación, movilidad interna y retorno de dichos trabajadores (este sería el modelo de "flexibilidad ofensiva").

En el caso del despido objetivo se da una clara desconexión causal entre la edad y la enfermedad asociada a la misma que propicia diversas IT encadenadas e incluso recaídas constantes. Por lo que el despido del trabajador de edad avanzada se basa sobre una presunta ineptitud o incapacidad presunta, que va en contra del derecho del trabajo de las personas mayores y la articulación de unas políticas activas que garanticen la prolongación de la vida activa y, por ende, la sostenibilidad del sistema de pensiones. A este respecto, debería operar aquí una readaptación del puesto de trabajo conforme establece el artículo 15.1 d) y 25 de la LPRL, ya que la edad en sí misma no puede equipararse a la falta de rendimiento y mucho menos a la discapacidad (conforme establecen: el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, las recomendaciones de la OIT 162 y 172 y la Directiva 2000/78/CE en la que se prohíbe cualquier discriminación en el empleo basado en la edad del trabajador). Sin embargo, nuestra legislación carece de un sistema de garantías reforzadas que mantengan en el empleo a estos trabajadores. Cuestión distinta es cuando el trabajador es considerado discapacitado (atendiendo a esa interpretación amplia que otorga el TJUE), en cuyo caso sí que entrará en funcionamiento lo dispuesto por el "RD Legislativo 1/2013 de Derechos de las personas con discapacidad" en donde se prevé, como garantía reforzada, la ocupación efectiva y adecuada a través de la obligación de adaptación, salvo cuando suponga una carga excesiva para el empresario.

Al hilo de esta idea debe tenerse en cuenta el papel que cumple el Derecho del Trabajo y el sistema de políticas de empleo, pues no cabe desconocer que en todo este entramado se conjugan ambas perspectivas. En efecto, desde el ámbito laboral, los artículos 51 del ET y 52. a) del ET se han convertido en las vías perfectas para la pérdida irreparable de capacidad productiva madura, esto es, de transmisión de saber y de experiencia profesional. Y ello es así porque se han impuesto una particular visión del problema en donde los trabajadores mayores son calificados como un colectivo "prescindible", "falta de capacitación", "falta de adaptación a las nuevas tecnologías" y, por ende, "menos productivos". Por lo que, la solución problema pasa por la vía de convertir al Estado en un mercado instrumentalizado al servicio de las estrategias económicas y empresariales. Por otro lado, desde el ámbito de las políticas de empleo, la salida del mercado de trabajo de todas aquellas personas próximas a una edad de jubilación se ha visto como una solución para así favorecer la inserción laboral de los más jóvenes a través del establecimiento de un sistema más barato en donde hacen su aparición los principios de precariedad laboral, abuso y fraude. De este modo, cree frenarse el alto desempleo que tanto están dañando las arcas de nuestro sistema público de Seguridad Social. Es por ello que, trate de explicarse, como hasta el momento no se han llevado a cabo medidas de política activa para los mayores o trabajadores próximos a una edad de jubilación. Pero paradójicamente estas políticas de precariedad laboral generalizada, a su vez, cuestionan visiblemente el objetivo de la sostenibilidad de los

pensionistas actuales y de los futuros pensionistas (ahora jóvenes). Como dicen apunta la doctrina científica, no se trata de rejuvenecer al personal mediante el establecimiento de formas flexibles y baratas de desempeño laboral, sino de operar cambios en la configuración jurídico-política del sistema de empleo y de pensiones, para así asegurar un envejecimiento activo al tiempo que un trabajo digno y la promoción de transiciones profesional.

