



Universitat de Girona

# L'ESTATUT OCUPACIONAL DELS TREBALLADORS A PARTIR DE 45 ANYS. L'ABAST DE LES MESURES JURÍDIQUES D'OCUPACIÓ, JUBILACIÓ I DISCRIMINACIÓ PER RAÓ D'EDAT

**Judit BASEIRIA MARTÍ**

**Dipòsit legal: Gi. 471-2013**

<http://hdl.handle.net/10803/108450>

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



**TESI DOCTORAL**  
**Menció internacional**

**L'ESTATUT OCUPACIONAL DELS  
TREBALLADORS A PARTIR DE 45 ANYS**

**L'abast de les mesures jurídiques d'ocupació, jubilació  
i discriminació per raó d'edat**

**JUDIT BASEIRIA MARTÍ**

**2012**

**TESI DOCTORAL**

**L'ESTATUT OCUPACIONAL DELS  
TREBALLADORS A PARTIR DE 45 ANYS**

**L'abast de les mesures jurídiques d'ocupació, jubilació  
i discriminació per raó d'edat**

**JUDIT BASEIRIA MARTÍ**

**2012**

**PROGRAMA DE DOCTORAT EN TURISME, DRET I EMPRESA**

**Dirigida per:**

**DR. EDUARDO ROJO TORRECILLA**

**Catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Autònoma  
de Barcelona**

**DR. FERRAN CAMAS RODA**

**Catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Girona**

**Tesi presentada per optar al títol de doctora per la Universitat de  
Girona amb menció internacional**

Als meus pares, Joan i Isabel,  
família i amistats en sentit ampli

*Caelum non animum mutant qui trans mare currunt*  
*HORACI, Epistoles*

# ÍNDIX

<b>RESUM / ABSTRACT .....</b>	<b>vii</b>
<b>PRINCIPALS ABREVIATURES UTILITZADES .....</b>	<b>ix</b>
<b>INTRODUCCIÓ .....</b>	<b>1</b>
<b>I. LES POLÍTIQUES D'OCUPACIÓ DIRIGIDES ALS TREBALLADORS D'EDAT AVANÇADA .....</b>	<b>5</b>
<b>1. Conceptualització, tipologia i repartiment competencial de la política d'ocupació .....</b>	<b>5</b>
1.1 L'objectiu tendent a la plena ocupació i/o la millora de l'ocupació ..	5
1.2 Instruments jurídics internacionals, comunitaris i de l'ordenament jurídic espanyol en matèria de política d'ocupació .....	11
<b>2. La persistència dels majors de 45 anys com a col·lectiu desfavorit en el mercat de treball i beneficiaris preferents de les polítiques d'ocupació ....</b>	<b>44</b>
2.1 El factor de l'edat avançada en el mercat de treball .....	44
2.2 La dificultat per delimitar els treballadors d'edat .....	63
2.3 La tendència selectiva de les polítiques d'ocupació sobre els treballadors d'edat .....	72
<b>3. Polítiques actives d'ocupació: mesures de foment de l'ocupació dels treballadors d'edat .....</b>	<b>78</b>
3.1 Els incentius econòmics per al foment de la contractació dels majors de 45 anys .....	78
3.2 La formació per a l'ocupació prevista pels treballadors d'edat ....	129

3.3 La intermediació i l'orientació laborals en benefici dels treballadors d'edat .....	177
---	-----

**4. Polítiques passives d'ocupació: prestacions de protecció social en cas de desocupació a edats avançades .....** 183

4.1 Els subsidis de desocupació per treballadors en atenció a l'edat avançada .....	183
4.2 La Renda Activa d'Inserció .....	225
4.3 Altres programes assistencials extraordinaris: les subvencions per la recerca d'ocupació, el programa de protecció per desocupació i inserció i el programa de requalificació professional de les persones que esgotin la protecció per desocupació .....	240

**II. LA INSTRUMENTALIZACIÓ DE LA JUBILACIÓ AL SERVEI DE LA POLÍTICA D'OCUPACIÓ ARRAN DE LES DARRERA REFORMA SOBRE EL SISTEMA DE SEGURETAT SOCIAL: LA LLEI 27/2011, D'1 D'AGOST .....** 247

**1. La incidència sobre la regulació de la jubilació com a resposta al repte de l'envelliment demogràfic .....** 247

1.1 L'orientació de l'Organització Internacional del Treball en pro de la jubilació gradual i flexible .....	247
1.2 La política de la Unió Europea en relació a l'edat de jubilació resultant de l'estratègia de l'envelliment actiu .....	254
1.3 El Pacte de Toledo com a gènesi de les reformes legislatives de la jubilació a l'ordenament jurídic espanyol .....	266

**2. El marc legal de la protecció de la vellesa a través de la pensió de jubilació .....** 270

2.1 La seguretat social i la tercera edat a la Constitució Espanyola ...	271
2.2 La previsió d'un sistema de pensions de jubilació a l'ordenament jurídic espanyol .....	282

### **3. Antecedents de l'aprovació de la Llei 27/2011 ..... 288**

3.1 L'establiment d'un sistema de jubilació gradual i flexible a través de la Llei 35/2002, de 12 de juliol .....	288
3.2 El llarg debat legislatiu, jurisprudencial i doctrinal sobre la jubilació forçosa per raó d'edat .....	318
3.3 La Llei 40/2007, de 4 de desembre, de mesures en matèria de Seguretat Social .....	344
3.4. La renovació del Pacte de Toledo de 2011, l'Acord Social i Econòmic de 2011 i els compromisos europeus.....	399

### **4. Les modificacions de la Llei 27/2011 sobre la jubilació i la seva estreta vinculació amb l'ocupació ..... 402**

4.1 L'augment de l'edat ordinària de jubilació i el correlatiu increment del període cotització .....	402
4.2 Les modificacions de la forma de càlcul de la pensió i la integració de llacunes .....	404
4.3 El nou règim dissuassori de la jubilació anticipada .....	406
4.4 Els canvis restrictius sobre la jubilació parcial .....	409
4.5 Les novetats en els incentius per l'allargament de la vida laboral: l'exoneració de cotitzar i les bonificacions a l'extensió voluntària de la vida laboral .....	411
4.6 La restricció i posterior supressió de la jubilació forçosa en els convenis col·lectius .....	414
4.7 Les noves normes de compatibilització entre la pensió de jubilació i del treball .....	415
4.8 La normativa específica pels expedients de regulació d'ocupació que afectin a treballadors majors de 50 anys en empreses amb beneficis i el conveni especial obligatori de l'art. 51.9 LET .....	416

4.9 Breu consideració sobre el progressiu plantejament del finançament privat de les pensions de jubilació .....	420
--	-----

### **III. L'ABAST DE LA PROTECCIÓ NORMATIVA DAVANT LA DISCRIMINACIÓ PER RAÓ D'EDAT: UN OBSTACLE PER A L'OCUPACIÓ DELS TREBALLADORS D'EDAT..... 423**

#### **1. Caracterització de la discriminació per motiu d'edat a l'àmbit laboral .....**

**424**

1.1 L'edat avançada com a nova forma emergent de discriminació ...	426
1.2 La internacionalització de la necessitat d'eradicar la discriminació per raó d'edat en el Conveni 111 i la Recomanació 162 de l'OIT .....	432

#### **2. El tractament normatiu i jurisprudencial a la Unió Europea de l'edat com a factor de discriminació en el treball i l'ocupació .....**

**440**

2.1 Les competències de la Unió Europea sobre igualtat de tractament i no discriminació per raó d'edat .....	442
2.2 El lleuger abast de la prohibició de discriminar per raó d'edat a la Directiva 2000/78/CE, de 27 de novembre de 2000, d'establiment d'un marc general per la igualtat de tractament en el treball i l'ocupació ...	454
2.3 El repertori jurisprudencial del TJUE relatiu a la interpretació del principi d'igualtat per raó d'edat a l'ocupació de la Directiva 2000/78/CE .....	471

#### **3. La regulació de la discriminació basada en l'edat a l'ordenament jurídic espanyol .....**

**506**

3.1 La interdicció de la discriminació per motiu d'edat a la Constitució espanyola .....	507
3.2 El reconeixement a l'Estatut dels Treballadors al dret no ser discriminat per raó d'edat en les relacions laborals .....	511



3.3 L'argumentació de la jurisprudència en casos de discriminació en el treball per raó d'edat .....	522
<b>4. Especial referència comparada als Estats Units: la legislació pionera contra la discriminació per raó d'edat .....</b>	<b>528</b>
4.1 Caracterització de les relacions laborals als Estats Units: l'aprovació de lleis antidiscriminatòries per contrarestar la doctrina de l' <i>employment-at-will</i> .....	528
4.2 La protecció primordial dels treballadors d'edat nord-americans a través de l' <i>Age Discrimination in Employment Act</i> (ADEA) .....	537
4.3 Altres mesures diferents de l'ADEA que afecten l'ocupació dels treballadors d'edat estatunidencs .....	574
4.4 A mode de conclusió: el contrast entre la normativa antidiscriminatòria per raó d'edat dels Estats Units i el model social europeu de protecció dels treballadors d'edat .....	593
<b>CONCLUSIONS (IN ENGLISH) .....</b>	<b>597</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>613</b>



## **RESUM**

La present tesi doctoral té per objecte l'anàlisi de la problemàtica laboral i de la seguretat social que afecta als treballadors de més edat. Es pren l'edat de 45 anys com a edat referencial per aproximar-se a l'estatut ocupacional dels treballadors d'edat. En concret, s'examinen les polítiques d'ocupació actives i passives existents a Espanya i Catalunya dirigides a aquest col·lectiu delimitat per l'edat avançada, la regulació de la jubilació a Espanya en clau de política d'ocupació i l'abast de la normativa internacional, comunitària i espanyola relativa a la prohibició de discriminació per raó d'edat en el treball i l'ocupació, així com se n'elabora un estudi comparatiu amb la legislació antidiscriminatòria per raó d'edat dels Estats Units, tenint en compte que és el país pioner en aprovar una norma en contra de la discriminació motivada per l'edat.

## **ABSTRACT**

The doctoral thesis analyzes the labour and social protection problems associated with older workers from 45 years old. It examines the employment statute of older workers, specifically: the existing active and passive employment policies in Spain and Catalonia that target older workers, the retirement regulation in Spain and the scope of legal protection against age discrimination in International, European and Spanish legislation, comparing it with the anti-discrimination law of the United States as it was the pioneer country in enacting an act prohibiting age discrimination in employment.



## PRINCIPALS ABREVIATURES UTILITZADES

ADEA	Age Discrimination i Employment Act
Art.	Article
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Codi Civil
CE	Constitució Espanyola
CES	Consejo Económico y Social
DA	Disposició Addicional
DT	Disposició Transitòria
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EAC	Estatut d'Autonomia de Catalunya
EEO	Estratègia Europea d'Ocupació
ERO	Expedient de Regulació d'Ocupació
FJ	Fonament Jurídic
INE	Instituto Nacional de Estadísticas
LE	Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo
LET	Estatut dels Treballadors
LGSS	Llei General de Seguretat Social
LMSS	Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social
LO	Llei Orgànica
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado
OCDE	Organització per a la Cooperació i el Desenvolupament Econòmic
OIT	Organització Internacional del Treball
OM	Ordre Ministerial
ONU	Organització de les Nacions Unides
op. cit.	Obra citada
pàg.	pàgina
RD	Reial Decret
RDL1	Reial Decret Llei

RMTAS	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
Sec.	Secció
SEPE	Servicio de Empleo Público Estatal
SOC	Servei d'Ocupació de Catalunya
ss.	següents
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea
STS	Sentència del Tribunal Suprem
STSJ	Sentència del Tribunal Superior de Justícia
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tractat de Funcionament de la Unió Europea
TGSS	Tresorería General de la Seguridad Social
TJCE	Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees
TS	Tribunal Suprem
TUE	Tractat de la Unió Europea
UE	Unió Europea
USC	United States Code
vs.	versus

## INTRODUCCIÓ

Al llarg de les properes dècades s'augura que es produirà un envelliment de la població a totes les regions del món a causa de l'augment de l'esperança de vida i la reducció de la fecunditat. A nivell mundial, està previst que l'esperança de vida arribi als 75 anys en els anys 2045-2050 i que la taxa de fecunditat baixi fins arribar a 2,0 fills per dona també en els anys 2045-2050<sup>1</sup>. I, en aquesta línia, segons les previsions, el percentatge de persones grans de 60 o més anys passarà de representar el 10% de la població mundial l'any 2000 al 21,1% l'any 2050<sup>2</sup>.

Els canvis en l'estructura de l'edat són altament susceptibles d'impactar en el mercat de treball. En efecte, una conseqüència de l'envelliment és que augmenta la relació de dependència, és a dir, redueix el nombre de persones que treballen i generen ingressos en comparació amb les que no treballen i depenen dels ingressos generats pels que treballen. L'augment de la taxa de dependència suposa un augment a la pressió dels sistemes de protecció social, en particular, dels sistemes de pensions que protegeixen la vellesa, és a dir, la jubilació<sup>3</sup>, i més encara en l'actual context de crisi econòmica. És per aquest motiu que es replanteja la viabilitat i sostenibilitat futura del sistema de pensions. Alhora la jubilació ha esdevingut una de les institucions més afectades per les darreres reformes legislatives del sistema de la Seguretat Social espanyol a fi i a efecte de que les persones allarguin llurs vides laborals i continuïn contribuint així al finançament de les pensions.

L'edat de jubilació es condiona a la política d'ocupació que no és altra que adaptar-la a l'esperança de vida actual i perllongar la vida laboral dels treballadors d'edat. L'expressió encunyada per la Unió Europea "envelliment actiu", és la consigna que

---

<sup>1</sup> NACIONS UNIDES, *El desarrollo en un mundo que envejece. Estudio económico y social mundial*, Nueva York, 2007. pàgs. 1 i ss.

<sup>2</sup> NACIONS UNIDES, *World population ageing 1950-2050*, New York, 2002

<sup>3</sup> En els propers 25 anys el nombre de persones a una edat pensionable augmentarà més enllà de 70 milions, mentre que la població en edat de treballar només augmentarà 5 milions. Com a conseqüència, declina els taxes d'ocupació i augmenten les taxes de dependència. Un revers al retir anticipat tendirà a mantenir la ratio d'ocupació que no caigui. En la majoria dels països de la OCDE la participació a la força de treball ha declinat marcadament a Europa i Estats Units. AUER, P., FORTUNY, M., *Ageing of the Labour Force in OECD Countries: Economic and Social Consequence*. International Labour Organization, Publicacions de l'OIT, 2000 .pàg. 9

persegueix la política d'ocupació del present per intentar elevar la taxa d'ocupació dels treballadors d'edat.

En efecte, les polítiques d'ocupació engloben el conjunt d'actuacions i mesures públiques que adopten l'Estat i les comunitats autònomes per tal d'influir en el mercat de treball i aconseguir la plena ocupació, la qualitat del treball, una equiparació entre l'oferta i la demanda d'ocupació i la reducció i protecció de les situacions d'atur. Es poden classificar en polítiques d'ocupació actives i polítiques d'ocupació passives. Les polítiques actives d'ocupació constitueixen el principal instrument per incidir en el funcionament del mercat de treball per tal d'augmentar el nivell d'ocupació i reduir l'atur a través de mesures de formació, incentius econòmics per la contractació de determinats col·lectius i orientació i intermediació laboral. Per altre costat, la política passiva es mou en el terreny de la seguretat social i es concreta bàsicament en la protecció per desocupació que dispensa el sistema de seguretat social i que té per objecte assegurar uns ingressos a les persones que estan en situació de desocupació, per així atenuar les conseqüències econòmiques que comporta estar desocupat.

Especialment, les polítiques d'ocupació actuals es caracteritzen per ser selectives, en el sentit que no es dirigeixen tant a qualsevol persona desocupada com a determinats col·lectius de persones que presenten més dificultats d'inserir-se en el mercat de treball. Les polítiques d'ocupació se centren en aquests col·lectius específics i en fan els destinataris de les seves actuacions concretes que tenen com a finalitat facilitar-los l'accés al mercat de treball.

Els treballadors d'edat, un col·lectiu que a l'ordenament jurídic espanyol és identificat amb les persones a partir de 45 anys, conformen un d'aquests col·lectius considerats tradicionalment com a grup desfavorit en el mercat de treball, en el sentit que les persones que hi formen part presenten majors dificultats d'inserció i reinserció laboral. A causa de diversos factors, com poden ser, entre d'altres, la falta d'adaptació a les ràpides innovacions tecnològiques, la baixa qualificació o formació professional, les carregues familiars, o per prejudicis dels empresaris envers l'aptitud pel treball en edats avançades, bona part d'aquests treballadors més grans de 45 anys, una vegada han abandonat la seva activitat laboral, resta ancorada a les llistes d'inactivitat i d'atur de llarga durada. Així es palesa a les estadístiques d'Espanya des dels anys 2007 i 2008. Per



edats, l'any 2007 el percentatge d'aturats de llarga durada en menors de 25 anys era del 22,6%, entre 25 a 45 anys del 27,5, i sobre els majors de 45 anys del 40%. Un patró que es repeteix l'any 2008, quan l'atur de llarga durada representa pels menors de 25 anys el 13,5%, entre les edats de 25 a 45 anys el 18,9% i pels majors de 45 anys el 32,7%<sup>4</sup> I encara . I encara és més virulent l'atur de llarga durada en desocupats més grans de 55 anys. Ho evidencien les dades corresponents a la darrera l'Enquesta de Població Activa (EPA) del segon trimestre de 2012 segons les quals mentre el tercer trimestre de l'any 2007 el nombre d'aturats de més de 55 anys era del 5,5%, en aquesta darrera enquesta aquesta xifra s'ha enfilat fins a gairebé el 17%<sup>5</sup>. Però la dada més preocupant és que dos terços del conjunt total de desocupats d'aquest col·lectiu fa més d'un any que es troba en situació de desocupació, és a dir, és aturat de llarga durada<sup>6</sup>.

Certament, una vegada desocupats els majors de 45 anys presenten especials dificultats per trobar un lloc de treball, ja que, aleshores, s'ajunten dos factors, l'edat i el major temps en què una persona romangui inscrita com a desocupada en els serveis públics d'ocupació, que esdevenen desfavorables per trobar una ocupació. És per això que l'ocupabilitat dels desocupats majors de 45 anys, és a dir, la probabilitat que trobin una ocupació disminueix amb l'edat avançada i a aquests treballadors se'ls associa amb l'atur de llarga durada. Per il·lustrar-ho, l'any 2009, del total de la població desocupada s'estimava que el 40% tenia una probabilitat baixa o molt baixa de trobar ocupació. Aquest percentatge s'accentua especialment en el cas dels majors de 45 anys que va arribar al 58% de probabilitat baixa o molt baixa d'ocupació<sup>7</sup>.

Un dels principals obstacles per a l'ocupació dels treballadors d'edat és la discriminació per raó d'edat que impedeix als treballadors participar en condicions d'igualtat d'oportunitats en el mercat de treball i, consegüentment, poder allargar la seva vida en actiu. D'aquí que en les darreres dècades s'ha prestat especial consideració a l'adopció de normes específicament protegeixen els treballadors de la discriminació basada en l'edat avançada en les relacions laborals i l'ocupació.

---

<sup>4</sup> Font: *Instituto Nacional de Estadísticas (INE): desempleo de larga duración por edades en España.*

<sup>5</sup> Font: *Instituto Nacional de Estadísticas (INE): Encuesta de Población Activa del segundo trimestre del año 2012 en España.*

<sup>6</sup> AGETT, *Informe regional AGETT del mercado laboral. 2º Trimestre 2012, septiembre de 2012*

<sup>7</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de Espanya 2009*, CES, Madrid, junio 2010, pàg. 239

Partint de la problemàtica laboral i de la seguretat social dels treballadors d'edat apuntada, la present tesi pretén aproximar-se a l'estatut ocupacional dels majors de 45 anys, que és l'edat a partir de la qual l'ordenament jurídic espanyol alerta que es comença a denotar l'especial dificultat per inserir-se en el mercat de treball a causa precisament de l'edat i categoritza els majors de 45 anys com a grup desafavorit en l'ocupació a qui cal fer destinatari prioritari de polítiques d'ocupació.

El primer Capítol se centra en l'estat de les mesures d'ocupació tant actives com passives destinades a aquest col·lectiu delimitat per l'edat avançada que hi ha a Espanya i Catalunya, tenint en compte el repartiment competencial de la matèria de política d'ocupació. Seguidament, el segon Capítol fa un pas més i té per objecte l'anàlisi del temps de trànsit de la vida activa al retir, és a dir, s'examina la regulació de la jubilació a Espanya en clau de política d'ocupació. Per últim, el darrer Capítol analitza l'abast de la normativa internacional, comunitària i espanyola relativa a la prohibició de discriminació per raó d'edat en el treball i l'ocupació, i se n'elabora un estudi comparatiu amb la legislació antidiscriminatòria per raó d'edat dels Estats Units, tenint en compte que és el país pioner en aprovar una norma en contra de la discriminació motivada per l'edat.

# **I. LES POLÍTIQUES D'OCUPACIÓ DIRIGIDES ALS TREBALLADORS D'EDAT AVANÇADA**

A causa de l'edat avançada, els treballadors d'edat, identificats per l'ordenament jurídic espanyol com les persones majors de 45 anys, són jurídicament considerats un dels col·lectius desfavorits en el mercat de treball. Com a tal, és un grup destinatari de les mesures de política d'ocupació que promouen els poders públics per fomentar l'ocupació d'aquells que presenten més dificultats d'inserció al mercat laboral. Partint de la present premissa, aquest capítol aprofundeix sobre les polítiques d'ocupació tant actives com passives que s'han previst amb la finalitat d'incentivar la contractació i el manteniment de l'ocupació dels treballadors d'edat en el marc jurídic espanyol i català.

## **1. CONCEPTUALITZACIÓ, TIPOLOGIA I REPARTIMENT COMPETENCIAL DE LA POLÍTICA D'OCUPACIÓ**

La política d'ocupació integra tota acció que emprenen els poders públics a fi d'incidir en el mercat de treball per tal de millorar l'ocupació dels treballadors o aconseguir la plena ocupació. Sobre la base d'aquesta premissa, el present apartat aprofundeix en la base jurídica de la política d'ocupació, els mecanismes que comprèn, així com s'estableix qui n'ostenta la competència en la matèria.

### **1.1 L'objectiu tendent a la plena ocupació i/o la millora de l'ocupació**

Per la *Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*<sup>8</sup> (LE en endavant), que és la norma clau del Dret d'ocupació a l'ordenament espanyol, la política d'ocupació es defineix com “el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las

---

<sup>8</sup> BOE núm. 301, de 17 de desembre de 2003, en la seva darrera redacció arran de la modificació operada pel *Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo* (BOE núm. 43, de 19 de febrer de 2011) i pel *Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado* (BOE núm. 226, de 20 de setembre de 2011).

situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo” (art. 1). Així la política d’ocupació és definida d’una forma finalista, a través dels objectius que persegueix; en el conjunt de les mesures que adopten els poders públics amb la finalitat d’ajustar l’equilibri entre l’oferta i la demanda, de manera que el sistema econòmic assoleixi la plena ocupació o, si més no, es redueixi al mínim la desocupació<sup>9</sup>.

En aquest sentit finalista ho expressa MARTIN VALVERDE, per a qui la política d’ocupació “se define por sus fines u objetivos, comprendiendo todas las medidas de los poderes públicos encaminadas a la consecución del pleno empleo y del mejor empleo de la población activa”<sup>10</sup>. Ara bé, si dins la política d’ocupació s’engloben tot tipus de mesures que persegueixen els objectius descrits significaria que hi tenen cabuda la major part dels instruments de la política econòmica i nombroses esferes d’actuació dels poders públics. D’aquí que, pel fet que la política d’ocupació tingui un caràcter transversal, convé prendre en consideració el concepte restringit pel qual es decanta l’autor alhora de definir què entra dins la política d’ocupació. Segons aquesta accepció restringida, la política d’ocupació només comprèn les actuacions dels poders públics que tenen una incidència directa sobre el mercat de treball, en concret, que persegueixen l’objectiu clàssic de la política d’ocupació, aconseguir la plena ocupació i millora de l’ocupació de la població activa<sup>11</sup>.

L’objectiu de la política d’ocupació és, doncs, primordialment aconseguir la plena ocupació<sup>12</sup>. Ho estableix la LE, la política d’ocupació és un conjunt de mesures “tendientes a la consecución del pleno empleo” (art. 1 LE), definició que està en consonància amb el que disposa la Constitució Espanyola que encomana als poders públics “de manera especial” la realització d’ “una política orientada cap a la plena ocupació” (art. 41.1 CE). També nombrosos altres instruments de caràcter supranacional ho declaren. El Tractat de la Unió Europea<sup>13</sup> disposa que un dels

---

<sup>9</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C, “Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales” dins MARTÍNEZ ABASCAL, V.A (coordinador), *Política de empleo y protección social. Segundas jornadas universitarias tarraconenses de derecho social*. Facultat Rovira i Virgili, Esplugues de Llobregat, 1996, pàg. 24

<sup>10</sup> MARTÍN VALVERDE, A., “La política de empleo: caracterización general y relaciones con el derecho del trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 9, 1983, pàgs. 64-65

<sup>11</sup> *Idem*, pàg. 65.

<sup>12</sup> Són també objectius bàsics de la política econòmica, d’on en forma part la política d’ocupació, la consecució de l’estabilitat en els preus, l’equilibri de la balança de pagaments i el desenvolupament econòmic.

<sup>13</sup> *Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (DOUE C 83/15, 30.3.2010)*

objectius que persegueix la Unió és també obrar a favor d'una economia social de mercat “tendente al pleno empleo” (art. 3.3 TUE). Així com també la Declaració de Filadèlfia de 1944 relativa finalitats i objectius de la Organització Internacional del Treball (OIT en endavant) reconeix “la obligación solemne de la OIT” a promoure programes per “lograr el pleno empleo” (1.1 Constitució de la OIT, coneguda com Declaració de Filadèlfia).

Des d'una formulació teòrica, la política de la plena ocupació té lloc, seguint MARTÍNEZ ÁLVAREZ, “en una sociedad progresista regida por una economía de mercado...” on “...la situación de desempleo se reduce a <breves intervalos de expectativa>, en la seguridad de que se retornará con rapidez al antiguo puesto de trabajo o se ocupará uno nuevo, adecuado a la capacidad del demandante de empleo”<sup>14</sup>. Així, plena ocupació equival a una situació en què tota persona que vol treballar troba una activitat adequada a les seves capacitats. En aquesta situació, l'atur no desapareix del tot, sinó que, com es desprèn de la definició citada, la plena ocupació inclou sempre un marge d'atur friccional, que és conseqüència de la dinàmica contractacions i acomiadaments i està integrat per totes les persones que s'incorporen al mercat de treball o estan canviant de feina i necessiten un cert temps per trobar una nova feina<sup>15</sup>. En canvi, un context de plena ocupació no inclou l'atur per insuficiència de la demanda, també anomenat desocupació cíclica, que es produeix per un període de caiguda de l'activitat econòmica, quan la demanda de béns i serveis és insuficient, es redueix la producció i augmenta, doncs, la desocupació<sup>16</sup>.

S'observa doncs, com la política d'ocupació és part integrant de la política econòmica i que té com a principal objectiu la consecució de la plena ocupació. I és que la política de plena ocupació és considerada com una part essencial de l'Estat del benestar i del model d'Estat social que configura la Constitució a l'article 1.1 CE. En efecte, l'Estat

---

<sup>14</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “Derecho del trabajo y políticas de empleo”, dins NAVARRO, A.V. (director), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pàg. 1342

<sup>15</sup> En termes estadístics, es considera que el marge d'atur friccional admès en una situació de plena ocupació no ha de suposar més del 3 o del 5 %. ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Política de empleo y protección por desempleo”, dins MARTÍNEZ ABASCAL, V.A (coordinador), *Política de empleo y protección social. Segundas jornadas universitarias tarraconenses de derecho social*. Facultat Rovira i Virgili, Esplugues de Llobregat, 1996, pàg. 318

<sup>16</sup> PALACIO MORENA, J.I., ÁLVAREZ ALEDO, c., *El mercado...op cit.* pàg. 67. També FRANCO SALA, L., *Les polítiques...op cit.* pàg. 19-20

del benestar és un Estat protector que persegueix la reducció de les desigualtats socials de la població en les economies capitalistes. De manera que l'Estat, i per tant, el sector públic, intervé en el funcionament de l'economia i adopta polítiques orientades a aconseguir el major benestar possible pel major número de persones. El desenvolupament de l'Estat del benestar va produir-se durant les dècades de 1950 i 1960 coincidint amb un període de llarg creixement econòmic. I va ser en aquest període quan es va començar a impulsar l'objectiu polític de la plena ocupació que, en aquells anys de creixement perllongat de l'economia, es veia com a viable<sup>17</sup>. De fet, tal i com considera ALARCÓN, “(...) no es solamente que el triunfo de la política de empleo –esto es, la consecución del pleno empleo- es el que hace posible que la Seguridad Social asuma sin quebrantos la protección del paro friccional, sino que, de manera más radical – y el sustento real durante el período 1945-1973- del conjunto del sistema de protección social característico de los llamados Estados de Bienestar europeos”<sup>18</sup>.

La plena ocupació que predica la política d'ocupació a través d'actuacions dels poders públics és el pilar del sistema de protecció social, talment com avançaren en el període d'entreguerres William BEVERIDGE, un dels teòrics de l'Estat del benestar, basant-se en les mesures de John Maynard KEYNES, economista britànic crític dels mecanismes del capitalisme liberal des de la fi de la Primera Guerra Mundial i defensor de l'intervencionisme estatal en l'economia. Per Keynes, una economia de mercat no tendeix automàticament a la plena ocupació, per això, es requereix, una intervenció pública per estimular l'activitat econòmica i mantenir l'ocupació perquè l'estancament productiu i la desocupació són una amenaça per a l'organització civil. En conseqüència, segons Keynes, cal que l'Estat intervingui per estimular la demanda de béns i serveis assignada a les empreses<sup>19</sup>. La política de la plena ocupació popularitzada per Keynes a partir de la *Teoria general de l'ocupació, l'interès i els diners* (1936) ha esdevingut una part essencial de la concepció doctrinal de “l'Estat del benestar” així com del model d'Estat social que configura l'article 1.1 CE<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> PALACIO MORENA, J.I., ÁLVAREZ ALEDO, c., *El mercado de trabajo: análisis y políticas*, Akal Ediciones, Madrid, 2004, pàg. 163

<sup>18</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Política de empleo y protección...*op cit.* pàg. 318

<sup>19</sup> RONCAGLIA, A., *Elementos fundamentales de economía política*. Eumo editorial. Universitat de Vic. Capellades, 1997, pàgs. 219-221

<sup>20</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 25ena edició, Tecnos, Madrid, 2004, pàg. 567

Doncs bé, BEVERIDGE ,al seu conegut Informe Beveridge *Social Insurance and Allied Services de 1942* <sup>21</sup> estableix que un dels supòsits per desenvolupar un sistema de Seguretat Social és el manteniment de l'ocupació i la prevenció de la desocupació massiva. S'ocupa d'estudiar les mesures necessàries per aconseguir la plena ocupació en un segon Informe titulat *Full Employment in a Free society*, de 1944. En aquest nou Informe, estableix que per mantenir l'ocupació i eliminar l'atur cal desenvolupar una política de plena ocupació, entenent que plena ocupació no significa que no hi hagi atur en absolut, sinó significa que “el desempleo se reduce a breves intervalos de expectativa, son la certeza de que muy pronto uno será requerido de nuevo en su antiguo puesto de trabajo i será requerido en un nuevo puesto de trabajo que esté dentro de sus posibilidades”<sup>22</sup>. És a dir, que sempre queda un marge d'atur friccional corresponent lapses de temps curts entre els que es perd un lloc de treball i se'n troba un altre. Prenent com a referència les mesures keynesianes de gestió pública de la demanda, Beveridge proclama que només l'Estat garantir la plena ocupació, realitzant una despesa suficient i adequada<sup>23</sup>. Per tant, segons aquest plantejament clàssic, la política d'ocupació és la base del sistema de Seguretat Social i, en conseqüència de la protecció per desocupació, ja que de l'èxit de la política d'ocupació en depèn la dispensa dels sistema de seguretat social de protecció per atur friccional que és l'únic marge d'atur que hi ha en una situació de plena ocupació aconseguida mitjançant la política d'ocupació.

Ara bé, d'acord amb la puntualització d'ALARCÓN, aquesta concepció clàssica inspiradora dels sistemes de protecció social, es va començar a qüestionar a partir de la

---

<sup>21</sup> L'Informe de Lord Beveridge II, *Full Employment in a Free society* de 1944, és una continuació de l'anterior i conegut Informe Beveridge, *Social Insurance and Allied Services* de 1942 proposa crear un sistema que reorganitzi les assegurances socials i estableixi les bases per un autèntic sistema de la Seguretat Social en què hi fossin incorporades totes les branques de la seguretat social, i reconeix la obligació d'estendre las mesures de seguretat social a fi de garantir ingressos bàsics a qui els necessiti. En efecte, a partir de la seva màxima “freedom from want”, l'Informe Beveridge preveu la unificació de les assegurances socials, la universalització subjectiva de la protecció de la vellesa estesa a tots els ciutadans, no només als treballadors, per tal de combatre la pobresa i protegir a tota la població front a qualsevol classe de contingència tot preveient la percepció d'uns ingressos mínims.

<sup>22</sup> BEVERIDGE, W., *Full Employment in a Free Society*, Londres, 1944, Edició espanyola traduïda del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pàg. 38.

