

EL CONCEPTO DE JUBILACIÓN FLEXIBLE

MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Una de los conceptos claves de las últimas reformas es sin duda el de la flexibilidad, que ahora se incorpora también al campo normativo de la Seguridad Social y, en concreto, a su prestación por excelencia, la de jubilación. Partiendo de ciertos presupuestos demográficos, de racionalización y viabilidad del sistema, primero el RDL 16/2001 y, posteriormente, la Ley 35/2002 han introducido un cambio cualitativo y conceptual importante en el campo de las prestaciones, instaurando un modelo de jubilación que se califica de gradual, flexible y progresiva, por lo que resulta necesario, aquilatar y comenzar a desgranar su significado.

A ese fin se analizan las distintas normas promulgadas con el propósito de deducir si realmente contribuyen a lo que ha de ser un sistema flexible, por oposición a otro rígido, por cuanto que la gradualidad y la progresividad no parece que sean sino diversas manifestaciones de aquél. La conclusión a la que se llega es que se puede deducir claramente que la reforma de 2001-2002 ha introducido en la regulación jurídica de la jubilación importantes dosis de flexibilidad. Como factores más significativos de esa flexibilización destaca la ampliación de los supuestos de jubilación anticipada, el tratamiento meliorativo de quienes deseen prolongar su vida activa más allá de la edad ordinaria de jubilación y la apertura del abanico de posibilidades para combinar trabajo parcial y jubilación parcial. Hay aspectos concretos en los que se podría haber llegado más lejos, y podrían haberse eliminado ciertas rigideces, al margen de que deberían también evitarse ciertas adiciones reglamentarias que pueden considerarse *ultra vires*.

Pero sin duda es la recuperación del principio de voluntariedad de la jubilación, la que merece mención especial. Tema crucial en estos momentos y de indudable incidencia tanto en el campo de lo laboral como en el de la Seguridad Social. La conclusión a la que se llega, tras un reestudio detenido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es la de negar virtualidad a las normas convencionales que en la actualidad supongan una restricción a dicha libertad.

ÍNDICE

1. Un cambio cualitativo en la orientación reformadora de la jubilación
2. El concepto de jubilación flexible
3. La instauración de la jubilación flexible en la reforma de 2001-2002:
 - 3.1. Jubilación obligatoria o voluntaria; 3.2. Edad única o diversificada según profesiones (o según otros criterios); 3.3. El adelanto o el retraso en la edad de jubilación ordinaria; 3.4. Compatibilidad o incompatibilidad con el trabajo; 3.5. El carácter reversible o irreversible de la situación de pensionista
4. Conclusión

1. UN CAMBIO CUALITATIVO EN LA ORIENTACIÓN REFORMADORA DE LA JUBILACIÓN

Es bien sabido que la normativa de Seguridad Social es una parcela del ordenamiento jurídico que se encuentra sometida a cambios con mucha –quizás demasiada– frecuencia, lo cual, por una parte, es explicable si tenemos en cuenta la gran dependencia que dicha regulación tiene respecto de la evolución de las variables económicas y el hecho de que sea centro de atención prioritaria de las demandas sociales; pero, por otra parte, no deja de producir una cierta desazón la paradoja de que una institución cuya finalidad es la de proporcionar a los ciudadanos una cierta seguridad tanto a corto como, sobre todo, a largo plazo reciba un tratamiento normativo tan inestable y, por ello mismo, inseguro.

Siendo la contingencia de jubilación y las pensiones que la cubren uno de los elementos esenciales de todo sistema de Seguridad Social, no es extraño que la reforma de su regulación haya estado siempre en el centro de las sucesivas modificaciones normativas que han tenido lugar en nuestro país desde mediados de los años ochenta. Sin embargo, a poco que profundicemos algo en el contenido de esas reformas –que se produjeron en 1985 y en 1997, dejando al margen la instauración de las pensiones no contributivas en 1990– constataremos que los elementos estructurales de dicha regulación han permanecido prácticamente intactos puesto que, tanto en 1985, bajo gobierno del PSOE, como en 1997, recién llegado el PP al gobierno, lo único que se alteró, aunque de manera importante, fue el aspecto cuantitativo de la pensión de jubilación, con la común finalidad de conseguir un ahorro a las arcas del sistema o, visto desde la óptica del beneficiario, de producir un cierto “recorte” de las pensiones. Recordemos, en efecto, que en 1985 se pasó de calcular la base reguladora sobre los dos últimos años cotizados a hacerlo sobre los últimos ocho años y que en 1997 se pasó de ocho a quince, pasando además el período de carencia de diez a quince años con la consiguiente alteración de la escala de porcentajes: ahora para alcanzar una pensión del 50% de la base reguladora es necesario haber cotizado quince años, en lugar de solamente diez.

Es claro que tanto en la reforma de 1985 como en la de 1997 el ánimo del legislador estuvo decididamente influenciado por lo que en alguna ocasión he denominado el “fantasma demográfico”. Con esa expresión quiero expresar no mi desacuerdo con unos datos demográficos –que, como tales, son incontestables y que afectan a todos los países desarrollados de nuestro entorno y singularmente a España, a saber el descenso de la tasa de natalidad y el alargamiento de la esperanza de vida, que combinados producen el denominado “envejecimiento de la población”– sino la forma en que los mismos son metabolizados e instrumentalizados políticamente para deducir de ellos los más negros augurios para nuestro sistema público de pensiones y, por extensión, para la protección social en su conjunto.

No entraré ahora a fondo en ese debate, lo que nos apartaría excesivamente del objeto concreto de nuestra reflexión, pero sí dejaré apuntado que la mixtificación de aquel discurso –lo que lo hace propiamente fantasmagórico– es pretender hacer una profecía del futuro a veinte o treinta años vista extrapolando los datos demográficos disponibles pero haciendo abstracción de otros elementos (algunos también de carácter demográfico, por cierto) cuya evolución en los próximos años puede alterar de manera importante la influencia y hasta el significado de ese previsto envejecimiento. Por poner algunos ejemplos, y empezando por lo del “significado”, no creo que sea aventurado predecir que una persona de sesenta y cinco años del año 2030, por ejemplo, tendrá pocos puntos en común, en términos de salud y capacidad de trabajo, con una persona que tenga esa misma edad hoy día; añadamos que el tipo de esfuerzo laboral requerido a esa persona será también muy diferente, menor desde luego, como hoy es más liviano que hace un cuarto de siglo; consideremos que la jornada de trabajo –pese a tantas resistencias– seguirá su consolidada tendencia histórica a la reducción. Todos los citados son elementos que pueden aconsejar un retraso en la edad de jubilación –y, por consiguiente, de la factura global de las pensiones– sin que ello suponga una disminución del bienestar de los ciudadanos. Por otra parte, si queremos considerar el asunto por el lado de los activos –y, consiguientemente, de los ingresos del sistema– habrá que tener en cuenta el fundamental fenómeno de la inmigración (población joven y con elevada tasa de natalidad) que no ha hecho más que comenzar; reparemos, por otra parte, en que nuestra tasa de actividad es tan espectacularmente baja, en torno al 50%, que necesariamente habrá de crecer; y si para ello es necesario, obviamente, el crecimiento económico, las previsiones menos optimistas prevén, a largo plazo, un crecimiento acumulativo anual del 2% del PIB, lo que significa que en las fechas en las que se pretende situar la quiebra del sistema de pensiones nuestra sociedad produciría casi el doble de riqueza que en la actualidad: ¿cómo es posible que esa sociedad mucho más rica no vaya a ser capaz de mantener a sus ancianos?

Pues bien: lo que caracteriza la reforma producida en 2001-2002 es que, por primera vez, se afrontan los elementos estructurales del sistema –la edad

de la jubilación y la propia naturaleza del cese jubilatorio (esto es su posible compatibilidad con el trabajo)— lo que significa que estamos ante una reforma cualitativa y no meramente cuantitativa: de ahí el interés que inmediatamente ha despertado en la doctrina¹. Con ello no se hace más que seguir la Recomendación Décima del Pacto de Toledo —que, aunque data de 1995, había sido casi completamente ignorada en la reforma de 1997— según la cual “la edad de jubilación debe ser flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad” y, coherentemente con ese diseño, “el acceso a la pensión de jubilación no debe impedir una presencia social activa del pensionista”. Por ello, se decía ya en 1995, “resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen” y ello sin perjuicio de garantizar que “se mantendrán los sistemas de jubilación anticipada ligados a los contratos de relevo y de sustitución ya previstos en la legislación vigente”.

Nótese que la propia Recomendación Décima no oculta que la jubilación flexible resulta también aconsejable “en términos financieros”. Ello quiere decir que los autores del Pacto de Toledo pensaban que esa flexibilidad se traduciría básicamente en un retraso de la jubilación con los consiguientes beneficios para las arcas del sistema. Y si esa es la principal preocupación que late detrás de la instauración de la jubilación flexible, deberemos concluir que la reforma de 2001-2002, a pesar del giro cualitativo que antes hemos subrayado, no deja de participar también de la orientación de las anteriores reformas meramente cuantitativas: también ahora se persigue esencialmente ahorrar costes.

De ahí que en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, firmado por el Gobierno, CCOO, CEOE y CEPYME (no por UGT) el 9 de abril de 2001, y que es el segundo de desarrollo del Pacto de Toledo, se afirme (con palabras que reproducirá textualmente la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, y de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que sustituye a dicho Decreto-ley) que “resulta conveniente modificar la regulación de la pensión de jubilación,

¹ Al menos dos monografías cabe citar: José Luis Tortuero Plaza, “Jubilación forzosa versus jubilación flexible”, Civitas, Madrid 2002; y Francisco Javier Fernández Orrico, “La jubilación flexible en la práctica”, Aranzadi, Pamplona 2002. Y entre los artículos dedicados al tema: Juan López Gandía: “El Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo”, *Revista de Derecho Social* 14/2001. Mikel de la Fuente Lavín, “Comentarios urgentes al Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible”, *Aranzadi Social* 20/2001. Ignacio Camós Victoria, “La reforma de la pensión de jubilación y su incidencia sobre la política de empleo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 110/2002. José Antonio Panizo Robles, “La jubilación flexible: últimas modificaciones en el régimen jurídico de la pensión de Seguridad Social por jubilación”, *Relaciones Laborales* 3/2002.

de manera que la misma no impida una presencia social activa de los ciudadanos, teniendo en cuenta, a su vez, que esta permanencia repercute en la propia autoestima del trabajador, tiene efectos positivos sobre el sistema de pensiones y, de modo más general, presenta indudables ventajas para el conjunto de la sociedad que, de esta forma, puede aprovechar las experiencias y los conocimientos de los trabajadores de más edad”.

Así pues, los autores de la reforma opinan que la jubilación flexible debe consistir ante todo en “mantener la presencia social activa de los ciudadanos”, lo que no es sino una forma elegante de referirse al retraso en la edad de jubilación. Y, aunque sea mediante una pudorosa –por poco explícita– referencia a los “efectos positivos sobre el sistema de pensiones”, es obvio que se está pensando en el ahorro que ese retraso supondrá para las finanzas de la Seguridad Social. Constatado esto, las alusiones –ahora más directas– a otros beneficios, como “la propia autoestima del trabajador” o “las indudables ventajas para el conjunto de la sociedad”, que podrá aprovechar durante más tiempo la experiencia y conocimientos de los trabajadores, no dejan de sonar algo retóricas. Entre otras cosas porque si el efecto ahorro puede darse por descontado sin necesidad de demostración alguna, no es nada claro que la autoestima –digámoslo por pasiva– deba sufrir por el hecho de jubilarse (si esa jubilación llega después de una larga vida de esfuerzo laboral), y tampoco lo es que, en una gran cantidad de actividades laborales basadas sobre todo en el esfuerzo físico, cuenten excesivamente ni la experiencia ni los conocimientos.

En cualquier caso, hay que subrayar que, aunque el retraso en la edad de la jubilación aparece como la finalidad esencial de esta reforma, en la misma se introducen también algunos retoques destinados a facilitar la jubilación anticipada. Ello hace más creíble que se pueda hablar de jubilación flexible, al permitirse y hasta facilitarse no solamente el retraso sino también el adelanto en la edad de jubilación. Pero enseguida veremos que el acento se pone de manera decidida en el fomento del retraso y mucho menos en el del adelanto: la relativa facilitación de éste aparece más bien como una concesión hecha a los sindicatos –o, mejor dicho, al único sindicato firmante, quizás para conseguir precisamente su firma– pero un poco a regañadientes, tal es el cúmulo de requisitos que se exigen para permitir la jubilación anticipada.