De la interconexión entre el sistema de Políticas de Empleo, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se deduce cómo el vigente modelo normativo está montado sobre la base del "pleno empleo", sin que con ello quepa olvidar el ciclo vital ternario. Por lo que, cuando se consigan conjugar, efectivamente, ambas variantes podrán asegurarse el disfrute de un sistema de protección social que garantice un equilibrio satisfactorio entre los niveles de empleo y de protección social frente a las situaciones de necesidad. De lo que se trata es de mantener la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones gracias al establecimiento de nuevas formas de empleo que aseguren, de una forma pro-activa, la reinserción laboral y la ayuda entre el tránsito desempleo-empleo y el empleo-jubilación. En efecto, a día de hoy, el sistema de Seguridad Social no está preparado para asumir una función reparadora frente a las situaciones de pérdida prematura del empleo, sino para ostentar una labor preventiva y, por tanto, de satisfacción frente a las situaciones de necesidad. Por lo que, lo ideal sería aquí adaptar el sistema de protección social y de política de empleo al ciclo vital -en términos de conjunto- de todas las personas, evitando así que la primera sea utilizada al servicio del trabajo flexible y precario, para así fomentar la renovación de plantillas a cambio de la expulsión anticipada del mercado laboral de los trabajadores mayores<sup>31</sup>. No se trata de rejuvenecer al personal mediante el establecimiento de formas flexibles y baratas de desempeño laboral, sino de operar cambios en la configuración jurídico-política del sistema de empleo y de pensiones, para así asegurar un envejecimiento activo al tiempo que un trabajo digno<sup>32</sup> y la promoción de transiciones profesional.

A este respecto, los artículos 40 y 50 de la Constitución Española establece una política de atención primaria orientada al pleno empleo y, por tanto, a garantizar la suficiencia financiera de las personas de edad avanzada. Sin embargo, la reinserción y readaptación profesional de este colectivo encuentra especiales dificultades (Recomendación número 162 de la OIT), de ahí que se recurra a su cese prematuro ante la falta de adaptación tecnológica e industrial. Así es, la doctrina científica identifica a estos sujetos como "pocos proclives al reciclaje profesional y a los nuevos retos profesionales"<sup>33</sup> y establece como causa "la carga que suponen los trabajadores maduros para la empresa"<sup>34</sup>.

A fin de mantener el "fomento de la capacidad de empleo" y erradicar la inactividad a la que se encuentra sometida este grupo se ha diseñado una vía promocional a través del mecanismo de incentivos y bonificaciones a la Seguridad Social. En efecto, indicaba la antigua Ley de Empleo (aprobada a través del Real Decreto Legislativo 3/2015) que el objetivo principal consistía en "... llevar a cabo unas políticas adecuadas de integración

---

<sup>31</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 166 y 167.

<sup>32</sup> GODINO REYES, M: "Del empleo a la jubilación en tiempo de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas" en VV.AA., ORTIZ CASTILLO, F Y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C (Dir.) y RODRÍGUEZ INIESTA, G (Coordinador), *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2013, pág. 119.

<sup>33</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: "Trabajadores de "edad avanzada": empleo y protección social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº33, 2001, págs. 218-222.

<sup>34</sup> LÓPEZ CUMBRE, L: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 112.

laboral dirigidas a aquellos colectivos que presentan más dificultades de inserción laboral", entre los que se encuentran los mayores de 45 años. La actual Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo es mucho más incisiva al indicar, con carácter general (lo cual podrá extrapolarse igualmente al ámbito de los trabajadores mayores) que el: "... objetivo (es) promover y desarrollar la planificación, coordinación y ejecución de la política de empleo y garantizar el ejercicio de los servicios garantizados y la oferta de una adecuada cartera de servicios a las personas o entidades demandantes de los servicios públicos de empleo, a fin de contribuir a la creación de empleo y reducción del desempleo, mejorar la empleabilidad, reducir las brechas estructurales de género e impulsar la cohesión social y territorial". No obstante, cabe reseñar que son muy deficitarias las medidas y conatos legislativos que han operado a este fin.

No obstante, a través del Real Decreto-Ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, el cual ha quedado convalidado por Resolución de 24 de enero de 2023. En esta normativa no sólo se cataloga a los trabajadores mayores como un colectivo vulnerable, sino que además se prevén toda una serie de incentivos para fomentar su contratación.