<sup>23</sup> Per aconseguir-ho, segons Beveridge, l'Estat ha de relacionar l'oferta i la demanda tant qualitativa com quantitativament. I això significa “o bien a) asegurar que la demanda de mano de obra, además de ser suficiente en total, sea estable en cada una de sus principales categorías, de forma que los hombres no se queden sin trabajo por culpa de la fluctuación en determinadas industrias o bien b) hacer que la oferta de mano de obra sea tan fluida que incluso si hay hombres que se quedan sin un trabajo de una cierta categoría, estos hombres puedan encontrar sin tardanza trabajo en otra categoría”.

crisi econòmica dels anys setanta que va provocar una situació d'atur massiu i estable<sup>24</sup>. Se'n desprèn doncs que la plena ocupació es difícil d'aconseguir i està estretament correlacionada amb la situació econòmica. A mode d'exemple vigent, immerses en la crisi econòmica actual, les actuals orientacions sobre ocupació establertes l'any 2010 que la Unió Europea dirigeix als Estats membres per tal que les incorporin als programes interns d'ocupació ja no figura l'objectiu de la plena ocupació que ocupava un lloc destacat en les directrius anteriors<sup>25</sup>. En efecte, tal com assenyalen FINA la incidència de la política d'ocupació sobre l'ocupació depèn del cicle econòmic, les finances públiques i la taxa d'atur de cada moment<sup>26</sup>.

Així, la política d'ocupació està al servei de la política econòmica global en l'àmbit específic del mercat del treball<sup>27</sup>. Ja l'Organització Internacional del Treball, en el Conveni núm. 122 sobre la política d'ocupació de 1964<sup>28</sup>, estableix que “(...) todo miembro deberá formular i llevar a cabo, como objetivo de importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido” (art. 1), una política que es “(...) parte integrante de una política económica y social coordinada” (art 2). D'aquesta manera, es pot considerar com una política complementària d'altres polítiques econòmiques i socials i, en última instància, depèn de la conjuntura econòmica pel fet que el mercat de treball i per tant, la oferta i la demanda de mà d'obra és interdependent del mercat de productes, és a dir, de la oferta i la demanda de la producció. I és que, és més, en sistemes d'economia mixta, com l'espanyol, en el qual un ampli sector públic conviu amb un ampli sector privat<sup>29</sup>, convé tenir en compte que l'Estat, per mitjà de la política d'ocupació no pot influir de manera decisiva en la

---

<sup>24</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Política de empleo y protección...*op cit.* pàg. 318

<sup>25</sup> *Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DO L 308/46 de 24.11.2010)*, directrius comentades pel que fa a la no menció a la plena ocupació pel *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros — Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020» COM(2010) 193 final (DO C 21/66, de 21.1.2011)*

<sup>26</sup> FINA SANGLAS, L., *El reto del empleo*, McGraw-Hill, Madrid, 2001. pàgs. 32 *et seq.*

<sup>27</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Política de empleo y...*op cit.* pàg. 25

<sup>28</sup> Ratificat per espanya el 28 de desembre de 1970

<sup>29</sup> Tradicionalment, d'acord amb Roncaglia, es distingeixen tres posicions sobre la intervenció de l'Estat en l'economia: una primera posició considera que l'Estat està contraposat amb el mercat, de manera que l'expansió de l'esfera pública es fa a costa de la iniciativa privada; una segona posició manté que la intervenció pública és més eficient alhora de planificar els mitjans de producció sobre el mercat; i la tercera posició intermitja afirma que la intervenció pública és necessària per sostenir l'economia de mercat i desenvolupar tasques que el sector privat no faria, com l'assistència social, o per regular el mercat tenint en compte els interessos generals, per exemple adoptant normativa antimonopolista, o també per mantenir l'activitat productiva en situacions de fallida, etc. RONCAGLIA, A., *Elements fonamentals...op cit.* pàgs. 531-532



creació d'ocupació ja que la creació de llocs de treball depèn, en bona mesura, de la llibertat empresarial en el marc d'una economia de mercat, reconeguda constitucionalment a l'article 38 CE. Per aquests motius, en paraules de Martin Valverde, “la política de empleo es una pieza importante, pero no decisiva, de la política orientada al pleno empleo”<sup>30</sup>.

## **1.2 Instruments jurídics internacionals, comunitaris, i de l'ordenament jurídic espanyol en matèria de política d'ocupació**

La descentralització i la territorialització són els caràcters que defineixen els instruments jurídics amb què compta la política d'ocupació<sup>31</sup>. I és que en la política d'ocupació espanyola hi intervenen un conglomerat d'òrgans decisoris competents, a saber: la Unió Europea, l'Estat i les comunitats autònomes, cadascú amb diferents nivells de competències. Així mateix convé tenir en compte instruments internacionals essencials que són diversos convenis i recomanacions de l'OIT que versen sobre la importància que els Estats comptin amb mesures de foment de l'ocupació.

### **1.2.1 La contribució de la Organització Internacional del Treball (OIT) en l'àmbit de la política d'ocupació**

En el marc internacional, la responsabilitat principal a l'hora de promoure l'ocupació recau sobre l'Organització Internacional del Treball (OIT en endavant)<sup>32</sup>. L'OIT va ser creada a la part XIII del Tractat de Pau de Versalles, que va posar fi a la Primera Guerra Mundial, al 1919, any en què es va celebrar la primera reunió de l'Organització a Washington. La organització es va crear amb l'objectiu de fomentar la justícia social considerada un pressupòsit clau per assolir la pau mundial. Així es fa constar en el Preàmbul de la Constitució de l'OIT, de 1919 quan manifesta “Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social (...) las Altas Partes contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y, a efectos de conseguir los objetivos

---

<sup>30</sup> MARTÍN VALVERDE, A., “La política de empleo...*op cit*, pàg. 75

<sup>31</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., *et al.*, *Manual de política y derecho de empleo*, Tecnos, Madrid, 2011. pàg. 46

<sup>32</sup> OIT, *Promover el empleo. Políticas, capacitación, empresas*, Informe III (Parte 1B), Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2004. pàgs. 17

expuestos en este preámbulo, convienen la siguiente Constitución de la Organización del Trabajo”. En efecte, la OIT va sorgir en un període d’entreguerres en el qual es pren la consciència que la guerra i la conseqüent pobresa que produeix només generen més conflictes. Aquesta preocupació es plasma a l’esmentada part tretzena del Tractat de Versalles on es declara “la justicia, la miseria y las privaciones por un gran numero de personas ponen en peligro la paz y la armonía universales. La adopción de medidas para solucionarlo tienden, en definitiva, a garantizar paz”<sup>33</sup>.

Més endavant, l’any 1945, en la seva vint-i-sisena reunió celebrada a Paris, la OIT va acordar unir-se a l’Organització de les Nacions Unides formada al 1945 en finalitzar la Segona Guerra Mundial prenent com a precedent la Lliga de les Nacions. És així com, a partir de 1946 la OIT esdevé un organisme especialitzat de les Nacions Unides<sup>34</sup>

Així doncs, i d’acord amb l’article 1 de la Constitució de la OIT, l’organització es constitueix com una “organización permanente” encarregada d’aconseguir les finalitats de l’organització apuntades al preàmbul i a la Declaració de Filadèlfia. L’idea de permanència es constata pel fet de no veure’s alterada pels esdeveniments del segle XX, especialment la Segona Guerra Mundial <sup>35</sup>. L’organització institucional de la OIT s’estructura entorn de tres òrgans principals: la Conferència General, el Consell d’Administració i l’Oficina Internacional del Treball. Tots aquests òrgans configuren l’estructura institucional permanent que assegura la continuïtat i reafirma la seva independència respecte els Estats membres <sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> El text de la Constitució de la OIT pot consultar-se a: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm>

<sup>34</sup> La resolució de la OIT a formar part de les Nacions Unides sorgeix per una qüestió competencial entre ambdues organitzacions ja que totes dues promouen igualment l’adopció de mesures per aconseguir un desenvolupament econòmic i social a tots els països. Per tal de no colisionar en les mesures adoptades per part de les Nacions Unides i la OIT, el 30 de maig de 1946 les dues Organitzacions acorden que “las Naciones Unidas reconocen a la Organización Internacional del Trabajo como un organismo especializado competente para emprender la acción que considere apropiada, de conformidad con su instrumento constitutivo básico, para el cumplimiento de los propósitos expuestos”.

<sup>35</sup> VALTICOS, N., *Derecho Internacional del Trabajo*.(traducció de M<sup>a</sup>José Triviño) Editorial Tecnos. Madrid, 1977. pàg. 91, 92.

<sup>36</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*. Ediciones Laborum. Murcia, 2002. pàg. 46. Actualment la OIT compta amb 175 membres. Segons els articles 1.2, 1.3 i 1.4 de la Constitució de la OIT, són membres de la OIT: els Estats firmants de la Part XIII del Tractat de Versalles que l’1 de novembre de 1945 fossin membres de la OIT: els Estats Membres originaris de la Organització de les Nacions Unides (ONU); els Estats admesos com a membres de la ONU, sempre que comuniquin al Director General de la Oficina Internacional del Treball “la aceptación formal de las obligaciones que emanan de la Constitución de la OIT”; els Estats no inclosos en els anteriors supòsits si la seva sol·licitud per ser membre de la OIT sigui aprovada per la Conferència General amb una majoria de dos terços dels delegats presents, inclosos dos terços dels delegats

Doncs bé, des que es va crear, l'OIT ha assenyalat entre els seus objectius la lluita contra la desocupació i el foment de l'ocupació. El Preàmbul de la Constitució de l'OIT menciona la lluita contra la desocupació com una de les condicions que cal millorar en els Estats membres perquè, segons declara el mateix preàmbul la desocupació implica “tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonia universales”. El mateix any 1919 la primera Conferència Internacional del Treball que es va celebrar va adoptar el Conveni núm. 2 relatiu a la desocupació que exigeix als Estats membres informar sobre les mesures preses per lluitar contra la desocupació. Posteriorment, la Declaració de Filadèlfia de maig de 1944 que estableix les finalitats i els objectius de l'OIT reconeix l'obligació solemne de l'organització a fomentar programes que permetin “lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida”.

Durant la dècada dels cinquanta l'OIT posa en qüestió la creença que el creixement econòmic originaria automàticament uns nivells majors d'ocupació i unes millors condicions de vida per tot país. I, davant la preocupació in crescendo de l'organització envers els problemes de desocupació, la 48ena Conferència Internacional del Treball de 1964<sup>37</sup> va adoptar el Conveni núm. 122 i la Recomanació núm. 122 relatius a la política d'ocupació, els quals assenten les bases de la futura tasca de l'OIT en matèria d'ocupació. El Conveni versa sobre les activitats de l'OIT en l'esfera de la política d'ocupació i la Recomanació estableix les mesures internacionals destinades a facilitar la realització dels objectius de política d'ocupació<sup>38</sup>.

En virtut del Conveni núm. 122 i també reiterat a la Recomanació núm. 122, tot Estat que forma part de l'organització ha de formular i aplicar, com a objectiu prioritari, una política activa per fomentar la plena ocupació, productiva i lliurement elegida. Aquesta política ha de garantir: que hi haurà treball per totes les persones disponibles i que busquin treball; que aquest treball serà tant productiu com sigui possible; que hi haurà llibertat per escollir l'ocupació i que cada treballador tindrà totes les possibilitats

---

governamentals, sempre que comuniquin al Director General de l'Oficina Internacional del Treball “la aceptación formal de las obligaciones que emanen de la Constitución de la OIT”.

<sup>37</sup> Tot i que la preocupació de l'OIT es focalitzava en la desocupació en els països en vies de desenvolupament, la Conferència Internacional del Treball va optar per adoptar uns instruments aplicables tant als països industrialment desenvolupats com aquells en vies de desenvolupament. OIT, *Política de empleo, con especial referencia a los problemas del empleo en los países en vías de desarrollo*, Informe VIII (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 48ª reunión, Ginebra, 1964

<sup>38</sup> OIT, *Promover el empleo...op cit.* pàgs. 3-5

d'adquirir la formació necessària per ocupar l'ocupació que li convingui i d'utilitzar en aquesta ocupació la formació adquirida, sense que es tingui en compte la seva raça, color, sexe, religió, opinió política, procedència nacional o origen social. En aquest punt convé anotar que tot i que no esmenti expressament l'edat, l'ocupació lliurement elegida implica així mateix l'eliminació de la prohibició de tota discriminació basada en els mateixos criteris que els establerts en el Conveni núm. 111 de 1958 sobre la discriminació a l'ocupació i el treball que no inclouen l'edat entre les causes de discriminació enumerades però preveu la possibilitat d'ampliar la llista d'aquestes causes, de manera que pot incloure's de forma indirecta la discriminació per raó d'edat.

Aquesta política ha de tenir en compte les relacions existents entre els objectius d'ocupació i la resta d'objectius econòmics i socials, i ha d'aplicar-se a través de mitjans apropiats a les condicions i pràctiques nacionals. Les mesures que han d'adoptar-se per aconseguir els objectius d'ocupació han de determinar-se i revisar-se regularment com a part integrant d'una política econòmica i social coordinada, en consulta amb els representants de les persones interessades en aquestes mesures, especialment amb els representants dels empresaris i dels treballadors.

La Recomanació posterior núm. 169, de 1984, sobre la política d'ocupació, amplia el contingut del Conveni núm. 122. Conté un conjunt de disposicions relatives a la política demogràfica; a l'ocupació dels joves i dels col·lectius i persones desfavorides; a les polítiques tecnològiques; al sector informal; a les petites empreses; a les polítiques de desenvolupament regional; als programes d'inversió pública i programes especials d'obres públiques; a la funció de la cooperació econòmica internacional i a les migracions internacionals.

Sobre la necessitat que els Estats comptin amb polítiques nacionals dirigides al foment de l'ocupació dels col·lectius desfavorits la Recomanació esmenta els treballadors d'edat com un grup desfavorit en el mercat de treball que ha de ser destinatari d'aquestes polítiques específiques. Estableix: "en el contexto de una política global del empleo, los Miembros deberían adoptar medidas con miras a satisfacer las necesidades de todas las categorías de personas que tengan frecuentemente dificultades para encontrar empleo duradero, como ciertas mujeres, ciertos trabajadores jóvenes, los

inválidos, los trabajadores de edad, los desempleados por largos períodos y los trabajadores migrantes que se encuentren legalmente en su territorio” (art. 15).

Un instrument complementari de la política d’ocupació és el Conveni núm. 142, de 1975, sobre el desenvolupament dels recursos humans<sup>39</sup>. Per mitjà del Conveni 142 els Estats membres es comprometen a adoptar i a posar en pràctica polítiques i programes complets i coordinats en el camp de l’orientació i formació professionals, establint així una estreta relació entre aquest camp i l’ocupació, en particular, mitjançant els serveis públics d’ocupació. En aquestes polítiques i programes, que han d’aplicar-se per mitjà de mètodes adaptats a les condicions nacionals, s’han de tenir en compte les necessitats i les possibilitats d’ocupació, així com altres objectius econòmics, socials i culturals. Així mateix, amb vistes a millorar l’aptitud de l’individu, aquests programes i polítiques han d’incentivar i ajudar totes les persones, en condicions d’igualtat i sense que prevalgui cap tipus de discriminació, i han de ser establerts i aplicats en col·laboració amb les organitzacions d’ocupadors i de treballadors<sup>40</sup>. A més, el Conveni emmena els Estats a crear i perfeccionar sistemes oberts, flexibles i complementaris d’ensenyament i de formació i, al mateix temps, han d’ampliar-se gradualment els sistemes d’orientació i formació professional.

Altres normes de la OIT vinculades amb l’ocupació són: el Conveni núm. 88, de 1948, relatiu al servei d’ocupació<sup>41</sup>, el qual ha de desenvolupar la funció essencial d’aconseguir una millor organització del mercat de treball, com a part integrant del programa nacional destinat a mantenir i garantir la plena ocupació. Aquest Conveni 88 es correlaciona amb el Conveni núm. 181, de 1997, sobre les agències privades de col·locació<sup>42</sup>, que també poden dur a terme serveis d’intermediació laboral i que afavoreixin a l’ocupació; el Conveni núm 150<sup>43</sup> i la Recomanació núm. 158, de 1978, sobre l’administració que estipulen que entre les funcions de l’administració del treball s’hi troba la de participar en la preparació, administració, coordinació, control i revisió de la política nacional d’ocupació; i el Conveni núm. 168, de 1988, relatiu al foment de

---

<sup>39</sup> Ratificat per Espanya el 16 de maig de 1977.

<sup>40</sup> En efecte, tal com s’observa en el Conveni 122 o el Conveni 142, les normes de l’OIT sobre ocupació es basen en el diàleg social en tant que estableixen l’obligació de consulta i la cooperació amb els interlocutors socials a l’hora de dissenyar i desenvolupar la política d’ocupació. MONEREO PÉREZ, J.L., *et al.*, *Manual de política...op cit.* pàg. 47.

<sup>41</sup> Ratificat per Espanya el 30 de maig de 1960.

<sup>42</sup> Ratificat per Espanya el 15 de juny de 1999.

<sup>43</sup> Ratificat per Espanya el 3 de març de 1982.

l'ocupació i la protecció contra la desocupació<sup>44</sup> estableix que els Estats han de procurar que les modalitats d'indemnització per desocupació contribueixin a fomentar la plena ocupació, productiva i lliurement elegida, i que no dissuadeixin als ocupadors d'oferir una ocupació productiva ni als treballadors de buscar-la. Dit Conveni 168 també assenyalava que les mesures de foment d'ocupació productiva han d'inspirar-se en les Recomanacions núm. 150 i 169, i es preveu que a més dels serveis d'ocupació, de la formació i l'orientació professional, la política d'ocupació ha de comptar amb altres mitjans, com la seguretat social. Així mateix, el compliment del Conveni núm. 122, el qual pretén que la política d'ocupació ha de perseguir l'objectiu de la lliure elecció del treball, implica que s'ha de complir amb la prohibició del treball forçós que estipula el Conveni núm. 29, de 1930<sup>45</sup>, així com s'ha d'eliminar tota discriminació basada en els criteris que disposa el Conveni núm. 111, de 1958, sobre la discriminació als àmbits del treball i l'ocupació<sup>46</sup>.

Tot i tractar-se de normes de contingut mínim<sup>47</sup> i, les que versen sobre l'ocupació, notablement antigues en el temps, el Pacte Mundial per a l'Ocupació que va adoptar la Conferència Internacional del Treball de la OIT el juny de 2009<sup>48</sup> amb l'objectiu de generar ocupació, protegir els treballadors i estimular la recuperació econòmica davant la crisi econòmica actual ressaltava la importància de mantenir les aquestes normes del treball. En efecte, el Pacte destaca la importància dels instruments sobre l'ocupació adoptats per l'OIT ja que entén que proporcionen als governs les eines essencials per tal que les normes del treball segueixin servint de base per una recuperació sostenible. Es reivindiquen en el Pacte els valors i principis del dret laboral protector del treballador, la necessitat que es creï ocupació que respecti els drets dels treballadors establerts a les normes internacionals del treball, el diàleg social, i que s'apliquin polítiques actives d'ocupació, especialment destinades als grups vulnerables en el treball, que millorin

---

<sup>44</sup> Conveni no ratificat per Espanya.

<sup>45</sup> Ratificat per Espanya el 29 d'agost de 1932.

<sup>46</sup> Ratificat per Espanya el 6 de novembre de 1967.

<sup>47</sup> Tant els convenis com les recomanacions tenen el caràcter de norma mínima, en el sentit de que la seva adopció o ratificació per part d'un Estat membre no pot menystenir qualsevol norma nacional de caràcter intern que garanteixi als treballadors millors condicions de les que figuren en el conveni o recomanació, segons dispensa l'article 19.8 de la Constitució de l'OIT. A MORRO LÓPEZ, J.L., "La protección de la jubilación en los convenios de la OIT", dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 613,614, l'autor contempla com els instruments normatius de la OIT que ja de per si han suscitat poc ressò entre els membres de la organització, ostenten a més el caràcter de norma mínima.

<sup>48</sup> OIT, *Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión, Ginebra, 19 de junio de 2009. pàgs. 3, 9.

l'ocupabilitat dels seus destinataris <sup>49</sup>. Per tant, els convenis i recomanacions sobre l'ocupació formen un marc per fer efectiu el dret al treball i a l'educació per atenuar les conseqüències de la crisi mundial<sup>50</sup>. Així que l'OIT mante l'eficàcia de les polítiques d'ocupació com a resposta a la crisi econòmica<sup>51</sup>.

### **1.2.2 La coordinació de les polítiques estatals d'ocupació en l'àmbit de la Unió Europea (UE)**

El Tractat d'Amsterdam de 1997 va ser el punt de partida de l'actual política europea d'ocupació que es caracteritza per la coordinació de les polítiques nacionals i per la funció de complementar i donar suport a les polítiques dels Estats membres en aquesta matèria, sempre respectant les competències dels Estats membres en qüestions d'ocupació. Així, en l'àmbit de la política d'ocupació, en tant que és competència dels Estats membres, regeix el principi de subsidiarietat. És a dir, que l'ocupació és una àrea que no és competència exclusiva de la Unió, i, com a tal, aquesta només podrà actuar la Comunitat haurà d'actuar en la mesura en què els objectius de les actuacions proposades no puguin ser suficientment assolits pels Estats membres i siguin millor assolits per la Unió (Art. 5.3 del Tractat de la Unió Europea –TUE-).

#### ***a) Orígens de la política d'ocupació comunitària***

En la primera etapa d'integració europea hi regnava la idea que la política social era una política complementària que seria el resultat mecànic de la realització d'un mercat comú <sup>52</sup>, que era l'objectiu principal de l'aleshores Comunitat Econòmica Europea (CEE), d'acord amb l'article 2 del Tractat fundacional de la Comunitat Econòmica Europea, firmat a Roma el 1957. Al costat d'aquest objectiu purament econòmic, es considerava que la millora de la qualitat de vida i de treball dels treballadors s'aconseguiria amb el

---

<sup>49</sup> ERMIDA URIARTE, O., "Primera lectura del pacto mundial para el empleo de la OIT (2009)", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009. pàgs. 1311, 1319.

<sup>50</sup> OIT, *Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010. pàg. 198

<sup>51</sup> OIT; *Recuperación y crecimiento bajo el signo del trabajo decente*, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Informe I (C), Ginebra, 2010. pàgs. 25 et seq.

<sup>52</sup> NAVARRO NIETO, F., *El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea*, CES, Madrid, 2000, pàg. 12

funcionament del mercat comú que, a més, generaria que els sistemes socials dels Estats membres s'harmonitzessin <sup>53</sup>.

Als anys setanta la crisi econòmica que va esclatar va provocar un increment considerable de la nombre d'aturats. La Comunitat Europea va abandonar l'axioma liberal que proclamen que de la consecució del mercat únic en derivaria també la consecució d'objectius socials, com la millora de les condicions de vida i treball i comença a parar especial atenció en les qüestions del treball, començant a donar forma a una política d'ocupació comunitària que aborda els problemes estructurals del mercat de treball a través d'estratègies i mesures específiques. La convicció que la problemàtica del mercat laboral s'ha d'abordar a través de polítiques específiques és l'origen de la política d'ocupació comunitària <sup>54</sup>.

Aquesta estratègia es comença a perfilar al Llibre blanc de la Comissió Europea *Growth, competitiveness, employment, the challenges and ways forward into the 21<sup>st</sup> century*, de 1993<sup>55</sup> anomenat Llibre blanc de Delors<sup>56</sup>. El Llibre blanc pot considerar-se el primer reconeixement important de la Unió Europea del problema de la desocupació i el punt de partida cap una acció comunitària dirigida a la lluita de la desocupació i a favor de la creació de llocs de treball a Europa<sup>57</sup>. D'aquesta manera, el Llibre blanc defineix els principis bàsics sobre els quals s'hauria de basar la futura política europea d'ocupació.

---

<sup>53</sup> CRISTÓBAL RONCERO, R., "Políticas de empleo en la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001, pàg. 34

<sup>54</sup> NAVARRO NIETO, F., *El tratamiento de la política de empleo...op cit.* pàg 15 L'autor afirma que "la evolución de la política de empleo de la CE en los años 90 vendría a poner de manifiesto un fenómeno paralelo al producido en la evolución de la política social", és a dir es passa d'un model que no contempla l'esfera social a un model comunitari d'intervenció en el mercat de treball.

<sup>55</sup> COM (93) 700, de 5 de desembre de 1993

<sup>56</sup> El llibre constata que la desocupació ha crescut de manera alarmant des de començaments dels anys setanta, n'estudia les causes i formula les línies d'actuació bàsiques per lluitar contra la desocupació i modernitzar els sistemes d'ocupació europeus. Es presenta l'objectiu d'aconseguir el creixement econòmic de la Comunitat per mitjà d'una combinació de polítiques macroeconòmiques i estructurals. Les polítiques estructurals que es proposen pretenen adaptar l'economia de la Comunitat a les transformacions tecnològiques, socials i internacionals i, per la seva banda, les polítiques macroeconòmiques es dirigeixen a mantenir l'estabilitat monetària. A la vegada, es pretén fer de la Comunitat un ens competent, que generi el màxim possible nivell d'ocupació tot ajudant les empreses europees a adaptar-se a la nova situació competitiva globalitzada i interdependent, desenvolupant una economia del coneixement, promovent una indústria sostenible.

<sup>57</sup> PRIETO PRIETO, A., "La nueva fase de la Estrategia Europea de Empleo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004, pàg. 211



Sens dubte, el Consell Europeu d'Amsterdam, de juny de 1997 que va aprovar la reforma dels tractats constitutius de la Comunitat, el Tractat d'Amsterdam, suposa la consolidació de la voluntat dels Estats membres que conformen la Unió Europea de construir una identitat supranacional, que no només té en compte el desenvolupament econòmic, sinó també les necessitats i els drets dels ciutadans europeus, forjant així el pas de “l'Europa de les mercaderies” a “l'Europa dels ciutadans”<sup>58</sup>. S'obra una nova fase per la dimensió social de la Unió Europea que afecta directament a l'ocupació. El Tractat d'Amsterdam implica la superació del caràcter nacional de la política d'ocupació a la Unió Europea i La lluita contra la desocupació esdevé un objectiu prioritari de la Unió<sup>59</sup>.

Per una banda, el Tractat d'Amsterdam incorpora l'objectiu de l'ocupació entre les finalitats de la Unió Europea. És a l'article 2 TUE, que estableix, “la Comunidad tendrá por misión promover (...) un alto nivel de empleo y de protección social”. Per altra banda, s'introdueix al Tractat de la Comunitat Europea un nou títol VIII (arts. 125 a 130) titulat i dedicat al “empleo” que estableix el marc institucional per emprendre accions comunitàries pel compliment de la finalitat descrita, aconseguir un nivell alt d'ocupació, tal i com disposa l'article 126.2 TCE, “los Estados miembros considerarán el fomento del empleo como un asunto de interés común”. També el Títol XI TCE introduït igualment pel Tractat d'Amsterdam, on es concentren les disposicions d'índole social estableix a l'article 136 “la Comunidad y los Estados miembros (...) tendrán como objetivo el fomento del empleo”.

A partir de l'entrada en vigor del Tractat d'Amsterdam les institucions comunitàries assumeixen facultats en matèria de política d'ocupació, en concret, competència per coordinar les polítiques dels diferents Estats membres pel compliment dels objectius prevists en el tractat, entre els que destaca el foment de l'ocupació, segons l'article 136 TCE<sup>60</sup>. Així doncs, les competències comunitàries en matèria d'ocupació es limiten a la

---

<sup>58</sup> PURCALLA BONILLA, M.A, CISCART, N., “Derecho de Empleo: delimitación y contenido”, *Tribuna Social*, núm. 131, 2001, pàg. 27

<sup>59</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Política de empleo y dimensión territorial”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1998, pàg. 11

<sup>60</sup> Per tal de coordinar les polítiques d'ocupació dels Estats membres es preveu un procediment específic en el mateix Títol VIII TCE. S'encomana al Consell Europeu un examen anual sobre la situació de l'ocupació en el conjunt de la Comunitat Europea (art. 128.1 TCE). També, anualment es preveu que s'haurà d'elaborar un informe sobre aquestes matèries que serà realitzat conjuntament per la Comissió i el Consell. Aquest informe conjunt servirà de base per la discussió que haurà de celebrar-se en el si del

coordinació de les polítiques d'ocupació dels Estats membres<sup>61</sup> que es completa amb una funció de complement o suport a les polítiques estatals respectant en tot cas les competències dels Estats membres en matèria d'ocupació<sup>62</sup>.

A resultes del procés de reforma dels tractats constitutius ocorregut l'any 2010 en el qual s'aprovà el vigent Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE) que substitueix l'anterior Tractat de la Comunitat Europea (TCE)<sup>63</sup>, els preceptes actuals a tenir en compte en què s'estableix la competència de la Unió Europea en matèria d'ocupació són: l'art. 3 TFUE pel qual es declara que els Estats membres han de coordinar les seves polítiques d'ocupació d'acord amb el que disposi la UE; l'art. 5 TFUE segons el qual la Unió definirà les polítiques d'ocupació dels Estats membres per garantir-ne la coordinació; l'art. 9 TFUE que manté l'objectiu de la Unió de promoure un nivell d'ocupació elevat; i els arts. 146, 147 i 148 TFUE, que són els antics 126, 126 i 128 TCE, els quals estableixen les accions de la Unió per cooperar, coordinar i completar l'acció dels Estats en matèria d'ocupació.

### ***b) De l'endegament de l'Estratègia Europea de l'Ocupació (EEO) a l'Estratègia Europa 2020***

---

Consell Europeu, amb una periodicitat similar. Amb les conclusions resultants d'aquests debats la Comissió elaborarà, mitjançant el procediment previst a l'article 128.2 TCE una sèrie d'orientacions anuals que els Estats membres hauran de tenir en compte en les seves respectives polítiques d'ocupació. Aquestes orientacions hauran de ser compatibles amb les orientacions generals per les polítiques econòmiques dels Estats membres i de la Comunitat aprovades en compliment del que s'estableix a l'article 99 TCE. Tot i que formalment les competències sobre les polítiques d'ocupació resten a l'esfera competencial dels Estats membres, l'article 128.3 TCE obliga als Estats membres a realitzar informes anuals sobre les mesures adoptades per l'aplicació de les polítiques d'ocupació en base a les orientacions comunitàries en aquesta matèria. De l'examen d'aquests informes el Consell, basant-se en una recomanació de la Comissió presa per majoria qualificada, podrà formular recomanacions als diferents Estats membres si ho considera pertinent. Un cop finalitzat aquest procés, el Consell i la Comissió presentaran un informe conjunt al Parlament Europeu sobre l'aplicació de les orientacions comunitàries per l'ocupació i sobre la situació de l'ocupació a la Comunitat (art. 128.5 TCE).

<sup>61</sup> Com diuen CRUZ VILALLÓN i GÓMEZ GORDILLO, “se desiste expresamente de armonizar las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros, ni siquiera de imponer coercitivamente determinada orientación a las políticas nacionales de empleo” CRUZ VILALLÓN, J., GÓMEZ GORDILLO, R., “Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos: Comunitario, Nacional y Autonómico”, *Temas Laborales*, núm. 61, 2001, pàg. 93

<sup>62</sup> La tècnica invocada per aproximar les legislacions dels Estats membres en matèria d'ocupació s'allunya de l'harmonització i es basa en la coordinació per mitjà de procediments de *soft law* com el mètode obert de coordinació. I els mètodes de *soft law* dit també “dret dèbil” no són legislació pròpiament dita, sinó que són procediments no vinculants. TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La interacción entre las políticas activas de empleo y políticas económicas en la Unión Europea, el juego del método abierto de coordinación y sus efectos sobre la política de empleo española” *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006, pàgs. 60 i ss

<sup>63</sup> *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 83/50 de 30.3.2010*

El Consell Europeu extraordinari sobre ocupació celebrat a Luxemburg el novembre de 1997 és l'encarregada d'endegar l'estratègia coordinada per l'ocupació prevista al Títol VIII TCE. Sobre la base d'aquestes noves disposicions introduïdes pel Tractat d'Amsterdam el Consell posa en marxa l'Estratègia Europea d'Ocupació (EEO) que també es coneix amb el nom de "procés de Luxemburg". L'EEO constitueix un programa anual de planificació, seguiment, examen i ajust de les polítiques dels Estats membres amb la finalitat de coordinar els instruments que utilitzen aquests Estats membres per combatre la desocupació. L'Estratègia s'articula entorn a quatre eixos. En primer lloc, les directrius per l'ocupació que determina la Comissió, basades en un nou mètode d'actuació, el mètode obert de coordinació<sup>64</sup>, per les polítiques d'ocupació dels Estats membres que han de respectar el principi de subsidiarietat i les competències dels Estats membres en matèria d'ocupació i se compatibles amb les orientacions de política econòmica. Segonament, els plans nacionals d'acció per l'ocupació que suposen la plasmació als Estats membres de les orientacions comunes fixades a les directrius. En tercer lloc, l'informe conjunt sobre l'ocupació que és la síntesi dels plans nacionals d'acció i serveix de base per l'elaboració de les directrius següents. I, per últim, les recomanacions del Consell, per majoria qualificada, específiques per cada Estat membre<sup>65</sup>.

En el mateix Consell Europeu es van aprovar les Directrius d'ocupació per l'any 1998 estructurats en quatre pilars: millorar la capacitat d'inserció professional, desenvolupar l'esperit d'empresa, afavorir la capacitat d'adaptació de les empreses i dels treballadors, i reforçar les polítiques d'igualtat d'oportunitats.