Finalmente, la reforma se enfrenta también con el preocupante fenómeno de lo que yo denomino la “jubilación prematura”, comúnmente conocida como pre-jubilación, consistente en que se extinguen los contratos de trabajo de trabajadores que tienen una edad –en torno a 55 años o incluso menos– aún lejana no ya de la edad ordinaria de jubilación –65– sino incluso de la que se puede admitir como jubilación anticipada –60, como máximo–. Naturalmente, esas personas no pueden considerarse jubilados desde el punto de vista del Derecho de la Seguridad Social puesto que aún no pueden ser pensionistas de jubilación. Son personas a las que se les ha extinguido sus contratos de trabajo bajo cualquier cobertura formal –despido objetivo, expediente de regulación de

empleo o despido disciplinario– pero siempre en el marco de operaciones de rejuvenecimiento o de ajuste de plantillas llevadas a cabo por grandes empresas que, normalmente, hacen ofertas indemnizatorias complejas y más o menos generosas que son aceptadas por los propios trabajadores despedidos. Que aparecen formalmente como tales –aun en los casos en que sería más adecuado hablar de extinción por mutuo acuerdo (art. 49.1,a del ET)– precisamente para tener derecho a las prestaciones por desempleo y a las cotizaciones de ellas derivadas, lo que les acerca dos años a la edad de jubilación, que es de lo que se trata –por eso se les denomina prejubilados en lugar de desempleados– operación de acercamiento que se financia, al menos parcialmente, a costa del sistema de Seguridad Social. Y esto es lo que la reforma intenta evitar, por el procedimiento que luego examinaremos.

2. EL CONCEPTO DE JUBILACIÓN FLEXIBLE

Como hemos visto, tanto el Pacto de Toledo como el Acuerdo de abril de 2001, que lo desarrolla, como, en fin, su traducción normativa en el Decreto-ley 16/2001 y, finalmente, en la Ley 35/2002, utilizan tres adjetivos calificativos para referirse al nuevo tipo de jubilación que se pretende instaurar: flexible, gradual y progresiva. Ninguno de esos textos explica cual es el significado concreto de cada uno de esos adjetivos ni, por ende, si se trata de términos sinónimos o, si no, en qué se diferencian entre sí.

En mi opinión, el concepto verdaderamente importante es el de flexibilidad, siendo la gradualidad y/o –luego aclararemos esto– progresividad un simple aspecto de la flexibilidad. Ahora bien, ¿en qué consiste dicha flexibilidad?, ¿qué significa exactamente que la jubilación sea flexible? Digamos, de entrada, que más que la jubilación lo que puede ser flexible –o, por el contrario, rígida– es la regulación jurídica de la jubilación, regulación que incluye la propia definición de la contingencia (a partir de cuya definición podremos concluir que la jubilación –que es la contingencia protegida– se concibe de una manera más o menos flexible) pero no solamente eso: incluye también determinadas facultades atribuidas al beneficiario de la pensión, dándole un margen mayor o menor de maniobra o, en otras palabras, un elenco más o menos diversificado de opciones; y es todo ello lo que nos permitirá calificar la regulación como flexible o como rígida.

Naturalmente, limitarnos a afirmar que la regulación es flexible cuando no es rígida, o viceversa, no es sino simple tautología que nada aclara. De lo que se trata es de identificar cuales son los elementos sobre cuya base podemos diagnosticar si estamos ante una regulación rígida o, por el contrario, flexible; o más exactamente, cual es el grado de flexibilidad –o de rigidez– de la misma, lo que vendrá determinado por la combinación de todos esos elementos, respecto de cada uno de los cuales podemos identificar dos polos: uno que nos denotaría la máxima rigidez y otro la máxima flexibilidad. Normalmente,

la regulación jurídica no se situará en ninguno de esos polos sino en algún punto intermedio entre ambos. Y ello ocurrirá en todos y cada uno de los elementos que consideremos definatorios. La consideración conjunta de todos ellos nos dará el perfil final –más o menos rígida, más o menos flexible– de la regulación que sea objeto de nuestro análisis.

¿Cuáles son esos elementos definatorios o esos caracteres determinantes? Según creo, se pueden identificar cinco.

El primero de ellos –que, en mi opinión, es el más importante de todos– es el carácter obligatorio o voluntario de la jubilación. La obligatoriedad sería una nota de rigidez, mientras que la voluntariedad es, como resulta obvio, un factor de flexibilidad.

El segundo es el carácter unitario o diversificado de la edad de jubilación atendiendo a las diversas profesiones de las personas que van a jubilarse. Parece claro que no todas las actividades profesionales producen el mismo desgaste físico; ni todas producen el mismo nivel de realización personal (lo de la autoestima que antes comentábamos tiene mucho que ver con esto); que en unas es más importante la experiencia mientras que en otras prima más el buen estado físico del trabajador: sus reflejos, su capacidad de resistencia, etc. Por ello, establecer la misma edad ordinaria de jubilación para todas las profesiones o tipos de trabajo es una regulación rígida. En cambio, diversificar dicha edad en función de esa heterogeneidad profesional es una regulación que, contemplada en su conjunto –no para cada una de las profesiones– es mucho más flexible.

El tercer elemento se refiere a la posibilidad, o no, que tenga cada individuo de adelantar o de retrasar la edad de jubilación establecida como ordinaria en cada una de las profesiones. La mayor o menor flexibilidad, desde este punto de vista, dependerá del número de años que se pueda adelantar o retrasar la jubilación, del mayor o menor número de requisitos que se exijan para proceder al adelanto o al retraso y, en fin, de las penalizaciones –y, hasta cierto punto, también de los incentivos– que se adjudiquen a la maniobra de adelanto o retraso del momento de la jubilación.

El cuarto elemento consiste en la posibilidad, o no, de compatibilizar la pensión de jubilación con el desempeño de una actividad laboral por cuenta propia o por cuenta ajena. Desde este punto de vista, una regulación rígida establecerá la total incompatibilidad de la pensión de jubilación con todo tipo de actividad profesional remunerada. Una regulación flexible permitirá, en cambio, compatibilizar el percibo de la pensión con ciertos tipos de trabajo, dependiendo la mayor o menor flexibilidad de la mayor o menor amplitud de dicha compatibilidad: con todo tipo de trabajo o solamente con alguno/s; solamente con trabajo a tiempo parcial o también con trabajo a jornada completa; etc.

En fin, el quinto elemento es el de la reversibilidad o irreversibilidad de la situación concreta de jubilación que se venga disfrutando: si es posible jubilarse y después volver a trabajar, suspendiendo el percibo de la pensión para

reanudarlo más adelante o si, por el contrario, ello no es posible; o si se puede optar por la compatibilidad de la pensión con algún tipo de trabajo en cualquier momento o solamente en el momento inicial de empezar a cobrar la pensión pero no ulteriormente.

Es precisamente en relación con los dos últimos elementos –compatibilidad entre pensión y trabajo y carácter irreversible de la opción elegida– que cabe hablar de una jubilación gradual. Consistiría ésta en una combinación de jubilación parcial y conversión del trabajo a tiempo completo en trabajo a tiempo parcial en porcentajes que irían variando “gradualmente o progresivamente”, al ir disminuyendo la jornada de trabajo poco a poco y aumentando el porcentaje de pensión proporcionalmente a aquella disminución. Por eso afirmaba antes que la gradualidad o progresividad –que entiendo que son términos completamente sinónimos, pues no alcanzo a ver en qué podrían diferenciarse– no es más que un aspecto de la flexibilidad que no tiene entidad por sí mismo sino que es simplemente un modo concreto de configurarse uno de los elementos de la flexibilidad: la compatibilidad entre pensión y trabajo, que se combinarán siguiendo precisamente esa pauta de gradualidad o acercamiento progresivo hacia la jubilación total: cese completo en el trabajo y disfrute íntegro de la pensión.

3. LA INSTAURACIÓN DE LA JUBILACIÓN FLEXIBLE EN LA REFORMA DE 2001-2002

Definida la jubilación flexible en los términos en que lo hemos hecho, procede ahora comprobar si, en comparación con la situación normativa anterior, la reforma de 2001-2002 ha introducido dosis mayores o menores de flexibilidad en relación con cada uno de los cinco elementos que hemos identificado. Digo la reforma de 2001-2002 no solamente porque se origina en el Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, al que sustituye –con cambios poco significativos– la Ley 35/2002, de 12 de julio (y sus reglamentos de desarrollo: Reales Decretos 1131 y 1132/2002, de 31 de octubre) sino también porque uno de los elementos de la flexibilidad –el referido a un asunto tan importante como el de la obligatoriedad o voluntariedad de la jubilación– fue afectado, como enseguida veremos, por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

3.1. Jubilación obligatoria o voluntaria

En la dialéctica rigidez-flexibilidad de la regulación de la jubilación este elemento de la obligatoriedad o voluntariedad del cese en el trabajo al cumplir una determinada edad es de la mayor importancia. Como es obvio, no es lo mismo establecer que el trabajador que cumple 65 años debe jubilarse que

limitarse a decir que, a partir de dicha edad, tiene derecho a jubilarse. En el primer caso se está creando una causa de extinción del contrato de trabajo –el cumplimiento de una determinada edad– mientras que en el segundo se está simplemente configurando uno de los requisitos –aunque sea el más esencial de todos– para poder acceder a la pensión de jubilación. Llevando al extremo la reflexión, se puede afirmar que la primera fórmula pertenecería al ámbito del Derecho del Trabajo mientras que la segunda sería un precepto del Derecho de la Seguridad Social. Pero lo cierto es que ambos aspectos de la jubilación –la extinción del contrato y el acceso a la pensión– están intrínsecamente unidos: la jubilación es, en suma, un instituto que pertenece a ambos campos normativos, el laboral y el de Seguridad Social.

En nuestra cultura jurídica y social este tema de la obligatoriedad/voluntariedad se ha venido enfocando de una forma algo esquizofrénica. Quiero decir que, en teoría, el principio jurídico básico ha sido siempre el de la voluntariedad de la jubilación pero la conciencia colectiva o social ha sido más bien la contraria: al llegar a una cierta edad hay que jubilarse. Veamos ambos aspectos de la cuestión.

El principio de la voluntariedad tiene un anclaje constitucional: el derecho al trabajo, consagrado en el artículo 35.1 CE. De él se deduciría que a ninguna persona se le puede prohibir trabajar o se le puede obligar a cesar en su trabajo por el hecho de cumplir una determinada edad: se conculcaría con ello su derecho al trabajo y, también, el artículo 14 CE al establecer una discriminación por una circunstancia personal –la edad– carente de toda justificación. Ahora bien: ¿seguro que no es posible hallar una justificación para que el legislador ordinario pueda establecer la obligatoriedad de dejar de trabajar a una determinada edad, sin conculcar por ello la Constitución?

Para contestar a esa pregunta puede no ser impertinente que llevemos la reflexión al otro extremo de la vida laboral de las personas: la edad mínima de admisión al trabajo. Nadie ha cuestionado jamás la norma jurídica que –en todos los países civilizados y con anclaje en diversos textos jurídicos internacionales– prohíbe trabajar a los menores de una determinada edad: en nuestro caso, actualmente, 16 años. La justificación de esa prohibición parece tan palmaria –defender la salud y el desarrollo integral, tanto físico como formativo, de los menores– que a nadie se le ocurre defender que el derecho al trabajo del menor de edad deba primar sobre esos otros bienes jurídicos fundamentales. Sin embargo, si consideramos que ese derecho al trabajo implica también el derecho a ganarse el propio sustento –y que éste, en muchos casos, no es posible conseguirlo si no es trabajando– y si, además, contemplamos el asunto diacrónicamente, la cuestión empieza a no ser tan simple.