Pese a las buenas intenciones del legislador, lo cierto es que -con este Real Decreto-Ley 1/2023- no se han eliminado los errores que, en épocas pasadas, mantenían las distintas normativas reguladoras de los incentivos a la contratación de colectivos con dificultades de inserción laboral. Desafortunadamente, con esta normativa podrían llegar a repetirse aquellos patrones discriminatorios que tanto han golpeado al sistema de garantía "reforzadas" que, hoy día, defiende el ordenamiento *iuslaboral* comunitario. Por lo que, al término, el Real Decreto-Ley 1/2023 acabará convirtiéndose en vehículo o medio fraudulento al servicio de los intereses empresariales, máxime después de la arrolladora sentencia Tribunal Supremo de 24 de enero de 2023 (número de recurso 2785/202) en donde se avala que los trabajadores maduros (mayores de 60 años) puedan percibir una indemnización menor (respecto de trabajadores con menos edad) en caso de despido colectivo. Justifica el Supremo que se trata ésta de una medida "razonable y proporcionada". Lamentablemente esta situación, hará emerger, nuevamente, esos principios de precariedad y abuso tan característicos de las relaciones laborales mercantilizadas. Si el fin último es fortalecer el sistema de pensiones para así asegurar un derecho al trabajo digno, lógicamente, habrán de emplearse otras técnicas más contundentes. Y es que el fin último, no debe ser otro que el de garantizar el "envejecimiento activo" y la sostenibilidad del sistema de pensiones.

## **2.1. La prejubilación como figura estrella: flexibilidad defensiva versus flexibilidad ofensiva**

Una gran parte del empleo que se pierde en España trae su causa en los procesos de reestructuración empresarial, los cuales suelen llevar aparejados el uso de fórmulas intermedias entre el desempleo y la jubilación para poder hacer efectivo el despido colectivo de trabajadores maduros<sup>35</sup>. Este proceso se inicia a partir de la gran crisis mundial de los años 70 y tras la apertura económica de la nación española. Desgraciadamente, este proceso se mantendrá invariable durante años perviviendo, hoy por hoy, aunque con leves atenuaciones legislativas.

---

<sup>35</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiantes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 74 Extra, 2008.

Inicialmente, el sistema de políticas de empleo no estaba muy desarrollado debido a que, por entonces, se mantenía un Instituto Nacional de Empleo muy burocratizado y escasamente efectivo. De ahí que imaginar, en este contexto, que los trabajadores de mayor edad iban a tener nuevas oportunidades para continuar con sus carreras profesionales era considerado algo surrealista e, incluso, una idea platónica. No se confiaba en que el servicio público de empleo estuviera en condiciones de gestionar la recolocación de estas personas, pero es que tampoco las entidades creadas "*ad hoc*" para apoyar estas transiciones, como son los fondos de promoción de empleo, fueron capaces de evitar la exclusión social de este colectivo<sup>36</sup>.

Ya en este tiempo comenzaban a fraguarse los modelos de "flexibilidad defensiva" y "flexibilidad ofensiva". Mientras que el primero se basa en una desregulación parcial de las relaciones laborales, la expulsión de la mano de obra madura (y su sustitución por trabajadores precarios y mano de obra barata) y el deterioro del estatuto protector; por el contrario, el segundo trata de fomentar la productividad, la competitividad y la calidad en el empleo. Así es, el modelo "ofensivo" pone en cuestión la precarización del empleo, la reducción de las medidas de protección social y la recuperación económica como fin para el desarrollo de las personas. En efecto, se debe implantar un sistema desmercantilizado que priorice en la adopción de medidas de recolocación (interna y externa) para así fomentar el desarrollo profesional generacional y evitar la expulsión de la mano de obra madura<sup>37</sup>. Para la consecución de este último modelo resultará preciso la implicación del sistema heterónimo, con el de otras fórmulas plurales y la autonomía colectiva. De modo que se combine ley y negociación colectiva, sin que con ello se ponga en peligro las bases mismas para la sostenibilidad financiera del sistema de protección social<sup>38</sup>.

Durante décadas la falta de sensibilidad hacia los trabajadores mayores brilló por su ausencia, por lo que impulsados por un sistema de "flexibilidad defensiva" el ordenamiento jurídico comunitario (y, por ende, también el nacional) comenzó a apostar por la implantación de la denominada "jubilación flexible"<sup>39</sup>. Y es que, la tranquilidad que daba la garantía de rentas que generalmente se aseguraba, hacía que el impacto desproporcionado sobre estas personas no fuera considerado un problema. Por lo que, la principal preocupación era rebajar la presión que las pensiones ejercen sobre un sistema público sobrecargado<sup>40</sup>. La contextualizada era la de fomentar la extinción contractual por razones de edad y en base a la previsión ya establecida por el artículo 49.1 f) del Estatuto de los trabajadores "extinción del contrato de trabajo por jubilación". Por esta época destacaba la implantación de medidas que permitían compatibilizar la jubilación flexible y la parcial con el trabajo, las jubilaciones forzosas pactadas en convenio.... de lo que se trataba es de facilitar un amplio abanico de opciones a las que podía acogerse

---

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad", *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Nuevos retos del mercado laboral: pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*, 30 de septiembre de 2017, versión digital.