Seguidament, convé destacar el Pacte Europeu per l'Ocupació impulsat pel Consell Europeu de Colònia de juny de 1999<sup>66</sup>. El Pacte sorgeix amb l'objecte de reunir en un ampli pla totes les mesures de la política d'ocupació de la Unió Europea a través de la coordinació de la política econòmica, el desenvolupament de l'estratègia coordinada d'ocupació per la millora dels mercats de treball d'acord amb el procés de Luxemburg i l'amplia reforma de les estructures per afavorir a la millora de la capacitat d'innovació i

---

<sup>64</sup> COLINA ROBLEDO, M., "La consolidación y el relanzamiento de la estrategia de Lisboa. Más Europa, más empleo y más cohesión social. La cumbre y el Consejo Europeo de Barcelona. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 42, 2003, pàg. 27

<sup>65</sup> *Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo extraordinario sobre empleo. Luxemburgo, 20 y 21 de noviembre de 1997*

<sup>66</sup> *Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Colonia, 2 y 4 de junio de 1999.*

de l'eficàcia dels mercats de béns serveis i capitals acordada en el procés de Cardiff. Al Consell de Cardiff de 1998 es va establir un diàleg macroeconòmic que incorpora reformes econòmiques coordinades amb l'estratègia d'ocupació i també es van posar les bases per una política que tingués present els aspectes econòmics en el mercat de treball<sup>67</sup>. En suma, aquest Pla per l'Ocupació explica el funcionament de la política d'ocupació comunitària ja que aquesta es desenvolupa en un marc integrat que aplega les polítiques d'ocupació (procés de Luxemburg) i les polítiques macroeconòmiques i de reforma dels mercats de béns i serveis (procés de Cardiff)<sup>68</sup>.

L'any 2000, al Consell Europeu de Lisboa que va tenir lloc al mes de març, es va fixar un nou objectiu estratègic per la propera dècada: “convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social”. L'estratègia a seguir que marca el Consell per tal d'aconseguir aquest objectiu es basa en el següent: preparar el pas a una economia i una societat basades en el coneixement mitjançant la millora de les polítiques relatives a la societat de la informació i d' I+D, així com a través d'accelerar el procés de reforma estructural a favor de la competitivitat i la innovació, i culminar el mercat interior: modernitzar el model social europeu mitjançant la inversió en capital humà i lluitar contra l'exclusió social; i mantenir les sòlides perspectives econòmiques i les expectatives favorables al creixement mitjançant l'aplicació d'un conjunt de mesures polítiques macroeconòmiques adequades. Pel que fa a l'ocupació en concret, el Consell Europeu afirma la necessitat d'impulsar el procés de Luxemburg tot enriquint les directrius i dotant-les d'uns objectius més específics. En aquesta línia, el Consell Europeu insta el Consell i la Comissió a: millorar l'ocupabilitat i reduir les deficiències en matèria de qualificacions, en especial proporcionant als serveis d'ocupació una base de dades a escala europea sobre ocupacions i oportunitats de formació i promoure programes

---

<sup>67</sup> En efecte, al Consell de Cardiff de 1998 s'acorda que la política econòmica ha de centrar-se en propiciar el creixement i l'ocupació i en garantir l'estabilitat macroeconòmica i el funcionament eficaç dels mercats laboral, de productes (béns i serveis) i de capitals. En aquest sentit, el Consell Europeu acull “ la decisión del Consejo de establecer un procedimiento ágil con arreglo al cual los Estados miembros y la Comisión elaborarán breves informes de fin de año dentro de sus ámbitos de competencia sobre los mercados de productos y de capitales. Este procedimiento respetará plenamente la subsidiariedad, ayudará al intercambio de las mejores prácticas y completará la información ya disponible en los planes nacionales para el empleo y otros informes existentes”. *Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Cardiff, 15 y 16 de junio de 1998.*

<sup>68</sup> NAVARRO NIETO, F., *El tratamiento de la política de empleo...op cit.* pàg 16

especials per tal que els desocupats assoleixin el nivell de qualificació adequat; donar més importància a la formació continuada com a component bàsic del model social europeu, entre d'altres, fomentant entre els interlocutors socials acords sobre la innovació i formació continuada i una gestió flexible de la jornada laboral; augmentar l'ocupació en els serveis, inclosos els serveis personals; fomentar la igualtat d'oportunitats en tots els seus aspectes i incrementar-les possibilitats de conciliar la vida laboral i la familiar <sup>69</sup>. Els Plans nacionals d'acció per l'Ocupació són els encarregats d'incorporar el marc de l'EEO a l'Estat membre.

L'estratègia d'ocupació concretada a Lisboa es va revisar l'any 2005<sup>70</sup>. Tal i com es manifesta al Consell Europeu de Brussel·les de març de 2005, cinc anys després del llançament de l'Estratègia Europea d'Ocupació el balanç és desigual. S'han aconseguit avenços innegables, però també hi ha retards evidents <sup>71</sup>. L'economia europea no ha aconseguit els resultats previstos en matèria de creixement, de productivitat i d'ocupació. S'observa que s'ha alentit la creació d'ocupació. Per aquest motiu, la finalitat de la revisió de l'Estratègia Europea d'Ocupació respon a la necessitat de concentrar més els esforços per afavorir un creixement sòlid i estable fent que la Unió Europea sigui més atractiva pels inversors i els treballadors i fomentant el coneixement i la innovació, així com també afavorir a la creació de més llocs de treball i més qualitat tot atraient a un major número de persones al mercat de treball, millorant la capacitat d'adaptació dels treballadors i de les empreses i invertint més en el capital humà per mitjà de la millora de l'educació i les qualificacions. A més, la Comissió preveu

---

<sup>69</sup> *Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 de marzo de 2000.* L'objectiu de les mesures de l'ocupació és augmentar la taxa d'ocupació a fi de situar-la al més a prop possible del 70% cap al 2010.

<sup>70</sup> Durant aquests cinc anys es van succeir altres Consells europeus que tracten sobre ocupació que valoren l'EEO, en declaren l'èxit i pretenen reforçar-la. Són els Consells de Feira (2000), Niça (2000), Estocolm (2001), Goteburg (2001), Laeken (2001), Barcelona (2002) i Brusel·les (2002). A aquests consells els acompanyen una sèrie de documents de la Comissió que fan balanç de l'Estratègia Europea d'ocupació i plantegen els reptes que haurà d'afrontar l'estratègia en un futur. Vegeu al respecte: *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 17 de julio de 2002, relativa al balance de cinco años de aplicación de la Estrategia Europea de Empleo (COM(2002)416 final)*; *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 14 de enero de 2003, - «El futuro de la estrategia europea de empleo (EEE) - una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos» (COM (2003) 6 final)*.

<sup>71</sup> *Conclusiones de la Presidencia. Consell Europeu de Brussel·les, març 2005.*

presentar d'ara endavant, en un únic document, directrius integrades per l'ocupació i les orientacions generals de política econòmica <sup>72</sup>.

L'Estratègia Europea d'ocupació revisada es basa en les següents instruments: les orientacions integrades pel creixement i l'ocupació que a partir de la revisió es presenten conjuntament referides a les polítiques macroeconòmiques, a l'ocupació i a les reformes estructurals, per un període de tres anys els Estats membres presenten els "programes nacionals de reforma" que presenten els Estats membres sobre la base de les directrius integrades, l'informe anual de la Comissió sobre el creixement i l'ocupació en el qual s'examinen els vint-i-cinc nous programes nacionals de reforma presentats pels Estats membres, i les possibles recomanacions que adopti el Consell<sup>73</sup>.

Aquest nou procés es posa en marxa amb l'aprovació del Consell Europeu de Brussel·les de març de 2005 de les Directrius integrades i d'ocupació pels anys 2005-2008<sup>74</sup> que se centren en: atraure més persones per tal que s'incorporin i es mantinguin en el mercat de treball; incrementar l'oferta de mà d'obra; millorar l'adaptabilitat de les empreses; augmentar l'inversió en capital humà mitjançant l'educació i les qualificacions; l'aplicació de polítiques d'ocupació dirigides a la plena ocupació; la millora de la qualitat i al productivitat del treball i l'enfortiment de la cohesió social i territorial; assegurar els mercats de treball inclusius; millorar l'adequació a les necessitats del mercat de treball; i adaptar els sistemes d'educació i formació en resposta a les noves exigències en matèria de competències. Els citats objectius es mantenen també a les ulteriors Directrius per les polítiques d'ocupació dels Estats membres pel període d'anys 2008-2010 <sup>75</sup>. En virtut de la reforma de l'EEO, se substitueixen els Plans Nacionals d'Acció per a l'Ocupació pels Programes Nacionals de Reformes.

---

<sup>72</sup> *Comunicación al Consejo Europeo de primavera de 2 de febrero de 2005 «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo - Relanzamiento de la estrategia de Lisboa. Comunicación del Presidente Barroso de común acuerdo con el Vicepresidente Verheugen» (COM(2005) 24 final, de 2 de febrer de 2005)*

<sup>73</sup> *Comunicación de la Comisión relativa a la racionalización de los ciclos anuales de coordinación de la política económica y de la política de empleo (COM(2002) 487 final)*

<sup>74</sup> *Decisión del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (DO L 205 de 6.8.2005)*

<sup>75</sup> *Decisión 2008/618/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DO L 198 de 26.7.2008)*

Uns anys més endavant, el 2007, la Comissió constata que els resultats obtinguts de l'Estratègia Europea d'ocupació, des de la seva revisió l'any 2005 han estat satisfactoris, com ho demostra el fet que ha crescut la creació de llocs de treball. Ara bé, al mateix temps, la Comissió alerta que la Unió Europea ha de fer front a una desacceleració econòmica mundial, i afrontar reptes considerables a llarg termini com l'envelliment demogràfic. És per això que la Comissió proposa reforçar el Programa Comunitari de Lisboa i estableix una sèrie d'objectius prioritaris pel període 2008-2009, objectius que giren entorn a quatre àmbits prioritaris: la inversió en el capital humà i la modernització del mercat de treball; l'energia i el canvi climàtic; el reforç de la compatibilitat econòmica; i el suport al coneixement i la innovació. Quant a l'ocupació, la Comissió proposa invertir en la gent i modernitzar els mercats laborals a través de diverses mesures com la millora de la capacitat d'anticipar les tendències i necessitats en capacitats del mercat laboral a escala comunitària o augmentar la comparabilitat i reconeixement de les qualificacions <sup>76</sup>.

Per últim, l'any 2010 la Comissió va aprovar l'"Estratègia Europa 2020"<sup>77</sup> nascuda amb la intenció de fer front a la crisi econòmica i financera i convertir la UE en una economia intel·ligent, sostenible i integradora, que tingui nivells alts d'ocupació, de productivitat i de cohesió social. Aquesta Estratègia proposa tres prioritats que es reforçarien mútuament: creixement intel·ligent a través del desenvolupament d'una economia basada en el coneixement i la innovació; creixement sostenible a aconseguir per mitjà de la promoció d'una economia que faci un ús més eficaç dels recursos, que sigui més verda i competitiva; creixement integrador mitjançant el foment d'una economia amb un alt nivell d'ocupació que tingui cohesió social i territorial.

Entre aquests objectius referits a l'ocupació es planteja la necessitat de modernitzar els mercats laborals i potenciar l'autonomia de les persones mitjançant el desenvolupament de capacitats al llarg de la seva vida amb la finalitat d'augmentar la participació laboral i adequar millor l'oferta i la demanda de treballs, en particular mitjançant la mobilitat

---

<sup>76</sup> *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 11 de diciembre de 2007, titulada: «Propuesta relativa al Programa Comunitario de Lisboa 2008-2010» (COM(2007) 804 final)*

<sup>77</sup> *Comunicación de la Comisión: "Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", 3 de marzo de 2010 (COM(2010)2020)*

laboral. L'objectiu principal que es proposa per l'any 2020 és aconseguir que el 75% de la població entre 20 i 64 anys estigui ocupada.

A l'eix del creixement integrador és on es troba el contingut laboral i social de l'Estratègia Europa 2020. Es tracta d'unes propostes que no difereixen notablement respecte a l'Estratègia Europea d'Ocupació (EEO) iniciada l'any 2000 ja es continua apostant per la flexiseguretat<sup>78</sup>, es proposa l'augment de la taxa d'ocupació i la millora de les competències de les persones de totes les edats per aconseguir una millor adaptabilitat laboral apte per una rotació laboral<sup>79</sup>.

La concreció de l'Estratègia Europa 2020 es desenvolupa a través de les Directrius integrades de política econòmica i d'ocupació que mantenen l'estratègia del mètode obert de coordinació, és a dir, establint un marc d'actuació per tal que els Estats duguin a terme a nivell intern els programes de reforma nacional d'acord amb les orientacions provinents de la UE<sup>80</sup>. Les darreres són les Directrius aprovades l'octubre de 2010<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> En referència al concepte de "flexiseguretat", tal com adverteixen CABEZA i BALLESTER, "el principal problema que planteja la interpretació estrictament transicional del concepte de flexiseguridad que se utiliza por la Comisión Europea es que, basándose en modelos particulares de relaciones laborales difícilmente trasladables, parte con cierta inexactitud de la inevitabilidad de la continua rotación laboral (que ni se cuestiona ni combate) y propone exclusivamente como corrección el incremento de la seguridad de renta durante el tránsito (preferentemente por medio de coberturas sociales), el reajuste de la capacidad del desempleado (políticas activas de empleo) y la intensificación de la cobertura social". I afegeixen que, al capdavall, "no existen datos acerca de que una mayor flexibilidad de salida genere empleo, u, sin embargo, sí que hay datos suficientemente contrastados de los perjuicios a todos los niveles (micro y macroeconómicos) que supone un modelo de relaciones fuertemente precarizado. Tampoco es indudable que un sistema desregulado en los márgenes tenga más beneficios para los colectivos vulnerables: de hecho en un sistema fuertemente desregulado los que más sufren las consecuencias del desempleo son los colectivos protegidos". CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., "Los presupuestos de la estrategia europea para el empleo 2020", a CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010. pàgs. 24, 35 i 36.

<sup>79</sup> En defensa dels paràmetres de la flexiseguretat hi ha autors com PRATS, que sosté que "las políticas de flexiseguridad pueden proporcionar oportunidades de adquirir nuevas capacidades y asistencia en el paso de un puesto de trabajo a otro, y a la vez mantener protección social e ingresos asegurados cuando no hay nuevos puestos de trabajo fácilmente disponibles o cuando el empleo inmediato no es una opción". I manté afirma que empíricament "se ha visto que la flexiseguridad es especialmente útil para los trabajadores que tradicionalmente acceden con más dificultades al empleo: la repercusión de las políticas de flexiseguridad sobre la tasa de empleo de trabajadores mayores y jóvenes triplica la del grueso de los trabajadores, los de edades comprendidas entre los 25 y los 54 años. Por último, la flexiseguridad reduce el desempleo de larga duración: un incremento del 10% del índice compuesto de flexiseguridad da lugar a una reducción del 4% del desempleo de larga duración dentro del total de desempleo". PRATS MONNÉ, X., "Flexiseguridad: Más allá de la crisis", a MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *El empleo y la dimensión social en la estrategia UE-2020*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010. pàgs. 167 i 168

<sup>80</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., *et al.*, *Manual de política...op cit.* pàg. 54



que, vinculades als objectius de l'Estratègia Europa 2020 pretenen: augmentar la participació en el mercat laboral; aconseguir una població activa qualificada; millorar els sistemes educatius i de formació i lluitar contra l'exclusió social<sup>82</sup>.

En definitiva, seguint les iniciatives de la Unió Europea en matèria d'ocupació s'evidencia el paper creixent de la UE en l'àmbit de la política d'ocupació. Ara bé, no s'ha d'oblidar que la política d'ocupació és competència dels Estats membres. En sentit, la Unió Europea té una competència de coordinació i complement de les polítiques d'ocupació dels Estats membres, els mercats laborals dels quals difereixen considerablement d'un Estat a un altre en termes de regulació, flexibilitat i seguretat<sup>83</sup>.

Amb l'estratègia europea d'ocupació es pretén potenciar un model europeu integrat que compti amb polítiques econòmiques que siguin favorables a l'ocupació<sup>84</sup>. La responsabilitat d'aplicar l'estratègia europea d'ocupació recau en els Estats membres, responsables també de garantir les fonts financeres per dur a terme les directrius d'ocupació, ajudats pel Fons Social Europeu. En tot cas, el procés de comunitarització de la matèria d'ocupació ha contribuït a situar l'ocupació en el centre del debat europeu, a l'intent d'aproximar les legislacions dels Estats membre en aquest àmbit i a posar de manifest que l'objectiu d'esdevenir l'economia més competitiva del món passa per crear més llocs de treball i de més qualitat. I en aquest camí, tal i com palesen les directrius

---

<sup>81</sup> *Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (DO L 308/46 de 24.11.2010)*

<sup>82</sup> És interessant anotar que el Comitè Econòmic i Social a al dictamen que havia d'emetre de la proposta de les directrius d'acord amb l'art. 148 TFUE es va mostrar molt crític amb el text, tot establint que: "considera que las políticas recomendadas sobre el mercado de trabajo exageran claramente la importancia del lado de la oferta (mejora de la empleabilidad) y pide que se tenga más en cuenta una política inteligente de la demanda que fomente la innovación y el crecimiento futuros y contribuya a la creación de nuevos puestos de trabajo; manifiesta su inquietud por el hecho de que en el marco de la nuevas directrices ya no figure el objetivo del pleno empleo (que ocupaba un lugar destacado en las directrices anteriores); manifiesta su sorpresa por el hecho de que las directrices no recojan declaraciones concretas sobre la calidad del trabajo y propone reunir las directrices 8 y 9 en una sola directriz independiente para promover la calidad del trabajo; acoge con satisfacción el gran interés prestado al triángulo del conocimiento y a la mejora de las cualificaciones, aunque habría preferido que se fijaran objetivos más ambiciosos en materia de lucha contra el desempleo juvenil y promoción de la formación profesional y permanente de las personas con discapacidad; lamenta que no se preste suficiente atención a la política de igualdad". *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros — Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020» COM(2010) 193 final (DO C 21/66, de 21.1.2011)*

<sup>83</sup> GUILLÉN, A.M., GUTIÉRREZ, R., "Comentarios sobre los aspectos social y de empleo de la estrategia UE-2020", a MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *El empleo y la dimensión social en la estrategia UE-2020*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010. pàg. 103

<sup>84</sup> LICERAS RUIZ, D., "Las políticas de creación de empleo", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2003. pàg. 118

d'ocupació comunitària i l'estratègia Europa 2020, hi intervenen un conjunt ampli d'àmbits com l'educació, la formació, la innovació, la conciliació de la vida laboral i familiar, les reformes estructurals dels mercats laborals o la participació activa dels interlocutors socials en la definició de les polítiques d'ocupació <sup>85</sup>.

### **1.2.3 El marc legal espanyol de la política d'ocupació**

El marc legal de la política d'ocupació està delimitat per les fonts de l'ordenament laboral espanyol integrades per la Constitució Espanyola, els tractats internacionals, les lleis, els convenis col·lectius, els principis generals del dret, les normes emanades de la Unió Europea, els reglaments i també la costum (art. 3 ET)<sup>86</sup>. A la política d'ocupació hi intervenen diversos subjectes, cadascun amb les seves respectives competències, com són l'Estat, les Comunitats Autònomes, també els ens locals, sense oblidar el rol rellevant que cobra la Unió Europea, com s'ha vist, a través de les orientacions sobre ocupació als Estats membres.

#### ***a) La política d'ocupació a la Constitució espanyola***

Dintre el capítol tercer del títol I de la Constitució Espanyola (CE en endavant) intitulat “dels principis rectors de la política social i econòmica”, l'article imposa als poders públics el deure d'actuar en àmbits de la vida social d'acord amb els objectius que disposa el text constitucional<sup>87</sup>. L'incís final de l'article 40.1 CE i també el següent article 40.2 CE es refereixen al món del treball i a la política d'ocupació. Certament, l'incís final de l'article 40.1 CE declara que els poders públics “realitzaran una política orientada cap a la plena ocupació”. S'imposa constitucionalment una política econòmica dirigida a la plena ocupació que facilitarà l'accés al món del treball, així com a la formació i readaptació professional, a què es refereixen l'article 40.2 CE quan s'estableix que “els poders públics fomentaran també una política que garanteixi la formació i la readaptació professionals (...)”.

---

<sup>85</sup> AMARELO, C., FERNÁNDEZ, T., “L'evolució de l'ocupació a Catalunya en el marc de l'Agenda de Lisboa i de l'Estratègia europea per a l'ocupació” *Dossier Nota d'Economia*, núm. 80, 3r quadrimestre de 2004, pàg. 74, 84

<sup>86</sup> MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *La política de empleo en España. Informe de base sobre las instituciones, procedimientos y medidas de política de empleo*, Madrid, 2003, pàg. 53

<sup>87</sup> APARICIO PÉREZ, M.A. (director), *Temas de Dret Constitucional I*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1996, pàg. 202

Aquest mandat té una clara connexió amb l'article 35.1 CE que proclama el dret del treball i el deure de treballar. De fet, de la realització d'una política orientada cap a la plena ocupació que estableix l'article 40.1 CE en depèn en bona part l'efectivitat del dret del treball reconegut constitucionalment a l'article 35.1 CE<sup>88</sup>, segons el qual “tots els espanyols tenen el deure de treballar i el dret al treball (...)”<sup>89</sup>. El dret al treball de l'article 35.1 CE es fa efectiu si la política d'ocupació reeix, és a dir, que s'accedeix al mercat laboral i s'obté un lloc de treball gràcies a l'èxit de la política d'ocupació que entronitza l'article 40.1 CE, una política, que a la vegada, és interdependent de la conjuntura econòmica<sup>90</sup>.

La relació entre ambdós preceptes, 35.1 i 40.1 CE, es concreta en el dret a un lloc de treball. En l'article 35.1 CE el dret a un lloc de treball hi apareix en la seva dimensió individual i, en canvi, l'article 40.1 CE s'hi refereix en un sentit col·lectiu. El doble aspecte, individual i col·lectiu, del dret a un lloc de treball, és descrit a la jurisprudència constitucional, a la sentència 22/1981, de 2 de juliol<sup>91</sup>, quan el Tribunal afirma “el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro

---

<sup>88</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo...op cit*, pàg. 569

<sup>89</sup> De la mateixa manera, l'article 1 de la Carta Social Europea a l'article 1 i com a mecanisme per “garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo” disposa que les parts contractants es comprometen a reconèixer com un dels seus principals objectius “el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo”.

<sup>90</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C, “Política de empleo y...op cit. pàg. 31

<sup>91</sup> A la STC 22/1981 el Tribunal Constitucional assenyalava que la relació entre el dret individual al treball i la política de plena ocupació que han de fomentar els poders públics pot presentar conflictes. La sentència va dictaminar que la jubilació forçosa es podia justificar com a instrument per afavorir la plena ocupació. En els arguments. Segons el Tribunal, aquesta política d'ocupació limita el dret individual al treball establert a l'article 35 CE, i per justament per tal restricció, estableix que “...tal limitación supone un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación, pues para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito: es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado, consagrado constitucionalmente en el art. 35...” (FJ 9).

caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma” (FJ 8).

Per tant, entre els drets socials de contingut laboral reconeguts a la Constitució s’hi troba el dret a una política orientada a la plena ocupació per part dels poders públics (art. 40.1 CE) que conforme un principi de la política social, i vinculat a aquest dret, també hi són reconeguts els drets individual al treball (art. 35.1 CE) i a la formació i readaptació professionals (40.2 CE).

Tanmateix, l’efectivitat plena del dret a un lloc de treball no depèn únicament de la política d’ocupació que adopti l’Estat. De conformitat amb PALOMEQUE, si bé és cert que l’Estat proclama a la Constitució el dret subjectiu a un lloc de treball, no és menys cert que l’Estat no és el titular de l’estructura ocupacional d’aquest Estat que pugui determinar tota creació d’ocupació<sup>92</sup>. I això és així perquè es reconeix constitucionalment a l’article 38 CE el dret a “la llibertat d’empresa en el marc d’una economia de mercat”<sup>93</sup>. El reconegut dret del treball no significa que els poders públics garanteixin un lloc de treball, perquè qui decideix oferir un lloc de treball és la iniciativa privada, i doncs, no l’Estat, sinó l’empresari privat en el sistema de l’economia de mercat<sup>94</sup>. D’aquí que, en una economia de mercat, el dret al treball no genera un dret subjectiu a obtenir una ocupació que pugui ser invocat davant ni davant l’Estat ni davant l’empresari privat<sup>95</sup>. I en darrer terme, l’Estat no pot influir de forma determinant

---

<sup>92</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C, “Política de empleo y...*op cit.* pàg. 30

<sup>93</sup> L’aspecte individual del dret al treball reconegut a l’art. 35 CE i la seva col·lisió amb la llibertat empresarial establerta a l’art. 38 CE es troba àmpliament interpretat per la jurisprudència constitucional. Així, a la STC 20/1994, de 27 de gener, el TC declara que el dret al treball de l’art. 35CE inclou la possibilitat de reaccionar front a la decisió unilateral d’acomiadament, ja que,, “la inexistència de una reacció adequada contra el despidio debilitaria peligrosamente la consistència del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art.1 CE)” (FJ 2). En la mateixa línia, la STC 192/2003, de 27 d’octubre, expressa “no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad «ad nutum» de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobretodo, el principio de Estado social y democrático de Derecho “(FJ 4).

<sup>94</sup> Una qüestió diferent és el supòsit específic dels condemnats. L’article 25.2 CE estableix que “el condemnat que estigués complint pena de presó” té dret a “un treball remunerat i als beneficis corresponents de la seguretat social”. A diferència dels treballadors en general, els condemnats poden reclamar l’obligació de l’Administració penitenciària a crear-los un lloc de treball. Així ho manifesta el Tribunal Constitucional el qual afirma que l’Administració penitenciària és una “organització prestacional “ de forma que “existe, ciertamente un específico deber de la Administración Penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias” (STC 172/1989, de 19 d’octubre, FJ 3).

<sup>95</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo...op cit.*, pàg. 569

en la creació en la mesura que el comportament de l'ocupació està directament condicionat pel desenvolupament de l'activitat econòmica.

***b) La classificació de les polítiques d'ocupació a la Llei d'ocupació 56/2003, de 16 de desembre: les polítiques actives d'ocupació i les polítiques passives d'ocupació***

Com és sabut, les polítiques d'ocupació engloben el conjunt d'actuacions i mesures públiques que adopten l'Estat i les comunitats autònomes per tal d'influir en el mercat de treball i aconseguir la plena ocupació, la qualitat del treball, una equiparació entre l'oferta i la demanda d'ocupació i la reducció i protecció de les situacions d'atur. Tots aquests són els objectius que persegueixen les polítiques d'ocupació citats per l'art. 1 de la Llei 53/2006 que ha estat reformulada a través del *Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo*<sup>96</sup> que pretén incrementar les opcions d'ocupabilitat de tot treballador per mitjà de la millora de les polítiques d'ocupació, tant de les que es dirigeixen a millorar les oportunitats de les persones desocupades per accedir al mercat de treball, com les que pretenen mantenir l'ocupació i la promoció professional de les persones que ja es troben ocupades.

Per la realització d'aquests objectius de la política d'ocupació els poders públics porten a terme una àmplia gamma de mesures heterogènies que es poden classificar atenent a diversos criteris. La classificació més acceptada és la categorització que va encunyar la OCDE per la qual es distingeixen dos tipus de polítiques d'ocupació: les polítiques actives d'ocupació i les polítiques passives d'ocupació<sup>97</sup>.

Les polítiques actives d'ocupació constitueixen el principal instrument per incidir en el funcionament del mercat de treball per tal d'augmentar el nivell d'ocupació i reduir l'atur. Les línies d'actuació essencials que segueixen les polítiques actives: els serveis

---

<sup>96</sup> BOE núm. 43, de 19 de febrer de 2011. El Reial Decret-Llei 3/2011 és fruit de l'Acord Social i Econòmic subscrit pel Govern i els interlocutors socials el 2 de febrer de 2011 que aborda una reforma de les polítiques actives d'ocupació que té per objecte preparar a les persones per millorar-ne la seves opcions d'ocupació, donar una millor resposta a les necessitats del personal de les empreses i reforçar els serveis públics d'ocupació.

<sup>97</sup> OECD, *The OECD Jobs Strategy. Pushing ahead with the strategy*, Paris, 1996. pàg. 7 et seq. La OCDE (Organització per la Cooperació i el Desenvolupaent Econòmic) ha estat la institució pionera en l'estudi de les polítiques del mercat de treball. I des dels anys vuitanta ofereix estadístiques sobre la despesa que ediquen els seus Estats membres a aquestes polítiques.

públics d'ocupació que tenen com a objectiu millorar els procediments de la intermediació laboral a través de les funcions de col·locació, informació i orientació; mesures de formació, que integra un ampli ventall de programes de formació professional i readaptació professional; i les ajudes pel foment de l'ocupació integrades per les accions que afavoreixen selectivament l'ocupació dels aturats i dels col·lectius amb dificultats de col·locació. Es tracta de mesures a favor de la creació d'ocupació, les mesures de foment de l'ocupació, mesures de repartiment de l'ocupació, mesures de mobilitat, mesures a favor de categories específiques de treballadors i mesures de formació professional i intermediació en el mercat de treball. Per altre costat, la política passiva es mou en el terreny de la seguretat social i es concreta bàsicament en la protecció per desocupació que dispensa el sistema de seguretat social i que té per objecte assegurar uns ingressos a les persones que estan en situació per desocupació, per així atenuar les conseqüències econòmiques que comporta estar desocupat<sup>98</sup>.

Aquesta distinció entre polítiques actives i passives és recollida a la Llei d'ocupació 56/2003. Defineix les polítiques actives d'ocupació com aquelles accions o mesures d'orientació, ocupació i formació dirigides a millorar les possibilitats d'accés a l'ocupació, ja sigui per compte pròpia o aliena, de les persones desocupades, al manteniment de l'ocupació i a la promoció professional de les persones ocupades, així com al foment de l'esperit empresarial i l'economia social (art. 23 Llei 56/2003)<sup>99</sup>. Engloba uns amplis àmbits d'actuació, tal com disposa l'art. 25 de la Llei d'ocupació 56/2003: l'orientació professional, la formació i requalificació, les oportunitats d'ocupació i foment de la contractació, les oportunitats d'ocupació i la formació, el foment de la igualtat d'oportunitats a l'ocupació, les oportunitats per col·lectius amb especials dificultats, l'autoocupació i la creació d'empreses, la promoció del desenvolupament i l'activitat econòmica territorial, les foment de la mobilitat geogràfica i/sectorial i els projectes integrats que conjuguin diversos àmbits citats. Per la seva

---

<sup>98</sup> MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *La política de empleo en España...op cit.* pàgs. 121, 143 *et seq.*

<sup>99</sup> Com anota GARCÍA GIL, el RD-Llei 3/2011 de reforma de les polítiques actives d'ocupació que modifica la Llei d'Ocupació 56/2003 substitueix el terme "programes" per l'especificació: "accions, d'orientació, ocupació i formació dirigides a millorar les possibilitats d'accés a l'ocupació". Així com també a la nova redacció es determina que els beneficiaris de les polítiques actives d'ocupació són els "desocupats, per compte propi o aliè" a diferència de l'anterior redacció que es referia estrictament a "desocupats". Així la nova redacció donada pel RD-Llei 3/2011 perfila el concepte de política d'ocupació en consonància amb la legislació i l'Estratègia Espanyola d'Ocupació. GARCÍA GIL, B., "Novedades y modificaciones a la Ley de Empleo", *Aranzadi Social*, BIB 2011/429, 2011. pàg. 14

banda, la intermediació és entesa com un conjunt d'accions que tenen com a objectiu posar en contacte les ofertes de treball amb els demandants d'ocupació a fi de col·locar-los laboralment (art. 20 Llei 56/2003).

Els principis generals que han de ser presents tant en el disseny com en l'execució de les polítiques actives d'ocupació són: el tractament individualitzat i especialitzat a les persones en situació de desocupació per tal de millorar-ne l'ocupabilitat, així com a les persones ocupades per contribuir a la qualitat i manteniment de la seva ocupació; la resposta a les necessitats de les empreses en matèria de capital humà, ocupació i formació; el foment de l'autoocupació i la iniciativa emprenedora; la igualtat d'oportunitats i no discriminació en l'accés a l'ocupació; i l'adequació a les característiques del territori, tenint en compte la realitat del mercat de treball i les peculiaritats locals i sectorials (art. 24 Llei 56/2003). Aquests principis orientadors de les polítiques actives d'ocupació constitueixen una modificació íntegra de la Llei d'ocupació anterior al RD-Llei 3/2011 de reforma de les polítiques actives d'ocupació. Anteriorment a la reforma, tot i que implícitament en altres articles es feia referència a la no discriminació en l'ocupació o al foment de l'ocupació, no hi havia una referència explícita als principis concrets que havien de seguir les polítiques actives d'ocupació en un article concret de la Llei d'ocupació, com s'estableix a l'actual art. 24 de la Llei 56/2003. Especialment resulten novedosos l'objectiu centrat en proporcionar serveis individualitzats a la població activa dirigits a facilitar la seva incorporació, permanència i progrés en el mercat de treball (arts. 24.1.a) i 2.h) Llei 56/2003) i també l'atenció individualitzada a les necessitats de l'empresa per contribuir a la seva contributivitat (arts. 24.1.b) i 2.i) Llei 56/2003) <sup>100</sup>.

Pel que fa a les polítiques passives d'ocupació, són mesures que tenen per objectiu respondre a les situacions de carència de les persones desocupades a fi d'assegurar-los un cert nivell d'ingressos que compensi la falta de rendes derivades del treball. Són, doncs, el conjunt de normes que regulen les prestacions de desocupació, i com a tals la seva base legal principal es troba al Títol III de la Llei General de la Seguretat Social<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Ídem. pàg. 3

<sup>101</sup> *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154 de 29 de juny de 1994), actualitzat per darrera ocasió per mitjà del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 36, d'11 de febrer de 2012).*

En tot cas, els arts. 27 i 28 de la Llei d'ocupació 56/2003 estipulen la necessitat que les polítiques actives i les polítiques passives de protecció econòmica front a la desocupació estiguin coordinades i interrelacionades i que els serveis públics d'ocupació que gestionen les polítiques actives i el Servei Públic d'Ocupació Estatal que s'ocupa de la protecció econòmica de desocupació cooperin i col·laborin mútuament.