Pensemos, por ejemplo, que recién aprobado el Estatuto de los Trabajadores, que estableció la edad mínima de admisión al trabajo en los 16 años, una persona de 15 años de edad hubiera exigido que se le permitiera seguir trabajando para ganarse la vida –pues carece de todo otro tipo de ingre-

sos que no sea su salario y tampoco desea vivir de la caridad ni de la asistencia social— y que, entre otros argumentos, hubiera hecho valer el que, hasta poco tiempo antes, la edad mínima de admisión al trabajo era en nuestro país la de 14 años, lo que demuestra la relatividad de esa referencia legal que, además, no figura en la Constitución. Si tal menor hubiera sido despedido de su trabajo en aplicación de la nueva edad mínima de admisión al trabajo e impugnara dicha extinción contractual, quizás no hubiera sido descabellado que un juez presentara cuestión de inconstitucionalidad pretendiendo, al menos, que la nueva norma se aplicara a los contratos celebrados a partir de su promulgación pero no a los ya existentes con anterioridad. Pensemos ahora en otra hipótesis similar pero proyectada hacia el futuro. Imaginemos que al gobierno de la nación se le ocurre la brillante idea de hacer disminuir estadísticamente nuestra todavía abultada tasa de paro por el procedimiento de elevar la edad mínima de admisión al trabajo a los ... digamos 25 años, consiguiendo que el legislador así lo establezca. A mí no me cabe la menor duda de que la cuestión o, mejor aún, el recurso de inconstitucionalidad contra esa medida legal se podría plantear en tal caso con mucha mayor radicalidad, como claramente opuesta al derecho al trabajo de las personas comprendidas entre 16 y 25 años de edad. Pero supongamos, finalmente, que la edad se eleva no a los 25 sino a los 18 años y se esgrimen para ello no razones de “política de empleo” (si por tal cabe entender maquillar las cifras de paro) sino el deseo —que yo, desde luego, apoyaría con entusiasmo— de elevar el nivel general de formación de la población prolongando la enseñanza obligatoria hasta dicha edad de 18 años, coincidiendo además con la mayoría de edad establecida en el artículo 12 CE. Seguro que la medida la podríamos valorar en tal caso de muy distinta manera que en el supuesto anterior.

Con toda la digresión anterior solamente he querido poner de relieve una cosa: que el hecho de que ordinariamente no se cuestione la constitucionalidad de la norma que fija una edad mínima de admisión al trabajo no significa que dicha norma tenga una naturaleza distinta a la que fijaría una edad máxima para trabajar —y, por consiguiente, la jubilación forzosa al llegar a dicha edad— ni que su dialéctica en relación al derecho al trabajo sea distinta. Lo único que significa es que el tipo de justificación que se ha ofrecido para el primer tipo de medida (salud, desarrollo físico y formativo del menor), así como la edad en la que la misma se ha concretado (14 años, primero, 16 años después, 18 quizás en un futuro no lejano) concita un consenso social tan generalizado que difumina por completo dicha dialéctica. Pero basta con alterar esos datos para que la dialéctica derecho al trabajo-limitación del mismo por razón de edad vuelva a resplandecer. Pues bien, lo que ha ocurrido con la fijación de una edad máxima para trabajar ha sido justamente lo contrario: ni el tipo de justificación buscada —política de empleo consistente en repartir el trabajo disponible haciendo que los mayores dejen su puesto a los más jóvenes— ni la edad elegida —69 años puede ser muy elevada para ciertas profesiones y prematura, en

cambio, para otras— han concitado ese consenso social y, por tanto, se ha discutido su constitucionalidad, como luego veremos.

Y, sin embargo, decíamos antes, que tal consenso social existe. ¿Cómo explicar esta aparente contradicción? Yo creo que existe tal consenso en el sentido de que, llegada cierta edad, el trabajador no solamente tiene derecho a jubilarse sino que debe hacerlo; pero que esa edad no debe fijarse de manera general por el legislador —y menos por el gobierno— sino que debe ser establecida por la negociación colectiva, que es un instrumento mucho más dúctil para regular cuestiones como ésta en donde es necesario prestar atención a las circunstancias concretas de cada tipo de profesión o trabajo.

Eso explica, creo yo, la peripezia de la impugnación ante el Tribunal Constitucional de la antigua Disposición Adicional Quinta —posteriormente Disposición Adicional Décima— del ET. Recordemos que dicha Disposición contenía, en realidad, tres preceptos: por el primero, se establecía directamente por el legislador la edad máxima de aptitud para trabajar en 69 años (salvo que se necesitara seguir trabajando para completar el período mínimo de cotización exigido para causar la pensión de jubilación); por el segundo, se autorizaba al Gobierno a rebajar esa edad “en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo”; y mediante el tercero —contenido en el segundo párrafo de la Disposición— se permitía a la negociación colectiva “pactar libremente edades de jubilación” (se sobreentiende que sin sobrepasar las establecidas legal —69 años— o reglamentariamente, si se hiciera uso de la autorización antes mencionada), lo que equivale a establecer la jubilación forzosa en virtud de Convenio Colectivo, pero “sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”, es decir, respetando siempre el derecho a seguir trabajando a quien lo necesite para completar su período de carencia para la pensión.

Pues bien, en la primera sentencia que abordó el tema —la 22/1981 de 2 de julio— el TC tuvo que resolver la cuestión de inconstitucionalidad sobre la Disposición Adicional Quinta ET planteada por un Magistrado de Trabajo ante quien un trabajador había demandado a su empresario que, acogiéndose al recién aprobado Estatuto, le había comunicado el 3 de junio de 1980 su “cese por jubilación” puesto que había cumplido ya 69 años (en realidad, tenía 70 años en ese momento), estimando el trabajador que eso era un despido improcedente. Pese a que el Magistrado cuestionó ante el TC toda la Disposición Adicional Quinta ET, el alto tribunal consideró que, dados los concretos contornos del problema planteado, solamente tenía que pronunciarse en el fallo sobre el primero de los preceptos contenidos en la citada Disposición —esto es, la fijación por el legislador de una edad máxima para trabajar: 69 años—; pero en los fundamentos de la sentencia, el TC avanzó una serie de pronunciamientos que van mucho más allá de lo que se podría considerar meros *obiter dicta*, sobre los otros dos preceptos que antes mencionamos.

Así pues, en el fallo el TC se limitó a decir lo siguiente: “Que es inconstitucional la disposición adicional quinta del ET, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad”. El fallo, por tanto, guarda silencio sobre los otros dos preceptos de la Disposición citada: la autorización al Gobierno y a la negociación colectiva para fijar edades distintas –inferiores a los 69 años, se entiende– de jubilación forzosa.

Pero aún con ese limitado alcance y pese a lo contundente que el fallo parece, lo cierto es que su contenido no se comprende bien si no se analizan detenidamente los fundamentos jurídicos de la sentencia. De entrada, el fallo contiene no uno sino dos pronunciamientos. Según el primero, el legislador no puede –sin infringir la Constitución– establecer que a partir de los 69 años las personas pierden la capacidad jurídica para trabajar: más exactamente, habría que decir para suscribir un contrato de trabajo, pues no olvidemos que estamos hablando de una norma perteneciente al Estatuto de los Trabajadores; nada, pues, de lo que aquí se diga es extrapolable, por ejemplo, a los funcionarios públicos. Con ese primer pronunciamiento, el TC acoge los argumentos del trabajador despedido que insistió, en su demanda origen de todo este asunto, “que sus facultades no están mermadas por la edad... que carece de falta alguna imputable a su rendimiento... y que le es imprescindible continuar trabajando para cubrir sus necesidades” (Antecedente 2,a de la STC 22/1981). En cambio, el TC no acoge el argumento de la empresa despedidora, según la cual “la Ley tiene la obligación de fijar los topes mínimos y máximos de capacidad en el trabajo, del mismo modo que fija la jornada máxima legal, el período de descanso entre jornadas y las vacaciones anuales” (Antecedente 5). Cabe añadir que el Magistrado plantea la cuestión de inconstitucionalidad sobre la base de que “el principio de igualdad consagrado en el artículo 14, aplicado al derecho al trabajo reconocido en el artículo 35, obliga a concluir que todos los españoles tienen derecho al trabajo, sin discriminación alguna por razones de tipo social, por lo que la disposición adicional quinta del ET, al negar el derecho al trabajo a aquellos españoles que superen los sesenta y nueve años de edad y reúnan el período de carencia para la jubilación, viola el principio de igualdad y, en consecuencia, puede ser anticonstitucional” (Fundamento Jurídico 1 de la STC). El TC, en efecto, afirmará que aunque “no cabe duda de que algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar... y (puede) establecerse sobre esta base la extinción de la relación laboral... lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores, cualquiera que sea el sector económico en que se hallen integrados y el tipo de actividad que dentro de él desarrollen” (FJ 5).

Ahora bien, y esto es muy importante, según el TC, si bien es cierto que el legislador no puede establecer esa incapacitación general para trabajar a

partir de una determinada edad, la Disposición estatutaria no habría hecho tal cosa sino que se habría limitado a autorizar al Gobierno a fijar dicho límite máximo de edad pero añadiendo dos condiciones (luego veremos que aparece una tercera menos concreta: la política de empleo): que la misma no supere los 69 años y que el sujeto afectado pueda continuar trabajando si necesita completar los períodos de carencia necesarios para acceder a la pensión de jubilación. Estas dos condiciones estaban en el segundo inciso del primer párrafo de la D.A. Quinta, y por eso el TC dice terminantemente: “si el Gobierno no hace uso de la autorización que se le concede en esta disposición adicional quinta, el segundo inciso, al carecer de entidad propia, quedaría vacío de contenido” (FJ 10; en abierta oposición a esta interpretación está el voto particular de la STC, para cuyo autor “la tesis de que dicha disposición introduce en nuestro Derecho laboral, por modo general, la jubilación forzosa es, por el contrario, el sentido que, a mi entender, tiene la regla cuestionada”: apartado 4 del voto particular).

El TC podría haberse detenido ahí, pues con ello daba respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada: el problema no existe porque –según el TC– el legislador no ha establecido la jubilación forzosa a los 69 años, cosa que, en todo caso, no podría haber hecho de manera general. Pero decíamos que el fallo contiene un segundo pronunciamiento. En efecto, se puede negar que el legislador esté constitucionalmente habilitado para fijar con carácter general una edad a partir de la cual se está incapacitado jurídicamente para trabajar y, sin embargo, afirmar que lo que sí puede hacer el legislador es autorizar –sea al Gobierno, sea a la negociación colectiva– a imponer la extinción de la relación laboral al llegar a una determinada edad, es decir, la “jubilación forzosa”, pero con ciertas condiciones. Este es el segundo pronunciamiento del fallo; pero es un pronunciamiento que aparece semioculto al estar formulado *sensu contrario*: lo que dice el fallo de la STC 22/1981 es que el legislador no puede imponer “de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral”, luego sí puede hacerlo indirectamente –mediante autorización al Gobierno y a la negociación colectiva– y condicionadamente, esto es, sometiendo la eficacia de esa autorización al cumplimiento de ciertas condiciones.

Para llegar a ese segundo pronunciamiento, el TC se ve obligado a elaborar previamente –en los fundamentos jurídicos– una argumentación que, en puridad, nada tiene que ver con la cuestión de inconstitucionalidad que se le había planteado, que se limitaba a cuestionar precisamente que el legislador pudiera fijar una edad máxima para trabajar. Pero al ir más lejos en su argumentación, lo que en definitiva hace el TC es entrar también en el margen de maniobra del Gobierno y de la negociación colectiva, cuestiones que no le habrían sido planteadas. Y lo hace, mediante una cierta reconstrucción de la Disposición Adicional Quinta en su conjunto, diciendo –en el FJ 10– que ésta “tiene el sentido de autorizar bien al Gobierno (párrafo primero) para estable-

cer un límite de edad cuyas consecuencias son análogas a las de la jubilación forzosa aplicada a todo tipo de relación laboral sujeta al ET, bien a las partes que intervienen en la negociación colectiva (párrafo segundo) para establecer edades de jubilación en sectores productivos concretos”.