<sup>37</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiantes" y MONEREO PÉREZ, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 173-178.

<sup>38</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 177-178.

<sup>39</sup> MORENO ROMERO, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea...* op.cit., págs. 25-28.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

el trabajador en relación a su ciclo vital elástico<sup>41</sup>. El efecto de expulsión del mercado de trabajo no era valorado como especialmente negativo, si no venía acompañado de una situación de desprotección. A este respecto nace la figura de la prejubilación bajo el paraguas de los planes sociales o situaciones alternas: jubilación anticipada, jubilación parcial, autoempleo... etcétera<sup>42</sup>.

Acceder prematuramente a una jubilación, con rentas públicas garantizadas, no era considerado un perjuicio relevante y ello aun cuando se tratara de una medida impuesta a los trabajadores mayores ante los procesos inminentes de reestructuración empresarial (lo cual suponía privarles de la posibilidad de continuar en el empleo), pero es que además permitía la sustitución de los mayores por jóvenes, lo que convierte a la jubilación en un instrumento al servicio de las políticas de empleo. De esta forma se puede llevar a cabo la reordenación inevitable de plantillas mediante la amortización de puestos de trabajo. Por lo que, para aquellos trabajadores afectados ya sólo quedaba determinar cómo había de llevarse la ampliación de la protección social pública. Lo que explica la gran cantidad de recursos destinados a eliminar puestos de trabajo para así sacar a las personas que los ocupaban durante su vida laboral activa; dejando sin fondos, paradójicamente, a las políticas de empleo, subdesarrolladas durante décadas en la nación española<sup>43</sup>.

Principalmente, en la praxis ordinaria se está utilizando con mucha habitualidad la figura de la "prejubilación" para extinguir, de una forma no traumática, los contratos de trabajo durante los procesos abiertos de despido colectivo. Se trata ésta de una situación intermedia e híbrida -que enlaza el subsidio por desempleo con el acceso a la pensión de jubilación-, la cual carece de un reconocimiento legal explícito en el ordenamiento jurídico, pero que sin embargo aparece referenciada en múltiples disposiciones de la actual Ley General de la Seguridad Social<sup>44</sup> (aprobada mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social). A pesar de la imprecisión que presenta<sup>45</sup>, lo cierto es que esta forma de "prejubilación programada" ha sido ya admitida por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pudiendo así tener su origen por vía legal o convencional<sup>46</sup>.

En cualquier caso, lo que está claro es que la prejubilación supone el reconocimiento de una prestación económica externa al sistema de Seguridad Social y que viene a cubrir o

<sup>41</sup> MORENO ROMERO, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea...* op.cit., págs. 30-31.

<sup>42</sup> MONTOYA MELGAR, A Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: "Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº extraordinario, 2003, pág. 20 en su versión digital.

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

<sup>44</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., págs. 177-187.

<sup>45</sup> MONTOYA MELGAR, A Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: "Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo"... op.cit., pp. 22 y siguientes. Afirman estos autores que esta figura es de difícil encaje en el ordenamiento jurídico, pues no se contempla actualmente ningún mecanismo protector para todas aquellas que cesan en su relación laboral y no reúnen los requisitos para el acceso a una pensión de jubilación (ya sea en su modalidad contributiva o no contributiva), por lo que lo más adecuado es que las personas afectadas pasen a disfrutar el subsidio por desempleo.

<sup>46</sup> Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, Caso Defreyn/Sabena, S.A. Para un conocimiento más exhaustivo, ver LÓPEZ CUMBRE, L: "Prestaciones complementarias de prejubilación: un debate sobre la naturaleza retributiva o de protección social. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, Caso Defreyn/Sabena, S.A", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº Extraordinario, 2003.

sustituir la carencia de rentas de aquellos trabajadores próximos a una jubilación y que, con motivo de su edad cesen, voluntariamente<sup>47</sup> o involuntariamente (como ocurre en la mayoría de los casos), en su actividad laboral. Cabe entender la prejubilación programa como una figura impuesta unilateralmente por el empresario (y que cuenta, en muchos casos, con el beneplácito de los negociadores) para despedir colectivamente a los trabajadores maduros, a cambio de una renta sustitutiva para el periodo laboral que les resta hasta su jubilación.