Encara que en ocasions els textos legals fan referència a “política d'ocupació” en singular, del seu anàlisi es desprèn que hi ha una pluralitat de polítiques d'ocupació, tant des del punt de vista material com des del punt de vista territorial<sup>102</sup> en tant que concorren diferents administracions territorials.

### *c) El repartiment de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes en matèria de política d'ocupació*

El model de l'actual organització territorial de l'Estat està delimitat al Títol VIII de la Constitució. Seguint la divisió territorial que proclama l'article 137 CE sobre l'organització territorial de l'Estat, “l'Estat s'organitza territorialment en municipis, en províncies i en les Comunitats Autònomes que es constitueixin”. Totes elles, afegeix el precepte, entitats dotades “d'autonomia per la gestió dels interessos respectius”. Les polítiques d'ocupació a Espanya responen a aquest model territorial i es caracteritzen per la seva diversificació territorial, a nivell estatal, autonòmic i també local.

Tenint en compte el model territorial instaurat a la Constitució, l'adopció i execució de polítiques d'ocupació està condicionada pel marc jurídic constitucional que delimita el repartiment de competències entre l'Estat i les Comunitats Autònomes.

L'assumpció de competències en matèria d'ocupació per part de Catalunya queda reflectida en la reforma estatutària que ha donat lloc al nou Estatut d'Autonomia de Catalunya aprovat l'any 2006<sup>103</sup>. En el seu article 170 es disposa que correspon a la Generalitat la competència executiva en matèria de treball i relacions laborals,

---

<sup>102</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “Derecho del...*op cit.* pàg. 1344

<sup>103</sup> Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, de 20 de juliol de 2006).



competència que inclou, entre d'altres, “b) ) Les polítiques actives d'ocupació, que inclouen la formació dels demandants d'ocupació i dels treballadors en actiu, i també la gestió de les subvencions corresponents. La Generalitat participa en els plans o les activitats de formació que superin l'àmbit territorial de Catalunya” i la “d) La intermediació laboral, que inclou la regulació, l'autorització i el control de les agències de col·locació amb seu a Catalunya”. Aquest article 170 EAC ha estat objecte de valoració constitucional per la coneguda sentència de l'Estatut de Catalunya, la STC 31/2010, de 28 de juny, la qual estima que l'article s'adequa a les disposicions competencials de la Constitució en matèria laboral, de la manera com s'exposarà tot seguit.

*i) La interpretació constitucional de la competència normativa en matèria d'ocupació*

S'ha de partir de la base que el text constitucional considera la legislació laboral bàsica com a competència exclusiva de l'Estat i permet a les Comunitats Autònomes la mera execució de la normativa estatal. Conforme a l'article 149.1.7 CE l'Estat té competència exclusiva sobre la “legislació laboral; sens perjudici que sigui executada pels òrgans de les Comunitats Autònomes”<sup>104</sup>. No obstant, el marge d'actuació de les Comunitats Autònomes en la política d'ocupació és més ampli, donat que la política d'ocupació no només està relacionada amb l'àmbit laboral sinó que també està vinculada a la política econòmica<sup>105</sup>. En aquest sentit, si bé l'article 149.1.13 CE estableix que “l'Estat té la competència exclusiva sobre les bases i la coordinació general de la planificació general de l'activitat econòmica”, l'article 148.1.13 CE contempla la possibilitat que les Comunitats Autònomes assumeixin competències en l'àmbit del “foment del desenvolupament econòmic de la Comunitat Autònoma dins els objectius marcats per la política econòmica nacional”. Així, les Comunitats Autònomes poden efectuar mesures per aconseguir els objectius de la política d'ocupació en el marc d'article 148.1.13 CE, ja que, com declara el Tribunal Constitucional, “la ordenación general de la economía que corresponde al Estado no puede extenderse de forma excesiva hasta enmarcar en él cualquier acción de naturaleza económica si no posee una incidencia directa y

---

<sup>104</sup> Segons han precisat les sentències del Tribunal Constitucional 39/1982, de 30 de juny i 249/1988, de 20 de desembre, en matèria laboral, les Comunitats Autònomes tenen la competència d'executar la legislació laboral estatal, dins la qual s'inclou la potestat autonòmica per dictar reglaments interns d'organització dels serveis i també la potestat sancionadora.

<sup>105</sup> ARAGÓN, J., ROCHA, F., TORRENTS, J., *Pactos i medidas de fomento del empleo en las Comunidades Autónomas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000. pàg. 15

significativa sobre la actividad económica general” (STC 76/1991, d’11 d’abril, FJ 4). Per tant, l’ocupació és una matèria connexa a la legislació laboral que és competència exclusiva de l’Estat per dictar normes sobre la matèria. Però l’ocupació no és específicament laboral sinó que també està relacionat amb la política econòmica i com a tal és possible la indicència autonòmica sobre aquesta matèria <sup>106</sup>.

Dins aquesta interpretació, les Comunitats Autònomes poden dur a terme actuacions que tinguin com a finalitat generar ocupació, tant directa com indirectament, així com efectuar una política incisiva en matèria econòmica i social mitjançant l’execució de plans estatals per la reestructuració de sectors industrials, l’enfortiment d’un sector públic empresarial propi o l’adopció de mesures que optimitzin els recursos econòmics de la Comunitat autònoma<sup>107</sup>. Així ho va fer, a mode d’exemple, Catalunya a l’Estatut d’Autonomia de Catalunya de 1979. Al seu article 12 recull diferents activitats econòmiques com a competències “exclusives”, d’acord amb les bases i l’ordenació de l’actuació econòmica general i la política monetària de l’Estat, com la planificació de l’activitat econòmica de Catalunya, la indústria, excepte allò que disposin les normes de l’Estat per raons de seguretat, sanitàries o d’interès militar, el desenvolupament i l’execució a Catalunya dels plans establerts per l’Estat per la reestructuració de sectors industrials, l’agricultura i la ramaderia, etc<sup>108</sup>. Són matèries que, segons interpreta

---

<sup>106</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>.C., *La dimensión territorial de la política de empleo*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010. pàg. 222. En l’anàlisi que fa l’autora sobre les competències en matèria d’ocupació es mostra rotunda: “no podemos hacer una transferencia en bloque a las Comunidades Autónomas de la competencia de una materia poliédrica como es la política de empleo sin inmiscuirnos en otras competencias que son estatales como la materia laboral o Seguridad Social o incluso política de inmigración. ¿Dónde empieza una y termina la otra? Es difícil su deslinde en pureza ya que todas estas materias están entrelazadas en muchos casos”.

<sup>107</sup> CAMAS RODA, F., (coordinador), *Estudis de la Universitat de Girona en el marc del projecte Equal ad-46. Col·lectius amb especials dificultats d’accés al mercat de treball; conciliació de la vida personal, familiar i laboral; competitivitat de les empreses del tercer sector*, Universitat de Girona, Girona, 2007, pàg. 15-16.

<sup>108</sup> Literalment, l’article 12 EAC de 1979 disposa “1) D’acord amb les bases i l’ordenació de l’activitat econòmica general i la política monetària de l’Estat, correspon a la Generalitat, en els termes d’allò que disposen els articles 38, 131 i els números 11 i 13 de l’apartat 1 de l’article 149 de la Constitució, la competència exclusiva de les matèries següents: 1. Planificació de l’activitat econòmica a Catalunya. 2. Indústria, sens perjudici d’allò que determinin les normes de l’Estat per raons de seguretat, sanitàries o d’interès militar, i les normes relacionades amb les indústries que estiguin sotmeses a la legislació de mines, hidrocarburs i energia nuclear. Queda reservada a la competència exclusiva de l’Estat l’autorització per a transferència de tecnologia estrangera. 3. El desenvolupament i execució a Catalunya dels plans establerts per l’Estat per a la reestructuració de sectors industrials. 4. Agricultura i ramaderia. 5. Comerç interior, defensa del consumidor i de l’usuari, sens perjudici de la política general de preus i de la legislació sobre la defensa de la competència. Denominacions d’origen en col·laboració amb l’Estat. 6. Institucions de crèdit corporatiu, públic i territorial i caixes d’estalvi. 7. Sector públic econòmic de la Generalitat, en tot allò que no sigui tractat en altres normes d’aquest Estatut. 2) La Generalitat participarà, igualment, en la gestió del sector públic econòmic estatal, en els casos i activitats que correspongui”.

CASAS BAAMONDE, “no creo preciso un gran discurso para advertir la incidencia directa de tales potestades económicas regionales han de tener en la legislación laboral *stricto sensu*”<sup>109</sup> I afegeix “la conexión *política de empleo* con el poder de autogobierno y ordenación económica de las Comunidades autónomas queda al margen de toda duda razonable, Como también lo están los particularismos insoslayables del desarrollo económico-social, la complejidad y diversidad de los contextos y tejidos productivos o la existencia de mercados de trabajo diferenciados en función de los ámbitos territoriales definidos, precisados de instrumentos terapéuticos diversos para la tutela del desarrollo económico, del puesto de trabajo y de la profesionalidad, y de sistemas distintos de colocación, orientación, formación y promoción profesional”. Per tant, els Estatuts d’Autonomia, com s’observa en el cas del català, han incorporat la possibilitat que ofereix la Constitució d’intervenció autonòmica en l’àmbit de la planificació i el desenvolupament econòmic, en l’industrial i en el sector públic. I, en efecte, són àmbits que incideixen en la política d’ocupació. En aquest sentit, pot concloure’s que les Comunitats Autònomes poden desenvolupar una política d’ocupació i, conseqüentment, legislar sobre matèria laboral, sempre que respectin les bases i principis de la legislació estatal.

Així doncs, la reserva a favor de l’Estat de la potestat legislativa es refereix únicament a matèries laborals en sentit estricte. Per tant, en d’altres matèries diferents a la condició estricte de laboral, com conclou PÉREZ AMORÓS, “podran tener competencias superiores a la estrictamente ejecutiva”. Així, en una matèria com la política d’ocupació que és propera a l’àmbit jurídic-laboral, però no únicament laboral, se’n desprèn que les Comunitats Autònomes poden assumir competències normatives, en la mesura que és una matèria que no està inclosa estrictament a la reserva de competència exclusiva contemplada a l’article 149.1.7 CE<sup>110</sup>. Per tant, des d’aquest punt de vista, a partir d’una interpretació àmplia dels articles 148.1.13 CE i 149.1.12 CE, les Comunitats Autònomes poden dur a terme una política d’ocupació pròpia, sempre i quan no s’invadeixi l’esfera de la legislació laboral atribuïda amb caràcter exclusiu a l’Estat. I així ho han fet les Comunitats Autònomes, com detalla MARTÍNEZ ABASCAL,

---

<sup>109</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas, *Revista española de Derecho del Trabajo, Civitas*, núm. 1, 1980, pàg. 37

<sup>110</sup> PÉREZ AMORÓS, F., “Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración en materia de Política de Empleo”, *Revista española de Derecho del Trabajo, Civitas*, núm. 26, 1986, pàg. 263-264.

desenvolupant una política d'ocupació centrada especialment en “el estímulo de la contratación laboral, vía subvenciones o bonificaciones”<sup>111</sup>.

Segons el que s'ha ressenyat, la qüestió primordial per delimitar el repartiment de competències entre Estat i Comunitats Autònomes en l'àmbit específic de la política d'ocupació és saber què s'entén per “matèria”. Concretament, establir la frontera entre la matèria laboral, la normativa de la qual és competència exclusiva de l'Estat, i la política d'ocupació, una matèria amb indirecta incidència laboral, de la qual les Comunitats Autònomes pot assumir-ne competències normatives. I aquesta tasca, la d'establir el límit entre matèria estrictament laboral i matèria amb incidència laboral però no únicament laboral, entre legislació laboral i política d'ocupació, és precisament una qüestió difusa ja que la major part de les polítiques d'ocupació es materialitzen a través de mesures que incideixen en la relació laboral, com en les modalitats contractuals, suspensió, extinció o inserció de continguts formatius en els contractes<sup>112</sup>.

En aquest sentit, el Tribunal Constitucional declara que “por legislación laboral entiende este Tribunal «aquella que regula directamente la relación laboral, es decir, (...) la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, en favor de los que y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios, con las exclusiones y excepciones que en dicha Ley (art. 1.3) se indican» (STC 35/1982); declaración que ya en principio excluye la posibilidad de que la Comunidad Autónoma regule, por vía legal, aspectos comprendidos en la relación contractual así definida” (STC 360/1993, de 3 de diciembre, FJ 4). Atenent a tal consideració, el Tribunal Constitucional ha assenyalat que determinades mesures que han adoptat les Comunitats Autònomes en el marc d'una política d'ocupació, tot i emparar-se en l'objectiu de foment de l'ocupació, en tenir naturalesa laboral, estan excloses de la competència autonòmica (STC 249/1988, de 20 de diciembre). Així, a mode d'exemple, el Tribunal Constitucional ha declarat que les accions d'estímul en les seves diferents modalitats s'insereixen a la legislació laboral de l'article 149.1.7 CE a la contractació laboral (STC 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 5). Conseqüentment, la competència autonòmica en aquesta matèria, es limita a executar la normativa laboral i

---

<sup>111</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “Derecho del trabajo...*op cit.* pàg. 1347

<sup>112</sup> ARAGÓN, J., ROCHA, F., TORRENTS, J., *Pactos i medidas...op cit.* pàg. 52

a regular les polítiques d'ocupació, sempre i quan aquesta regulació no incideixi en la relació contractual, establint drets i obligacions entre empreses i treballadors<sup>113</sup>.

*ii) La competència executiva en matèria d'ocupació: la descentralització dels serveis públics d'ocupació i la creació del Servei d'Ocupació de Catalunya*

Així doncs, partir d'una interpretació àmplia dels articles 148.1.13 CE i 149.1.12 CE, les Comunitats Autònomes poden dur a terme una política d'ocupació pròpia, dur a terme actuacions que tinguin com a finalitat generar ocupació, sempre i quan no s'invadeixi l'esfera de la legislació laboral atribuïda amb caràcter exclusiu a l'Estat. En aquest sentit, es faculta a les Comunitats Autònomes a articular instruments de gestió de política d'ocupació, com per exemple, la creació de serveis públics autonòmics.

Assumint aquest grau de competències en l'àmbit d'ocupació, l'article 12.1 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya (EAC en endavant) de 1979 establia que tenint en compte les bases i l'ordenació de l'actuació econòmica general i la política monetària de l'Estat, correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de planificació de l'activitat econòmica de Catalunya. I a l'article 52 de la mateixa norma es preveu que la Generalitat té la facultat per constituir institucions que fomentin la plena ocupació, així com el desenvolupament econòmic i social en el marc de les seves competències.

El traspàs de competències de l'Estat a les Comunitats Autònomes en matèria de treball, ocupació i formació va materialitzar-se als anys noranta. Catalunya va ser la capdavantera en aquest procés de descentralització. De primer, l'any 1991 es va traspasar la gestió de la formació professional ocupacional a través del *Real Decreto 1577/1991*<sup>114</sup>, de 18 de octubre, de *traspaso de la gestión de la formación profesional ocupacional a la Generalidad de Catalunya*<sup>115</sup>. Anys més tard, el 1997, va iniciar-se la descentralització de la intermediació laboral que fins aleshores monopolitzava l'INEM, l'organisme públic estatal d'ocupació. La reforma va concretar-se amb el *Real Decreto 1050/1997, de 27 de junio sobre traspaso a la Generalidad de Cataluña de la gestión*

---

<sup>113</sup> MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *La política de empleo...op cit.* pàg. 51

<sup>114</sup> BOE núm. 268, de 8 de novembre de 1991

<sup>115</sup> Completat pel *Real Decreto 47/1993, de 15 de enero, sobre ampliación de medios adscritos a los servicios de la Administración del Estado traspasados a la Generalidad de Cataluña por el Real Decreto 1577/1991, de 18 de octubre, en materia de gestión de la formación profesional ocupacional* (BOE núm. 43, de 19 de febrer de 1993).

*realizada por el Instituto Nacional de Empleo en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación*<sup>116</sup>. L'aprovació del Reial Decret 1050/1997 significa que les oficines de l'INEM esdevenen oficines de la Generalitat de Catalunya que es denominen Oficines de Treball de la Generalitat (OTG), i suposa també la incorporació a l'Administració autonòmica de bona part de la plantilla de l'INEM. Aleshores, en tant que la Generalitat de Catalunya assumeix la pràctica totalitat de les competències en matèria d'ocupació s'instaura un òrgan per ordenar el sistema ocupacional de Catalunya que suposa la creació del servei d'ocupació autonòmic<sup>117</sup>. Aquest òrgan és el Servei d'Ocupació de Catalunya, el SOC<sup>118</sup>, creat a través de la *Llei 17/2002, de 5 de juliol, d'ordenació del sistema d'ocupació i de creació del servei d'ocupació de Catalunya*<sup>119</sup>.

El SOC es defineix com un organisme autònom de caràcter administratiu, adscrit al Departament de Treball de la Generalitat (art. 5 Llei 12/2002). Les funcions que té encomanades el SOC, en virtut de l'article 7 Llei 12/2002 són les següents: ordenar, planificar, programar, executar, fer-ne el seguiment i controlar, les accions ocupacionals que deriven de les polítiques actives d'ocupació; impulsar les pràctiques de gestió dels recursos humans que afavoreixin la compatibilitat sostenible de les empreses; articular la cooperació amb les entitats cooperadores i col·laboradores. A més a més, com a tasca de guiatge, el SOC ofereix i presta serveis d'informació i orientació laboral integral als treballadors, tant em situació laboral activa com en l'atur i a les empreses. També, dins la vessant d'intermediació laboral el SOC s'encarrega de: gestionar la intermediació d'ofertes i demandes en el mercat de treball a través d'una única xarxa pública a Catalunya, i executar les competències en matèria d'agències de col·locació; executar les funcions relatives a l'obligació dels empresaris de comunicar els contractes laborals que es fan i de comunicar-ne també el finiment; i, exercir les funcions d'execució en relació al compliment de les obligacions dels empresaris i dels treballadors i, si s'escau, exercir la potestat sancionadora en matèries relatives a

---

<sup>116</sup> *BOE núm. 180, de 29 de juliol de 1997*

<sup>117</sup> TUSET ZAMORA, N. (et al.), *La descentralització dels serveis públics d'ocupació. L'impacte de les polítiques actives d'ocupació a Catalunya*, Consell de Treball, Econòmic i Social de Catalunya, Barcelona, 2005, pàgs. 17 i ss.

<sup>118</sup> La implementació del SOC va comportar la desaparició de l'anomenat Servei Català de Col·locació, un servei públic, voluntari o gratuït d'intermediació laboral que es va crear l'any 1995 arrel de la reforma laboral estatal de 1994 que va legalitzar les agències privades de col·locació. El Servei Català de Col·locació es va implementar com a mesura transitòria fins que la Generalitat assumís totes les competències en matèria d'ocupació i pretenia cooperar en el camí per l'establiment d'una política ocupacional global i integral a Catalunya.

<sup>119</sup> *DOGC núm. 3676, de 12 de juliol de 2002*

l'ocupació i la desocupació. Per últim, el SOC desenvolupa tasques en el foment de l'ocupació, com: gestionar les accions de foment de l'ocupació, amb una atenció especial als col·lectius amb més risc d'exclusió social i fomentar l'autoocupació en coordinació amb els altres organismes que promouen l'economia social i la creació de microempreses.

La Llei 56/2003 s'adapta a la nova realitat competencial entre l'Estat i les Comunitats Autònomes i delimita el Sistema Nacional d'Ocupació actual com un conjunt d'estructures, mesures i accions necessàries per desenvolupar la política d'ocupació que està integrat pel Servei Públic d'Ocupació Estatal (SEPE) –antic INEM- i pels serveis públics de les comunitats autònomes (art. 5 Llei 56/2003). Així com s'assenyala expressament que a les comunitats autònomes els correspon, en el seu àmbit territorial, el desenvolupament de la política d'ocupació, el foment de l'ocupació i l'execució de la legislació laboral i dels programes i mesures que els hagin estat transferides (art. 3.2 Llei 56/2003).

Dites competències de Catalunya apareixen també assumides per l'actual Estatut de Catalunya de 2006. L'article 170.1 EAC disposa que correspon a la Generalitat la competència executiva en matèria de treball i relacions laborals, competència que inclou, entre d'altres, “b) Les polítiques actives d'ocupació, que inclouen la formació dels demandants d'ocupació i dels treballadors en actiu, i també la gestió de les subvencions corresponents. La Generalitat participa en els plans o les activitats de formació que superin l'àmbit territorial de Catalunya” i la “d) La intermediació laboral, que inclou la regulació, l'autorització i el control de les agències de col·locació amb seu a Catalunya”.

Aquest article 170 EAC ha estat objecte d'enjudiciament per a verificar-ne la seva adequació constitucional a la STC 31/2010, de 28 de juny, que es pronuncia sobre la constitucionalitat de nombrosos preceptes de l'Estatut de Catalunya de 2006. Els recurrents – noranta-nou Diputats del Grup Parlamentari Popular del Congrés – van al·legar concretament en relació a la competència citada de l'article 170.1.d) EAC, que el precepte és inconstitucional perquè la competència de “regulació” a què es refereix l'article 170.d) EAC excedeix la competència d'execució que en matèria laboral pot assumir la Comunitat Autònoma ja que la legislació laboral està reservada a l'Estat.

Adicionalment, respecte a l'article 170.d) EAC, els demandants consideren les facultats d'autorització i control de les agències de col·locació amb seu a Catalunya pot donar lloc a l'exercici d'aquestes competències fora del territori de Catalunya.

Davant d'aquestes demandes, el TC desestima la impugnació de l'article 170.1.d) EAC. Entén el TC que l'abast de la competència de "regulació" que expressa l'Estatut es refereix estrictament a la competència executiva de la competència assumida per la Comunitat Autònoma en matèria de treball i de relacions laborals, tal com disposa l'encapçalament de l'article 170.1 EAC, competència dins la qual s'hi pot encabir "una competència normativa de caràcter funcional de la que resulten reglamentos internos de organización de los servicios necesarios para la ejecución y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución (...) de la normativa estatal" (FJ 106)<sup>120</sup>. Així mateix, pel que fa a la possible inconstitucionalitat de les facultats d'autorització i control de les agències de col·locació amb seu a Catalunya, l'alt Tribunal aprecia que "el establecimiento de la sede de dichas agencias en el territorio de la Comunidad Autónoma como punto de conexión de la competencia autonómica ni por sí implica, ni tiene por qué derivarse necesariamente de él una proyección extraterritorial de su ejercicio, dado que la competencia asumida puede proyectarse sobre la vertiente organizativa de aquellas agencias, estando supeditado en todo caso el estricto significado de ese punto de conexión a lo que pueda disponer al respecto el legislador estatal en el ejercicio de la competencia constitucionalmente reservada" per l'art. 149.1.7 CE. El Tribunal no aprecia contradicció amb les normes constitucionals pel fet que la intervenció autonòmica d'autorització i control de les agències de col·locació es refereix sobre l'aspecte de l'organització d'aquestes agències, tot respectant allò que n'estableixi la norma estatal.

---

<sup>120</sup> A parer de ROJO, la sentència "desactiva la interpretació amplia de la competència executiva propugnada per el EAC (asunción de la potestad reglamentaria de alcance general)" ja que limirta la competència de l'art. 112 EAC a l'emanació de reglaments d'organització interna i ordenació funcional de la competència executiva autonòmica. D'aquí que "el objetivo que se propuso el Estatuto será casi imposible de conseguir sin una intervención del legislador estatal". ROJO TORRECILLA, E., "El nuevo marco de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías", dins ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías*. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, València, 2011. pag. 63



Arribats a aquest punt, convé també esmentar l'Estratègia Espanyola d'Ocupació 2012-2014<sup>121</sup> que és el pla nacional de reformes adaptat als objectius de l'Estratègia Europa 2020. Es tracta d'un instrument de coordinació del Sistema Nacional d'Ocupació regulat als arts. 4 bis i 2 bis a) de la Llei 56/2003 que pretén ser el marc normatiu per la coordinació i execució de les polítiques actives d'ocupació en el conjunt de l'Estat, és a dir, coordinar la competència normativa de les polítiques actives d'ocupació que correspon a l'estat amb la competència d'execució que correspon a les comunitats autònomes, tot preservant la unitat respecte l'atenció de les persones en situació de desocupació. Amb aquesta finalitat, l'Estratègia Espanyola d'Ocupació recull el conjunt d'accions i mesures d'orientació, ocupació i formació i a la promoció professional de les persones ocupades i al foment de l'esperit empresarial i de l'economia social. Així mateix, afecta a les mesures per l'enfortiment i la modernització dels instruments administratius i de servei a les persones i empreses que permeten l'aplicació de les polítiques assenyalades i a les actuacions per reforçar la coordinació de tots els actors públics i privats que realitzen actuacions dirigides a aquestes mateixos objectius.

L'Estratègia espanyola d'ocupació és un dels referents del Pla General d'ocupació de Catalunya, que és l'Estratègia catalana per a l'ocupació 2012-2020<sup>122</sup>. El seu objectiu principal és “millorar l'ocupabilitat de les persones treballadores i la competitivitat de les empreses catalanes a través de les diferents polítiques actives d'ocupació, en un nou marc normatiu estatal que permet el disseny i l'aplicació de polítiques actives adaptades al context socioeconòmic català”. Els objectius del Pla qual objectius estan harmonitzats amb el marc europeu i estatal que afecta les polítiques d'ocupació. Té en compte, doncs, l'Estratègia Europa 2020, el Reial Decret llei 3/2011, de mesures urgents per a la millora de l'ocupabilitat i la reforma de les polítiques actives i, en concret l'article 17.4 de la Llei 56/2003, modificat pel Reial decret llei 3/2011, que estableix: “les comunitats autònomes, en exercici de les seves competències d'execució de les polítiques actives d'ocupació, poden elaborar els seus propis plans de política d'ocupació, d'acord amb els objectius del Pla anual de política d'ocupació i en coherència amb les orientacions i els objectius de l'Estratègia espanyola d'ocupació”. El Pla es troba doncs en sintonia amb els objectius de l'Estratègia espanyola d'ocupació.

---

<sup>121</sup> *Real Decreto 1542/2011, e 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (BOE núm. 279 de 19 de noviembre de 2011).*

<sup>122</sup> *Acord del Govern pel qual s'aprova el Pla general d'Ocupació-Estratègia catalana per a l'ocupació 2012-2020, Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, núm. 264, 5 de març de 2012*

Per altra banda, pel que fa a la política passiva d'ocupació que integra les mesures que protegeixen front a la situació de desocupació, aquesta matèria és competència estatal. En efecte, en tant que la desocupació és una contingència protegida pel sistema de la Seguretat Social, sobre el qual en té la competència exclusiva l'Estat (art. 149.1.17 CE), el reconeixement dels drets de les prestacions per desocupació correspon en exclusiva al Servei Públic d'Ocupació Estatal (art. 13. j) Llei 56/2003).

## **2. LA PERSISTÈNCIA DELS MAJORS DE 45 ANYS COM A COL·LECTIU DESFAVORIT EN EL MERCAT DE TREBALL I BENEFICIARIS PREFERENTS DE LES POLÍTIQUES D'OCUPACIÓ**

Les polítiques d'ocupació protegeixen a determinats col·lectius que, per diverses circumstàncies personals o socials, presenten una dificultat especial per inserir-se en el mercat de treball i romandre-hi de manera estable. Un d'aquests col·lectiu considerat tradicionalment com a grup desfavorit en l'accés, manteniment i reinserció en el mercat de treball el conformen els treballadors d'edat, un col·lectiu que a l'ordenament jurídic espanyol és identificat amb les persones a partir de 45 anys . És doncs un grup delimitat per l'edat per a qui els poders públics en fa destinatari preferent de polítiques d'ocupació per fomentar-ne l'ocupació i protegir-los davant la situació de desocupació.

### **2.1 El factor de l'edat avançada en el mercat de treball**

En el present apartat es tractarà de descriure la raó d'ésser de la consideració de l'edat avançada com a factor significatiu de desavantatge per participar en el mercat de treball actual, immers en un món tecnològic econòmicament globalitzat, i la importància que revesteix la força de treball de la població més major en el context demogràfic actual caracteritzat per un marcat envelliment demogràfic.

#### ***a) Els canvis en el treball en un món tecnològic i econòmicament globalitzat***

Va ser a partir dels anys noranta que va començar a desenvolupar-se l'era de la globalització que va traspasar el món i el va transformar considerablement. Va suposar

una onada de canvis importants a tot el món, caracteritzats per un increment, intensificació i intercanvi de comunicacions -satèl·lits, cables òptics, fax, televisió per cable, correu electrònic, Internet, etc.- de gent -fluxos massius de població entre els països, immigració com a resultat de situacions de pobresa i de violència-, i també de la transnacionalització de l'economia i de productes -no només materials, sinó també immaterials com els copyrights, les patents industrials o les tendències culturals. Com a resultat d'aquest procés la societat, l'economia, la política i la cultura s'ha transnacionalitzat, el món està interconnectat i l'únic principi que regeix és l'imposat per l'economia de signe capitalista. De manera que, la mundialització implica que el paper del capital financer en l'economia mundial és ràpid, multiplicable, abstracte, i invasor d'economies nacionals, suposa una nova revolució industrial de les tecnologies de la informació i la comunicació -nous instruments financers- i comporta l'aparició de noves formes de riquesa, generades pels mercats financers i electrònics que condueixen a una creixent divisió i desigualtat entre rics i pobres. Així doncs, la globalització econòmica, amb una nova estructura i organització social, ha generat una dinàmica d'exclusió que afecta a tots els àmbits: dualització Occident/Orient, Nord/Sud, desenvolupament/subdesenvolupament<sup>123</sup>, també arribant a afectar les relacions laborals.

Davant aquestes condicions, d'acord amb la OIT, les relacions del treball no aconsegueixen complir amb les funcions que tradicionalment els eren pròpies, és a dir, una funció econòmica de repartir els guanys de l'activitat econòmica, una funció democràtica de donar veu als treballadors i una funció socials de vetllar per a què tota persona pugui integrar-se a la societat mitjançant la seva incorporació en el món del treball. Degut a l'evolució de les relacions laborals, individualitzades i amb un filtre de noves tecnologies, les persones es troben cada vegada més soles alhora de fer sentir la seva veu en el mercat. Així, en un món globalitzat, obert econòmicament, on s'intensifica la mobilitat del capital i altament competitiu en salaris i inversions, es transformen les relacions laborals i els interlocutors socials perden la força que tenien per assegurar un nivell raonable de protecció dels treballadors. D'aquesta manera, si bé la mundialització i les innovacions tecnològiques comporten conseqüències positives

---

<sup>123</sup> BALIBAR, E., WALLERSTEIN, I., *Raza, nación y clase*, Iepala, Madrid, 1991, pàgs. 5-9; FRIEDMAN, J., *Identidad, cultura i proceso global*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001, pàgs. 15-34; WOLF, E., *Europa y la gente sin historia*, FCE, Méxic DF, 2001 pàgs. 15-39. Els autors analitzen, des d'una vessant transversal, els processos de desenvolupament, sobretot mercantil o capitalista de la mundialització i els efectes que aquests han tingut i tenen sobre les poblacions, enteses com a cultures fluides, permeables, dinàmiques i històriques.

per al creixement del treball, d'altra banda, factors com el sobre desenvolupament tecnològic que fa créixer la productivitat a ritmes accelerats, i el subdesenvolupament social<sup>124</sup>, i la posada en pràctica de polítiques neoliberals que aposten per una empleabilitat flexible i provisòria deixant al marge criteris socials, fan que es desestabilitzi la distribució de la riquesa i que es formin societats dualitzades. I la desigualtat en matèria d'ingressos i la desocupació desemboca a un procés de risc d'exclusió social<sup>125</sup>. Les societats s'han dualitzat profundament. La mundialització ha significat el desenvolupament i el creixement econòmic però a la vegada han augmentat la pobresa, les desigualtats i les exclusions<sup>126</sup>. Així, la societat es dualitza sota la pressió del procés de mundialització.

En l'àmbit de les relacions laborals aquest dualisme es manifesta a través dels binomis ocupat/desocupat, integrat/exclòs, estabilitat/precarietat. Hi ha una marcada polarització entre els que tenen un treball estable, ben remunerat i amb un nivell alt de formació, i aquells altres que no tenen treball, o en tenen un de precari, amb una remuneració insuficient, i amb un nivell de formació baix.

Tal i com subratlla la OCDE, la mundialització lligada al canvi tecnològic i les reformes estructurals tenen un efecte de desigualtat i inseguretat en matèria de salaris entre els treballadors. Aquest efecte en els treballadors varia i està condicionada en part pels nivells d'habilitats que posseeixen. Així, posant per cas Si la deslocalització – *offshoring* –, pot reduir la demanda de treballadors poc qualificats, probablement perquè les empreses tendeixen a traslladar a l'exterior les etapes de producció més habituals. També, de forma més profunda, la mundialització juntament amb la reforma de polítiques nacionals i el canvi tecnològic, és un dels factors que contribueixen a una major flexibilitat tant de salaris com de la demanda de mà d'obra, els quals han esdevingut més sensibles als cicles econòmics<sup>127</sup>.

Així doncs, la dualització social ajuda a aprofundir les desigualtats econòmiques que són socials i afavoreix a la implosió de nous grups desfavorits en el mercat de treball,

---

<sup>124</sup> STIGLITZ, J., *El malestar en la globalización*, Taurus, 2002, pàg. 45 i ss.

<sup>125</sup> OIT, *El trabajo en el mundo...op cit.* pàg. 242.

<sup>126</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Empleo y exclusión social", *Relaciones laborales*, núm. 1, 2002, pàg. 122.