Sentado eso, el TC continúa diciendo que “en la autorización concedida al Gobierno se establecen dos condicionamientos”, a los cuales se ha referido con más claridad en el FJ 9, a saber: que el sacrificio del trabajador sometido a jubilación forzosa estará justificado “siempre que con ella se asegure la finalidad perseguida por la política de empleo; es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, *por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo*” (subrayado mío); y el segundo condicionamiento es que ese sacrificio del jubilado forzoso “debe ser objeto de compensación”, de tal manera que “no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado” (es decir, la conservación del puesto de trabajo). Y concluye el TC: “Este es el sentido que ha de atribuirse a la compensación prevista en la D.A. Quinta al asegurar que el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación”. (Aquí desaparece en la desordenada argumentación del TC la primera condición –no superar los 69 años– y aparece la tercera: el reparto del trabajo como medida de la política de empleo).

Y hay que subrayar que, en la última frase del FJ 10, que forma parte del resumen final de lo que el propio TC denomina su “interpretación sistemática y teleológica de la D.A. Quinta”, se afirma que ésta incluye “la posibilidad de que, dentro de ese marco, puedan pactarse libremente edades de jubilación en la negociación colectiva”. Y ese marco son las dos condiciones concretas citadas en el párrafo anterior, aparte de la condición general de no sobrepasar los 69 años. Pero recordemos que esa afirmación no forma parte del fallo de la STC 22/1981.

A partir de ahí, esa era la cuestión importante que quedaba pendiente, habida cuenta de que el Gobierno no hizo nunca uso de esa autorización contenida en la D.A. Quinta ET –y considerada constitucional por el TC en los términos analizados–. Pero, en cambio, la negociación colectiva sí hizo un frecuente uso de esa posibilidad. Por ello no nos puede extrañar que –dado que el TC no se había pronunciado en el fallo de la STC 22/1981, aunque sí en sus fundamentos jurídicos– sobre este extremo, contenido en el segundo párrafo de la Disposición Adicional Quinta del ET, el mismo se le planteara expresamente como nueva cuestión de inconstitucionalidad que quedó resuelta por la STC 58/1985, de 30 de abril. El origen del caso está en la demanda por despedido improcedente planteada por varios trabajadores que, en aplicación del Convenio Colectivo de su empresa, fueron “jubilados forzosamente”. El Magistrado plantea la cuestión de inconstitucionalidad y el TC la resuelve

mediante un fallo breve y contundente: “Declarar que el párrafo segundo de la disposición adicional quinta de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, no es inconstitucional”.

Para llegar a ese fallo, el TC arranca, como es natural, de los argumentos ya utilizados en la STC 22/1981 y –como es también lógico– rechaza la visión privatista y reductora de la negociación colectiva y de la representación sindical en sentido amplio que latía en la cuestión de inconstitucionalidad (el Magistrado cuestionante llegaba a afirmar que “la medida de la representatividad ha de hacerse según los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado”, con palmario desconocimiento del mecanismo de la representación institucional). Pero lo más importante es que el TC reconoce –en el FJ 1– que “en el sistema español... la jubilación se ha considerado siempre un derecho del trabajador que, al alcanzar la edad prefijada podía libremente cesar en el trabajo para pasar a percibir la pensión”. Y lo verdaderamente trascendente es que el TC parte de esa constatación para fijar el auténtico significado de la disposición estatutaria cuestionada (en contra, por cierto, de la argumentación del Abogado del Estado, que pretendía minimizar su alcance). Dice el TC: “Partiendo de ello, es indudable que el precepto legal no pretende únicamente atribuir a la negociación colectiva la facultad de facilitar la jubilación voluntaria a través de una regulación promocional que no era preciso autorizar, pues nunca ha sido negada y era frecuentemente ejercitada, sino superar el precedente obstáculo legal *convirtiendo en disponible por la negociación colectiva un derecho que con anterioridad no lo era*” (subrayado nuestro). El TC afirma inmediatamente a continuación –al final del propio FJ 1– que así lo había entendido ya en la anterior STC 22/1981 en cuyo FJ 10 dijo que “la disposición adicional quinta tiene el sentido de autorizar... a las partes que intervienen en la negociación colectiva para establecer edades de jubilación en sectores productivos concretos”. Y la misma idea se repite de manera igualmente contundente en el FJ 7 de la STC 58/1985, que vuelve a decir que lo que se cuestiona es la constitucionalidad de “un precepto legal que, modificando la situación preexistente, *autoriza a la negociación colectiva a regular una materia que con anterioridad se había considerado excluida de la misma*” (subrayado nuestro). Y el TC concluye diciendo que esa autorización es conforme a la Constitución porque el ajuste entre los derechos en presencia –el derecho a conservar su trabajo por parte del jubilado forzoso y el “derecho colectivo al trabajo” (que, en mi opinión, no es sino una suma de expectativas de derecho individuales) de los parados que aspiran a ocupar el puesto de trabajo que se deja libre– ha sido realizado por el propio legislador siguiendo un criterio razonable.

Con ese pronunciamiento el TC sintoniza con lo que, en mi opinión, es una idea que alcanza un importante consenso social: se debe admitir la fijación de la jubilación forzosa en la negociación colectiva, condicionada a que el afectado tenga el período de cotización necesario para acceder a la pensión.

Pero hay que reconocer que la idea contraria también es defendida por muchas personas que consideran que siempre debe primar el derecho al trabajo de cada cual y, por ende, el carácter voluntario de la jubilación. Y que, desde luego, establecerlo así es también razonable y conforme a la Constitución.

Ahora bien, lo que me interesa destacar es que el TC considera que estamos ante una opción normativa explícita –la contenida en la D.A. Quinta del ET– que modifica la situación normativa precedente, en virtud de la cual no era posible establecer la jubilación forzosa en la negociación colectiva. Y me interesa destacarlo porque ahí reside la clave interpretativa para determinar el alcance de la derogación –por obra de la Ley 12/2001, de 9 de julio– de la Disposición Adicional Décima ET, que sustituyó, aunque con contenido prácticamente idéntico, a la D.A. Quinta a partir del vigente Texto Refundido estatutario (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo). En efecto: si, según el TC era necesaria la autorización legal a la negociación colectiva para que ésta pudiera –con las condiciones ya vistas– establecer la jubilación forzosa, si dicha autorización aparecía en la disposición adicional estatutaria que hemos analizado, y si ésta es ahora derogada, la conclusión solamente puede ser una: desaparecida esa autorización legal, la negociación colectiva no puede establecer la jubilación forzosa. Y, además, las cláusulas de jubilación forzosa contenidas en los convenios colectivos que estaban vigentes en el momento de entrar en vigor la Ley 12/201 deben entenderse automáticamente derogadas: a ningún trabajador se le puede obligar a jubilarse, en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable a su relación laboral, a partir del día 11 de julio de 2001, fecha de entrada en vigor de la Ley 12/2001.

Recordemos que, para llegar a la conclusión de que la negociación colectiva necesita dicha autorización legal, la STC 58/1985 hizo valer dos argumentos. Uno, contenido en el FJ 1, consiste en que, antes de promulgarse el ET, la jubilación voluntaria era la regla en el “sistema español de jubilación laboral” (no en el funcional, al que, como ya dije, no me voy a referir) como dice, sin mayores precisiones, el TC. Pero nosotros sí podemos añadir alguna precisión a esa referencia genérica al “sistema español”: el artículo 39.2 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (R. D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio) dice taxativamente que, a excepción del establecimiento de las denominadas mejoras voluntarias, “la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”. Y, en mi opinión, alterar el principio de la voluntariedad de la jubilación es una materia –y muy importante– de Seguridad Social, por mucho que, al mismo tiempo, tenga un aspecto jurídico-laboral ya que la jubilación forzosa significa, obviamente, la extinción del contrato de trabajo de quien se ve obligado a jubilarse.

El segundo argumento empleado por el TC –en el FJ 6– es reconocer que estamos ante un problema de límites entre dos principios básicos: el del necesario respeto a los derechos individuales y, al propio tiempo, el de la “capacidad de incidencia del Convenio” sobre dichos derechos o intereses

individuales, y que –como siempre que se plantea una cuestión de esa naturaleza: posible contradicción entre dos principios básicos– “la solución de cada problema dudoso planteado es cuestión a realizar caso por caso, valorando y ponderando la totalidad de circunstancias concurrentes” (FJ 6 *in fine*). Y concluye el TC (FJ 7) que, en el caso debatido “es el propio legislador quien, en ejercicio de una competencia que no puede negársele, ha realizado el ajuste entre los principios aludidos” y, por lo tanto, “siendo la Ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el Convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual...”.

En definitiva, la doctrina completa del TC –combinando la STC 22/1981 y la STC 58/1985– no puede ser más clara: el establecimiento por la negociación colectiva de la jubilación forzosa no infringía la Constitución porque contaba con autorización legal expresa y porque la disposición legal que confería dicha autorización no era anticonstitucional porque había hecho una razonable ponderación de los derechos e intereses en presencia. Aún así, sería posible sostener que, aún desaparecida esa autorización legal expresa –por derogación de la D.A. 10ª ET– la autonomía colectiva puede, directamente, establecer la jubilación forzosa, respetando siempre, al menos, los mismos límites impuestos por el TC al legislador. De hecho, hay una parte importante de la doctrina que sostiene esta idea². Lo que ocurre es que el argumento choca con la prohibición expresa –que hemos destacado– del artículo 39.2 de la LGSS, que enlaza con la otra parte de la construcción del TC –la que alude al principio general de voluntariedad de la jubilación en nuestro sistema–, así como con determinadas frases muy contundentes del propio TC: que la autorización legal a la negociación colectiva incide sobre “una materia que con anterioridad se había considerado excluida de la misma” (FJ 7 de la STC 58/1985) o que lo que hizo en su momento dicha autorización legal fue “superar el precedente obstáculo legal convirtiendo en disponible por la negociación colectiva un derecho que con anterioridad no lo era” (FJ 1 de la STC 58/1985).

En conclusión: con la vigente doctrina del TC en la mano, la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET tiene el significado –coincidente, sin lugar a dudas, con la *voluntas legislatoris*– de restablecer en nuestro sistema la plena vigencia del principio de voluntariedad de la jubilación en el ámbito laboral (no en el funcionarial). Y ello significa un importante paso en el sentido de la flexibilidad de la regulación de esta institución. Dicho lo cual,

² Concretamente, Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Re, Casas Baamonde, Sempere Navarro, entre otros. Véanse las referencias concretas en la obra de Tortuero Plaza citada en la nota anterior, p. 37, junto con la cita de otras posiciones contrarias y coincidentes con las del propio autor como las de Albiol Montesinos y García Viña o, con una argumentación diversa, que Tortuero no comparte plenamente, Martínez Girón.

si la negociación colectiva continúa estableciendo la jubilación forzosa y alguien vuelve a llevar el asunto ante el TC, ya veremos si éste mantiene su doctrina o la cambia. Porque, desde luego, argumentos para cambiarla tampoco faltan.

Un tema distinto es si, una vez derogada la Disposición Adicional Décima del ET, ha desaparecido también la autorización que se daba al Gobierno, también con las condiciones ya vistas, para fijar la jubilación forzosa. El tema es de menor actualidad en la medida en que el Gobierno no ha hecho uso de dicha autorización. Diré solamente esto: esa autorización concreta desaparece; pero sigue existiendo la autorización genérica contenida en el artículo 17.3 del ET, según el cual el Gobierno puede “regular medidas de... duración... en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo”. No cabe duda de que limitar la duración de los contratos de trabajo al cumplimiento de una determinada edad por el trabajador (siempre que éste tenga el período de carencia necesario para acceder a la pensión de jubilación) con objeto de dejar hueco a los demandantes de empleo más jóvenes entra de lleno en esa autorización legal al Gobierno.

3.2. Edad única o diversificada según profesiones (o según otros criterios)

Hace ya muchos años que nuestra LGSS –actualmente en el artículo 161.2, párrafo primero– contiene una autorización al Gobierno para rebajar la edad ordinaria de jubilación, los 65 años, “en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca”. Se trata, desde luego, de una previsión legal muy lógica y sensata, de la que se ha hecho uso por el poder reglamentario en diversas ocasiones.