Esta situación de "connivencia forzada" entre partes debería desde un punto jurídico ser castigada<sup>48</sup>, pues no puede aceptarse el hecho de que un despido colectivo se base en condiciones inherentes a la persona del trabajador. Ciertamente, este dato ya resulta contrario a lo dispuesto por la Directiva comunitaria 2000/78/CE del Consejo<sup>49</sup>, en donde claramente se prohíbe el despido de trabajadores de edad avanzada. Así es, "... por mucho que doctrinalmente se intente acomodar el carácter necesariamente voluntario de aquella al régimen jurídico de esa causa extintiva, diferenciando entre la voluntariedad en el origen de la extinción y la voluntariedad en la aceptación de la misma, en el sentido de entender que cabe la simple aceptación voluntaria de la ruptura contractual por parte del trabajador pese a que el origen de la misma esté en la decisión unilateral del empresario"<sup>50</sup>. De esta manera, la prejubilación acaba convirtiéndose en un mecanismo u objeto a concretar durante período de negociación colectiva gestional que tiene lugar durante los procesos de reestructuración colectiva empresarial.

Pero, además, cabe decir que a día de hoy no tiene sentido seguir apoyando esta medida, pues ya desde el ámbito europeo se habla de la necesidad de favorecer el "envejecimiento activo"<sup>51</sup>. Por lo que, resulta esencial seguir una vía "pro-activa" de formación y ocupación, para así evitar la salida prematura de los trabajadores mayores y fomentar un tránsito gradual y progresivo del trabajo a la jubilación<sup>52</sup>. Evitando, por otra parte, las consiguientes repercusiones y efectos negativos que sobre el sistema de pensiones ello ocasiona y teniendo en cuenta la imperiosa necesidad de garantizar el disfrute de unas pensiones dignas.

En cualquier caso, el Plan de prejubilación, fruto del contrato individual o colectivo, se regulan todas las condiciones que rigen el nacimiento, extinción, así como los derechos y obligaciones de las partes<sup>53</sup>. Por lo que, al término, la prejubilación se configura como una contingencia específica y distinta a las reguladas por el sistema de Seguridad Social, en donde el convenio especial cumple un papel muy relevante al permitir que aquellos colectivos más vulnerables puedan acceder al sistema de protección social<sup>54</sup>. El Convenio Especial se constituye como un instrumento negocial de naturaleza jurídica

<sup>47</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S: "La anticipación de la edad de jubilación", *Revista de Seguridad Social (RSS)*, núm.36, 1987, pág. 20.

<sup>48</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., pág. 189.

<sup>49</sup> De 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

<sup>50</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: "Trabajadores de "edad avanzada": empleo y protección social"...op.cit., pág. 247.

<sup>51</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013, págs. 115 y siguientes.

<sup>52</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiantes" y MONEREO PÉREZ, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., pág. 189.

<sup>53</sup> GODINO REYES, M: "Del empleo a la jubilación en tiempo de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas"...op.cit., pág. 123.



público-privada, el cual se articula mediante acuerdos celebrados entre los trabajadores y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) con el objeto de generar, mantener o ampliar, en determinadas situaciones, el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social<sup>55</sup>.

En este sentido, para los casos de despido colectivo el artículo 51.9 del ET establece una verdadera obligación de acordar este convenio. Actualmente, este sólo podrá ser celebrado por personas que figuen incluidos en el despido colectivo, siempre que tengan más de 55 años de edad y no tengan la condición de mutualista a 1 de enero de 1967. De ahí que se imponga, durante todo el periodo de prejubilación, la obligación de cotizar a ambas partes hasta que el trabajador alcance los 65 años de edad. Ahora bien, la obligación de cotizar del empleador sólo se extiende hasta los 61 años, pudiendo éste realizar el pago de una vez o de manera fraccionada. Ya de primeras llama la atención el hecho de que este convenio se suscriba entre trabajador y empresario, de un lado, y, de otra, por la TGSS. Cuando lo normal es que el convenio se pacte entre el trabajador y la Tesorería<sup>56</sup>.