<sup>127</sup> OCDE, *Employment Outlook*, 2007, pàgs. 5 i ss

que tenen majors dificultats per accedir a un lloc de treball, de mantenir-se en el lloc de treball o bé que són més proclius a ser expulsat amb facilitat del mercat laboral. Avui dia, la desocupació ha esdevingut un fenomen estructural, i no conjuntural i passatger, sinó arrelat a la societat<sup>128</sup>.

D'aquesta manera ho copsa la OIT a *l'Informe sobre el empleo en el mundo, 1998-1999*. La organització informa que els països es troben immersos en un procés de mundialització i de pressions competitives que obliguen a que inverteixin en el perfeccionament professional de la seva població activa. Al mateix temps, l'Informe avança que “la mundialización y los progresos en la tecnología y en la organización del trabajo ponen en grave riesgo la situación laboral de los grupos de trabajadores más vulnerables y reducen sus posibilidades de recibir esa formación y sus incentivos para acceder a ello”<sup>129</sup>. L'Informe es refereix explícitament als joves, els aturats de llarga durada, els treballadors majors desplaçats i els treballadors amb discapacitats.

A més a més del procés de mundialització i la revolució tecnològica cal comptar amb un altre fenomen que sacseja negativament el món del treball, la crisi financera en què ens trobem immersos. La OIT a *l'Informe sobre el trabajo en el mundo 2008, “Desigualdades de renta en la era de la finanza global”* declara que la crisi financera que es va anar desenvolupant a les darreries de l'any 2007 i va esclatar a l'agost del 2008 és una de les majors amenaces per l'economia mundial de la història moderna. Si durant el període precedent d'expansió econòmica els beneficis que s'obtenien estaven repartits de manera desigual, l'OIT declara que la despesa de les mesures per rescatar el sistema financer recaurà sobre tothom. Abans de la crisi, els ingressos derivats del treball ja estaven repartits desigualment, per exemple, els salaris d'alt nivell en relació als salaris dels treballadors mitjans. D'aquí que l'Informe afirma que és fonamental que les polítiques que s'emprenguin garanteixin que la desigualtat dels ingressos no augmenti desproporcionadament i que es fomenti el treball sostenible, a fi d'aconseguir una economia més equilibrada.

---

<sup>128</sup> ROJO TORRECILLA, E., “Las política de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998, pàgs. 425-427. ROJO subratlla que les tesis neoliberals sostenien que la desocupació era de caràcter provisional però l'actualitat demostra que no és així sinó que la desocupació actual és un tret estructural de la societat.

<sup>129</sup> OIT, “Informe sobre el empleo en el mundo, 1998-1999”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001 pàgs. 267-268

Pel que fa als efectes de la crisi financera sobre el món del treball, segons augura l'informe de la OIT *Global employment trends, update, may 2009*, la crisi econòmica global tindrà un resultat negatiu de llarg termini pel creixement econòmic que tindrà serioses implicacions pel món del treball. Tenint en compte els escenaris de desocupació actualitzats es calcula que l'any 2009 el nombre de desocupats creixerà entre 210 milions i 239 milions de desocupats. Aquestes xifres representen un augment de la desocupació sense precedents. De la mateixa manera, l'Informe alerta que en aquest context, la meitat de la força de treball global, que representa set vegades més que el nombre de desocupats d'aquest any, és susceptible de ser vulnerable.

Així doncs, la imparable mundialització, la revolució tecnològica, els canvis en el procés productiu, i la crisi financera actual repercuteixen a l'empleabilitat dels grups, ja de per si, desfavorits quant a la seva integració en el mercat laboral. Les oportunitats d'empleabilitat d'aquests grups es veuen limitades i, en conseqüència, creix el risc d'exclusió social de les persones encasellades en col·lectius vulnerables, com ho són les persones d'edat. I, en última instància, la limitació d'oportunitats d'ocupació pot derivar al risc d'exclusió social.

### ***b) La desocupació en els processos de vulnerabilitat i exclusió socials***

El concepte d'exclusió social va començar a aparèixer en els anys vuitanta arran de la crisi econòmica i les transformacions socials que van provocar una marginació creixent caracteritzada per la falta de recursos econòmics, però que també englobava altres aspectes com el risc de marginació, especialment de determinats col·lectius en el mercat de treball i la conseqüent procés d'exclusió social i personal<sup>130</sup>. En aquest sentit, Convé delimitar que els termes exclusió social i pobresa no són idèntics, com apunta AGUILERA, sinó que des del punt de vista científic i polític, l'exclusió social és inclou en el seu significat les causes i els efectes de la pobresa<sup>131</sup>. Així es desprèn a l'Informe del CES sobre *La pobreza y la exclusión social en España* el estableix literalment “la noción de pobreza se refiere a la precariedad económica o del nivel de vida, mientras

---

<sup>130</sup> CACHÓN RODRÍGUEZ, L., *Colectivos desfavorecidos en el mercado de trabajo y políticas activas de empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pàg. 15 i ss.

<sup>131</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R., “La política comunitaria en la lucha contra la exclusión social”, *Civitas: Revista española de Derecho del trabajo*, núm. 131, 2006, pàg. 706

que la exclusión social incluye el carácter multidimensional de los mecanismos por los que las personas y grupos se ven excluidos de la participación en los intercambios, prácticas y derechos sociales que constituyen la integración social. El concepto exclusión social engloba las causas y los efectos de la pobreza”<sup>132</sup>. Així, es parteix del supòsit que la pobresa inclou només un criteri econòmic mentre que l'exclusió és una acumulació de desavantatges en relació a drets i béns bàsics entorn als recursos econòmics i també el treball, l'habitatge, la salut i l'educació. Per això l'exclusió social s'estima multidimensional i multifactorial<sup>133</sup>. Tal i com se sosté, el segle XIX es va tancar amb la ferida de la qüestió obrera, i el segle XX es va tancar amb una altra ferida, la de la qüestió de l'exclusió social<sup>134</sup>, una ferida que encara perdura amb força al segle XXI, amb totes les seves conseqüències concurrents, marginació i vulnerabilitat.

Seguint l'esquema il·lustratiu de la integració social que ofereix PÁEZ, es distingeixen tres estadis que van de la integració a la marginació, cadascun amb uns trets característics comuns que serveixen per determinar on s'emmarquen les persones i si es troben integrades a la societat: la zona de marginació, la zona de vulnerabilitat i la zona d'integració. Les persones que es troben a la zona d'integració ostenten un treball estable, tenen unes relacions socials solides i mantenen un sentit vital envers la vida; a la zona de vulnerabilitat el treball de la persona és precari, les seves relacions socials són inestables i les seves conviccions són fràgils; per últim, una persona que es troba a la zona de marginació no participa del mercat de treball sinó que està exclosa laboralment, es troba aïllada socialment i la seva actitud existencial és d'insignificança vital<sup>135</sup>. La vulnerabilitat és un estadi entremig feble i fàcil d'arribar-hi, com també és senzill i de fet, hi ha moltes facilitats, passar de la zona de la vulnerabilitat a l'extrem de marginació<sup>136</sup>. És per aquest motiu que les mesures d'inclusió social, ocupen un lloc rellevant dins de la política social. Tota política social s'orienta cap a la inclusió social, ja que, com recorda VILA LÓPEZ, “la inclusió social es una exigencia dentro de una sociedad que quiera merecer ese nombre: es la sociedad que ni excluye, ni margina, ni

---

<sup>132</sup> CES, *La pobreza y la exclusión social en España : aprobado por el Pleno en sesión extraordinaria de 27 de noviembre de 1996*, núm. 8, 1996. Pàg. 3 i ss.

<sup>133</sup> CES, *La pobreza y la exclusión social en España: propuestas de actuación en el marco del plan nacional para la inclusión social*, núm. 2, 2001, pàg. 16

<sup>134</sup> ROJO TORRECILLA, E., “Las política de empleo...*op cit.* Pàg. 425, citant a GARCIA ROCA, J., “Políticas sociales contra la exclusión”, *Iglesia Viva*, núm. 188, març-abril, 1997, pàg. 129.

<sup>135</sup> ALEMÁN PÁEZ, A., “Grupos vulnerables...*op cit.* , pàg. 79

<sup>136</sup> *Ídem*

desfavorece, ni des-privilegia, ni empobrece”<sup>137</sup>. Tot membre de la societat en forma part i no pot ser-ne exclòs. Però el cert és que aquesta afirmació és una utopia en el benentès que a tota societat actual hi ha moltes desigualtats que fan que membres d’aquestes societats, els més desfavorits, es trobin extrapolats de la societat i se’n sentin al marge.

D’acord amb la definició d’exclusió social facilitada per ESTIVILL, “la exclusión social puede ser entendida como una acumulación de procesos concloentes con rupturas sucesivas, que partiendo del centro de la economía, la política y la sociedad, van alejando y interiorizando a personas, grupos, comunidades y territorios respecto a los centros de poder, los recursos y los valores dominantes”<sup>138</sup>. Certament, l’exclusió social suposa una negació dels drets socials que se suposen de la societat, el dret al treball, l’educació, la cultura, la protecció social, i, en general, de tota oportunitat vital<sup>139</sup>.

En aquest sentit, cal destacar que l’exclusió social és, com s’ha mencionat, un fenomen complex, multicausal i multidimensional, que, com apunta RAYA, “se manifiesta no sólo en la escasez de recursos económicos sino en la exclusión de la participación en los intercambios, prácticas y derechos sociales que constituyen la integración social y, por tanto la ciudadanía”<sup>140</sup>. En altres paraules, l’exclusió social està fortament vinculada a una carència econòmica, però també implica moltes altres carències, d’ocupació laboral, d’educació, de relacions afectives, és a dir, afecta a tots els àmbits vitals i fonamentals de la persona<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> VILA LÓPEZ, L., “Política social e inclusión social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35, 2002, pàg. 14.

<sup>138</sup> ESTIVILL, J., *Panorama de la lucha contra la exclusión social. Conceptos y estrategias*. OIT, 2003, pàg. 20.

<sup>139</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “Empleo y...*op cit.* Pàg. 122

<sup>140</sup> RAYA DIEZ, E., “Exclusión social: Indicadores para su estudio y aplicación para el trabajo social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70, 2000, pàgs. 159 i ss. L’article ofereix un estudi empíric de l’exclusió social. S’analitzen els diversos conceptes que s’utilitzen per a definir l’exclusió social i els indicadors comuns dels processos d’exclusió social com a punt de partida per a la seva utilització com a eina de diagnòsi del fenomen.

<sup>141</sup> Així es reflexa en el *Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España 2001-2003* al qual es farà referència en apartats posteriors. A l’Informe, es ressalta el caràcter estructural de l’exclusió en el sentit que les situacions de marginacions afecten a determinats col·lectius d’acord amb la trajectòria històrica de les desigualtats socials, així com s’indica que l’exclusió social és mòbil i dinàmica es un conjunt de processos amb diversos riscos socials acumulats, i també s’afirma que l’exclusió social és multifactorial i multidimensional ja que no es pot explicar per una sola causa sinó que té multitud de manifestacions interrelacionades, com són la pobresa en el sentit de falta d’ingressos econòmics, la dificultat d’integració laboral, els problemes d’accés a l’educació i l’accés a l’aprenentatge de les noves tecnologies, l’absència d’un habitatge digna, la carència de salut, i l’absència o insuficiència de suport



Nombrosos estudis que s'han elaborat per esgrimir els indicadors de l'exclusió social conclouen que les formes d'inclusió social són el treball, els recursos econòmics, l'habitatge, l'educació, la salut, la integració social i familiar, essent, en tot cas, la situació econòmica i la situació laboral els àmbits vitals més importants que tenen més repercussió en els processos d'exclusió social.

L'exclusió està estretament vinculada a la desocupació. Si bé és cert que la desocupació no és la única causa de l'exclusió, perquè, com s'ha esmentat l'exclusió és un fenomen multicausal, no és menys cert que la manca de treball és una causa de primer ordre que pot ser determinant per a desembocar en un procés d'exclusió social. Per això, la lluita contra l'exclusió social avui en dia és primordialment la lluita contra la desocupació, un combat que s'articula bàsicament mitjançant polítiques socioeconòmiques, com les polítiques actives d'ocupació, que potencien l'ocupació dels treballadors poc qualificats i vulnerables, per així aconseguir que el mercat de treball funcioni per a tota persona i no únicament per determinats sectors benestants de la societat<sup>142</sup>.

En efecte, el treball és, per excel·lència, l'element integrador a la societat. És el mecanisme que permet a l'individu integrar-se a la societat<sup>143</sup>. D'aquí que avui les mesures contra l'exclusió social estiguin orientades a la consecució de la inserció laboral, com a pas necessari per aconseguir una plena integració a la societat. Per això, la desocupació té conseqüències no únicament d'ordre econòmic sinó també d'índole psicològic i social. En aquest sentit, la inclusió social, segons els informes comunitaris és aquella que permet a les persones en risc d'exclusió social i de pobresa que tinguin oportunitats i recursos per participar plenament a la vida econòmica, social i cultural, per així accedir als seus drets fonamentals<sup>144</sup>. L'exclusió social i la pobresa, doncs, són situacions caracteritzades per la privació dels drets fonamentals per a participar i viure en societat.

---

familiar. Destaca també la necessitat que l'exclusió social sigui abordada des de diversos àmbits, l'acció col·lectiva, el teixit social i les polítiques públiques.

<sup>142</sup> ROJO TORRECILLA, E., "Las política de empleo...*op cit.* pàgs. 426, 429.

<sup>143</sup> ALEMÁN PÁEZ, A., "Grupos vulnerables...*op cit.* , pàg. 79

<sup>144</sup> ROJO TORRECILLA, E., CAMAS RODA, F., "La normativa laboral relativa als col·lectius amb especials dificultats...*op cit.* pàg. 14

El factor treball és, en tot cas, primordial per combatre els processos d'exclusió social. De fet, el treball és, des de la societat industrial, el principal factor socialitzador, de forma que, fora del treball, només hi resta la marginació, l'exclusió. En paraules de RAMONEDA, avui, "qui no treballa no té dret a exigir. No hi ha dignitat que no vingui avalada pel treball"<sup>145</sup>. I és que a partir del treball – arran de la Revolució Industrial –, s'ha organitzat la distribució de la riquesa i s'ha atorgat un sentit a la vida. I afegeix, l'autor, que la modernitat va consagrar el principi bíblic "guanyaràs el pa amb la suor del teu front". Amb la Revolució Industrial es va elevar el treball a categoria ètica, per la qual treballar està bé i no treballar està malament. La submissió a l'ètica del treball va suavitzar-se a causa de la resposta de la cultura obrera en contra de l'home submís a la producció. Avui, la globalització, i la nova tecnologia de la informació i la comunicació afecten profundament a l'organització tradicional del treball i la figura del treballador. Però, en tot cas, encara no s'accepta altra manera de viure que no sigui treballant. El qui no segueix està condemnat a la marginació i el treball és talment un factor de redempció moral, econòmica i social. El treball dóna una identitat al ciutadà, un sentit a la vida, dóna i, tal i com indica SIMMEL, regula la distribució econòmica del temps, separa i divideix el temps destinat al treball i el temps destinat l'oci<sup>146</sup>. És també el treball el regulador del temps.

El treball és configura així com un valor essencial de la societat contemporània, fonamental per viure en societat. És el mitjà necessari pel desenvolupament de l'individu i per apartar-se de la pobresa. La pobresa passa primer per un procés d'exclusió social a través del qual les persones i les seves famílies veuen perillar la seva inserció professional i social i, consegüentment, corrent el risc de la pobresa<sup>147</sup>. I és que,

---

<sup>145</sup> RAMONEDA, J., "Temps moderns", pròleg a l'edició RAMONEDA, J. (Director), *Les cultures del treball*, Centre de Cultura Contemporània de Barcelona i Institut d'Edicions de la Diputació de Barcelona, Barcelona, 2000, pàgs. 1-3.

<sup>146</sup> SIMMEL, G., "La metròpolis y la vida mental", *Bifurcaciones*, núm. 5., primavera 2005, pàg. Pàg. 8. L'autor, examinant la qüestió de la subjectivitat de l'individu i el seu desplegament a la ciutat a principis del segle XX, posa de manifest que els modes de producció simplificats que existeixen fan que hi hagi un ordre prefixat que separa el temps del treball del temps lliure. El temps del treball, de la generació de l'activitat econòmica, és el regulador del temps contemporani. És un ordre en què hi participen tots els ciutadans. I aquest ordre és un ordre acceptat, tal i com il·lustra Simmel amb l'exemple de la generalització del rellotge personal. Cadascú es controla el temps, un temps ordenat per l'activitat econòmica, i com a tal, pel treball.

<sup>147</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Trabailleurs pauvres et droit du travail*, comunicació de la ponència presentada al Seminari internacional de Dret comparat del Treball, de Relacions laborals i de Seguretat Social, sobre el tema "Dret social i treballadors pobres" organitzat pel Centre de Dret comparat del Treball i de la Seguretat Social (COMPTRASEC) de la Universitat Montesquieu Bordeaux IV, Bordeus, 29 de juny- 10 de juliol de 2009.

a partir d'un treball s'accedeix a la resta de necessitats bàsiques, a l'habitatge, l'educació, que defineixen una ciutadania social plena. D'acord amb *el Consejo Económico y Social (CES)* en el seu Informe *intitulat La pobreza y la exclusión social en España: propuestas de actuación en el marco del plan nacional para la inclusión social*, “el trabajo constituye quizá la dimensión más importante en el estudio de los procesos de exclusión y pobreza por ser la principal fuente de integración social. La remuneración del trabajo es la principal vía de obtención de las rentas familiares disponibles pero, además, la ocupación laboral provee importantes mecanismos de participación y de obtención de recursos para la satisfacción de otras necesidades vinculadas a la calidad de vida”<sup>148</sup>.

El treball constitueix la solució ideal per combatre la pobresa. A aquest efecte, les polítiques actives d'ocupació són un mitjà que s'estima bàsic per lluitar contra el risc d'exclusió social i, en última instància, contra la pobresa. Aquestes polítiques es dirigeixen a la consecució del manteniment del treball, tot estimulant l'accés al treball, augmentant les qualificacions a fi de mobilitzar i integrar dins el mercat de treball les persones que n'estan més allunyades, que normalment pertanyen a grups desfavorits en l'accés en el mercat laboral.

Ara bé, la realitat de la pobresa i de l'exclusió social ha esdevingut notablement complexa. Segons les concepcions tradicionals, la pobresa no concerneix als que tenen un treball, sinó que els individus són pobres perquè són privats d'un treball i es troben en situació de desocupació, ja sigui voluntari com involuntari. No obstant, a partir dels anys setanta, es desenvolupa una nova pobresa a causa de la crisi econòmica i les noves formes atípiques de treball que sorgeixen <sup>149</sup>. Aquest context porta que persones actives en el mercat de treball es trobin en situació de misèria. Així, la pobresa no només afecta a les persones desocupades sinó també a les persones que treballen. En aquest sentit, la desocupació no és l'únic indicador de l'exclusió social, perquè en funció de les condicions laborals, hi ha persones que tot i treballar en troben en situació de risc d'exclusió social <sup>150</sup>. La OIT a *l'Informe sobre el trabajo en el mundo 2004-2005*

---

<sup>148</sup> CES, *La pobreza y la exclusión social en España...op cit.*, pàg. 16

<sup>149</sup> European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Working poor in the European Union*, 2004, pàg. 1

<sup>150</sup> RAYA DIEZ, E., “Exclusión social...op cit. Pàg. 164

“*Empleo, productividad y reducción de la pobreza*” es fa ressò d’aquest fenomen dels “treballadors pobres” a qui no els hi falta treball però, no obstant, no guanyen el suficient per poder viure ells i les seves famílies a un nivell superior al que permeten ingressos d’1 o 2 dòlars dels Estats Units que és el llindar fixat que indica un nivell de pobresa extrema o moderada<sup>151</sup>. Així, la integració en el mercat de treball no garanteix inequívocament la sortida de la pobresa a certes persones que treballen, dependrà de les condicions de treball. En aquesta línia s’expressa la *Decisión 1098/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 relativa al Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social* (2010), quan estableix “El empleo digno puede reducir notablemente el riesgo de pobreza de las personas. Sin embargo, el empleo por sí mismo no siempre es condición suficiente para alejarlas de la misma, por lo que la tasa de personas con riesgo de caer en la pobreza sigue siendo relativamente alta incluso para quienes trabajan. La pobreza de las personas con empleo va unida a una baja remuneración, diferencias retributivas entre hombres y mujeres, escasas cualificaciones, oportunidades limitadas de formación profesional, la necesidad de combinar trabajo y familia, empleo y condiciones laborales precarias, y también a unas condiciones difíciles de vivienda. Por tanto, un empleo de calidad y el apoyo social y económico son esenciales para alejar a las personas de la pobreza”<sup>152</sup>.

En definitiva, la relació entre exclusió social i la desocupació és manifesta i, seguint a RAYA, es dóna comunament sota diverses circumstàncies: quan tot i que la desocupació no és contínua, la persona compta amb tants períodes de desocupació que aquests li impedeixen que desenvolupi una carrera laboral estable o bé quan la desocupació es perllonga tant en el temps que suposa un problema greu per retornar al món laboral a causa d’un desgast del capital humà i no es disposa d’altres fonts d’ingressos alternatives al treball. Efectivament, la desocupació de llarga duració és un dels principals problemes dels països desenvolupats per seguir mantenint l’estat del benestar. Afecta, en major mesura, als col·lectius amb majors dificultats d’accés o reinserció en el mercat de treball, com són les dones, els joves, els majors de 45 anys i

---

<sup>151</sup> L’Informe mostra les estimacions disponibles de treballadors pobres l’any 2003, les quals estableixen en aquest any en tot el món hi havia 1’39 mil milions de treballadors que no arribaven a percebre uns ingressos diaris superiors a 2 dòlars dels Estats Units. L’Informe apunta que la majoria dels treballadors pobres treballen en l’economia informal i, per aquest motiu, qualsevol estimació sobre els treballadors pobres ha d’interpretar-se com una indicació aproximada del nombre de treballadors que guanyen molt poc com a resultat de la seva activitat a l’economia informal.

<sup>152</sup> DOUE L 198/20, de 7 de novembre de 2008

els discapacitats. Les conseqüències de la desocupació de llarga duració són la infrautilització i desperdició de recursos humans, el perjudici personal i social del desocupat i el risc d'exclusió social<sup>153</sup>. En tot cas, com s'ha observat anteriorment, depenent de les condicions de treball, és possible que tot i treballar, la persona es trobi en situació d'exclusió social i pobresa, és a dir, que sigui un treballador pobre.

Convé considerar que l'evolució que està experimentant en l'actualitat el mercat de treball no afavoreix la integració social. És un nou tipus de societat del risc, amb transformacions ràpides, que sorgeix sota l'impuls de la globalització i la revolució tecnològica. Es modifiquen les formes de treballar, estudiar, d'ensenyar, de comunicar-nos i fins i tot de pensar. Dins aquesta societat, augmenta l'atur i la precarietat laboral, especialment entre els grups desfavorits citats abans, joves, dones, majors, i també minories i immigrants. Les formes noves de producció donen lloc a l'organització flexible i descentralitzada del treball, fet que augmenta la flexibilitat laboral, la mobilitat, la precarietat, amb contractes de treball precaris, inestables i de baixa qualitat, la vulnerabilitat i la desregularització. Aquests trets tendencials deterioren les condicions de treball, i s'acaben dualitzant la societat i generant desigualtats<sup>154</sup>. D'aquí ve la necessitat de promoure polítiques d'ocupació, de formació professional i d'educació dirigides als grups vulnerables i exclosos d'aquesta societat canviant. Són mesures, en definitiva, per corregir la desigualtat.

### ***c) La incidència de l'envelliment demogràfic en la població activa d'edat avançada***

L'escenari de les societats actuals dels països desenvolupats, i el d'Espanya en particular, es caracteritza per l'increment de la longevitat de les persones i per l'existència d'unes taxes molt baixes de fecunditat, fet que converteix a Espanya en una de les societats més envellides de l'entorn europeu. Els canvis demogràfics afecten a la piràmide de la població activa.

---

<sup>153</sup> HERRADOR BUENDÍA, F.M., "Aproximación teórica al fenómeno del desempleo: el caso del desempleo de larga duración", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35, 2002, pàg. 121-122

<sup>154</sup> FÉLIX TEZANOS, J., Desigualdad y exclusión social en las sociedades tecnológicas, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. 35, 2002, pàg. 35 i ss. És interessant el que comenta l'autor en relació específicament a la revolució tecnològica. Diu que aquesta revolució de la nova tecnologia canvia la manera de ser i estar en la societat i permet parlar de "tecnopobres, de infra-desarrollados tecnológicos", és a dir, la revolució tecnològica implica el sorgiment de noves asimetries i desigualtats a les estructures socials.

En efecte, la població mundial està envellint a un ritme cada vegada més accelerat. Les taxes de fecunditat disminueixen i les persones viuen més anys, tant en països desenvolupats, com en la majoria de països en vies de desenvolupament. Es calcula que entre 2005 i 2050, el número mundial de persones de 60 i més anys es triplicarà, passant de 672 milions a 2000 milions<sup>155</sup>. Una perspectiva demogràfica que es reflexa dins l'espai de la Unió Europea dels 27 Estats membres on s'estima que la població passarà gradualment de 498'4 milions de persones al 2008 a 505'7 milions l'any 2060<sup>156</sup>.

A començaments del segle XXI, a la majoria de països de la Unió Europea, la mitjana de duració de la vida humana se situa entorn dels 80 i 82 anys. A Espanya, l'esperança de vida ha anat incrementant en les darreres dècades, arribant a 2004 a la xifra de 77'2 pels homes i 83'8 a les dones, una de les xifres més elevades d'entre els països de la Unió Europea<sup>157</sup>. I s'espera que l'esperança de vida augmenti gradualment arribant l'any 2050 a 81'70 anys els homes i 87'30 les dones<sup>158</sup>. L'expectativa de vida es perllonga degut als avenços socials, científics i econòmics que es concreten en una millor alimentació, canvis en les pautes d'higiene, la millora de les infraestructures, avenços en la medicina, com el descobriment de vacunes, la invenció d'antibiòtics, els progressos en la cirurgia, l'educació sanitària i l'augment i qualitat de les condicions de vida materials. Aquests fets expliquen que la població de 65 o més respecte del total de la població augmenti. En el context de la Unió Europea, les persones de 65 o més anys que l'any 2008 es xifren en 84'6 milions serà de 151'6 milions l'any 2060. Similarment, el nombre de persones de 80 anys o més creix, i es preveu que de 21'8 milions l'any 2008 es passi a 61'4 milions l'any 2060.<sup>159</sup>

El segon factor que explica l'envelliment de la població, especialment de la societat espanyola, és el progressiu descens del nombre de naixements, fet que es tradueix en disminucions del nombre mitjà de fills per dona. Les causes són diverses, com la incorporació de la dona en el món del treball, els canvis en l'estructura familiar, l'ús de

---

<sup>155</sup> ONU, *World Population Prospects. The 2006 Revision*. United Nations. <http://esa.un.org/unpp>

<sup>156</sup> GIANNAKOURIS, K., *Population and social conditions*, Eurostat, statistics un focus, 2008.

<sup>157</sup> Font: Instituto Nacional de Estadísticas (INE) [www.ine.es](http://www.ine.es), 18 d'octubre de 2011

<sup>158</sup> Font: EUROSTAT:  
[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page?\\_pageid=1090,30070682,1090\\_33076576&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page?_pageid=1090,30070682,1090_33076576&_dad=portal&_schema=PORTAL), 26 d'agost de 2008

<sup>159</sup> GIANNAKOURIS, K., *Population...op. cit.*

mètodes anticonceptius o l'emancipació tardana dels joves. En aquest context, aquest índex s'ha reduït a Espanya des del 2'8 existent l'any 1975, fins al 1'3 de 2004, un dels més baixos de la Unió Europea<sup>160</sup>.

Convé també tenir en compte el flux d'immigració que ha arribat a Espanya i que ha modificat les previsions demogràfiques. A l'actualitat, la població d'Espanya és de 44'1 milions d'habitants, un increment demogràfic que s'ha produït, en un 73%, gràcies a la massiva arribada d'immigrants del nord d'Àfrica, Llatinoamericà i dels països de l'Est d'Europa. L'any 2005 la població immigrant suposa aproximadament el 10% de la població total.

L'increment de la longevitat i el descens de la natalitat desemboquen a un procés d'envelliment de la població espanyola. Així, segons el cens de 1970, el 9'7% de la població tenia més de 65 anys. En contrast a aquesta situació, segons el padró municipal de 2005, el nombre de persones de més de 65 anys és del 16%. En quant a les previsions, el percentatge de persones de 65 o més anys incrementa i el 2050 s'estima que la població de més de 65 anys serà de 30'8% i de més de 85 anys de 6'3%.

Una de les repercussions de l'envelliment demogràfic es dona en el sistema sanitari, alhora d'afrontar un grup fortament dependent com és el col·lectiu de les persones grans. Com és sabut, en créixer l'edat, creixen també la salut i la malaltia. Així que l'envelliment de la població planteja un repte pels sistemes nacionals d'atenció de la salut. En els països desenvolupats hi ha una preocupació per l'augment de les despeses sanitàries i el manteniment de nivells i qualitat apropiats per garantir la salut i l'atenció a llarg termini d'una població envellida gràcies als avenços científics en l'àmbit de la salut. No s'ha d'oblidar que el fenomen de l'envelliment és paral·lel a les transformacions en l'estructura de la família, fonamentalment a causa de la incorporació de la dona en el mercat de treball. que fan que a la família els és cada vegada més difícils d'atendre als seus membres ancians. D'aquí ve que a Espanya s'aprovés l'any 2006 la *Ley 39/2006, de 16 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*<sup>161</sup>, mitjançant la qual es crea el Sistema d'Atenció a la Dependència. Aquesta nova Llei regula les condicions bàsiques

---

<sup>160</sup> FONT: INE, [www.ine.es](http://www.ine.es), 18 d'octubre de 2011

<sup>161</sup> BOE núm. 299, de 15 de desembre de 2006

que garanteixen la igualtat en l'exercici del dret subjectiu de ciutadania a la promoció de la autonomia personal i atenció a les persones en situació de dependència, amb la col·laboració i participació de totes les Administracions públiques i estableix normativament la garantia per l'Administració General de l'Estat d'un contingut mínim comú de drets per tots els ciutadans a qualsevol part del territori espanyol.

A banda de la sanitat i altres serveis socials, l'impacte més considerable de l'envelliment es troba en el sistema de pensions i la seva viabilitat futura. L'envelliment té conseqüències en el sosteniment dels sistemes de Seguretat Social, que, com el sistema espanyol, es basen en la tècnica del repartiment. Amb el repartiment les prestacions que es paguen a les persones jubilades es financen amb les cotitzacions que en aquest moment estan pagant les persones que treballen<sup>162</sup>. D'aquesta manera es garanteix que es redistribueixin els beneficis i càrregues entre els ciutadans actius i els ciutadans passius.

Certament, una conseqüència de l'envelliment és que augmenta la taxa de dependència que relaciona la població fora de l'edat de treballar -65 anys o més- i la població en edat de treballar -entre 15 a 64 anys-. A la majoria de societats es redueix el nombre de persones que treballen i generen ingressos en comparació amb el nombre de persones que no treballen i depenen dels ingressos generats per els altres. Mitjançant la relació de dependència es compara el gruix del grup de població que es considera econòmicament dependent amb un altre grup econòmicament actiu. Entre 1975 i 2005, la relació de dependència total del conjunt del món es va reduir de 74 a 55 dependents per cada 100 persones en edat de treballar. Està previst que la tendència descendent s'inverteixi de manera que la relació de dependència serà de 53 i arribarà a 57 dependents per cada 100 persones en edat de treballador, a causa de l'augment de la relació de dependència en les edats més avançades<sup>163</sup>. En el context de la Unió Europea, mentre que a l'any 2008 es compta amb quatre persones en edat de treballar per cada persona fora de l'edat de treballar, a l'any 2060 la taxa prevista és de dues persones en edat de treballar per cada una persona de 65 anys o més<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> BLANCO ÀNGEL, F., *Redistribución y Equidad en el sistema español de pensiones de jubilación. Las reformas del pacto de Toledo*, CES, Madrid, 1999. pàg. 32.

<sup>163</sup> ORGANITZACIÓ DE LES NACIONS UNIDES (ONU) *World Economic and Social Survey 2007: Development in an Ageing World*, Ginebra, 2007

<sup>164</sup> GIANNAKOURIS, K., *Population...op cit.*



Per tant, l'envelliment demogràfic és un tema que preocupa especialment, a efectes de la sostenibilitat del sistema de Seguretat Social. La qüestió és si el sistema de Seguretat Social podrà encarregar-se del volum de persones que hauran de cobrar la prestació per jubilació, lligada com està la jubilació amb la solidaritat intergeneracional, és a dir, la relació de dependència.

Aquesta és un dels debats que fan repensar l'Estat del benestar que caracteritza l'Estat social i democràtic de Dret, forma en què es constitueix l'Estat espanyol d'acord amb l'article 1.1 CE. En l'Estat del benestar, l'Estat, i per tant, el sector públic, intervé en el funcionament de l'economia, i adopta polítiques orientades a aconseguir el major benestar possible pel major número de persones. Precisament, el denominat nucli dur de l'Estat del benestar és assegurar un sistema de cobertura per les situacions de necessitat derivades, entre d'altres, de la jubilació. De manera que l'Estat assumeix les pensions. L'evolució demogràfica i la despesa pública suposa un repte per l'Estat del benestar en el sentit de saber si podrà assumir l'ideal de cobertura de protecció social<sup>165</sup>.