Así, ya desde hace tiempo, el Decreto 298/1973, de 8 de febrero, que regula el Régimen Especial de Seguridad Social de la Minería del Carbón, estableció coeficientes reductores a la edad de jubilación (que no hay que confundir con los coeficientes reductores de la pensión que se aplican en los supuestos de jubilaciones anticipadas), coeficientes que fueron posteriormente modificados por el Real Decreto 2366/1984, de 26 de diciembre, que, además, reduce también la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto del Minero –no del carbón– mediante el mismo sistema: se establecen unos coeficientes reductores –que van desde el 0.05 hasta el 0.50– que se aplican al período de tiempo efectivamente trabajado en cada una de las categorías y especialidades. Ese mismo sistema de los coeficientes reductores es también el utilizado por el Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio, para adelantar la jubilación al personal de vuelo de las empresas aéreas. Y también se emplea ese sistema para los ferro-

viarios en el Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, que integró en el Régimen General de la Seguridad Social a estos y otros grupos de trabajadores. Ese mismo Real Decreto, en cambio, utiliza un sistema distinto en relación con determinados artistas (los cantantes, bailarines y trapezistas) para los que se fija la edad de jubilación a los sesenta años siempre que hayan trabajado en dichas especialidades un mínimo de ocho años en los últimos veintinueve. Y lo mismo hace en relación con los toreros, para los que establece la edad de jubilación a los cincuenta y cinco años, (con la salvedad de los puntilleros, para los que se fija la edad de sesenta años, y los mozos de estoque y otros ayudantes, sesenta y cinco), siempre que hayan participado a lo largo de su vida en un determinado número de festejos que se fija para cada una de esas categorías profesionales (como mínimo –es el caso de los matadores de toros– 150 festejos).

Hay que hacer constar que esa rebaja de la edad es un derecho, no una obligación: todas las normas reglamentarias citadas dicen que se procede a rebajar “la edad mínima de 65 años legalmente exigida” pero no que haya que jubilarse necesariamente a esa edad más temprana. Se trata, en definitiva, de dar un mejor trato a aquellos trabajadores que, como dice el citado artículo 161.2 de la LGSS, hayan trabajado durante cierto tiempo en actividades excepcionalmente penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres o con elevados índices de morbilidad o mortalidad. Sin embargo, en algunas de esas actividades concurre otra dimensión que debería ser tenida en cuenta: la seguridad de terceras personas. Ese es el caso, como fácilmente puede suponerse, de los conductores de trenes y de los pilotos de aeronaves. En estos supuestos, quizás no estaría de más reflexionar sobre la oportunidad de convertir –legalmente, no ya por la negociación colectiva– esa jubilación a una edad más temprana en obligatoria, no en un mero derecho del trabajador.

La reforma que estamos comentando no ha ampliado esta lista de profesiones o actividades merecedoras de una edad de jubilación ordinaria más temprana; pero sí ha incluido un nuevo grupo de trabajadores en atención no al tipo de trabajo que desempeñan sino a una característica de ellos mismos: su minusvalía. En efecto, la Disposición Adicional Primera de la Ley 35/2002 ha añadido un segundo párrafo al artículo 161.2 de la LGSS del siguiente tenor literal: “De igual modo, la edad mínima a que se refiere el párrafo a) del apartado anterior podrá ser reducida en el caso de personas minusválidas en un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales”. A fecha de hoy aún no se ha producido dicho desarrollo reglamentario, que tendrá que elegir entre varias alternativas. En primer lugar, si se establece una reducción de la edad ordinaria de jubilación homogénea para todos los minusválidos a partir del 65% o si, por el contrario, se gradúa la reducción en función de la mayor o menor minusvalía –a partir del 65%– o en función del tiempo que la misma se haya padecido. Y, si se opta por

la segunda alternativa, si la diversidad se traducirá en diversas edades preestablecidas (como ocurre con los toreros) o en la aplicación de coeficientes reductores de la edad (como en el caso, por ejemplo, de los mineros). Por otra parte, la determinación del grado de minusvalía se hará, es de suponer, siguiendo el baremo general empleado para las pensiones de invalidez no contributivas, que es el que se utilizó para las antiguas prestaciones LISMI –Ley de Integración Social del Minusválido, Ley 13/1982, de 7 de abril– contenido inicialmente en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, pero que ha sido recientemente sustituido por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (atención a su importantísima corrección de errores: BOE de 13 de marzo de 2000).

Como vemos, en este segundo aspecto de la flexibilidad se ha avanzado poco. En mi opinión, el verdadero giro normativo se produciría si se pasara a considerar como regla lo que hoy no es sino un conjunto –poco numeroso– de excepciones. Es decir, que no se trataría de fijar una edad ordinaria normal de jubilación –los 65 años actuales– y varias edades especiales sino de que cada tipo de actividad profesional tuviera su propia edad de jubilación. La justificación de esa opción normativa es evidente: no es lo mismo trabajar, por ejemplo, conduciendo un autobús que sentado en la taquilla de un cine. Sin embargo, a nadie se le ocultan tampoco las dificultades de semejante opción normativa, especialmente teniendo en cuenta los cambios de actividad laboral que una persona puede tener a lo largo de su vida y que, según un vaticinio generalizado, serán cada vez más frecuentes en el futuro inmediato. De ahí que resulta poco viable que semejante diversificación se lleve a cabo por vía legal o reglamentaria. En cambio, sí sería posible que la negociación colectiva abordara esa flexibilización, a partir de una horquilla de edad que el legislador estableciera. Así pues, la negociación colectiva cambiaría radicalmente el papel que hasta ahora ha venido desempeñando: en lugar de limitarse a convertir en obligatoria la jubilación a los 65 años, fijaría la edad –entre, por ejemplo, los 55 y los 70 años– a la que los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de los respectivos convenios colectivos tendrían derecho a jubilarse –jubilación, desde luego, voluntaria– aunque, por supuesto, sin entrar a regular los demás requisitos –básicamente, el período de carencia– legalmente exigidos para el acceso a la pensión.

En cualquier caso, no parece que actualmente esa diversificación de la edad de jubilación en función del tipo de trabajo desarrollado sea una demanda social mínimamente consistente, a pesar de su lógica profunda. En cambio, sí aparece con cierta frecuencia la reivindicación de que el derecho a jubilarse no dependa tanto del cumplimiento de una edad, sea la que sea, sino de la acreditación de un determinado número de años de cotización a la Seguridad Social, por ejemplo, 35 años, que es el período con el que hoy se tiene derecho al 100 por 100 de la base reguladora. Nótese bien que, si se estableciera esa regla, una persona que empezara a trabajar y cotizar a los 16 años y lo hiciera ininterrumpidamente, tendría derecho a jubilarse a la temprana edad

de 51 años. Pero nótese también que, habida cuenta de la irregularidad de nuestro mercado de trabajo, esa condición de ininterrumpidad es cada día más difícil de cumplir. Se trata, creo yo, de una cuestión que merecerá ser debatida más pronto que tarde.

3.3. El adelanto o el retraso en la edad de jubilación ordinaria

Una cosa es que en determinadas profesiones la edad de jubilación ordinaria sea inferior a los 65 años –aspecto que hemos considerado en el epígrafe anterior– y otra bien distinta es que, en profesiones normales en las que la edad ordinaria de jubilación sea la común de 65 años, determinadas personas –o, más exactamente, las personas que reúnan determinadas condiciones– puedan adelantar esa edad o, dicho con más propiedad, tengan derecho a acceder a la pensión de jubilación antes de cumplir 65 años. En la medida en que dicha posibilidad se generalice y no represente graves perjuicios (en términos de disminución de la pensión) para quien haga uso de ella, la “edad mínima” legal para la jubilación se convertiría en una mera “edad de referencia”, lo que supondría una gran flexibilización normativa.

Aparentemente muy relacionada con esa posibilidad de adelanto está su contraria: la posibilidad de retrasar la edad de jubilación. Sin embargo, apenas se reflexiona un poco sobre el asunto, nos damos cuenta de que son dos cuestiones de naturaleza completamente diversa. En efecto, si la edad de 65 años fuera una edad de jubilación legalmente obligatoria, la posibilidad que el propio legislador ofreciera para adelantarla o retrasarla sería, en ambos casos, una medida flexibilizadora de la inicial rigidez de la propia norma legal. Pero, dado que la edad de 65 años es una “edad mínima” o –dicho en otros términos– una edad a la que se tiene derecho a jubilarse pero no la obligación de hacerlo, la posibilidad de adelantar dicha edad sí es una regla flexibilizadora, pero la posibilidad de retrasarla no lo es porque tal flexibilidad ya existe en la propia regla general: cumplidos los 65 años, la persona podrá voluntariamente escoger a qué edad desea jubilarse.

Esa radical diferencia hace que la intervención normativa sobre cada uno de estos aspectos tiene un planteamiento completamente diferente: en el primer caso, se tratará de penalizar –más o menos– el adelanto de la jubilación, mientras que en el segundo caso se tratará de fomentar –más o menos– el retraso de la jubilación. Ello responde a una indudable lógica jurídica: en el primer caso, se levanta una prohibición previa, pero ello se hace con ciertas restricciones; en el segundo caso, al no haber prohibición previa que levantar, solamente cabe incitar al ciudadano a que efectivamente haga uso de una facultad que ya poseía. Y, desde luego, ello responde también a una incuestionable lógica económica: al sistema de Seguridad Social le interesa que las personas se jubilen lo más tarde posible y por eso pone limitaciones a la posibilidad de adelanto mientras que da facilidades al retraso. Aunque, como es

bien sabido, ello tenga otros efectos colaterales en el mercado de trabajo que, al jugar en sentido contrario, pueden inclinar al legislador en otra dirección.

Esa diferencia también explica el que, hasta ahora, nuestro ordenamiento jurídico solamente se había ocupado del tema del adelanto –la llamada “jubilación anticipada”– pero no del tema del retraso en la edad de jubilación o –visto por la otra cara– de la permanencia en activo de las personas que ya han cumplido la edad “mínima-ordinaria-legal” para jubilarse: 65 años. Y esa es, con toda seguridad, la gran novedad de la reforma de 2001-2002. Pero veamos sucesivamente ambos aspectos.

A. La jubilación anticipada

Desde hace ya años, en nuestro sistema se contemplaban diversas posibilidades para que los trabajadores pudieran anticipar la edad de su jubilación ordinaria. Sintéticamente expuestas, esas posibilidades eran cuatro:

– La “jubilación anticipada”, en sentido estricto, hasta los 60 años de edad prevista por la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS para los antiguos mutualistas, que tenían ese derecho reconocido en su normativa anterior al 1 de enero de 1967, fecha oficial “de nacimiento” de nuestro vigente sistema de Seguridad Social. Este tipo de jubilación anticipada se caracteriza por la nota de la penalización: por cada año de anticipación, el sujeto verá reducida su pensión en un 8%, lo que supone una drástica reducción del 40% en el caso de jubilarse a los 60 años. Desde la reforma de 1997, esta reducción de la pensión era de solamente el 7% anual en determinados casos; pero en la reforma 2001-2002 eso se ha modificado, quedando de la forma que luego veremos.

– La “jubilación especial para fomento del empleo” a los 64 años sin reducción de pensión pero con la condición de contratar a otro trabajador en sustitución del jubilado al menos durante un año: Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio.

– La “pre-jubilación” en los casos de reconversiones empresariales acogidas a la Ley 27/1984, de 26 de julio y normas concordantes. En estos casos hay que estar a lo que establezcan los concretos Planes de Reversión y Reindustrialización aplicables; pero, en líneas generales se trata de extinciones de contratos de trabajo que se producen incluso antes de los sesenta años de edad; de ahí que sea más correcto denominar a eso pre-jubilación, al menos hasta que el sujeto cumpla los sesenta años, en cuyo momento enlazará, en su caso, con la jubilación anticipada propiamente dicha. Lo característico de estos casos es que los sujetos afectados recibieron (se trata de un asunto ya histórico, aunque en cualquier momento puede resurgir) remuneraciones con cargo a los Fondos de promoción de empleo para enlazar con la pensión de jubilación, así como, en ocasiones, prestaciones complementarias de éstas bastante generosas: es decir, no solamente no se han disminuido sus pensiones sino que, en líneas generales, incluso se han incrementado. Pese a lo cual el TC no ha considerado que este trato meliorativo afecte al principio de igualdad (SSTC 236/1988, 58/1992 y 152/1994). Ese mismo mecanismo se puede

emplear –y se ha venido empleando muy frecuentemente en los últimos años– en empresas no sujetas a un concreto Plan de Reconversión. En tales casos se han combinado determinados mecanismos: expedientes de regulación de empleo con acuerdos indemnizatorios superiores a los mínimos legales; prestaciones por desempleo; convenios especiales con la Seguridad Social; y, finalmente la pensión de jubilación propiamente dicha, a veces incrementada con mejoras voluntarias.