A finales del siglo XX, la Comisión Europea examinará las consecuencias negativas que esta situación puede conllevar atendiendo al fenómeno del "envejecimiento constante de la población" y sobre su puesta en peligro para la sostenibilidad de las pensiones<sup>57</sup>. Se dará cuenta de que lo ideal sería combinar apropiadamente flexibilidad y estabilidad, para que pueda operar una organización adecuada del trabajo. Y es que, no se olvide, que los procesos de reestructuración empresarial van acompañados normalmente de despidos colectivos. De ahí que surja la necesidad de establecer mecanismos de control y amortiguadores de los efectos negativos de los procesos de reestructuración. Sin que con ello se dejen de lado a uno de los grandes protagonistas en los procesos de despido colectivo, esto es, los agentes sociales<sup>58</sup>.

## **2.2. La prejubilación como puente jurídico para el alivio de los intereses empresariales: puntos críticos**

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

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

---

<sup>54</sup> Cuando, por diversas circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico (entre otras, con motivo de un ERE), los trabajadores han salido de la protección del mismo o tienen dificultades para acceder a determinadas prestaciones.

<sup>55</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., en su versión digital.

<sup>56</sup> SEMPERE NAVRRO, A Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: "Selección de trabajadores afectados por un ERE (Criterios prácticos)", *Boletín Gómez-Acebo & Pombo*, enero 2014. Disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/seleccion-de-trabajadores-afectados-por-un-ere-criterios-practicos.pdf>

<sup>57</sup> MORENO ROMERO, F: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea...* op.cit., pág. 113.

<sup>58</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación"...op.cit., pág. 180.

los costes quedaban a cargo del trabajador y de la Seguridad Social, quien en este último caso debía soportar las consecuencias negativas que sobre un sistema público debilitado recaía desde un punto de vista financiero. El Convenio Especial de Seguridad Social venía a cumplir aquí una función relevante. De este modo, se lograba en la práctica disuadir el retorno al empleo de los trabajadores mayores, a cambio de no garantizar su protección continuada y el disfrute de una pensión de jubilación generosa<sup>59</sup>.

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

En un inicio la prejubilación (bajo la fórmula de "jubilación anticipada") fue utilizada en empresas más propias del sector servicios (por ejemplo: banca, telefonía, industrias...), pero paulatinamente se va generalizando a todos los sectores productivos. Es por ello que algunos de sus antecedentes, más señalados, se encuentren en el Real Decreto-ley 9/1981, de 5 de junio, sobre medidas para la reconversión industrial y en la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización<sup>60</sup>. La primera normativa fue destinada a regular las ayudas económicas para empresas "no sujetas a planes de reconversión", mientras que en la segunda se regulaba con carácter temporal los llamados "planes de reconversión". En cualquier caso, se reconocían se reconocían para aquellos trabajadores próximos a los 60 años o más unas ayudas equivalentes a la prestación por jubilación, otras prestaciones y subsidios (y complementos) por desempleo por un tiempo mayor al legal y con independencia de los períodos previos de cotización. Nacieron así, gracias a la Ley 27/1984, los Fondos de Promoción de Empleo encargados de cubrir el tiempo necesario hasta que el trabajador alcanzara la edad para el acceso a una jubilación anticipada<sup>61</sup>. Con posterioridad se confirmará y reafirmará en esta idea gracias a la publicación de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria<sup>62</sup>, en donde ya se precisa, aún más, la dotación de las ayudas vinculadas a procesos de reconversión tras un despido colectivo y el compromiso empresarial de completar dichos subsidios por desempleo y pensiones de jubilación<sup>63</sup>.

En este contexto, las jubilaciones anticipadas que existía con -carácter general- eran "la forzosas" y, por tanto, las vinculadas a procesos de extinción de las relaciones de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Ciertamente, el despido del trabajador se producía por causas no imputables al mismo y como consecuencia de una reestructuración empresarial que impidiese su continuidad laboral, ahora bien, para

---

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

<sup>60</sup> BOE núm. 180, de 28/07/1984.

<sup>61</sup> GODINO REYES, M: "Del empleo a la jubilación en tiempo de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas"...op.cit., pág. 122.

<sup>62</sup> BOE núm. 176, de 23/07/1992.