Sovint es menciona la migració internacional com un possible instrument per aconseguir una provisió suficient de treballadors en els països desenvolupats i així equilibrar la relació entre població activa i població passiva. A l'àmbit de la Unió Europea, la Comissió Europea insisteix en la necessitat de tots els Estats a relacionar la immigració amb les perspectives d'ocupació, fent-se indispensable augmentar els fluxos migratoris per poder respondre a les necessitats del mercat de treball davant l'envelliment dels europeus<sup>166</sup>. No obstant, no s'espera que cap país admeti el nombre número d'immigrants necessari per aturar l'envelliment de la població, de forma que no sembla previsible que les migracions evitin el descens de la població europea i siguin suficients per invertir la tendència a l'envelliment<sup>167</sup>. De les estimacions fetes per les Nacions unides es desprèn que la Unió Europea necessitaria 47'7 milions d'immigrants per mantenir constant el volum de població, 80 milions per mantenir el volum de

---

<sup>165</sup> GONZÁLEZ RABANAL, C., "La necesidad de repensar el Estado de bienestar", *RMTAS*, núm. 31, 2001, pàg. 35

<sup>166</sup> ROJO TORRECILLA, E., *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, pàg. 61.

<sup>167</sup> JIMÉNEZ-RIDRUEJO AYUSO, Z., *La sostenibilidad del sistema de pensiones en España: envejecimiento, inmigración y productividad*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Universidad de Valladolid, 2007, pàg. 61

població en edat de treballar i 700 milions per mantenir constant la relació entre actius i jubilats<sup>168</sup>.

Una societat envellida es tradueix en un elevat nombre de prestacions de jubilació. Aquesta realitat, sumada a una esperança de vida més elevada, significa que les persones jubilades s'estan un llarg temps com a beneficiaries de la pensió de jubilació. En aquest sentit, tant en l'àmbit internacionals, com comunitari i espanyol s'ha advertit sobre els riscos que l'envelliment de la població i les seves implicacions suposen pel manteniment d'unes pensions adequades i sostenibles<sup>169</sup>. I la clau per afrontar-los es focalitza en el foment de l'ocupació dels treballadors d'edat a través d'estímuls que facin atractiva la seva contractació, programes d'aprenentatge permanent per a tota la vida, la desincentivació de la jubilació anticipada i l'eradicació de la discriminació per edat en el treball. Es tracta de remoure tota barrera que obstaculitzi l'ocupació dels treballadors d'edat amb la finalitat que aquests treballadors allarguin la seva carrera laboral<sup>170</sup>.

Mostra d'això és el document presentat per l'OIT a la Segona Assemblea Mundial de l'Envelliment en el qual l'organització alerta del repte que suposa l'envelliment per l'ocupació i els sistemes de protecció social. Com a solució proposa polítiques d'ocupació que afavoreixin que els treballadors d'edat puguin seguir en el seu lloc de treball durant més temps i així ho desitgen, i fer que aquesta permanència en actiu esdevingui atractiva. Suggereix que s'introdueixi una transició gradual i flexible entre la vida activa i la jubilació, juntament amb mesures per evitar la discriminació a l'ocupació i polítiques de formació i readaptació dels treballadors d'edat<sup>171</sup>. De fet, ja a la Recomanació núm. 162, de 1980, l'OIT s'hi troba la recomanació de l'adopció d'un sistema flexible que faciliti l'elecció individual de l'edat de jubilació en considerar que la rigidesa en l'edat de jubilació pot ser en si mateixa una causa d'acceleració de l'envelliment per la brusquedat de la transformació que suposa en les condicions de

---

<sup>168</sup> ONU, *Replacement Migration: Is it a solution to Declining and Ageing Population?*, New York, 2000

<sup>169</sup> CES GARCÍA, E.M., "Una sociedad inclusiva para una población que envejece: el desafío del empleo y la protección social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 42, 2003. pàg. 209; PÉREZ-DÍAZ, V., RODRÍGUEZ, J.C., *La generación de la transición: entre el trabajo y la jubilación*, Colección Estudios Económicos "la Caixa" núm. 35, Barcelona, 2007. pàg. 11

<sup>170</sup> OECD, *Live longer, work longer*, OECD, Paris, 2006. pàg. 24

<sup>171</sup> OIT, *Una sociedad inclusiva para una población que envejece: El desafío del empleo y la protección social*, documento presentado por la OIT ante la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid, 8-12 de abril de 2002. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 2002.

l'existència. Així mateix, la norma insta als estats a preveure condicions de treball, per exemple referides a flexibilitzar el temps de treball o a l'observança de mesures de seguretat i salut en el treball, que s'adaptin al procés d'envelliment <sup>172</sup>.

Per la seva banda, en el si de la Unió Europea s'han desenvolupat un conjunt de polítiques com a resposta al repte de l'envelliment orientades a potenciar l'envelliment actiu. En el Consell europeu de Lisboa preveia aconseguir l'ocupació del 70% de la població activa. L'any següent, el 2001, el Consell Europeu d'Estocolm va determinar que per l'any 2010 la meitat de la població entre 55 i 64 anys havia d'estar empleada. Per últim, el Consell Europeu celebrat a Barcelona el març de 2002, va acordar que havia d'incrementar-se un 5% l'edat mitjana efectiva de jubilació. Actualment, immersa en una crisi que produeix una forta desocupació sense distinció d'edat, la Unió s'ha plantejat, aquesta vegada per tota la població activa, l'Estratègia Europa 2020 pretén aconseguir una taxa d'ocupació del 75% per la població d'entre 20 i 64 anys i, per aconseguir-ho es proposa millorar l'ocupació de les persones d'edat a través de la formació permanent <sup>173</sup>.

Es pretén que els Estats membres adoptin polítiques d'ocupació destinades a perllongar la vida activa a fi de millorar la capacitat dels treballadors de més edat i augmentar els incentius per tal que segueixin pertanyent a la població activa al màxim temps possible <sup>174</sup>. Per aconseguir-ho la Unió proposa les següents mesures: oferir incentius per tal que els treballadors es jubilin més tard i de forma gradual i flexible, així com introduir reformes en els règims de pensions tot fent que sigui més rentable mantenir-se en actiu a fi que les empreses contractin i mantinguin en actiu als treballadors de més edat; promoure l'accés a la formació i altres mesures laborals actives per tot treballadors d'edat avançada; i remoure la discriminació per raó d'edat en el treball en tant que obstaculitza l'efectivitat de l'allargament de la vida activa i deixa al marge de la contractació als treballadors d'edat avançada per raó de la seva edat <sup>175</sup>. D'aquí que, per

---

<sup>172</sup> GHOSHEH, N.S., LEE, S., MCCANN, D., *Conditions of work and employment for older workers in industrialized countries: understanding the issues*, Conditions of Work and Employment Series, núm. 15, International Labour Office, Geneva, 2006. pàg. 3 *et seq.*

<sup>173</sup> *Comunicación de la Comisión: Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 3.3.2010, (COM(2010) 2020 final)

<sup>174</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., "Empleo", a CALONGE VELÁZQUEZ, A., (Coordinador), *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Lex Nova, Valladolid, 2002. pàg. 266

<sup>175</sup> *Comunicación de la Comisión: Aumentar la ocupación de los trabajadores de más edad y retardar su salida del mercado de trabajo*, Bruselas, 3.3.2004 (COM (2004) 146 final)

mantenir o augmentar els nivells d'ocupació dels treballadors d'edat des de la Unió Europea es defensa la necessitat d'oferir millors oportunitats d'ocupació a aquest col·lectiu de treballadors per mitjà de la millora de les qualificacions i de l'augment de mesures que els incentivin a continuar treballant com ara la reforma dels sistemes de pensions<sup>176</sup>.

Així, des de la Unió Europea s'insiteix en la línia de fomentar la permanència en actiu dels treballadors de més edat per contrarestar els efectes de l'envelliment poblacional<sup>177</sup>. Es reflexa en el fet que l'any 2012 ha estat declarat l'Any Europeu de l'Envelliment Actiu i de la Solidaritat Intergeneracional<sup>178</sup>. L'Any Europeu 2012 ha de servir per contribuir a què les persones majors perllonguin la seva carrera laboral i es mantinguin sanes, actives i autònomes el major temps possible, per així fer front a l'impacte de l'envelliment de la població a les finances públiques i la protecció social. L'envelliment actiu que propugna la Unió Europea implica fonamentalment tres coses: permetre tant a dones com homes mantenir-se ocupats durant més temps tot oferint els incentius necessaris per romandre actius així com eliminat els obstacles existents per a romandre-hi; facilitar una ciutadania activa habilitant ambients apropiats per tal que les persones d'edat hi puguin participar; i, facilitar que les persones d'edat puguin viure de forma independent el major temps possible a través de la promoció d'un envelliment saludable, habitatges adaptats i ambients locals adequats per les persones grans. L'estratègia de l'envelliment actiu parteix d'un referent essencial, l'estratègia Europa 2020, que té com a objectiu augmentar la taxa d'ocupació fins assolir el 75% de les

---

<sup>176</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *El empleo en Europa 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2011. pàg. 147; *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico)*, Bruselas, 29.4.2009, (COM (2009) 180 final); També en aquest sentit és rellevant el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema "La situación de los trabajadores de más edad ante el cambio industrial: cómo apoyar y gestionar la diversidad de edades en los sectores y las empresas"* (Dictamen de iniciativa), DO C 228/24 de 22.9.2009. Aquest document conté una recopilació de bones pràctiques que contribueixen a mantenir en el mercat de treball els treballadors majors de 50 anys i, en particular, aquells que s'aproximen a l'edat de jubilació que es refereixen a: l'ajuda a l'envelliment actiu; la introducció d'incentius, tant pels treballadors com per les empreses que els ocupin, a les polítiques governamentals dels Estats membres, que animin els treballadors majors a mantenir-se en el mercat de treball; la millora de les condicions de vida i de treball, en particular, en el treball físic; la utilització de solucions institucionals en el mercat de treball per tal d'adaptar-lo millor a la contractació de treballadors majors.

<sup>177</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *Joint report on pensions. Progress and key challenges in the delivery of adequate and sustainable pensions in Europe*, European Economy, Occasional Papers núm. 71, November 2010. pàg. 10

<sup>178</sup> *Decisión n° 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional (2012)*, DO L 246 de 23.9.2011

persones entre 20 a 64. L'èxit de l'estratègia Europa 2020 radica, doncs, en part amb el fer possible que les persones d'edat puguin romandre actius com a treballadors <sup>179</sup>.

A l'àmbit intern espanyol, i en consonància amb els compromisos comunitaris, també s'ha seguit la línia d'adoptar mesures destinades a l'allargament de la vida activa i retardar l'edat de jubilació<sup>180</sup> a fi d'abordar el repte de l'envelliment de la població, tal com s'observa per exemple a l'originari Pacte de Toledo de 1995<sup>181</sup> i fins la recent l'Estratègia Espanyola d'Ocupació 2012-2014<sup>182</sup>. Bàsicament, s'ha optat pel foment de la contractació dels treballadors d'edat i el seu manteniment en el treball per mitjà d'incentius econòmics a les empreses i per establir un sistema de jubilació gradual i flexible i l'augment de l'edat de jubilació pensionable, com s'observarà detingudament en apartats ulteriors.

## 2.2 La dificultat per delimitar els treballadors d'edat

La categoria dels treballadors d'edat fa referència a una nou col·lectiu de treballadors sorgit en les darreres dècades que serveix a identificar a un col·lectiu amb dificultats d'ocupació. És un col·lectiu que és delimitat en funció de l'edat avançada. La qüestió radica traçar una frontera delimitada en funció d'una edat a partir de la qual una persona entrarà a formar part del col·lectiu de treballadors d'edat avançada.

Si hom s'até als criteris de l'OIT, la Recomanació núm. 162, de 1980, sobre els treballadors d'edat, defineix els treballadors d'edat com “todos los trabajadores que, por el avance de su edad, están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación” (art. 1.1). I a continuació disposa: “cada país podrá definir con mayor precisión a qué trabajadores se aplica, con referencia a grupos de edad determinados, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales y en forma apropiada a las

---

<sup>179</sup> EUROPEAN COMMISSION, *The EU contribution to active ageing and solidarity between generations*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2012. pàg. 3

<sup>180</sup> GARCÍA GIL, M.B., *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pàg. 182

<sup>181</sup> *Aprobación por el Pleno de la Cámara del texto aprobado por la Comisión de Presupuestos sobre la base del Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse, así como votos particulares (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie E, núm. 134, de 12 d'abril de 1995)*

<sup>182</sup> *Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (BOE núm. 279, de 19 de novembre de 2011)*

condiciones locales” (art. 1.2). D’aquesta forma, la norma no ofereix una definició que delimita per grups d’edat qui és “un treballador d’edat” sinó que deixa a l’albir dels Estats que ho delimitin en funció de les circumstàncies nacionals. I és que, segons estableix la mateixa OIT a l’estudi intitulat *Ageing*, publicat l’any 2008<sup>183</sup>, no hi ha una definició universal de qui és exactament un “treballador gran”, sinó que aquesta definició depèn de diversos factors, com ara: el sector de treball, l’esperança de vida, la longitud de la carrera laboral, el sexe del treballador. Davant aquesta multitud de factors, i en sintonia amb la Recomanació núm. 162, per l’OIT l’indicador determinant per categoritzar el “treballador d’edat” ha de ser, a partir de l’edat en la qual el treballador experimenta dificultat per trobar un treball o desenvolupar una carrera laboral a causa estrictament de la seva edat avançada. I afegeix que segons estadístiques oficials els “treballadors d’edat” són sovint delimitats entre les edats de 55 a 64 anys, en tant que l’edat pensionable de jubilació en molts països coincideix a l’edat dels 65 anys.

I pel que fa a l’edat de 55 anys, s’observa a la Unió Europea que els Consells Europeus de Lisboa i Estocolm de 2000 i 2001 respectivament, que van impulsar el perllongament de la vida laboral dels treballadors d’edat i preveuen augmentar les taxes d’ocupació d’aquests treballadors per encarar l’envelliment de la població, van establir que s’entén per treballadors d’edat als treballadors a partir dels 55 anys<sup>184</sup>.

El cert és, però, que a l’ordenament jurídic espanyol, tradicionalment els treballadors d’edat avançada beneficiaris de mesures especials per fomentar-ne l’ocupació han estat les persones a partir de 45 anys. Si bé en ocasions s’han establert mesures diferents d’ocupació entre el segment de treballadors entre 45-55 anys i el segment de treballadors a partir de 55 anys - en tant que aquestes s’apropen al temps de la jubilació i reben mesures especials d’ocupació que incideixin en la institució de la jubilació -, el fet és que les mesures d’incentivació espanyoles a la contractació de treballadors majors

---

<sup>183</sup> OIT, *Ageing: training package on ageing: managing diversity and equality at the workplace*, International Labour Office, Geneva, 2008. Publicació en CD-ROM: information sheet 3.

<sup>184</sup> Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (Informe solicitado por el Consejo Europeo de Estocolmo): *Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa*, COM (2002) 9 final. El Consell Europeu d’Estocolm va apuntar que per l’any 2010 la meitat de la població entre 55 i 64 anys havia d’estar ocupada. També cal destacar *l’Estratègia Europea de l’Ocupació* sorgida a la cimera de Luxemburg al 1997 en base a la qual es va acordar l’elaboració d’una estratègia comuna sobre l’ocupació a la Unió Europea i sobre la que s’elaboren les directrius anuals pels plans d’ocupació dels Estats membres. Segons es desprèn de les directrius, els treballadors més grans, d’entre 55 i 64 anys, es consideren com un dels col·lectius prioritaris d’atenció.

ha estat a partir de l'edat de 45 anys perquè és a partir d'aquesta edat que s'ha observat que es comencen a patir dificultats d'inserció laboral a causa de l'edat.

Així, l'Estratègia Global per a l'Ocupació dels treballadors de més edat, aprovada el novembre de 2011<sup>185</sup> pel govern espanyol, que estableix un marc general de les polítiques dirigides a afavorir l'ocupació de les persones de més edat, considera que els treballadors de més edat són els que tenen més de 55 anys. Segons esmenta dita Estratègia Global, aquest col·lectiu, que representa a Espanya el 12% de la població ocupada i el 8% dels treballadors a l'atur, es caracteritza per tenir menors possibilitats d'estar en situació de desocupació però un cop desocupat es troba amb una incidència d'atur de llarga durada, el qual s'estima en un 65,3%. Es tracta de perllongar la carrera laboral de les persones de 55 anys o més, que es troben pròximes al retir, i complir així amb l'estratègia de la permanència en actiu s'impulsa des de l'àmbit internacional, comunitari i espanyol mateix per atenuar les conseqüències de l'envelliment demogràfic sobre la força de treball i el sistema de pensions públiques<sup>186</sup>. Tanmateix, com es veurà a posteriori, les mesures de política d'ocupació de l'ordenament jurídic espanyol a favor de l'ocupació dels treballadors d'edat es refereixen a un ventall més ampli de treballadors majors i beneficien a persones a partir de 45 anys.

Així doncs, no hi ha un criteri uniforme per indicar quan s'és un treballador d'edat a partir d'una determinada edat i les tendències de la política d'ocupació evidencien que la vellesa és una construcció social<sup>187</sup>. I és que no existeixen uns paràmetres per qualificar objectivament quan una persona és vella. Es pot dir que s'és biològicament vell quan es compleix determinada edat que la ciència qualifica com a accés a la vellesa; psicològicament vell és la noció d'un mateix a considerar-se vell, independent de l'edat; socialment vell que és ser considerat vell. En tot cas, doncs, la vellesa és una

---

<sup>185</sup> *Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más)*, BOE núm. 283, de 24 de novembre de 2011

<sup>186</sup> Tal com assenyala un estudi referit a Catalunya sobre l'ocupació a partir de 55 anys "la situació laboral dels individus més grans de 55 anys respon, en part, als incentius generats pel sistema de seguretat social mitjançant les prestacions contributives d'atur, d'incapacitat laboral i de jubilació. Les seves taxes d'ocupació també depenen de les polítiques de foment del treball", GUTIÉRREZ-DOMÈNECH, M., *L'ocupació a partir dels 55 anys*, Documents d'economia "la Caiza", núm. 02, desembre 2006. pàg. 8

<sup>187</sup> BEAVOIR, S., *La vejez*, Editorial Edhasa, Capellades (Barcelona), 1983, pàg. 19.

construcció social, és a dir, una consideració social i cultural i no estrictament una delimitació biològica, mèdica o física <sup>188</sup>.

Sigui com sigui, a l'ordenament jurídic espanyol el criteri de l'edat en el mercat de treball que ha servit per definir la desocupació juvenil i la dificultat dels joves a entrar en el món laboral, des de fa alguns anys serveix també aquest criteri per denominar a una nova categoria de treballadors, els "treballadors majors de 45 anys", els quals, estadísticament, són els que en major mesura tenen un grau d'ocupabilitat molt baix. S'il·lustra en dades corresponents a l'any 2009, s'estima que els majors de 45 anys desocupats tenen el 58% de probabilitat baixa o molt baixa d'ocupació <sup>189</sup>.

Tal i com apunta SÁNCHEZ-URÁN, no és que hi hagi una delimitació objectiva en termes internacionals, comunitaris o espanyols, de l'edat a partir de la qual un treballador es categoritza de "major", però sí que, posant per cas l'ordenament jurídic espanyol, la política d'ocupació tant activa com passiva dels darrers anys destinada a millorar la situació d'especial dificultat d'ocupació dels treballadors majors ha coincidit en fixar com a edat de treballador major la de 45 anys<sup>190</sup>. D'aquesta forma, 45 anys identifica a un col·lectiu, el de "treballadors majors" que comencen a estar exposats a sortir del mercat de treball i que tenen dificultats per accedir-hi. Davant aquesta realitat, l'Estat activa diverses mesures de protecció, emmarcades en polítiques d'ocupació, com per exemple els incentius a la contractació pels treballadors majors de 45 anys que estan a l'atur a través de bonificacions en la quota empresarial de Seguretat Social o els programes especials d'inserció professional pels treballadors majors de 45 anys desocupats de llarga durada.

És, com remarca SUSO, una categoria fruit "de un proceso de construcción socio-histórica por el que se caracteriza y homogeneiza a determinados trabajadores a partir de un rasgo adscrito, la edad". Seguint la mateixa autora, el col·lectiu de majors de 45 anys constitueix una generació que en el cas d'Espanya engloba a aquells que cronològicament van néixer ens els anys de la Guerra Civil i en els anys de la

---

<sup>188</sup> GIRÓ MIRANDA, J; "El significado..." *op cit.* 23.

<sup>189</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2009*, CES, Madrid, junio 2010, pàg. 239

<sup>190</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA., "Trabajadores de <edad avanzada>: empleo y protección social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2002. Pàgs. 220



postguerra i que a la dècada dels anys vuitanta van arribar als 45 anys. Amb tot, no només és un col·lectiu que es defineix per coincidència d'edat numèrica sinó que també cal tenir en compte les condicions econòmiques i socials del mercat de treball on aquests treballadors es troben. És possible referir-se a la categoria “treballadors majors de 45 anys” com a grup desfavorit en el mercat de treball a aquelles persones de classe social mitjana-baixa, de baixa formació i baix poder adquisitiu, que provenen d'un període en què el mercat laboral es caracteritzava per una producció industrial fordista, de plena ocupació, un període en el qual el treball assalariat s'entenia com un treball estable, segur, vinculat a una sèrie de drets d'antiguitat, amb una jornada fixa, salaris creixents, i amb un considerable poder sindical de negociació <sup>191</sup>. Aquests treballadors s'han d'enfrontar ara amb un mercat de treball canviant, on es propugnen polítiques de flexibilitat, s'introdueixen noves tecnologies, es promou el perllongament de l'activitat laboral tot desfavorint les jubilacions anticipades, i en el període de crisi financera actual es produeixen situacions de regulació d'ocupació que suposen acomiadaments col·lectius en empreses amb una llarga trajectòria. De manera que, els treballadors majors de 45 anys s'han de replantejar i, si s'escau, renovar la seva trajectòria professional fins a la seva jubilació i reorganitzar-se d'acord amb la nova dinàmica del mercat de treball, més aviat inestable i sovint precària.

En línia amb els paràmetres mencionats alhora d'identificar al treballador major de 45 anys amb dificultats d'accés i manteniment en el mercat laboral, el perfil estàndard del desocupat major de 45 anys, segons un estudi realitzat per la UGT de Catalunya l'any 2007, respon al d'una persona: amb un baix nivell acadèmic; que ha desenvolupat la seva carrera professional exclusivament en una empresa, o bé dins el mateix sector i en llocs de treball molt similars; que desconeix la realitat del mercat de treball i de les polítiques actives d'ocupació; amb un grau elevat de desconeixement de les noves tecnologies; amb una baixa autoestima i seguretat personal davant la situació de desocupació; que és reticent o té por als canvis, a desenvolupar tasques diferents a les habituals i a acceptar la mobilitat o la flexibilitat com a requisit a nous llocs de treball; i amb dificultats alhora d'extrapolar les habilitats de què disposa per a desenvolupar

---

<sup>191</sup> SUSO ARAICO, A., “La relación con el empleo de los trabajadores mayores”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 24, núm. 2, 2006, pàgs. 133-134.

altres activitats noves <sup>192</sup>. L'estudi també contempla altres factors que agreugen la dificultat de la persona major de 45 anys per inserir-se en el mercat de treball: quan el major de 45 anys és a més una persona desocupada de llarga durada, fet que comporta efectes psicològics negatius. El major està desmotivats i es troba en un espiral difícil de sortir, encadenant diferents prestacions que ofereix l'administració, realitzant potser petites feines d'economia submergida i podent arribar a situacions d'exclusió social; també en el cas de les dones majors de 45 anys s'observen majors dificultats per trobar feina, sobretot quan no s'ha treballat amb anterioritat. A més, potser que aquestes dones tinguin dependents al seu càrrec, cosa que dificulta encara més el procés d'accedir al mercat de treball; per últim, un altre grup de persones amb greus dificultats dins el col·lectiu de majors de 45 anys és el de les persones immigrades, que a més del factor de l'edat, s'hi afegeixen altres factors dificultosos per inserir-se dins el mercat de treball, com l'idioma o les diferències culturals.

Tenint en compte aquestes circumstàncies en què es troben els desocupats majors de 45 anys, es pot afirmar que els treballadors majors de 45 anys tenen més probabilitat i estan més exposats a sortir del mercat de treball, trobar-se sense ocupació durant un llarg temps, trobar més obstacles i prejudicis alhora d'accedir a un treball, necessitar adequar-se al canvi tecnològic, i competir amb dificultats als joves més qualificats que ells. Certament, els treballadors majors, per la seva edat, són més susceptibles que altres a patir les conseqüències de l'evolució de la tecnologia i l'economia. I, una vegada abandonen voluntària o involuntàriament el mercat de treball, aquests treballadors tenen més probabilitats de quedar expulsats del mercat de treball definitivament<sup>193</sup>.

Hi ha diverses causes que tenen com a conseqüència el cessament de l'activitat laboral dels treballadors especialment a partir de 45 anys. Els períodes de crisi en l'economia o processos de canvi, com la revolució tecnològica, repercuteixen negativament la taxa d'ocupació de diferents grups de treballadors, com aquells treballadors que s'aproximen a la jubilació, pels quals generalment s'ha considerat, com reconeix SÁNCHEZ-URÁN, que "el abandono del mercado era la situación <menos mala>, menos traumática o, en

---

<sup>192</sup> UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DE CATALUNYA, *Majors de 45 anys: massa grans per treballar, massa joves per jubilar-se*, agost de 2007, pàg. 7

<sup>193</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA., "Trabajadores de <edad avanzada>...*op cit.* Pàgs. 222-223

definitiva, el <mal menor> o porque su edad les ha identificado como sujetos poco proclives al reciclaje profesional y a los nuevos retos tecnológicos”<sup>194</sup>.

Certament, una de les causes de desocupació dels treballadors majors ha estat la introducció de les noves tecnologies. La implantació de les noves tecnologies iniciat als anys setanta, ha influït de manera especialment negativa als treballadors de més de 45 anys que són acomiadats ja sigui perquè ha canviat el sistema de producció de les empreses que ha fet que moltes hagin deixat de ser rentables o bé perquè les activitats que han desenvolupat aquests treballadors majors està en procés regressiu o està desapareixent <sup>195</sup>.

El canvi tecnològic ha provocat la irrupció de sistemes productius computeritzats molt àgils que estalvien treball i cost empresarial<sup>196</sup>. En aquest sentit, les transformacions tecnològiques actuen en detriment de determinats col·lectius de treballadors que són desplaçats cap a la desocupació, com els treballadors de la franja d’edat de més de 45 anys, amb qualificacions professionals baixes que no estan formats en el coneixement de la nova tecnologia. A partir d’aquesta edat, els treballadors han de competir amb joves actius que, en paraules d’HERRADOR són “crecientemente cualificados y apetecibles para los empresarios que, desde el punto de vista de la formación de primera mano, les pueden obrecer una formación adecuada a los códigos de funcionamiento de sus empresas”<sup>197</sup>. En conseqüència, els treballadors a partir de 45 anys són més susceptibles de ser acomiadats per raons tecnològiques.

D’aquí que, a mode d’exemple, l’Estratègia catalana per l’ocupació pels anys 2006-2008 inclou entre les seves mesures la sensibilització sobre la possibilitat de canviar de professió a aquells col·lectius majors de 45 anys que actualment estiguin ocupats en professions o ocupacions en recessió. Es vol sensibilitzar sobre els avantatges dels canvis, adaptant les mesures al canvi de manera individualitzada i dissenyant diferents

---

<sup>194</sup> *Idem*

<sup>195</sup> TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., “Incentivos al empleo y a la calidad en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001, pàg. 169. L’autor es refereix explícitament als sectors de la pesca, la mineria, els treballadors de les drassanes (*astillero*), entre d’altres.

<sup>196</sup> MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Las nuevas tecnologías en la década de los noventa. Una estrategia socioeconómica*, Madrid, 1990, pàg. 15 i ss.

<sup>197</sup> HERRADOR BUENDÍA, F.M., “Aproximación teórica al fenómeno del desempleo: el caso del desempleo de larga duración”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35, 2002, pàg. 35

tipus de mesures per tal que la població activa disposi de les habilitats i capacitats per desenvolupar una nova professió. La finalitat última d'aquestes mesures és evitar la fractura de coneixements entre grups socials, generacions, territoris i noves formes de desigualtat. Per això s'intenta facilitar l'adaptació professional del col·lectiu de baixa qualificació de més de 45 anys, estenent els nous coneixements de la societat de la informació, i potenciant processos d'alfabetització digital<sup>198</sup>.

Altres causes de cessament de l'activitat laboral dels treballadors d'edat avançada, que en certa manera estan relacionades amb els períodes de crisi o la irrupció de la nova tecnologia, s'identifica amb la gestió empresarial actual basada en les exigències de competitivitat i rendibilitat que moltes vegades exclouen els treballadors d'edat avançada vistos per les empreses com una càrrega per raons econòmiques o tecnològiques. També és una causa del cessament precoç dels treballadors majors, l'actuació dels poders públics que han incentivat el cessament anticipat dels treballadors més grans<sup>199</sup>. I el cert és que, bona part d'aquests treballadors més grans de 45 anys, una vegada han abandonat la seva activitat laboral, resten ancorats a les llistes d'inactivitat i d'atur<sup>200</sup>. Així es palesa a les estadístiques d'Espanya des anys 2007 i 2008. Per edats, l'any 2007 el percentatge d'aturats de llarga durada en menors de 25 anys era del 22,6%, entre 25 a 45 anys del 27,5, i sobre els majors de 45 anys del 40%. Un patró que es repeteix l'any 2008, quan l'atur de llarga durada representa pels menors de 25 anys el 13,5%, entre les edats de 25 a 45 anys el 18,9% i pels majors de 45 anys el 32,7%<sup>201</sup>. I s'evidencia que l'atur de llarga durada afecta amb major virulència als majors de 45 anys. I el cert és que, quan els majors de 45 anys aconsegueixen reinserir-se en el mercat de treball la majoria ho fa a través de contractes temporals, desenvolupant activitats de menor entitats en comparació a les que realitzava abans de ser expulsat del mercat de treball. Al final, la carrera laboral d'aquests treballadors resulta fragmentada i interrompuda<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> SERVEI D'OCUPACIÓ DE CATALUNYA, *Estratègia catalana per a l'ocupació, 2006-2008. Pla General d'Ocupació de Catalunya*. Generalitat de Catalunya, Departament de Treball i Indústria, novembre 2006, pàg. 63.

<sup>199</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA., "Trabajadores de <edad avanzada>...*op cit.* pàg. 222-223, i també LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1993, pàg. 112.

<sup>200</sup> MARIONI, P (coordinador)., *Colloque <age et travail>. Emploi et travail des seniors: des connaissances à l'action*. DARES, 13 març 2007. Pàg. 7 i ss. En els països de la OCDE, el 2005 la taxa d'ocupació de les persones entre 55 i 64 anys és feble, del 42'5%.

<sup>201</sup> Font: *Instituto Nacional de Estadísticas: desempleo de larga duración por edades en España*.

<sup>202</sup> GÓMEZ-MILLÁN, HERENCIA; *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011. pàg. 305.

Així doncs, per diverses causes, el treballador a partir de determinada edat, els 45 anys, troba més dificultats tant per accedir com per mantenir un lloc de treball, essent 45 anys, com diu ROJO, “la edad maldita para que una persona que ha abandonado el mercado de trabajo pueda reincorporarse al mismo”<sup>203</sup>. L’edat, com assenyala BAZ, comporta “no sólo un factor biológico, concerniente a las condiciones psicofísicas que evolucionan con la misma, sinó también un factor social relacionado con cómo se observa socialmente a personas con determinada edad”<sup>204</sup>. Hi ha arrelats una sèrie de prejudicis socials en contra dels treballadors majors que suposen un obstacle per a la seva integració en el mercat de treball. És el que es coneix com discriminació per raó d’edat per la qual es considera que els treballadors majors de 45 anys perden gradualment la seva capacitat per treballar. La discriminació per raó d’edat és una de les causes de desocupació dels treballadors majors.

El panorama del mercat de treball en el món és descoratjador pels treballadors majors ja que la discriminació per raó d’edat hi és significativament present. Ho reflexa l’*Informe sobre el empleo en el mundo, 1998-1999*, de la OIT, que fa referència als treballadors d’edat acomiadats i denuncia que persisteix la discriminació per raó d’edat. Es tracta d’un tipus de discriminació que, combinada amb els canvis d’organització del treball, la política de Seguretat Social i l’entorn econòmic, agreuja la vulnerabilitat de molts treballadors d’edat com a conseqüència de la supressió de llocs de treball, els acomiadaments i les pressions perquè acabin abandonant el mercat laboral. Una vegada desocupats, alerta l’informe “los trabajadores de edad tienen muy pocas probabilidades de encontrar un nuevo puesto de trabajo. De ahí que, al perder su empleo, muchos trabajadores acaben desmoralizándose y retirándose de la población activa”. Es demanen noves qualificacions i nous coneixements que els treballadors d’edat no tenen. Per això, l’informe considera que és indispensable que els governs adoptin “una política de readaptación profesional de los trabajadores de edad para evitar su jubilación involuntaria y prematura y su abandono del mercado de trabajo”. Si els treballadors gaudeixen d’una formació continuada durant tota la seva vida laboral probablement al

---

<sup>203</sup> ROJO TORRECILLA, E., “Las política de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998, pàg. 447

<sup>204</sup> BAZ TEJEDOR, “Reflexiones acerca de la edad en las políticas activas de empleo”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2007, pàg. 743

final de la seva etapa laboral no sobraran a l'empresa. El problema, doncs, no és l'edat sinó la pèrdua de la capacitat de treball<sup>205</sup>.