– La “jubilación anticipada parcial”: se trata de una posibilidad contemplada por el artículo 12 del ET a partir de la reforma introducida por la Ley 32/1984, de 2 de agosto y que, posteriormente, ha sido objeto de diversas modificaciones hasta llegar a la última que luego examinaremos. El mecanismo consiste en combinar dos actuaciones: por un lado, un trabajador próximo a la edad de jubilación ve convertido su contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial y al propio tiempo comienza a cobrar, en la proporción correspondiente, una pensión de jubilación parcial y anticipada; por otro lado, se contrata a otro trabajador mediante un denominado contrato de relevo que, ordinariamente, será también a tiempo parcial –para cubrir al menos la parte de jornada dejada libre por el otro trabajador– si bien también puede contratarse a tiempo completo. Al llegar a la edad de jubilación ordinaria, el jubilado anticipado parcial se convierte en jubilado ordinario total y el contrato de relevo –haciendo poco honor a su denominación– puede extinguirse.

Pues bien, la Ley 35/2002 ha introducido determinadas modificaciones en este cuadro, todas ellas en el sentido de facilitar algo más el mecanismo de la anticipación de la edad de jubilación, si bien sin llegar a alterar sus líneas esenciales: la jubilación anticipada sigue siendo objeto de una penalización en términos de reducción de la pensión, salvo el supuesto excepcional de las empresas sujetas a Planes de Reconversión que, como dijimos, es algo que pertenece al pasado, y el supuesto especial de la jubilación a los 64 años para fomento del empleo. Ni uno ni otro se contemplan para nada en la reforma de 2001-2002. Las modificaciones introducidas son éstas.

a) Se introduce una modificación en el mecanismo de la jubilación anticipada de los antiguos mutualistas, mediante la nueva redacción de la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS, en la parte referida a los trabajadores que ven extinguido su contrato de trabajo “en virtud de causa no imputable a su libre voluntad”. En tales casos, La Ley 24/1997 estableció que la reducción de la pensión sería del 7% anual, siempre que se acreditaran al menos 40 años de cotización. Ahora, la Ley 35/2002 ha introducido una escala según la cual bastarán 31 años de cotización para acceder a la jubilación anticipada en esos casos, y con una reducción de la pensión que oscila entre el 7,5% por cada año de anticipación de la edad (si se acreditan entre 31 y 34 años de cotización), el 7% anual (entre 35 y 37 años de cotización), el 6,5% anual (entre 38 y 39 años) o, finalmente, el 6% anual (con 40 años o más de cotización acreditada).

b) Pero la novedad más importante reside en generalizar este mecanismo de la jubilación anticipada a todos los trabajadores, aunque no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967. Se trata de una reivindicación que los sindicatos habían venido planteando insistentemente ante el hecho incontrovertible de que paulatinamente van quedando menos trabajadores que puedan cumplir el requisito de haber sido mutualistas en la cada vez más lejana fecha del 1-1-1967. Sin embargo, la reivindicación se ha atendido con ciertas limitaciones.

En primer lugar, la jubilación no se puede anticipar hasta los 60 años sino, como máximo, hasta los 61.

En segundo lugar, no es una jubilación voluntaria más que formalmente: la extinción del contrato de trabajo no puede ser imputable a la libre voluntad del trabajador. Por lo tanto, si éste es despedido con 61 o más años puede solicitar la pensión de jubilación o bien encontrar otro empleo: pero, dado que esta hipótesis es poco probable, en la práctica ello quiere decir que la jubilación es obligatoria. Ahora bien: cabe que la extinción del contrato de trabajo sea por voluntad del trabajador –y, por ende, la jubilación plenamente voluntaria– pero siempre que, por acuerdo colectivo, el empresario se haya obligado a abonar al trabajador el equivalente a dos años de prestación por desempleo (y las cuotas correspondientes), al término de los cuales podrá el trabajador –que ya habrá cumplido, pues, 63 años– solicitar la pensión de jubilación.

En tercer lugar, incluso en los casos de extinción del contrato no imputable al trabajador, éste deberá permanecer inscrito como demandante de empleo al menos seis meses antes de solicitar la pensión. Aunque lo normal es que agote la prestación por desempleo –que puede llegar hasta dos años y a la que, en la mayoría de los casos, tendrá derecho– y después solicitará la pensión.

En cuarto lugar, esta pensión anticipada se condiciona siempre a la acreditación de una cotización “efectiva” de treinta años como mínimo. Efectiva significa, en primer lugar, porque así lo dice la nueva regla legal, que no se tendrá en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. Pero seguramente significa también que no cabe incrementar las cotizaciones reales con las cotizaciones “ficticias” o presuntas en virtud del mecanismo de la escala de abonos previsto en la Disposición Transitoria Segunda,3,b) de la Orden de 18 de enero de 1967. Así lo ha interpretado el Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, en su artículo 1.2, y no parece que con ello haya incurrido en ultra vires al desarrollar la Ley 35/2002.

En quinto y último lugar, la reducción de la pensión es casi la misma que la establecida en la escala que analizamos en el epígrafe anterior para los mutualistas que ven extinguidos su contrato de trabajo por causa no imputable a su voluntad; pero con una pequeña novedad: que la reducción de la pensión puede llegar al 8% anual cuando el trabajador acredite solamente 30 años

(no 31) de cotización. Y hay que hacer constar que, a estos efectos, sí opera la escala de abono prevista en la Disposición Transitoria Segunda, 3,b) de la Orden de 18 de enero de 1967 pero, en cambio, “se tomarán años completos de cotización, sin que se equipare a un año la fracción del mismo”: artículo 2.2 del R.D. 1132/2002.

c) Y la tercera novedad, en relación con la anticipación de la edad de jubilación, se refiere al mecanismo que hemos denominado de la “pre-jubilación”. En efecto, la Ley 35/2002 ha añadido un apartado nº 15 al artículo 51 del ET, en virtud del cual las empresas que presenten expediente de regulación de empleo sin estar incurso en procedimiento concursal, tendrán la obligación de pagar “las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial” de la Seguridad Social con los trabajadores que tengan 55 o más años de edad y que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967. Esta norma se completa con la nueva Disposición Adicional 31ª de la LGSS, según la cual “las cotizaciones abarcarán el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla los sesenta y cinco años”. Así pues, parecería que, para estos supuestos el legislador pretendería impedir que la “pre-jubilación” enlace con la “jubilación anticipada”, al imponer el convenio especial hasta el momento de la jubilación ordinaria a los 65 años. Pero ello no es cierto. Porque la propia D.A. 31ª LGSS dice que el pago de esas cuotas del convenio especial correrán a cargo del empresario hasta que el trabajador cumpla 61 años; y que serán por cuenta de éste desde ese momento “hasta el cumplimiento de la edad de sesenta y cinco años o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada”. Así pues, si reúne los requisitos que antes examinamos para tener derecho a dicha jubilación anticipada, el trabajador podrá optar entre acogerse a ella, con los coeficientes reductores de la pensión que ya conocemos, o seguir abonando las cuotas del convenio especial hasta la fecha de la jubilación ordinaria: sin reducción alguna e incluyendo a la hora de calcular su importe esas cotizaciones.

B. La jubilación retrasada

Como dijimos, ésta es la gran novedad de la reforma de 2001-2002. Su significación es doble. Por una parte, su introducción presta credibilidad al propósito principal de la Ley 35/2002, que refleja en su propio nombre: “de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible”. En efecto, uno de los elementos clave de la flexibilidad es que la edad de jubilación pueda bien adelantarse bien retrasarse; pero dado que la jubilación anticipada ya existía en nuestro ordenamiento jurídico—en los cuatro supuestos antes descritos— y el retraso era también posible —sobre la base del principio de voluntariedad—, hablar del “establecimiento” de la jubilación flexible podría resultar desproporcionado si no fuera porque, en este aspecto del retraso sí se producen, como enseguida veremos, novedades importantes.

Estas novedades –que giran en torno a la idea de fomentar decididamente el retraso en la edad de jubilación “efectiva”– responden a la segunda significación a que antes aludíamos, que es de carácter económico-demográfico. El legislador español se muestra muy preocupado por los análisis demográficos que pronostican un progresivo envejecimiento de la población de nuestro país y por sus consecuencias económicas sobre nuestro sistema de Seguridad Social: en los próximos decenios habrá que pagar pensiones a más gente y durante más tiempo. De hecho ya el censo del año 2001 muestra que existen en España más personas mayores de 65 años (6,9 millones) que menores de 16 años (6,3 millones). Sin embargo, ese mismo censo de 2001 muestra que las personas en edad de trabajar (entre 16 y 64 años) representan el 66,7 por 100 de la población, mientras que diez años antes, en 1991, representaban el 64,6 por 100. Es decir, que se ha producido una pequeña subida y que, por lo tanto, el problema solamente aparecerá cuando todo ese contingente poblacional vaya alcanzando la edad de jubilación en mayor número que el de las personas que vayan accediendo a la edad laboral. Pero, como ya advertí al principio de este artículo, la cuestión tiene muchas más aristas y no se puede reducir a estos escuetos datos demográficos. Sea como sea, lo cierto es que el legislador español ha considerado que –frente a lo que ha sido la tendencia histórica: ir adelantando la edad de jubilación, como una conquista de mayor bienestar social– ahora toca intentar que las personas permanezcan el mayor tiempo posible trabajando.

Para ello, la Ley 35/2002 recurre a una batería de incentivos, de diverso calado, que son los siguientes:

a) La exención del pago de cuotas por contingencias comunes, tanto de empresarios como de trabajadores, a partir de que estos cumplan 65 años. Esta medida se contiene en el nuevo artículo 112 bis de la LGSS. Pero la medida se condiciona al cumplimiento de dos requisitos: el contrato de trabajo ha de tener carácter indefinido; y el trabajador ha de acreditar 35 años de cotización efectiva a la Seguridad Social, es decir, sin que se computen las partes proporcionales de las pagas extraordinarias (pero sí operará la escala de abonos de la Disposición Transitoria Segunda, 3,b de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967: así lo ha especificado el artículo 3.2 del R.D. 1132/2002); si no se reúnen esos años de cotización, la exención del pago de cuotas no comenzará hasta el momento en que se acrediten.

Por otra parte, la exención no es completa ni universal. No es completa porque no abarca a la cotización por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (por contingencias profesionales no hay exención alguna). Esta limitación es criticable: parece que el legislador prevé una gran morbilidad de esta franja de población y les hace pagar por ello; pero eso no es un gesto muy “cortés” con personas a las que se les quiere convencer de que sigan trabajando después de haber cumplido 65 años. Y no es universal porque las exenciones no serán aplicables a los trabajadores que presten ser-

vicios en las Administraciones públicas o en los organismos públicos regulados en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

b) Esas cotizaciones inexistentes se integrarán, sin embargo, en la base reguladora de las futuras prestaciones por un valor presunto que se establece en el nuevo párrafo 6 del artículo 162 de la LGSS, completado con el artículo 12 del R.D. 1132/2002: “se tomarán las bases de cotización por las que hubiera venido cotizando el interesado, salvo que sean superiores al resultado de incrementar el promedio de las bases de cotización del año natural inmediatamente anterior, en el porcentaje de variación media conocida del índice de precios al consumo en el último año indicado, más dos puntos porcentuales”. En caso de no existir bases de cotización por la actividad exenta de cuotas, se tomarán las correspondientes a otros trabajos por cuenta ajena realizados el año anterior; y si éstas tampoco existen, se tomarán las del primer año en que existan.