<sup>63</sup> Para un conocimiento más exhaustivo ver GARCÍA NINET, J.I: "Sobre el complemento a cargo de la empresa en la pensión de jubilación anticipada en empresas públicas sometidas a reconversión industrial", *Tribuna social*, Número 13, 1992, pág. 29.

que éste pudiera gozar del derecho a las ayudas mencionadas debía de cumplir con una serie de requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

A este respecto, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social exigía para el acceso a una jubilación anticipada "voluntaria"(cambio operado respecto a la normativa anterior en donde sólo se hablaba de jubilaciones anticipadas "forzosas") que, como mínimo, el trabajador ostentara la edad de 61 años. Aparte, en ella se requiere que el interesado esté inscrito como demandante de empleo, al menos, 6 meses antes de la fecha de solicitud de la jubilación, acreditación de un mínimo de cotización efectiva de treinta años. El tránsito "indebido" o puente jurídico para la prejubilación -no regulada legalmente- operaba de la siguiente manera: Primeramente, el trabajador percibía una indemnización por despido generosa como para así aludir cualquier medida de política de empleo; Seguidamente y una vez agotada la indemnización, el trabajador pasaba a desempleo. En este caso, podía éste disfrutar de un máximo de 2 años (dependiendo de lo cotizado), ahora bien, si una vez finalizado el trabajador no alcanzaba la edad ordinaria para el acceso a una jubilación entonces, en Tercer Lugar, se reconocía el subsidio por desempleo para mayores de 55 años. Finalmente, el carácter asistencia de esta medida permitía que se mantuviera hasta que alcanzara la edad legal para poder acceder a una pensión contributiva<sup>64</sup>.

De acuerdo con este esquema eran varias las premisas que incentivaban a ambas partes para el acceso a una prejubilación: 1) el operar despidos más caros que la del resto de trabajadores de la empresa, 2) junto a la indemnización que reciben por despido hay que sumar el pago de una cuota a través del Convenio especial con la Seguridad Social y 3) una vez alcanzada la edad para el acceso a una jubilación anticipada o a una jubilación ordinaria, la empresa puede (si así se acuerda en el correspondiente Plan de prejubilación) pagar una renta vitalicia gracias a la entrada en escena de los acuerdos a los que éste llega con las compañías aseguradoras. En la práctica, todo este entramado propicia que los prejubilados no retornen al mercado laboral activo. Ahora bien, cabe decir que en toda esta fase no puede calificarse al prejubilado ni como asalariado, ni como desempleo, ni tampoco como jubilado. Se trata, en todo caso, de una jubilación anticipada efectuada "*ex ante*"<sup>65</sup>.

El despido colectivo de mayores de 50 o más años de edad, claramente, se incentiva. En particular, el RDL 16/2013 de 23 de diciembre<sup>66</sup>, introdujo un nuevo beneficio empresarial del que resultarían favorecidas las grandes empresas, empresas multinacionales y grupos de empresas, pues alivió considerablemente el coste del plan de prejubilación. Y es que, a través de este RDL se preció que quedarían excluidas del coste por la prestación por desempleo de sus trabajadores maduros despedidos todas las empresas que hubiesen registrados pérdidas importantes de actividad productiva. Por lo tanto, lo relevante no es aquí que tuviesen beneficios como grupo corporativo a nivel mundial, sino que hubiesen experimentado pérdidas en su actividad.

<sup>64</sup> GALLEGO LOSADA, R: *El dilema de las pensiones en España...* op.cit., págs. 120 y 121.

<sup>65</sup> GALLEGO LOSADA, R: *El dilema de las pensiones en España...* op.cit., págs. 120-123. Aparte, hay que señalar que la Ley 27/2011-posteriormente modificada por la Ley 3/2012 y por enmienda "telefónica"- imponía a las empresas que efectuaran EREs también la obligación de que abonaran una aportación económica cuando los despidos colectivos afectaras a trabajadores mayores de 50 años (Ver Disposición Final 4ª de la Ley 3/2012). Ahora bien, se exigía que del total de trabajadores despedidos sea mayor el porcentaje de aquellos próximos a una edad de jubilación (es decir, mayores de 50 años).

<sup>66</sup> De medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. Publicado en el BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 2013.