Així doncs, actualment hi ha un grup important d'aturats de més de 45 anys que pateixen importants dificultats per retornar al mercat de treball, especialment quan concorren mancances personals, formatives i d'especialització laboral<sup>206</sup>. I la inactivitat, per aquest col·lectiu, pot derivar en una situació desprotecció del risc de vellesa que atorga el sistema de Seguretat Social. D'aquí que, com declara TOROLLO, les mesures que s'adoptin per afavorir la contractació d'aquest col·lectiu "deban ser examinadas en un contexto global, conjuntamente con las de prejubilación y con las ayudas de carácter contributivo o asistencial que para el riesgo de vejez dispensa el actual sistema de Seguridad Social"<sup>207</sup>. Per tant, a fi de fomentar la contractació i evitar el cessament de l'activitat dels treballadors de més de 45 anys es fan necessàries mesures de prevenció de la pèrdua del lloc de treball dels treballadors majors de 45 anys, ja que la inactivitat a partir d'aquesta edat normalment deriva a un atur de llarga durada, així com també es requereixen mesures reparadores de la pèrdua del lloc de treball de persones de més de 45 anys fonamentades en l'actualització i ampliació de coneixements i en mecanismes incentivadors de la contractació d'aquests treballadors.

### **2.3 La tendència selectiva de les polítiques d'ocupació sobre els treballadors d'edat**

Les polítiques actives d'ocupació constitueixen un instrument per incidir en el funcionament del mercat de treball per tal d'augmentar el nivell d'ocupació i reduir

---

<sup>205</sup> Citant FERNÁNDEZ CAVEDA, per capacitat de treball s'entén "el balance entre el trabajo que se realiza y los recursos personales de que se dispone". I especifica: "la capacidad de trabajo se representa como un edificio de cuatro plantas. La planta primera incluye la salud y las capacidades funcionales (físicas, psicológicas y sociales). La segunda planta cubre las dimensiones de competencia (conocimientos, experiencias, habilidades). La tercera incluye los valores y las actitudes. Y el cuarto nivel se refiere a los factores propios del trabajo concreto (contenido, dependencia, liderazgo)". FERNÁNDEZ CAVEDA, A., "El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos", *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 298, 2008. pàg. 245

<sup>206</sup> ARMENGOL BADIA, M., ESCRIBÀ OLIVÁN, G., PAGÉS PUIG, P., *COPCOM, Consell d'orientació per competències per a col·lectius majors de 45 anys*, Servei d'Ocupació de Catalunya, Barcelona, 2005. Amb l'objectiu d'inserir laboralment els majors de 45 anys, les autores presenten un projecte innovador, basat en l'orientació i l'anàlisi competencial del major de 45 anys, per tal d'oferir unes eines útils i efectives als serveis d'ocupació i així poder orientar o reorientar la trajectòria del major de 45 anys cap a feines que tenen més possibilitats reals d'ocupació pel seu perfil professional i també per la seva edat.

<sup>207</sup> TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., "Incentivos al empleo...*op cit.* pàg. 169

l'atur. En la definició de la recent nova redacció de l'article 23.1 de la *Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*<sup>208</sup> donada per l'article 10 del *Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo*<sup>209</sup>, les polítiques actives d'ocupació les integren tots aquells programes i mesures d'orientació, ocupació i formació que pretenen millorar les possibilitats d'accés a l'ocupació dels desocupats, el manteniment de l'ocupació i la promoció professional de les persones desocupades.

Especialment, les polítiques d'ocupació actuals es caracteritzen per ser selectives, en el sentit que no es dirigeixen tant a qualsevol persona desocupada com a determinats col·lectius de persones que presenten més dificultats d'inserir-se en el mercat de treball<sup>210</sup>. Les polítiques d'ocupació se centren en aquests col·lectius específics i en fan els destinataris de les seves actuacions concretes que tenen com a finalitat facilitar-los l'accés al mercat de treball.

A l'àmbit internacional, l'OIT insta als països a adoptar polítiques i mesures que atenguin a les necessitats de determinades categories de treballadors, com els treballadors d'edat. En aquest sentit, la Recomanació núm. 169, de 1984, estableix: "en el contexto de una política global del empleo, los Miembros deberían adoptar medidas con miras a satisfacer las necesidades de todas las categorías de personas que tengan frecuentemente dificultades para encontrar empleo duradero, como ciertas mujeres,

---

<sup>208</sup> BOE núm. 301, de 17 de desembre de 2003

<sup>209</sup> BOE núm. 43, de 19 de febrer de 2011. El Reial Decret-llei 3/2011 és fruit de l'Acord Social i Econòmic subscrit pel Govern i els interlocutors socials el 2 de febrer de 2011 que aborda una reforma de les polítiques actives d'ocupació que té per objecte preparar a les persones per millorar-ne la seves opcions d'ocupació, donar una millor resposta a les necessitats del personal de les empreses i reforçar els serveis públics d'ocupació. En aquesta línia, el nou redactat de l'article 23.1 de la Llei d'Ocupació 56/2003 respon a la redefinició que el Reial Decret-llei 3/2011 fa del contingut de les polítiques actives d'ocupació, posant èmfasi en la necessitat de preparar a les persones desocupades per tornar al mercat de treball així com també per construir un model estable de mercat de treball, més eficient i de més qualitat, dins els qual les persones ocupades puguin mantenir el seu estat d'ocupació i millorar les seves oportunitats d'ocupabilitat. D'aquí que la nova literalitat de l'article 23.1 de la Llei d'Ocupació 56/2003 es refereixi com a accions de les polítiques actives d'ocupació tant a les que es dirigeixen a millorar les oportunitats de les persones desocupades per accedir al mercat de treball, com les que pretenen mantenir l'ocupació i la promoció professional de les persones que ja es troben ocupades.

<sup>210</sup> MOLINA HERMOSILLA, O., MOLINA NAVARRETE, C., "Más acá y más allá del trabajo: comentario a la Ley 56/2003, de empleo", *Estudios Financieros*, núm. 10, 2004, pàg. 42; OLARTE ENCABO, S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2008, pàg. 19, 777; GRAU PINEDA, C., ¿Son las bonificaciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social española medidas selectivas de fomento del empleo compatibles con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado?, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2010, pàg. 609; GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA; *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011. pàg. 32, 41.

ciertos trabajadores jóvenes, los inválidos, los trabajadores de edad, los desempleados por largos períodos y los trabajadores migrantes que se encuentren legalmente en su territorio” (paràgraf 15). L’OIT es preocupa per l’ocupació dels treballadors d’edat per donar resposta a l’envelliment progressiu de població mundial i la reducció del número de persones en edat de treballar. En conseqüència, en documents de l’organització que versen sobre l’ocupació estableixen que un objectiu important de les polítiques d’ocupació que adopten els països és aconseguir una major igualtat en relació a l’accés a l’ocupació, tot especificant que els principals grups beneficiaris en aquest context són els treballadors d’edat<sup>211</sup>.

En la mateixa línia, la política provinent de la Unió Europea respecte a l’ocupació també considera els treballadors d’edat com a mereixedors de polítiques d’ocupació específiques per assegurar que es compleixi l’estratègia europea de permanència en actiu d’aquest col·lectiu i poder fer front al repte que suposa una població activa que envelleix. En són una mostra les darreres Directrius integrades per les polítiques d’ocupació dels Estats membres aprovades l’any 2010 en el marc de l’Estratègia Europa 2020, que estableixen que les polítiques de la Unió i els programes de reforma dels Estats membres “deben garantizar a todos los ciudadanos acceso y oportunidades a lo largo de toda su vida laboral, reduciendo así la pobreza y la exclusión social mediante la eliminación de los obstáculos a la participación en el mercado laboral, especialmente para las mujeres, los trabajadores de mayor edad, los jóvenes, las personas con discapacidad y los emigrantes en situación regular” (paràgraf 11).

A l’ordenament jurídic espanyol els treballadors d’edat, identificat amb les persones a partir de 45 anys, conformen un dels col·lectius considerats tradicionalment com a grup desfavorit en el mercat de treball, en el sentit que les persones que hi formen part presenten majors dificultats d’inserció i reinserció laboral<sup>212</sup>. A causa de diversos factors, com poden ser, entre d’altres, la falta d’adaptació a les ràpides innovacions tecnològiques, la baixa qualificació o formació professional, les carregues familiars, o per prejudicis dels empresaris envers l’aptitud pel treball en edats avançades, bona part d’aquests treballadors més grans de 45 anys, una vegada han abandonat la seva activitat

---

<sup>211</sup> OIT, Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010. pàgs. 44, 145.

<sup>212</sup> ROJO TORRECILLA, E., “Las política de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998, pàg. 447



laboral, resta ancorada a les llistes d'inactivitat i d'atur de llarga durada <sup>213</sup>. Certament, una vegada desocupats els majors de 45 anys presenten especials dificultats per trobar un lloc de treball, ja que, aleshores, s'ajunten dos factors, l'edat i el major temps en què una persona romangui inscrita com a desocupada en els serveis públics d'ocupació, que esdevenen desfavorables per trobar una ocupació. És per això que l'ocupabilitat dels desocupats majors de 45 anys, és a dir, la probabilitat que trobin una ocupació disminueix amb l'edat avançada i a aquests treballadors se'ls associa amb l'atur de llarga durada <sup>214</sup>. Per il·lustrar-ho, l'any 2009, del total de la població desocupada s'estimava que el 40% tenia una probabilitat baixa o molt baixa de trobar ocupació. Aquest percentatge s'accentua especialment en el cas dels majors de 45 anys que va arribar al 58% de probabilitat baixa o molt baixa d'ocupació <sup>215</sup>.

És, doncs, un grup definit a partir de l'edat que rep una atenció especial per part dels poders públics. Així ho indica la llei principal en matèria d'ocupació, la Llei 53/2006, quan a l'article 2.d) assenyala entre els objectius generals de la política d'ocupació el de "asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de integración laboral, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años", emparellant els majors de 45 anys amb l'atur de llarga durada. Igualment, a l'article 19 octies de la mateixa llei, els aturats de llarga durada majors de 45 anys, juntament amb els joves, les dones, els discapacitats i els immigrants, apareixen com un dels col·lectius prioritaris de les polítiques actives d'ocupació, i per tant, constitueixen un dels col·lectius per a qui els poders públics han de dissenyar mesures específiques per a fomentar-ne la seva ocupació<sup>216</sup>.

En l'actualitat, les mesures de foment de l'ocupació pels majors de 45 anys cobren una especial rellevància en el context de crisi en el qual Espanya es troba immers. I és que,

---

<sup>213</sup> MERCADER UGUINA, J.R., *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2009. pàgs. 71, 156.

<sup>214</sup> MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Información sobre mercado de trabajo de jóvenes, personas con discapacidad, extranjeros, mayores de 45 años y mujeres*, Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), Madrid, 2009

<sup>215</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2009*, CES, Madrid, junio 2010, pàg. 239

<sup>216</sup> Són els mateixos col·lectius que ja enumerava l'art. 26 de l'anterior Llei d'Ocupació 56/2006 abans de la reforma de 2011. És a dir, l'art. 19 octies no ha estat modificat pel RD-Llei 3/2011 de reforma de les polítiques actives d'ocupació

un dels col·lectius més perjudicats durant la crisi ha estat, juntament amb els joves, el de les persones majors de 45 anys. Tal i com evidencien les estadístiques, des que es van notar els primers símptomes de la crisi en el mercat de treball i fins el moment actual, la taxa d'atur dels treballadors majors de 45 anys s'ha duplicat, passant del 5,9% l'any 2007 al 14,2 l'any 2010 <sup>217</sup>. En el quart trimestre de l'any 2010 el nombre d'aturats a Espanya va sumar 4.696.600 desocupats. D'aquesta xifra, els aturats majors de 45 anys hi suposen 1.272.700 <sup>218</sup>, és a dir, aproximadament un 25% del total de la població desocupada. A l'elevada taxa d'atur dels majors de 45 anys cal afegir-hi la dada que mostra que en aquesta franja d'edat, un de cada dos aturats, el 53,2%, porta més d'un any a la recerca d'una ocupació, fet que converteix als majors de 45 anys en un perfil d'aturats de llarga durada, que, com s'ha esmentat, fa que incrementi la dificultat de trobar feina.

En aquest punt convé tornar a esmentar l'Acord Social i Econòmic de 2 de febrer de 2011 que pretén aconseguir una millor ocupabilitat per totes aquelles persones que busquen ocupació. Aquest Acord preveu, a fi de millorar la situació dels treballadors de més edat, que el Govern, abans del 30 de setembre de 2011 i havent consultat prèviament les organitzacions empresarials i sindicals que firmen l'acord social, confeccioni una estratègia global pels treballadors de més edat que, juntament amb els incentius econòmics utilitats fins ara, integri els valors positius que suposa mantenir aquests treballadors a l'empresa. Les mesures que s'estima que s'han d'incloure a l'estratègia són mesures d'ocupació, formació i condicions de treball, tenint en compte la nova direcció de les polítiques de perllongament de la vida laboral i el retard de l'edat de jubilació. L'elaboració efectiva d'aquesta estratègia l'ha disposat la Disposició Addicional segona del *Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas*<sup>219</sup>, que contempla que en el termini de sis mesos el Govern, amb la col·laboració de les Comunitats Autònomes i les organitzacions sindicals i empresarials més representatives, ha de disposar de l'estratègia global per l'ocupació dels treballadors de més edat.

---

<sup>217</sup> Font: *Informe regional AGETT del mercado laboral, 3er Trimestre 2010*, novembre 2010. pàg. 22

<sup>218</sup> Font: INE, Enquesta de la Població Activa (EPA) del quart trimestre de l'any 2010

<sup>219</sup> BOE núm. 37, de 12 de febrer de 2011

Dita Estratègia Global per a l'Ocupació dels Treballadors i les Treballadores de més edat 2012-2014 s'ha aprovat per mitjà de la *Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más)*<sup>220</sup>. L'Estratègia s'adreça exclusivament als majors de 55. De fet, si bé a la Llei d'ocupació 56/2003 els treballadors d'edat considerats col·lectiu prioritari d'atenció és a partir de 45 anys, l'Estratègia segueix la línia de la Unió Europea per la qual es consideren treballadors d'edat avançada els treballadors a partir de 55 anys. Així, l'Estratègia se centra en es treballadors de més edat en el mercat de treball a partir de 55 anys donat que constitueixen un col·lectiu peculiar de treballadors. Es caracteritzen per presentar uns nivells d'ocupació baixos ja que es troben entre l'edat laboral més avançada i la jubilació. Predominen les persones amb nivells d'estudis relativament baixos i tot i que tenen una taxa d'atur baixa (14,5%), la incidència de l'atur de llarga durada és molt alta (65,3%).

L'Estratègia recull les mesures vigents en relació als treballadors de més edat centrades en la reducció o bonificació de les cotitzacions socials, mesures d'índole assistencial i les mesures dirigides a perllongar la vida laboral més enllà de l'edat de jubilació i establir un sistema de jubilació gradual i flexible. Tenint en compte aquestes mesures, els objectius que es planteja l'Estratègia pel període d'anys 2012-2014 és: elevar la taxa d'ocupació i reduir la desocupació d'aquests treballadors majors de 55 anys; afavorir el manteniment a l'ocupació d'aquets treballadors; millorar-los les condicions de treball, especialment la millora de la seguretat i la salut en el treball; i promoure la reincorporació al mercat de treball un cop perdin l'ocupació, així com assegurar-los una protecció social adequada durant la situació de desocupació. Constitueixen un conjunt de mesures que es consideren imprescindibles per assegurar que els treballadors de 55 anys i més no es vegin forçats a abandonar el mercat de treball<sup>221</sup> en una edat propera a la jubilació però encara sense arribar-hi i essent capacitats per treballar.

---

<sup>220</sup> BOE núm. 283, de 24 de novembre de 2011

<sup>221</sup> YSÀS MOLINERO, H., "La adaptación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de más edad en el contexto de prolongación de la vida laboral: la Estrategia 55 y más", pàg. 18. Comunicació presentada a les *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social* "Últimes reformes en matèria laboral, de Seguretat Social i en el procés laboral", Barcelona, 8 i 9 de març 2012

Per la seva banda, a l'àmbit català, l'Estratègia Catalana per a l'Ocupació pel període d'anys 2007-2013<sup>222</sup> dedica una atenció especial als treballadors d'edat madura davant la les taxes elevades de desocupació per possibles pèrdues de l'ocupació derivada de processos de reestructuració o ajustaments productius de l'empresa. I, en sintonia amb el que està formulant la Unió Europea, planteja la necessitat d'afavorir a la permanència en actiu dels treballadors més grans de 45 anys a través de la formació al llarg de tota la vida i la promoció en l'àmbit de la negociació col·lectiva de mesures específiques sobre ocupabilitat de les persones d'edat avançada i que s'incorpori una nova cultura de gestió de l'edat en l'empresa que vinculi l'accés a determinats llocs de treball amb l'experiència. Les persones majors de 45 anys són així mateix un col·lectiu prioritari d'atenció pel SOC a fi i a efecte de fomentar l'ocupació d'aquest grup amb especials dificultats d'integració en el mercat de treball<sup>223</sup>.

### **3. POLÍTIQUES ACTIVES D'OCUPACIÓ: MESURES DE FOMENT DE L'OCUPACIÓ DELS TREBALLADORS D'EDAT**

A continuació s'analitzaran les mesures actives que preveu la legislació a favor de l'ocupació dels treballadors d'edat en tant que col·lectiu amb dificultats d'inserció laboral: els incentius econòmics per incentivar la contractació; les accions de formació per a l'ocupació; l'orientació laboral de què es poden beneficiar durant el seu període laboral ;i els serveis d'intermediació laboral, que malgrat no és considera una mesura estricta de política activa d'ocupació sinó un servei ofert a tot demandant d'ocupació, és un instrument de la política d'ocupació que pot incidir de forma considerable en l'ocupació d'aquest col·lectiu.

#### **3.1 Els incentius econòmics per al foment de la contractació dels majors de 45 anys**

Una de les tècniques principals que s'apliquen a l'Estat espanyol com a mesures de promoció i creació de l'ocupació s'instrumenta a través d'un conjunt d'incentius

---

<sup>222</sup> GENERALITAT DE CATALUNYA, *Estratègia Catalana per a l'Ocupació 2007-2013* (Pla general d'ocupació de Catalunya), 5 de setembre de 2006. pàgs. 7 i 28.

<sup>223</sup> SOC, *Plans d'ocupació 2005-2007*, Institut Català d'Avaluació de Polítiques Públiques, Barcelona, gener de 2010, pàg. 7

econòmics a la contractació laboral. Es concedeixen ajudes econòmiques als empresaris que contracten a persones que pertanyen a determinats col·lectius amb dificultats per accedir al mercat de treball. Aquests incentius econòmics revesteixen diverses formes, com ara subvencions, exempcions, bonificacions fiscals i bonificacions a les cotitzacions de la Seguretat Social. Una altra ajuda incentivant que s'utilitza és reservar una modalitat de contracte per a grups específics que pot resultar econòmicament avantatjós pels empresaris, de forma que és també un incentiu econòmic, encara que indirecte <sup>224</sup>. Aquestes dues mesures estatals són les que des dels anys vuitanta s'han anat desenvolupant amb l'objectiu de fomentar l'ocupació de les persones majors de 45 anys: les bonificacions a les quotes empresarials de la Seguretat Social que es dispensen a les empreses que contractin a aquests treballadors i el contracte de foment a la contractació indefinida en el qual la indemnització per determinades causes d'extinció és inferior en comparació a d'altres modalitats contractuals.

### **3.1.1 Origen i evolució normativa dels incentius econòmics per al foment de la contractació dels majors de 45 anys**

A fi i efecte d'analitzar les mesures d'ocupació instrumentades a través d'incentius econòmics pels treballadors majors és important considerar que aquestes mesures se subjuguen dins les tendències que ha seguit la política d'ocupació a Espanya des dels anys vuitanta.

#### ***a) L'Estatut dels Treballadors de 1980 i l'aparició de les bonificacions a les quotes empresarials de la Seguretat Social***

A l'Estatut dels treballadors en la seva redacció originària de 1980, ja es contemplava el col·lectiu dels treballadors d'edat avançada com un dels grups desfavorits en el mercat de treball per al qual es facultava que el Govern reguli mesures de reserva, duració o preferència en el treball per tal de facilitar la seva col·locació <sup>225</sup>. Així mateix la Llei

---

<sup>224</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada, Consejo Económico y Social de España* (CES). Madrid, 2009, pàg. 147; GARCÍA GIL, M.B., *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pàg. 188

<sup>225</sup> L'article 17.3 de l'Estatut dels Treballadors de 1980 (*Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 64, de 14 de març de 1980*), disposa: "el Gobierno podrá regular medidas de

d'Ocupació que era vigent en aquest temps, la *Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo* -vigent fins l'any 2004- en el seu article 10.1 facultava al Govern per a què dictés mesures de foment de l'ocupació de determinats grups de treballadors, entre ells, els majors de 45 anys. L'apartat segon del mateix article desè de la Llei bàsica d'ocupació establí quins podien ser els beneficis que s'oferien a les empreses si contractaven als grups determinats de treballadors anteriorment esmentats. Els beneficis podien tenir la forma de subvencions directes a les empreses (art. 10.2.c), per increment net de plantilles, a través de contractacions indefinides i en jornades completes, i/o també bonificacions en les quotes de la Seguretat Social (art. 10.2.f).

Aquesta protecció focalitzada en els treballadors d'edat avançada es va fer efectiva amb l'aprovació del *el Real Decreto 3239/1983, de 28 de diciembre, que establece incentivos para fomentar la contratación de trabajadores mayores de cuarenta y cinco años*<sup>226</sup>. El RD 3239/1983 partint de la base que els treballadors majors de 45 anys troben dificultats extraordinàries alhora d'accedir a una ocupació, estableix determinats incentius per fomentar la contractació de desocupats majors de 45 anys que faci almenys un any que estiguin inscrits com a demandants d'ocupació a la corresponent oficina d'ocupació. Els beneficis que es concedien a les empreses que contractaven als treballadors que reunien aquestes característiques es concretaven en una subvenció de 400.000 pessetes per cada treballador contractat, una reducció del 50% durant dos anys de la quota empresarial de la Seguretat Social corresponent a les contingències generals per treballador contractat i formació professional gratuïta i prioritària a càrrec de l'INEM pels treballadors contractats quan l'empresa ho sol·licitava (art. 1.1).

La bonificació que establí el RD 3239/1983 - reducció del 50% durant dos anys de la quota empresarial de la Seguretat Social-, es va veure modificada pel *Real Decreto 799/1985, de 25 de mayo, por el que se incentiva la contratación de jóvenes trabajadores y se extiende esta medida a determinados programas y contratos vigentes*<sup>227</sup>. Aquesta norma va implementar mesures de foment de la contractació per temps indefinit pels joves a través de la bonificació de les aportacions empresarials a la seguretat social pels treballadors joves contractats per una ocupació estable, de la

---

reserva, duración o preferencia en el empleo, que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores de edad avanzada, con capacidad laboral disminuida, desempleados y quienes accedan al primer empleo”.

<sup>226</sup> BOE núm. 44, de 21 de febrer de 1984

<sup>227</sup> BOE núm. 131, d'1 de juny de 1985

mateixa manera que ja existien bonificacions a les quotes empresarials de la seguretat social pels majors de 45 anys aturats de llarga durada, i també pels treballadors discapacitats i pels que finalitzen amb un contracte de relleu. Amb la finalitat d'igualar la situació dels col·lectius que es trobin en similars dificultats d'accés a l'ocupació estable, el RD 799/1985 atorga la mateixa bonificació que s'estableix pels joves als col·lectius que ja tenien bonificacions limitades en el temps, com els majors de 45 anys. La igualació suposa que es modifiqui l'apartat del RD 3239/1983 respecte a la reducció de la quota empresarial establint-se que el percentatge de cotització a càrrec de l'empresari per les contingències comunes al règim general de la seguretat social per treballador contractat és del 12% durant tota la vigència del contracte (Disposició Addicional Primera RD 799/1985).

Així doncs, són dos els elements de foment de l'ocupació dels treballadors majors de 45 anys que s'implementen pel RD 3239/1983 i que seguiran essent una constant en les subsegüents modificacions legislatives: el foment de la contractació indefinida i la reducció de les quotes empresarials de la seguretat social.

### ***b) La pugna entre la contractació indefinida versus la contractació temporal dels anys vuitanta i noranta***

Amb tot, la política d'ocupació a Espanya des dels anys vuitanta es va caracteritzar per l'impuls de la flexibilitat en el mercat de treball a través de la diversitat de tipus contractacions, essencialment, la generalització de les modalitats de contractació temporal<sup>228</sup>. La tendència a la temporalitat va frenar l'impuls de la contractació indefinida que s'havia desenvolupat en els Reials Decrets com a mesura d'ocupació dels col·lectius amb dificultats d'accés i manteniment en el mercat de treball, com els majors de 45 anys.

En efecte, a la dècada dels vuitanta, en plena crisi econòmica i amb l'atur disparat, es va recórrer a la contractació temporal com a mesura de foment de l'ocupació per tal de

---

<sup>228</sup> BAYLOS GRAU, A.P., (Coordinador), *La reforma laboral de 1994*, Universidad de Castilla-la Mancha, Murcia, 1996. pàg. 1996. L'autor subratlla que tot i l'article 17.3 LET que "parece decantarse por el contrato de duración indefinida, en los años que siguen a la promulgación de este precepto se pondrá de manifiesto el favorecimiento de los contratos de duración determinada y dentro de estos del contrato de fomentot del empleo".

repartir el treball en base a l'article 17.3 de l'Estatut dels Treballadors de 1980 en la redacció donada per la *Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores*.<sup>229</sup> que autoritza al Govern a establir a regular mesures de duració del treball i contempla la possibilitat d'utilitzar la contractació temporal com a mesura de foment de l'ocupació<sup>230</sup>. Una d'aquestes mesures fruit del foment de la temporalitat va ser la regulació del denominat "contrato de trabajo de fomento del empleo" regulat en el *Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo*<sup>231</sup>. Aquest contracte tenia una durada de sis mesos i màxim de tres anys i es caracteritzava per la impossibilitat d'utilitzar aquest contracte per substituir a un treballador prèviament vinculat a l'empresa a l'any anterior per aquest mateix tipus de contracte. A més a més, aquest contracte no requeria una causa justificada per a la seva formalització. El que el legislador perseguia amb aquest contracte temporal de foment de l'ocupació era facilitar les extincions del contracte de treball a còpia de multiplicar els contractes temporals que s'extingeixen quan s'arriba la data fixada, sense que per regla general calgui indemnitzar al treballador<sup>232</sup>. Amb el foment de la contractació temporal es pretenia disminuir l'atur tot repartint l'ocupació, aconseguir una rotació en els llocs de treball i assolir així una alta participació en el mercat de treball del major nombre de treballadors que fos possible. No obstant, la temporalitat té efectes negatius, donat que va desembocar, com diu ALUJAS, a "un escenario de segmentación en el mercado de trabajo y precariedad en el empleo, así

---

<sup>229</sup> BOE, núm 279, de 21 de novembre de 1984

<sup>230</sup> L'article 17.3 de l'Estatut dels Treballadors de 1980 (*Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 64, de 14 de març de 1980*) en la redacció donada per la Ley 34/1984 establí: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. Cuando se utilice la contratación temporal como medida de fomento al empleo la duración del contrato no podrá exceder de tres años. La terminación de estos contratos dará derecho a la compensación económica que reglamentariamente se establezca. Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores desempleados que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas".

<sup>231</sup> BOE núm. 269, de 9 de novembre de 1984

<sup>232</sup> MONTOYA MELGAR, A., "Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida" *Documentación Laboral*, núm. 58, 1999, pàg. 15 Tal i com subratlla MONTOYA, aquest contracte busca abaratir les extincions contractuals "no por la vía de reducir las indemnizaciones por despido en los contratos fijos o indefinidos, táctica que hubiera encontrado una oposición sindical insuperable, sino por la más suave de multiplicar los contratos temporales que, como es sabido, se extinguen al llegar su término final sin necesidad de indemnización, salvo contadas y muy costosas excepciones".



como efectos negativos sobre la formación y la productividad<sup>233</sup>. Certament, la proliferació dels contractes temporals va portar, entre d'altres, a la contracció del consum, i, conseqüentment de la producció, una qualificació i experiència dels treballadors baixa, un sistema productiu poc eficaç en la mesura que els treballs no són estables i un augment de la sinistralitat<sup>234</sup>. Així, la cultura de la contractació temporal va arrelar fortament a Espanya i amb ella, s'afebleix el principi d'estabilitat en el treball<sup>235</sup>. El principi d'estabilitat en el treball es refereix a l'interès del treballador a estar vinculat a l'empresa en la mesura que el treball és el mitjà de vida i el vehicle d'inserció social del treballador. Segons MONTOYA, el principi d'estabilitat en el treball té una doble projecció, pel treballador i per l'empresari. El treballador desitja l'estabilitat en el treball que es tradueix en contractes laborals de llarga durada, fixes i que únicament se celebren contractes temporals per cobrir necessitats temporals, és a dir, que regeixi el principi de causalitat en la contractació temporal. També al treballador li interessa que hi hagi una protecció efectiva per tal que l'empresari no extingeixi arbitràriament el contracte, sinó que l'acomiadament sigui causal i no lliure. Per un altre costat, l'empresari valora l'estabilitat en el treball ja que significa normalment tenir un treballador amb major formació, motivat i integrat a l'empresa. Ara bé, a l'empresari no li interessa l'estabilitat en el treball si aquesta esdevé inamobilitat del treballador, sinó que busca que l'estabilitat sigui compatible amb el desenvolupament i l'evolució de les necessitats de l'empresa, especialment en un món regit per la competència comercial, la mundialització econòmica i el progrés tecnològic<sup>236</sup>.

Així, amb l'expansió de la temporalitat legalitzada als anys vuitanta els empresaris es van inclinar en massa per la contractació temporal, debilitant així el principi d'estabilitat en el treball. Per la necessitat de fer front a la crisi econòmica de finals del anys setanta el legislador fomenta la contractació temporal com a mesura de creació d'ocupació en base als articles 15.1.d i 17.3 LET de 1980 pels quals es faculta al Govern per dictar mesures de reserva, durada o preferència en l'ocupació per facilitar la col·locació, entre d'altres grups, de treballadors d'edat avançada. Així, apareixen dos tipus de contractes temporals, els originals contractes temporals estructurals (art. 15 LET 1980) que

---

<sup>233</sup> ALUJAS RUIZ, J.A., "La política de fomento del empleo: Eje fundamental de las políticas activas de mercado de trabajo en España", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 51, 2004

<sup>234</sup> MONTOYA MELGAR, A., "Estabilidad en el empleo ...*op cit.* pàg. 20

<sup>235</sup> TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., "Incentivos al empleo...*op cit.* pàg. 152

<sup>236</sup> MONTOYA MELGAR, A., "Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida" *Documentación Laboral*, núm. 58, 1999, pàg. 15

responen al principi de la causalitat per la qual es realitza el contracte i s'adeqüen a les necessitats reals de les empreses limitades en el temps, i els conjunturals per solucionar situacions econòmiques passatgeres i que permeten contractar temporalment a determinats treballadors (arts. 15.1.d i 17.r LET 1980)<sup>237</sup>. Per exemple, en base a l'article 17.3 LET de 1980 el programa de foment de l'ocupació per a 1995 regulat a l'article 44 de la *Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación*<sup>238</sup> com a mesura de lluita contra l'atur causada per la greu situació econòmica i la incidència en el mercat de treball va establir que les empreses podien contractar temporalment a treballadors desocupats majors de 45 anys durant l'any 1995, establint així un contracte temporal conjuntural. El problema és que, l'ordenament jurídic laboral espanyol, en introduir força possibilitats per utilitzar la contractació de duració determinada no únicament pels casos en que estigues justificada estructuralment, sinó també com a mesura de foment de l'ocupació, va alterar-se el principi de causalitat que anteriorment havia estat el tret bàsic de la contractació laboral<sup>239</sup> fins el punt que la contractació laboral va deixar de ser l'excepció per esdevenir la regla en la contractació.

Ara bé, a partir dels anys noranta es van realitzar dues reformes laborals, de 1994 i de 1997 que van procurar frenar la proliferació dels contractes temporals i fomentar la contractació indefinida. La reforma de 1994 canalitzada a la *Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*<sup>240</sup> va sorgir de la voluntat de restablir el principi de causalitat a la contractació. La reforma, però, va tenir poc èxit. I, de fet, els contractes temporals en aquest període van augmentar. La reforma va limitar-se a reordenar les modalitats contractuals, a flexibilitzar la contractació temporal i destaca també el reconeixement i regulació que es va fer, arrel de la reforma, de les empreses de treball temporal. Tanmateix la reforma no va comporta cap mesura significativa per afavorir l'ocupació dels treballadors madurs.

---

<sup>237</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R., "El principio de <causalidad> en la contratación temporal", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001. pàg. 101

<sup>238</sup> *BOE núm. 122, de 23 de maig de 1994*

<sup>239</sup> ROJO TORRECILLA, E., CAMAS RODA, F., "¿El principio del fin? De la temporalidad a la estabilidad: ¿un viaje de ida y vuelta?", *Aranzadi Social* vol. V, pàg. 2

<sup>240</sup> *BOE núm. 122, de 23 de maig de 1994*

Ara bé, d'acord amb ESCUDERO i MORÓN, malgrat els pobres resultats de la reforma, entre el període de 1984 a 1994 van aprovar-se algunes mesures dirigides al foment de l'ocupació estable, de resultat simbòlic però destacable alhora de competir amb la massificació de la contractació temporal<sup>241</sup>. De forma especial, en relació als majors de 45 anys, convé destacar la *Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo*<sup>242</sup> que regula per primer cop un autèntic programa de foment de l'ocupació estable. La Llei vol adoptar mesures urgents que permetin potenciar polítiques actives d'ocupació dirigides a incentivar la contractació indefinida d'aquells col·lectius que tenen especials dificultats d'inserció laboral. Segons la literalitat de llei, es tracta de col·lectius amb taxes d'atur més elevades i que es mantenen més temps en situació d'atur. Aquests col·lectius identificats per la llei són els joves, els treballadors majors de 45 anys i les dones (art. 1).