Para los trabajadores por cuenta propia, la nueva Disposición Adicional 32ª de la LGSS y el artículo 13 del R.D. 1132/2002 establecen unas reglas de cálculo de esas bases ficticias similares a las de los trabajadores por cuenta ajena pero con dos significativas diferencias: el incremento del IPC del año anterior, sin los dos puntos porcentuales adicionales, no es un límite máximo sino que hay que aplicarlo siempre a las bases de cotización del año anterior (o del primer año en que existan, en cuyo caso se le adicionarán los incrementos del IPC producidos en los años sucesivos); y se establece un límite inferior, por lo demás obvio: las bases así calculadas no pueden ser inferiores a la cuantía de la base mínima de cotización fijada anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

c) Pero es que además –y éste es seguramente el incentivo más importante para el trabajador, que viene establecido en el nuevo párrafo 2 del artículo 163 de la LGSS, desarrollado por el artículo 3 del R.D. 1132/2002– por cada año completo (la fracción no equivale al año ni se computan las partes proporcionales de las pagas extraordinarias) de trabajo posterior al cumplimiento de los 65 años, el porcentaje a aplicar en su día a la base reguladora para calcular la pensión de jubilación se incrementará en un 2 por 100. La única condición es que el interesado acredite 35 años de cotización: en caso contrario, el incremento no empezará a producirse hasta que se alcancen esos 35 años de cotización, para cuyo cómputo se podrá hacer uso de la escala de abono de la Disposición Transitoria Segunda, 3,b) de la Orden de 18 de enero de 1967. Con esta importante novedad se rompe por primera vez el criterio tradicional de que no se puede superar el 100 por 100 de la base reguladora.

El R.D. 1132/2002 añade dos precisiones importantes. La primera –art. 3.2– es que el cumplimiento de la edad de 65 años no es necesario en aquellas actividades –que ya vimos– en las que la edad ordinaria de jubilación es más baja, en cuyo caso será esa edad más baja la que hay que cumplir para, si

se reúnen los 35 años de cotización, tener derecho en su día al incremento del 2 por 100 por cada año de trabajo adicional a partir de dicha edad. Y la segunda, contenida en el artículo 3.5, es la siguiente: “En los casos de pensiones de jubilación que se encuentren suspendidas en su percibo por la realización de una actividad incompatible con la misma, los años de cotización posteriores a dicha suspensión se tendrán en cuenta para acreditar el porcentaje adicional... cuya aplicación se llevará a cabo, en todo caso, desde la fecha en que se acredite el período de cotización de treinta y cinco años”. Esta es la redacción dada a ese precepto por la Disposición Final Tercera del R.D. 1425/2002, de 27 de diciembre. En cambio, la redacción original condicionaba la operatividad del mecanismo que comentamos a “que se trate de trabajadores que reunieran las condiciones de edad y cotización... en el momento en que accedieron a la pensión de jubilación”. En definitiva: que para disfrutar de la posibilidad de aumentar la pensión no es necesario continuar trabajando al cumplir los 65 años sino que se puede optar por jubilarse y, posteriormente, volver a trabajar. En tal caso esos años de trabajo adicional darán derecho al incremento de la pensión –a razón del 2 por 100 por cada año completo– pero siempre que se tengan cumplidos los 65 años y acreditados los 35 años de cotización.

d) En la reforma de 1997 se estableció que –dicho sumariamente– “a partir de los 65 años no hay incapacitados sino jubilados”. Evidentemente, la imposibilidad de causar una pensión de incapacidad permanente –ordinariamente más ventajosa que la de jubilación– es un desincentivo para seguir trabajando una vez cumplidos 65 años de edad. Por eso ahora se modifica el párrafo segundo del artículo 138.1 de la LGSS en el sentido de que, a partir de dicha edad, no se reconocerá el derecho a prestaciones por incapacidad permanente derivada de contingencias comunes pero, *sensu contrario*, sí cuando la incapacidad derive de contingencias profesionales (accidente de trabajo o enfermedad profesional).

Por otra parte, la reforma de 1997 contenía la incongruencia de que el trabajador mayor de 65 años sí podía acceder a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando no pudiera acceder a la de jubilación por no reunir el requisito del período de carencia exigido para la misma; con lo cual se hacía de mejor derecho a quien menos había cotizado. Esa incongruencia se corrige ahora, al menos en parte, al añadir un párrafo 5 al artículo 139 diciendo que en tal supuesto “la pensión de incapacidad permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación”: en la actualidad, el 50 por 100.

Por último, aunque no se trate de medidas directamente dirigidas a retrasar la edad de jubilación más allá de los 65 años, se pueden citar aquí dos novedades introducidas por la Ley 35/2002 que tienden a, por lo menos, inten-

tar que la jubilación no se adelante demasiado. La primera de ellas está contenida en el artículo 5 de la Ley y consiste en dar nueva redacción al apartado 3 del artículo 216 de la LGSS, permitiendo que el subsidio asistencial de desempleo para mayores de 52 años se pueda prolongar hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, esto es, 65 años: anteriormente, debía cesar el subsidio cuando el interesado tuviera derecho a una jubilación anticipada, es decir, al cumplir los 60 años. La segunda, contenida en el artículo 14 de la Ley 35/2002, consiste en mejorar –hasta el 100 por 100– las bonificaciones por cuotas previstas en la Ley 12/2001, de 9 de julio, para los trabajadores de entre 60 y 65 años de edad.

3.4. Compatibilidad o incompatibilidad con el trabajo

El cuarto factor para determinar el grado de flexibilidad de la regulación de la jubilación radica en si el jubilado puede desarrollar algún tipo de actividad profesional compatible con el disfrute de la pensión. Aunque el principio general que rige en nuestro ordenamiento es el de la incompatibilidad entre el disfrute de la pensión y el trabajo del pensionista, el mismo precepto que lo establece –artículo 165.1 de la LGSS– alude a las salvedades que se pueden introducir al mismo. Y, en efecto, desde hace años existe la posibilidad de compatibilidad trabajo-pensión, en un doble sentido. En primer lugar, porque se permitía –y se sigue permitiendo– que el jubilado, sin dejar de percibir su pensión, desarrolle actividades profesionales siempre que éstas no den lugar a su inclusión en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social: así lo especificaba ya el artículo 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967 y lo establece ahora el artículo 5.2 del R.D. 1132/2002. Y, en segundo lugar, porque –desde 1984, según vimos– existe entre nosotros la posibilidad de combinar jubilación parcial con trabajo a tiempo parcial, con el cobro simultáneo de pensión parcial y salario reducido.

Respecto a la primera de esas manifestaciones del fenómeno de la compatibilidad no ha habido modificación alguna en la reforma de 2001-2002: se mantiene la incompatibilidad del percibo de la pensión con el desempeño de puestos de trabajo en el sector público y de altos cargos en los términos establecidos en el artículo 165. 2 y 3 de la LGSS; y, en cuanto al sector privado, se mantiene –en el ya citado artículo 5.2 del R.D. 1132/2002– el criterio de la inclusión en la Seguridad Social como determinante de las actividades incompatibles. Por el contrario, sí ha habido modificaciones, y de cierta importancia, en relación con la segunda manifestación de la compatibilidad trabajo-pensión. En este aspecto, el núcleo de esa reforma normativa no procede tanto de la Ley 35/2002 –ni de su predecesor Real Decreto-ley 16/2001– cuanto, básicamente, de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (procedente del Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, del mismo

nombre), completada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Ley “de acompañamiento” a los PGE/2002). Las tres leyes –12/2001, 24/2001 y 35/2002– han sido objeto de desarrollo conjunto por el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre (no confundir con el 1132/2002 de la misma fecha, que desarrolla otros aspectos de la Ley 35/2002, como hemos visto anteriormente), “por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial”, que deroga los anteriores textos reglamentarios referidos a la materia: el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre, y el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero (éste último desarrollaba el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de diciembre, derogado –en parte expresamente, en parte tácitamente, al modificarse los preceptos del ET y de la LGSS que el citado Decreto-ley había reformado– por las disposiciones legales citadas).

La reforma de la jubilación parcial se desarrolla, pues, en dos fases. En la primera, se modifica –por enésima vez– el artículo 12 del ET, que regula el contrato de trabajo a tiempo parcial, cuyo apartado final –ahora número 6– se refiere al contrato de relevo y, por ende, a la jubilación parcial del trabajador que da pie al contrato de relevo de otro trabajador. La innovación fundamental es que esa doble operación –jubilación parcial más contrato de relevo– que hasta entonces solamente se permitía como una subespecie de la jubilación anticipada, a partir de la Ley 12/2001 se permite también cuando el trabajador que se jubila parcialmente ha cumplido ya 65 años de edad. Así pues, a partir de los 60 años y hasta los 65 tendremos la posibilidad de jubilación parcial anticipada y, a partir de los 65 años, la de jubilación parcial ordinaria. En ambos casos, el trabajador que se jubila deberá reunir “las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación” y deberá experimentar “una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100”, “extinguéndose la relación laboral al producirse la jubilación total”. Ahora bien, mientras en el primer caso la jubilación parcial anticipada se condiciona a la celebración simultánea de un contrato de relevo con otro trabajador, en el segundo caso, el de la jubilación parcial ordinaria, dicha contratación es potestativa. La regulación de uno y otro tipo de contratos de relevo –el obligatorio y el potestativo– se contiene en el artículo 12.6 ET, y no hace al caso en este momento.

En la segunda fase, se trata de regular específicamente el régimen de la jubilación parcial. Este padecía una cierta anomia, puesto que el artículo 166 de la LGSS se limitaba a admitir su posibilidad y remitir al artículo 12 ET que, en realidad, nada decía sobre tal régimen jurídico. Y así siguió siendo tras la reforma del artículo 166 LGSS por la Ley 24/2001, que se limitó a adaptar dicho precepto a la nueva doble posibilidad de jubilación parcial –antes y después de cumplir los 65 años– abierta por la Ley 12/2001. Esta relativa anomia –que se cubrió acudiendo simplemente al principio de pro-

porcionalidad— no causó demasiados problemas, habida cuenta de la escasísima utilización entre nosotros de la jubilación parcial (con o sin contrato de relevo). Pero la Ley 35/2002, que pretende fomentar la jubilación parcial, aborda la cuestión de una doble forma. En primer lugar, añade un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 165 —que, recordemos, establece el principio general de incompatibilidad entre pensión y trabajo— diciendo que, no obstante lo anterior, se podrá “compatibilizar el percibo de la pensión con un contrato a tiempo parcial” y da un primer paso hacia la regulación de la jubilación parcial diciendo: “Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable”. Y, en segundo lugar, vuelve a modificar el artículo 166 de la LGSS, añadiéndole un nuevo apartado 4 que llama al poder reglamentario a terminar con esa situación de anomia: “El régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca”.

Y es esa regulación reglamentaria la que lleva a cabo, finalmente, el citado Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que, sin embargo, no se limita a establecer dicha regulación sino que, además, se ocupa de todo el tema —ciertamente complicado— de “la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial”, lo cual concierne también, evidentemente, al jubilado parcial que, por esa misma condición, se convierte precisamente en trabajador a tiempo parcial, sea con el mismo empresario o de otro con quien concierte un nuevo contrato de trabajo: aparte de que, en casos de pluriempleo, podría serlo ya con anterioridad a la jubilación parcial.

Sin entrar a analizar con detalle esa nueva regulación reglamentaria, me limitaré a señalar algunos de sus aspectos más importantes. En primer lugar, la jubilación parcial anticipada se producirá como máximo 5 años antes de la jubilación ordinaria: por lo tanto, en los casos normales, a los 60 años como límite; pero dicho límite será anterior a dicha edad en los casos de actividades con edades especiales de jubilación ordinaria que, al ser inferior a los 65 años y restarle 5, nos dará una edad inferior a 60 (art. 9 *in fine*). En cambio, el carácter obligatorio o potestativo del contrato de relevo simultáneo a la jubilación parcial se determinará por el hecho de que no se hayan cumplido, o sí, los 65 años “sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que correspondan” (art. 10,b), lo cual no parece muy lógico: si la edad de jubilación ordinaria de, por ejemplo, un minero es 63 años, no se comprende por qué razón no podrá jubilarse parcialmente si su empresario no celebra simultáneamente un contrato de relevo. La única explicación es, desde luego, recaudatoria: el sistema prefiere que haya un nuevo contrato de trabajo y, por lo tanto, nuevas cotizaciones; pero tal razonamiento puede tener un efecto bumerán: en la mayoría de los casos simplemente el sujeto pasará a la jubilación total.