El excesivo recurso a la vía del despido colectivo motivado por la falta de una regulación valiente, proteccionista e intervencionista en los procesos de reestructuración empresarial ha motivado, precisamente, el uso abusivo y discriminado de los fondos públicos. Se precisa de un mayor control y racionalización en este ámbito para así lograr el fin último del sistema de Seguridad Social, que no es otro que el de amparar a todos los ciudadanos frente a las distintas situaciones de necesidad. La flexibilización del despido, la débil o suave penalización de las prejubilaciones y el consiguiente aumento de la edad de acceso a una jubilación han sido, sólo, algunos de los elementos que han incidido negativamente en caso. Aparte cabe señalar que no se puede confiar en el papel que de garantía de los intereses generales efectúa la Administración Pública española (y el cual se ha puesto en tela de juicio)<sup>67</sup>, cuando ni siquiera el mismo legislador ha frenado los efectos perversos que el uso desviado de las prejubilaciones origina de cara a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y al colectivo de trabajadores maduros. Sobre este tema, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo (con entrada en vigor a partir del 2 de marzo de 2023)<sup>68</sup> ha reforzado el papel de la inspección de trabajo en materia de despidos colectivos al exigir que emitan un informe con carácter preceptivo. Y, todo ello, en línea con la Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023<sup>69</sup>.

Cabe traer a colación aquí la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2023 (número de recurso 2785/202) en donde el alto tribunal avala que los trabajadores maduros (mayores de 60 años) puedan percibir una indemnización menor (respecto de trabajadores con menos edad) en caso de despido colectivo. Justifica el Supremo que se trata ésta de una medida "razonable y proporcionada". Ya el tribunal de instancia (esto es, el TSJ de Castilla-La Mancha) consideró que tratar de forma diferente a los empleados en función de su edad "se encuentra objetivamente justificado en la desigual situación en la que quedan unos y otros trabajadores tras la extinción de sus contratos de trabajo", argumento que apoya el Supremo.

Para el Tribunal Supremo, a los trabajadores de menor edad les resta "un recorrido profesional y vital más incierto, están todavía alejados de la pensión jubilación, y resulta objetivamente más difícil que las prestaciones de seguridad social que puedan percibir en el futuro alcancen hasta el momento de acceder a esa pensión", explica la sentencia. Por ello, "el sacrificio exigido a quienes están en una u otra franja de edad es razonable y proporcionado", añade el texto. Entiendo que, tras esta sentencia, se abren las puertas para que el despido masivo de trabajadores maduros sea aún mayor. Lo que, lamentablemente, contradice las políticas de envejecimiento activo y sostenibilidad del sistema de pensiones que tanto se desea alcanzar.

Curiosamente en el año 2023, tras la polémica sentencia del TS de 24 de enero de 2023, el legislador volvió a retocar y reforzar las causas y consecuencias del despido disciplinario (artículo 55 del ET) y objetivo (artículo 54 del ET) cuando éste afecte a conciliación de la vida familiar y la vida profesional. Sin embargo, no toca el despido

---

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M: "Entre el Mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad"...op.cit., versión digital.

<sup>68</sup> BOE núm. 51 de 1 de marzo de 2023.

<sup>69</sup> BOE núm. 289 de 3 de diciembre de 2021.

colectivo y, menos aún, las causas de despido vinculado a la edad del trabajador y a la digitalización de las relaciones laborales.

Por otra parte, la protección social complementaria ha cumplido también, en este punto, una importante labor pues, en contra de todo pronóstico, ha sido utilizada para fomentar los procesos de prejubilación. Es por ello que, a día de hoy, se establezca como una posible solución el que los bancos (promotores de estos planes) paguen un impuesto que contribuyan a la viabilidad del sistema de pensiones. No obstante, a mi parecer, puede ser ésta una medida útil, pero en absoluto puede afirmarse que vaya a levantar el barco que sostiene al sistema de pensiones. En todo caso, podría tratarse de una fórmula complementaria.

Tras la aprobación de la Ley 12/2022, de 30 de junio<sup>70</sup>, probablemente se utilice, aún más, los planes privados de pensiones para impulsar y fomentar las prejubilaciones de trabajadores maduros en procesos de reestructuración empresarial. Y es que, el imponer que sea el empresario quien los concierte, se genera un efecto disuasorio que se aleja -claramente, del fin previsto por el legislador de complementar las pensiones futuras que otorgue el sistema de Seguridad Social. Por lo que, al término, tampoco se estarían cumpliendo con los objetivos que tanto busca el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones<sup>71</sup>.

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

---

<sup>70</sup> De regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones.

<sup>71</sup> BOE núm. 65 de 17 de marzo de 2023.