En segundo lugar, la cuantía de la pensión parcial viene detallada en el artículo 12. En éste se pretende reproducir con distintas palabras la fórmula del artículo 165.1, párrafo segundo, de la LGSS: “La cuantía de la pensión de jubilación parcial será el resultado de aplicar el porcentaje de reducción de jornada al importe de pensión que le correspondería...”. Esto es: en lugar de decir que la “minoración de la pensión” se hará en proporción *inversa* a la reducción de la jornada, el Reglamento dice que la “cuantía de la pensión” se calculará en proporción *directa* a dicha reducción de la jornada, lo que es exactamente lo mismo. Por ejemplo, si la jornada se reduce en un 40 por 100, ello quiere decir que se conserva el 60 por 100 del salario y que, en cambio, la pensión debe reducirse en el 60 por 100. Por otro lado, el artículo 12.1 especifica que en los supuestos de acceder a la jubilación parcial después de cumplidos 65 años no se aplica el “coeficiente adicional del 2 por 100 al que se refiere el artículo 163.2 de la LGSS” a la hora de calcular la pensión teórica completa sobre la que después hay que aplicar el porcentaje de reducción por jubilación parcial. Se trata de una precisión que no se hallaba en la Ley 35/2002 y cuya introducción por vía reglamentaria puede considerarse, en mi opinión, *ultra vires*. Cosa distinta sería que el precepto reglamentario dijera que el trabajo a tiempo parcial –y por tanto con menor cotización de lo normal– posterior a los 65 años no da derecho a ese porcentaje adicional del 2 por 100 sobre la base reguladora por cada año “completo” adicional de cotización, o que ese porcentaje adicional se reducirá en la proporción correspondiente; pero no es eso lo que dice.

En cambio, lo que sí dice el artículo 15, en relación con las prestaciones de muerte y supervivencia y de invalidez total, absoluta o gran invalidez, así como el artículo 18 en relación con la pensión de jubilación completa –tanto a edad ordinaria como anticipada– es que, cuando se acceda a cada una de esas prestaciones a partir de una situación de jubilación parcial, para el cálculo de la base reguladora de dichas prestaciones “se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido de haber realizado en la empresa, en dicho período, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial y siempre que la misma se hubiese simultaneado con un contrato de relevo”. El mismo “beneficio de incremento del 100 por 100” (así le llama el legislador reglamentario: aunque sería más correcto decir “al” no “del”) de las bases de cotización se aplica a las cotizaciones correspondientes a prestaciones por desempleo (salvo si dimanaran de despido procedente) u otras sustitutorias de las retribuciones correspondientes al trabajo a tiempo parcial.

La norma es muy lógica y plausible puesto que, si se trata de incentivar la jubilación parcial, sería contradictorio que el jubilado parcialmente se arriesgara a ver después disminuida su pensión de jubilación completa y definitiva

o la pensión de incapacidad permanente a que pudiera eventualmente tener derecho, o las de muerte y supervivencia causadas para sus familiares, al computar en su base reguladora cotizaciones muy inferiores correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial. Ahora bien, una vez más no se alcanza a comprender por qué la eficacia de esa regla se condiciona a que se haya celebrado un contrato de relevo. Para atenuar el rigor de esto último, tanto el artículo 15.3, para las prestaciones citadas de incapacidad permanente o muerte y supervivencia, como el artículo 18.4 para la jubilación, otorgan un derecho de opción al interesado: éste podrá elegir entre computar las bases de cotización realmente ingresadas por el trabajo a tiempo parcial o bien retrotraer el cálculo de la base reguladora a la fecha en que se le reconoció la jubilación parcial.

Dicha norma se completa además con otra, específica para el cálculo de la jubilación definitiva y completa, que es también muy importante: el período cotizado por el trabajo a tiempo parcial que medie entre la jubilación parcial y la completa (sea ésta ordinaria o anticipada) “se tomará como período cotizado a tiempo completo” a efectos de calcular el porcentaje que hay que aplicar a la base reguladora (artículo 18.3). Pero, una vez más, este beneficio se condiciona a que “en ese período, se hubiese simultaneado la jubilación parcial con un contrato de relevo”.

Citemos, finalmente, que en las reglas sobre compatibilidad e incompatibilidad de la pensión de jubilación parcial con otras remuneraciones y prestaciones, contenidas en el artículo 14, destacan estas dos: la pensión parcial es compatible “con el trabajo a tiempo parcial en la empresa y, en su caso, con otros trabajos a tiempo parcial anteriores a la situación de jubilación parcial, *siempre que no se aumente la duración de su jornada*”; y asimismo es compatible “con los trabajos a tiempo parcial concertados con posterioridad a la situación de jubilación parcial, cuando se haya cesado en los trabajos que se venían desempeñando con anterioridad en otras empresas, *siempre que no se aumente la duración de la jornada* realizada hasta entonces” (subrayados míos). Se trata, pues, de fomentar que se pueda mantener por diversas vías el mismo porcentaje de actividad laboral parcial que se tenía en el momento de la jubilación parcial. El mismo, pero no superior: por eso añade el precepto que “en caso de aumentarse la duración de su jornada, la pensión de jubilación parcial quedará en suspenso”. Sí se puede, en cambio, disminuir ese porcentaje de jornada laboral; pero ello nos conduce ya al siguiente epígrafe.

3.5. El carácter reversible o irreversible de la situación de pensionista

Evidentemente, una regulación que impida absolutamente al pensionista de jubilación volver a trabajar, aunque sea –como es lógico– dejando de percibir la pensión mientras trabaja, sería excesivamente rígida. Y, de hecho, en nuestro ordenamiento siempre se ha permitido esa vuelta atrás: la pensión queda en

suspensión mientras se trabaja de nuevo y renace cuando se cesa otra vez de trabajar: eso es lo que dice el artículo 16.2 de la Orden de 18 de enero de 1967.

Ahora bien, a partir de ahí la regulación será más flexible e incentivará en mayor o menor medida esa vuelta al trabajo, según el tratamiento que dé al cálculo de la pensión que renace. El criterio contenido en el citado artículo 16.2 es el siguiente: la “nueva pensión” –o, más exactamente, la pensión renacida– se calculará sobre la misma base reguladora que la anterior; pero las nuevas cotizaciones realizadas podrán surtir el efecto de mejorar el porcentaje que se aplica a dicha base reguladora en función de los años cotizados. En cualquier caso, el nuevo trabajo debe ser comunicado a la Entidad Gestora para que ésta proceda a suspender el pago de la pensión, so pena de incurrir en responsabilidad –tanto el pensionista como el empleador– y deber de reintegro de las pensiones indebidamente percibidas. En este aspecto, la reforma de 2001-2002 no ha introducido cambio alguno.

Lo que se trata de analizar ahora es si lo ha introducido en el sentido de permitir pasar de la situación de jubilado completo a la de jubilado parcial por haber celebrado un contrato a tiempo parcial que, desde luego, el pensionista tiene derecho a celebrar. En mi opinión, la respuesta es afirmativa, a pesar de que, por una parte, la Ley 35/2002 no es muy clara al respecto y, por otra parte, los artículos 10 y 11 del R.D. 1131/2002 se refieren exclusivamente al trabajo a tiempo parcial dimanante de la reducción del previo trabajo a tiempo completo y el artículo 14 se refiere a trabajos a tiempo parcial concertados con posterioridad a la situación de jubilación parcial, no de jubilación completa. Sin embargo, el artículo 5 del otro texto reglamentario –el Real Decreto 1132/2002– admite expresamente esa posibilidad que, además, califica como “jubilación flexible”. En efecto, como tal considera “la derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada a que se refiere el artículo 12.6 del ET, con la consecuente minoración de aquélla en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable”.

Se trata de una importante previsión que, en efecto, añade grados de flexibilidad a nuestra regulación, al hacer que la opción inicial por la jubilación completa no sea irreversible. Pero es que, además, esa posibilidad de volver a trabajar a tiempo parcial después de haber cesado completamente en el trabajo se fomenta por el mejor trato que reciben las cotizaciones que se paguen a consecuencia de esa renacida actividad laboral a los efectos de recalcular la pensión de jubilación cuando la actividad cese y el sujeto pase de nuevo a ser pensionista completo, no parcial. En efecto, el artículo 8.2, 1ª del Real Decreto 1132/2002 dice que esas nuevas cotizaciones computarán no solamente para poder elevar el porcentaje que se aplica a la base reguladora de la renacida pensión completa sino que servirán también para volver a calcular la propia base reguladora, “y aplicando las reglas que estén vigen-

tes en el momento del cese en la actividad, salvo que la aplicación de lo establecido en esta regla diese como resultado una reducción del importe de la base reguladora anterior, en cuyo caso se mantendrá esta última, si bien aplicando a la cuantía de la pensión las revalorizaciones habidas desde la fecha de determinación de la base reguladora hasta la del cese en el trabajo”. Esta regla se completa con la contenida en el segundo párrafo del artículo 8.2,2ª, según la cual esas nuevas cotizaciones tendrán también el efecto de “disminuir o, en su caso, suprimir el coeficiente reductor que se hubiese aplicado, en el momento de causar derecho a la pensión” en los supuestos de jubilaciones anticipadas previstos en el artículo 161.3 y en la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS.

Como digo, estas reglas incentificadoras de la vuelta al trabajo a tiempo parcial son plausibles. Pero sería más coherente que la vuelta al trabajo a tiempo completo –que conlleva no la simple minoración sino la total suspensión de la pensión, además del pago de cotizaciones más elevadas– recibiera el mismo tratamiento.

Nos queda por examinar una última posibilidad de alteración de la combinación entre trabajo y pensión: la consistente en alterar la proporción inicialmente establecida entre trabajo a tiempo parcial y pensión de jubilación parcial en el sentido ascendente hacia la jubilación completa, es decir, disminuyendo progresivamente la actividad laboral y aumentando en la misma proporción la cuantía de la pensión. Tal posibilidad está expresamente prevista en el artículo 12.2 del Real Decreto 1131/2002, condicionada a que la disminución del trabajo a tiempo parcial no supere el límite máximo del 85 por 100 (pues en tal caso ya habría que pasar a la jubilación completa), a que las sucesivas reducciones se hagan por períodos anuales y a que el empresario ofrezca “al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo en proporción a la reducción de la del jubilado parcial”. Como vimos en su momento, esta aproximación paulatina –de año en año– hacia la jubilación completa es lo que podemos definir como “gradualidad o progresividad” de la jubilación que no es sino un aspecto de la flexibilidad. También aquí mi opinión sobre este mecanismo es positiva –está en línea con las recomendaciones de la OIT y de la Unión Europea– pero no se acaba de comprender por qué razón no se permite la reversibilidad del mecanismo: como vimos, el artículo 14.1 del Real Decreto 1131/2002 prescribe que el aumento de la actividad laboral del pensionista parcial no determinará la mera minoración de la pensión parcial disfrutada sino su completa suspensión.

4. CONCLUSIÓN

Del análisis precedente creo que se puede deducir claramente que la reforma de 2001-2002 ha introducido en la regulación jurídica de la jubilación importantes dosis de flexibilidad. Como factores más significativos de esa fle-

xibilización podemos citar la recuperación del principio de voluntariedad de la jubilación, la ampliación de los supuestos de jubilación anticipada, el tratamiento meliorativo de quienes deseen prolongar su vida activa más allá de la edad ordinaria de jubilación y la apertura del abanico de posibilidades para combinar trabajo parcial y jubilación parcial. Hay aspectos concretos en los que se podría haber llegado más lejos, eliminando ciertas rigideces que ya he señalado en las páginas anteriores.

La pronta –en comparación con lo que ha sucedido en otras ocasiones– promulgación de los reglamentos de desarrollo ha contribuido además a clarificar algunas cuestiones que no estaban del todo explícitas en las disposiciones legales, aún a costa de incurrir quizás en alguno exceso por *ultra vires*, que también he señalado. Diré, no obstante, para terminar, que hubiera sido preferible hacer un solo reglamento sobre la jubilación flexible, para lo que hubiera bastado con incluir el Capítulo III del R.D. 1131/2002, dedicado a la jubilación parcial, en el R.D. 1132/2002 que regula los demás aspectos de la jubilación flexible. Cosa distinta es la regulación de la Seguridad Social de los contratados a tiempo parcial, que constituye el resto del R.D. 1131/2002, que sí es lógico que figure en un texto aparte.