Per als majors de 45 anys, la Llei 22/1992 incentiva la contractació per temps indefinit, a jornada completa i durant almenys tres anys través de subvencions i bonificacions de la manera com ja s'havia regulat anteriorment als RD 3239/1983 i les seves normes de desenvolupament i modificació. En concret, la llei suposa una modificació als incentius pel foment de la contractació indefinida a favor dels majors de 45 anys que es trobin inscrits com a desocupats com a mínim un any. I és que, d'acord amb l'article 2.1.b de la Llei 22/1992, els incentius pels empresaris que contractin als treballadors en els quals hi concorrin les circumstàncies apuntades –ser major de 45 anys i trobar-se inscrit com a demandant d'ocupació almenys un any-, ara consisteixen en una subvenció per cada contracte indefinit de 500.000 pessetes i una bonificació del 50% de les quotes empresarials a la Seguretat Social per contingències comunes durant tota la vigència del contracte<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., MORÓN PRIETO, R., “Bonificaciones sociales y contrato de fomento de la contratación indefinida en el marco de la política de empleo: las reformas de 2001 (Leyes 12 y 24/2001 y RDL 16/2001), *Relaciones Laborales*, Vol. 1, 2002, pàg. 607

<sup>242</sup> *BOE núm. 186, de 4 d'agost de 1992*

<sup>243</sup> I l'article 5 de la Llei 22/1992, referida a les obligacions dels beneficiaris explicita “Los beneficiarios estarán obligados a mantener la plantilla de trabajadores fijos durante el menos tres años. Cuando se produzca el cese de trabajadores fijos en dicho plazo, la empresa está obligada a cubrir la vacante, en el plazo de un mes, mediante un contrato por tiempo indefinido y al menos con una jornada igual a la del contrato extinguido. Si la vacante afecta a un contrato realizado al amparo de la presente Ley, el nuevo trabajador deberá reunir los requisitos establecidos en esta disposición”.

**c) La introducció del contracte de foment per la contractació indefinida a la reforma laboral de 1997**

L'escàs èxit de la reforma de 1994 i la perdurabilitat d'un alt índex d'atur van propiciar l'adopció del *Acuerdo Interestatal para la Estabilidad en el Empleo* subscrit per la CEOE, CCOO i la UGT el 7 d'abril de 1997<sup>244</sup>. L'Acord proposa l'estudi de mesures destinades al foment de la contractació indefinida i el desenvolupament de polítiques actives d'ocupació. El present Acord és la font de la reforma legislativa de 1997 que es materialitza amb l'aprovació del *Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida*<sup>245</sup>, que posteriorment va esdevenir la *Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del Mercado de Trabajo y el fomento de la Contratación Indefinida*<sup>246</sup>, que té la intenció de solventar tres problemes importants que afecten el mercat de treball espanyol: l'atur, la temporalitat i la rotació de la contractació<sup>247</sup>. Tots ells, problemes que afecten en especial sobre diversos col·lectius, els joves, les dones i els majors de determinada edat, sobretot a partir dels 45 anys<sup>248</sup>.

En relació a la contractació laboral, de la reforma laboral de 1997 destaca la supressió del contracte temporal per llançament de nova activitat, així com el contracte de foment temporal del treball. A més, entre les modificacions que s'introdueixen a la Llei de l'Estatut dels Treballadors, ara ja del text refós aprovat pel Reial Decret Legislatiu 1/1995, de 24 de març, es canvia la redacció de l'article 17.3 ET que habilitava al

---

<sup>244</sup> L'Acord, tal i com puntualitza DE LA VILLA "no es mas que un convenio colectivo extraestatutario, desprovisto empero de función normativa y destinado a recoger los criterios concordes de la patronal y los sindicatos más representativos para una ulterior reforma legal a cargo de los poderes públicos competentes" DE LA VILLA GIL, L.E., "El contrato indefinido para el fomento del empleo", *Documentación Laboral*, núm. 54, 1997, pàg. 120.

<sup>245</sup> BOE núm. 0118, de 17 de maig de 1997

<sup>246</sup> BOE núm. 312, de 20 de desembre de 1997

<sup>247</sup> D'acord amb la nova redacció s'estableix "3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas. Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido".

<sup>248</sup> PRADAS MONTILLA, R., "Sobre los incentivos en materia de Seguridad Social y de caracter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo", *Documentación Laboral*, núm. 54, 1997, pàg. 151

Govern per utilitzar la contractació temporal com a mesura de foment de l'ocupació, autorització a través de la qual van proliferar les modalitats de contractació temporal. En canvi, la nova redacció de l'article 17.3 ET introdueix el mandat de dirigir les mesures de foment de l'ocupació dels treballadors desfavorits cap a la contractació estable i la conversió dels contractes temporals en indefinit (art. 2 Llei 63/1997).

Respecte a l'article 17.3 LET convé obrir un incís per comentar que amb l'aprovació del text refós aprovat pel Reial Decret Legislatiu 1/1995, de 24 de març, de l'Estatut dels Treballadors<sup>249</sup>, el paràgraf tercer de l'article 17.3 LET canvia la textualitat del precepte originària de 1980, que mencionava als treballadors d'edat avançada, juntament als treballadors amb capacitat laboral disminuïda, els desocupats i qui accedia a la primera ocupació, com a col·lectius a qui el Govern es podia facilitar la col·locació a través de mesures de reserva o preferència a l'ocupació. A diferència de l'article 17.3 LET de 1980, la nova i vigent redacció d'aquest paràgraf de l'article 17.3 de l'Estatut dels Treballadors de 1995 estableix que “el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadoras demandantes de empleo”, sense que es limiti per tant a cap col·lectiu en concret, desapareixent així la única referència a disposicions dirigides als treballadors d'edat avançada que hi havia a l'Estatut dels Treballadors.

La novetats rellevants que comporta el procés de reforma de 1997 i que afecten als majors de 45 són fonamentalment tres. En primer lloc, s'instaura a l'ordenament jurídic, com a part dels estímuls a la contractació indefinida, una nova modalitat contractual de foment del treball indefinit. És l'anomenat “contracte pel foment de l'ocupació de duració indefinida”, regulat a la Disposició addicional primera de la Llei 63/1997 i que té per finalitat facilitar la col·locació estable de treballadors desocupats i també als ocupats subjectes a contractes temporals que formin part dels col·lectius que enumera el propi pel precepte, de forma que el contracte només pot concertar-se amb els treballadors inclosos en els grups determinats, entre els quals hi ha els majors de 45 anys. Com a contrapartida als empresaris que utilitzin aquesta nou tipus de contracte que ha de ser per temps indefinit per contractar a treballadores inclosos en els grups citats, la llei estableix determinats avantatges per l'empresari, com la reducció de les

---

<sup>249</sup> *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de març de 1995)*

despeses d'acomiadament. En aquests termes, l'acomiadament per causes objectives i improcedent dels treballadors contractats amb el nou contracte suposa una indemnització per acomiadament de trenta-tres dies per any d'antiguitat, en comparació amb els quaranta-cinc que s'estableix pel contracte ordinari a l'article 53.5 LET, i amb un màxim de vint-i-quatre mesos, mentre que en el contracte ordinari el màxim és de quaranta-dos mesos.

#### ***d) La continuïtat de les bonificacions i el contracte pel foment de la contractació indefinida a la reforma laboral de 2001***

La següent reforma laboral considerable en matèria de foment de l'ocupació és l'operada l'any 2001<sup>250</sup> a través del *Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*<sup>251</sup>, posteriorment convertit en la *Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*<sup>252</sup>. La reforma continua en la línia de les reformes precedents, intenta reduir la contractació temporal així com amplia el paper de la contractació indefinida ja que, malgrat les reformes anteriors mencionades, el mercat de treball continua a l'inici del segle XXI produint un excés de contractacions temporals precàries al mateix temps que escassegen les contractacions indefinides normals, més enllà de la modalitat transitòria establerta a la reforma de 1997 consistent en el contracte pel foment de la contractació indefinida<sup>253</sup>. El Llei 12/2001 converteix aquesta modalitat contractual pel foment de la contractació indefinida de conjuntural a permanent i n'amplia els col·lectius oberts a aquesta modalitat. En aquest sentit, s'hi inclouen els

---

<sup>250</sup> La Reforma de 2001 s'inicia per la necessitat d'incorporar a l'ordenament jurídic espanyol la *Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 175/43, de 10 de julio de 1999)*. La Directiva pretén evitar que s'utilitzi abusivament la contractació temporal per mitjà de mesures com l'exigència de raons objectives que justifiquin la renovació dels contractes temporals, la fixació d'una duració màxima total dels successius contractes de treball o la limitació del número de renovacions dels contractes temporals.

<sup>251</sup> *BOE núm. 54, de 3 de març de 2001*

<sup>252</sup> *BOE núm. 164, de 10 de juliol de 2001*

<sup>253</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., CASAS BAAMONDE, M.E., "La reforma del mercado de trabajo <para el incremento del empleo y la mejora de su calidad>", *Relaciones Laborales*, Vol. 1, 2001, pàg. 72. Tal i com declaren els autors, "la masiva utilización de fórmulas de contratación temporal ha sido en buena parte consecuencia de unas medidas legales que, en la década de los ochenta, optaron, en una coyuntura de muy elevada tasa de paro, por una política de empleo dirigida a fomentar el empleo a costa de su calidad, dando vía libre a una variada constelación de contratos no estables, puestos a disposición de las empresas que los han empleado con especial intensidad en detrimento de la contratación de carácter indefinido".

majors de 45 anys, en general, donat que abans només estaven subjectes a aquesta modalitat contractual els aturats de més de 45 anys<sup>254</sup>. La singularitat d'aquest contracte continua radicant en la quantia de la indemnització en cas d'acomiadament objectiu improcedent, de trenta-tres dies per salari per any de servei, fins a un màxim de vint-i-quatre mensualitats, segons disposa la Disposició Addicional primera, apartat quart Llei 12/2001. Així, la reforma permet l'accés a col·lectius més amplis a contractes amb indemnitzacions per acomiadament més reduïdes que la contractació ordinària<sup>255</sup>.

Una altra mesura que es contempla a la reforma laboral de 2001 per tal de fomentar la contractació per temps indefinit, tant a jornada completa com a jornada parcial, dels desocupats majors de 45 anys, són les bonificacions de la quota empresarial de la Seguretat Social<sup>256</sup>, com ja preveia la precedent reforma de 1997. En aquest sentit, el

---

<sup>254</sup> La modalitat de contracte pel foment de la contractació indefinida s'amplia a grups que no es contemplaven a la regulació anterior, tals com: desocupats joves des de setze anys fins a trenta anys, dones que es contracten per prestar serveis en professions amb menor índex d'ocupació femenina, aturats inscrits almenys durant sis mesos com a demandants de treball, minusvàlids i els treballadors ocupats a la mateixa empresa a la data de celebració del contracte de foment de la contractació indefinida mitjançant un contracte de duració determinada o temporal, inclosos els contractes formatius, celebrats amb anterioritat al 31 de desembre de 2003 (Disposició Addicional primera RDL 5/2001).

<sup>255</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., CASAS BAAMONDE, M.E., "La reforma del mercado de trabajo...*op cit.* pàg. 75.

<sup>256</sup> En relació a les bonificacions com a ajudes estatals a l'ocupació que són, s'ha d'esmentar que estan subjectes a una norma comunitària de l'àmbit del dret de la competència. És el *Reglamento (CE) 2204/2002 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 337/3, 31.12.2002)* que limita la llibertat dels Estats membres a atorgar ajudes a les empreses ja que es considera que aquestes ajudes podrien falsejar la lliure competència del mercat interior. La base jurídica del Reglament 2204/2002 són els articles 87 i 88 TCE (actuals 107 i 108 TFUE) que, precisament, estan ubicats dins el Capítol primer del Tractat dedicat a les normes sobre competència. L'article 87 TCE (actual 107 TFUE) estableix que no són compatibles amb el mercat interior les ajudes que els Estats atorguen, qualsevulla que sigui la seva naturalesa, que falsegin la competència tot afavorint a empreses determinades. Així, el Reglament 2204/2002 s'aplica a les mesures d'ocupació que constitueixen una ajuda estatal, de tots els sectors, i ja siguin ajudes a la creació d'ocupació, ajudes per la contractació de treballadors desfavorits i discapacitats o ajudes per cobrir les despeses addicionals dels treballadors discapacitats (art. 1 Reglament 2204/2002). El Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees es va pronunciar sobre la competència de la Comissió per regular qüestions que incideixen sobre la matèria d'ocupació des de la matèria de la defensa de la competència a l'Assumpte C-110/03 *Reino de Bélgica conre Comisión de las Comunidades Europeas* de 14 d'abril de 2005. A la sentència el Tribunal admet que la Comissió ha de vetllar per la coherència entre la política comunitària en matèria d'ajudes i l'actuació comunitària en matèria d'ocupació la qual és complementària a la dels Estats membres en tant que aquests ostenen la competència en matèria de política d'ocupació. Amb tot, el Tribunal reconeix que la Comissió goza, en materia de ayudas de Estado, de una amplia facultad discrecional, cuyo ejercicio implica valoraciones de tipo económico y social que deben efectuarse en el contexto comunitario (...) Así ocurre, en particular, cuando la Comisión desea conciliar el objetivo de garantizar una competencia no falseada en el mercado común con otros objetivos comunitarios como el fomento del empleo" (paràgraf 68). La Comissió pretén a través del Reglament 2204/2002 estableix condicions de compatibilitat de les ajudes estatals per a l'ocupació en atenció a l'evolució del mercat interior i el seu objectiu d'una competència no falsejada que exigeix el mercat. I estableix una llista de categories de treballadors desfavorits que poden gaudir d'ajudes estatals per a l'ocupació en virtut del Reglament sempre i quan compleixin amb les condicions de compatibilitat que estableix la norma. Per tant, en certa manera, la política de la Unió Europea de la competència predomina sobre la política d'ocupació. Vegeu sobre

programa de foment de l'ocupació per 2001 que estableix el la Llei 12/2001, conscient que la dificultat de trobar un lloc de treball pels majors de 45 anys no és la mateixa per tots, presenta com a novetat una classificació d'aquest col·lectiu en dos grups diferents amb mesures diferents, els desocupats d'entre 45 i 55 anys i els desocupats d'entre 55 i 65 anys. La diferència rau en la quantia de la bonificació que resulta superior pels desocupats a partir de 55 anys (art. 4.1), en tant que com més gran s'és més dificultats de reincorporació al mercat de treball es tenen<sup>257</sup>. La norma disposa a l'article 6.1 que quan el contractat inicial té entre 45 i 55 anys, el tipus de cotització a la Seguretat Social per contingències comunes es redueix a la meitat durant el primer any i un 45% a partir d'aquest primer any. En el supòsit dels assalariats de 55 a 65 anys, el tipus de cotitzacions a la Seguretat Social per contingències comunes es redueix un 55% durant el primer any i un 50% a partir d'aquest any. Per altra banda, es disposa que la contractació de dones aturades de més de 45 anys per mitjà d'aquests contractes comporta una altra reducció de les cotitzacions a la Seguretat Social d'uns altres deu punts percentuals (art. 6 RDL Llei 12/2001). Per altra banda, continuant amb el propòsit d'impulsar la contractació indefinida, la llei assenyala que les transformacions en indefinits que es realitzin fins el 31 de desembre de 2001 dels contractes de durada determinada a temporals ja siguin celebrats a temps parcial o a temps complet abans de l'entrada en vigor d'aquesta norma, també donaran lloc a una a una bonificació, en aquest cas, del 25% durant el període dels vint-i-quatre mesos següents a la vigència del nou contracte (art. 6.5).

Com una manifestació del foment de l'ocupació i per incentivar el no accés a la jubilació en edats anticipades, la *Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible* va introduir uns canvis al

---

aquesta qüestió: LOY, G., "El empleo de los trabajadores maduros", dins MERCADER UGINA, J.R., *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex Nova, Valladolid, 2009. pàg.74; MORENO MARCOS, M., "Medidas de fomento al empleo y Reglamento 2204/2002/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo. (A propòsit de la Sentència del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de abril de 2005)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006. MARTÍNEZ FONS, D., *Libre competencia y derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2006. pàg. 146; GRAU PINEDA, C., *Bonificaciones en la contratación y fomento de empleo*, Tirant lo blanch, València, 2010 pàg. 147

<sup>257</sup> TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., "Incentivos al empleo...op cit. pàg. 169., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., MORÓN PRIETO, R., "Bonificaciones sociales y contrato de fomento...op cit. pàg. 618.



programa de foment de l'ocupació establert l'any 2001 tot just explicat<sup>258</sup>. S'afegeix un nou supòsit que bonifica la contractació indefinida dels treballadors de 65 o més anys i amb una antiguitat a l'empresa de 5 anys o més a l'empresa en els mateixos termes que les bonificacions que es donen als treballadors (art. 4.3 Llei 12/2001, introduït per la Llei 35/2002). La bonificació serà del 50% de l'aportació empresarial en la cotització a la seguretat social per contingències comunes, excepte per incapacitat temporal, percentatge que s'incrementarà anualment en un 10% adicional fins arribar al límit màxim del 100% de l'import. Aquesta bonificació serà compatible amb les que estableix el Programa de Foment de l'Ocupació, amb el límit màxim de l'import total de la quota bonificada (art. 7 Llei 12/2001, paràgraf segon, afegit per l'art. 14.3 Llei 35/2002).

Entretant, l'any 2003 es va modificar la Llei bàsica d'ocupació 51/1980 per la Llei d'Ocupació, *Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*. La nova llei ja no especifica que el Govern pot dictar mesures de foment de l'ocupació pels majors, que poden consistir en subvencions directes a les empreses a través de contractacions indefinides o bonificacions en les quotes de la seguretat social. La Llei, abandona el marcat caràcter economicista de la derogada Llei bàsica d'ocupació i emmarca els objectius de la política d'ocupació en uns paràmetres més generals. Amb l'objectiu d'aconseguir la qualitat en el treball, posa més atenció en els mecanismes de prevenció de la desocupació a través de la formació o la intermediació laboral per afavorir la integració laboral efectiva dels desocupats al mercat de treball<sup>259</sup>. En tot cas, sense concretar mesures actives consistents en beneficis econòmics que pot comportar la contractació de majors de 45 anys, la Llei d'ocupació 56/2003 continua identificant als aturats de llarga duració majors de 45 anys com a col·lectius prioritaris per a qui el Govern i les Comunitats Autònomes, d'acord amb les seves competències i els compromisos

---

<sup>258</sup> MONTOYA MELGAR, A., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario de Seguridad Social, jubilación flexible, 2002. pàg. 43

<sup>259</sup> MOLINA HERMOSILLA, O., MOLINA NAVARRETE, C., “Más acá i más allá del trabajo: comentarui a la Ley 53/2006, de empleo” *Revista de trabajo y Seguridad Social*, núm. 10, 2004. pàg. 23 El fet que la Llei d'ocupació utilitzi un concepte de política d'ocupació basat en les finalitats que aquesta persegueix segons els autors “este recurso a conceptos teleológicos o funcionales, básicamente determinados por la función que persiguen, por tanto relativos y dinámicos, facilita la trasversalidad de esta política y la incorporación de una amplísima gama de técnicas y medidas, procedentes de los más diferentes subsectores jurídicos, así como asumir una no menos pluralidad de objetivos y fines, tanto generales como específicos, por lo que los listados no pueden entenderse nunca como cerrados, sino meramente enunciativos”.

assumits derivats de la Unió Europea, han d'adoptar programes específics que estiguin dirigits a fomentar la seva ocupació, com col·lectiu de persones que tenen especials dificultats d'integració en el mercat de treball (art. 26.1).

***e) El replantejament del sistema de bonificacions a la Llei 43/2006, de 29 de desembre***

Una altra reforma laboral, efectuada l'any 2006, va suposar nous canvis a les mesures de foment de l'ocupació dels majors de 45 anys, en concret als incentius a la contractació d'aquest col·lectiu. La reforma laboral de 2006 cal enquadrar-la dins de la concertació social dissenyada per la Declaració pel Diàleg Social de juliol de 2004<sup>260</sup> firmada entre el Govern i les organitzacions sindicals i empresarials més representatives a nivell estatal (CEOE, CEPYME, CCOO, UGT)

A partir de la Declaració pel diàleg social es van endegar diverses mesos de concertació social per aspectes concrets sobre els quals s'hauria de referir una posterior reforma del mercat de treball<sup>261</sup>. La Declaració pel diàleg afirma que els problemes del mercat de treball espanyol que cal abordar són l'alt nivell de temporalitat i un volum d'ocupació insuficient. Un altre àmbit que la Declaració estima convenient tractar és la promoció d'accions dirigides a afavorir l'ocupació de diversos grups, entre ells, els treballadors d'edat avançada, seguint l'Estratègia Europea per a l'Ocupació.

En aquest marc de la concertació social impulsada per la Declaració pel diàleg Social es va arribar a una sèrie d'acords sobre diverses matèries, dins els quals hi ha l'Acord per la Millora del Creixement i de l'Ocupació, firmat pels agents socials i el Govern el 9 de maig de 2006 que tracta les qüestions assenyalades per afrontar els desequilibris del mercat laboral. Sobre la base de dit Acord, que és un document de valor polític i afecta en exclusiva a decisions dels poders públics, se suggereix de forma implícita que el

---

<sup>260</sup> *Competitividad, empleo estable y cohesión social, Declaración para el Diálogo Social 2004*, 8.7.2004. [www.tt.mtas.es/periodico/laboral/Dialogo%20Social%202004.pdf](http://www.tt.mtas.es/periodico/laboral/Dialogo%20Social%202004.pdf)

<sup>261</sup> Entre els acords entre interlocutors socials i els poders públics que deriven de la concertació social ressalten, entre d'altres: Habilitació als convenis col·lectius per què puguin establir clàusules de jubilació obligatòria en el marc de la política d'ocupació, acord que va derivar a la Llei 14/2005, d'1 de juliol; Acord sobre la formació professional per a l'ocupació de febrer de 2006; Aspectes laborals i de Seguretat Social de l'avantprojecte de Llei Orgànica d'igualtat entre dones i homes de març de 2006; Revalorització de pensions mínimes del Sistema de Seguretat Social; Acord sobre l'acció protectora de l'atenció a les situacions de dependència de desembre de 2005; o la Implatació del sistema dinformació dels Serveis Públics d'Ocupació.

Govern aprovi un Reial Decret per aquelles matèries que requereixen una norma de rang legal <sup>262</sup>. En efecte, la reforma es va materialitzar al *Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo*, que posteriorment va esdevenir la *Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo* <sup>263</sup>.

Aquesta reforma laboral opera l'any 2006 estableix un nou programa de Foment de l'Ocupació que insisteix a impulsar la utilització de la contractació indefinida inicial per part de les empreses i a fomenta la conversió de l'ocupació temporal en fix. En relació a les polítiques actives d'ocupació dirigides de forma específica als majors de 45 anys, la Llei 43/2006 suposa una simplificació dels incentius a la contractació de treballadors majors de 45 anys i la conservació de les bonificacions pel manteniment dels contractes de treballadors majors de 60 anys.

En primer lloc, l'article 2.1 de la Llei 43/2006 estableix que “los empleadores que contraten indefinidamente a tiempo completo, de acuerdo con los requisitos y condiciones que se señalan en esta Sección, se podrán bonificar en la cuota empresarial a la Seguridad Social en la siguiente duración y cuantía mensual o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado perteneciente a alguno de los siguientes colectivos”, entre els quals destaca a la lletra d) del precepte el grup de “Mayores de cuarenta y cinco años: 100 euros/mes (1.200 euros/año) durante toda la vigencia del contrato”. S'observa una novetat respecte el criteri emprat per incentivar la contractació respecte la normativa anterior. I és que, la deducció que es fixa per fomentar la contractació de certs col·lectius desfavorits, enlloc de tractar-se d'un percentatge determinat de quotes empresarials a la Seguretat Social per contingències comunes, a partir de la reforma de 2006 consisteix en una quantia econòmica fixa amb caràcter

---

<sup>262</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “La reforma laboral de 2006 en el marco de la concertación social”, dins CRUZ VILLALÓN, J., (Coordinador), *La reforma laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2006. pàg. 13i ss. El Reial Decret Llei és l'instrument més adequat per materialitzar la reforma que pretenen els firmants de l'Acord. Ho apunta Villalón: “Lo generalizado en nuestro sistema de relaciones laborales es que los acuerdos de concertación formalizados ya por escrito entre Gobierno y agentes sociales, que incorporan una reforma legislativa muy precisa, el Gobierno opta casi siempre por la aprobación de un Real Decreto Ley. (...) El mismo suele venir justificado en razones de urgencia, dado que éste constituye requisito imprescindible desde el punto de vista constitucional, atenor de lo dispuesto por el artículo 86.1 de la CE. Sin embargo, todos son conscientes de que este dato no es el más decisivo en esa opción de técnica legislativa por parte del ejecutivo, pues lo más influyente es que el pacto se ha alcanzado extramuros del Parlamento, con exacta precisión del tenor que debe trasladarse a la reforma legal y con una implícita aceptación de las partes de su contenido y por tanto compromiso de firma del Acuerdo en la medida en que es eso lo que se traslade al texto legal, din matiz de cambio alguno” pàg. 33

<sup>263</sup> BOE núm. 312, de 30 de desembre de 2006

mensual de 100 euros al mes, és a dir, 1.200 euros de quantia anual. Amb aquest nou criteri, doncs, s'aplica un percentatge igual per tots els treballadors integrats dins el col·lectiu, i no es té en compte la base de cotització de cada un d'ells<sup>264</sup>. A més, desapareixen també les distincions anteriors entre majors de 45 i de 55 anys que atribuïen bonificacions augmentades pels darrers<sup>265</sup> així com també s'acaba amb les diferències per raó de sexe entre aquest tipus de treballadors ja que la quantia de la bonificació és igual per a tots els treballadors majors de 45 anys, independentment de l'edat i el sexe<sup>266</sup>. D'aquesta forma, se simplifica el sistema de bonificacions considerant als majors de 45 anys com un col·lectiu homogeni<sup>267</sup>.

Així doncs, el Programa del foment de l'ocupació de 2006, com els seus programes predecessors, es caracteritza per limitar les bonificacions i incentius a la contractació a

---

<sup>264</sup> MORGADO PANADERO, P., "Las políticas de fomento del empleo...*op cit.* pàg. 204. L'autora és molt crítica amb aquest nou criteri d'incentivació a la contractació de certs col·lectius, ja que, si bé considera que la norma "suponga una simplificación de las quantías de las bonificaciones", també ho és que "una quantía fija para un período de cuatro años, e incluso, durante toda la vigencia del contrato" com es preveu en el cas que del treballador major de 45 anys, "supone una pérdida adquisitiva que podría frenar la decisión empresarial". A més, el fet que la quantia sigui una de fixa independentment de la base de cotització del treballador, "podría suponer que en la práctica, y fraudulentamente, se consignen bases de cotización inferiores, con las repercusiones negativas que dicha actitud empresarial pudiera tener en la carrera del seguro del trabajador, que limitaría la quantia de futuras prestaciones del Sistema, sin hablar de lo que esa disminución de cotizaciones podría suponer en las arcas públicas".

<sup>265</sup> BAZ TEJEDOR, "Reflexiones acerca de la edad...*op cit.* pàg. 750

<sup>266</sup> En aquest sentit, a les dones majors de 45 anys els resulta més convenient acollir-se a les bonificacions empresarials a la contractació indefinida previstes pels majors de 45 anys que a les dones, ja que, segons l'article 2 Llei 43/2006, la quantia de la bonificació és més avantatjosa pels majors de 45 anys (1.200 euros de quantia anual durant tota la vigència del contracte) que la prevista per les dones que consisteix en : 820 euros anuals durant quatre anys per la contractació indefinida de dones desocupades i/o víctimes de violència de gènere i 1.200 euros anuals durant quatre anys en el cas de les dones contractades en els 24 mesos següents a l'atur, o contractades després de cinc anys d'incativitat laboral si abans de retirar-se han treballat almenys tres anys, o bé les conegudes amb un contracte suspès ja sigui indefinit o temporal reincorporades després de la maternitat. En tot cas, tal i com recorda l'article 7.1 Llei 43/2006, quan la contractació d'un treballador pogui donar lloc a més d'un dels supòsits de bonificacions previstos pel programa de foment de l'ocupació, només es pot aplicar un dels supòsits de bonificacions, una tria que correspon al beneficiari de la bonificació.

<sup>267</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Incentivos para la contratación indefinida y para la conversión del empleo temporal en fijo", dins CRUZ VILLALÓN, J., (Coordinador), *La reforma laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006*, de 9 de junio, Lex Nova, Valladolid, 2006. pàg. 240 La Llei 43/2006 fa desaparèixer, en paraules de l'autor, "la selva de porcentajes" que hi havia anteriorment a la reforma en quant a les bonificacions. La reforma estableix només vuit quanties diferents de bonificacions que no varien durant la durada del contracte. En l'escala de bonificacions més generoses hi ha en primer lloc als treballadors discapacitats, seguida dels treballadors d'edat avançada, les dones desocupades, les dones víctimes de violència de gènere i dels joves. Finalment, les bonificacions més baixes són la de les contractacions d'aturats de llarga durada i les persones en situació d'exclusió social, una última posició criticada per l'autor donat que tal i com apunta les persones en situació d'exclusió social "sin duda encuentran, dada la naturaleza de los colectivos que están en la misma, grandes dificultades para encontrar empleo". pàg. 244

col·lectius específics de treballadors <sup>268</sup> que estan determinats a la mateixa llei. Són treballadors desocupats inscrits en una Oficina d'ocupació i que formen part de col·lectius amb dificultats per obtenir una ocupació, com és la situació dels treballadors majors de 45 anys. En la mesura que el programa té com a objectiu el foment de la contractació indefinida, els contractes que s'incentiven són els de durada indeterminada, ja siguin a temps complet o a temps parcial, inclòs el contracte fix-discontínu per la permanència del vincle laboral que suposa aquest contracte<sup>269</sup>.

És possible, doncs, que la contractació sigui a temps parcial. En aquest cas, la quantia de les bonificacions no serà el que disposa l'article 2.1 Llei 43/2006 sinó que les bonificacions tindran les quanties que determina l'article 6 de la mateixa llei: el 100% quan la jornada laboral és igual o superior a les tres quartes parts de la jornada habitual o a temps complet; el 75% quan la jornada laboral és igual o superior a les tres quartes parts de la jornada habitual o a temps complet; el 50% quan la jornada laboral és igual o superior a la quarta part de la jornada habitual o a temps complet i inferior a la meitat d'aquesta jornada; i, per últim, la proporció de la bonificació és del 25% quan la jornada laboral és inferior al 25% de la jornada habitual o a temps complet.

Segonament, la llei manté les bonificacions pel manteniment dels contractes de treballadors majors de 60 anys que s'havia regulat amb la Llei 35/2002. En aquesta línia, l'article 4 de la Llei 43/2006 seguint els mateixos termes de la Llei 35/2002, sota la rúbrica "bonificaciones para el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades" preveu una bonificació del 50% de l'aportació empresarial a la Seguretat Social per contingències comunes, excepte per incapacitat temporal, per la celebració dels contractes de treball de caràcter indefinit dels treballadors de 60 anys o més, una xifra de reducció que augmentarà en un 10% quan hagi transcorregut un any des de la seva aplicació i fins arribar a un màxim del 100%, perquè d'acord amb l'article 7.2 Llei 43/2006 les bonificacions no poden en cap cas superar el 100% de la quota empresarial a la Seguretat Social que corresponia abonar. Així, encara que per regla general en cas de concurrència de bonificacions en una contractació només se'n

---

<sup>268</sup> PÉREZ YAÑEZ, R., "Medidas recientes de fomento del empleo, actualización de las cuantías del SMI y del IPREM y otras novedades de interés", *Relaciones Laborales*, núm. 7, 2006. pàg. 59 i ss.

<sup>269</sup> L'article fix-discontínu és, segons l'article 15.8 LET aquell contracte concertat a temps indefinit per realitzar treballs de caràcter fix-discontínu i que no es repeteixin en dates determinades, dins el volum normal de l'empresa.

pugui aplicar una, quan es tracta de les bonificacions en les cotitzacions previstes pels contractes indefinits amb treballadors de 60 anys o més i amb una antiguitat a l'empresa d'almenys cinc anys es permet que aquesta bonificació sigui compatible amb la resta de bonificacions, això sí, sense que se superi el 100% de la quota empresarial a la Seguretat Social, sens perjudici d'allò que disposa la Llei General de Seguretat Social (art. 7.1 paràgraf segon Llei 43/2006). Justament, cal afegir que l'article 112 bis de la Llei General de Seguretat Social, incorporat amb la llei 35/2002 estableix que els empresaris i treballadors queden exempts de cotitzar a la Seguretat Social per contingències comunes, excepte per incapacitat temporal que se'n derivi, per aquells treballadors contractats indefinidament que tinguin 65 anys o més i que acreditin trenta-cinc o més anys de cotització efectiva a la Seguretat, sense que computar-se les parts proporcionals a les pagues extraordinàries. La mesura posa de manifest la voluntat d'unir les mesures de foment de la contractació indefinida pels majors de 45 anys com a col·lectiu desfavorit en el mercat de treball amb el foment del perllongament de la vida laboral i el retardament del retir de la vida activa.

Ara bé, la previsió de bonificacions pel manteniment de l'ocupació dels majors de 60 anys establerta a l'article 4 de la Llei 43/2006 s'ha d'actualitzar d'acord amb el que preveu la Disposició addicional 25ena de la *Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007*<sup>270</sup>. El precepte disposa que els contractes de treball indefinits dels treballadors de 59 o més anys que comptin amb una antiguitat a l'empresa mínima de quatre any donen lloc a la reducció del 40% de l'aportació empresarial a la cotització a la Seguretat Social per contingències comunes, excepte per incapacitat temporal, que anirà a càrrec del pressupost de la Seguretat Social. La reducció de l'aportació de la quota és d'un any, excepte que abans que transcorri l'any els interessats compleixin els requisits per ser beneficiaris de les bonificacions que preveu l'article 4 de la Llei 43/2006 pel manteniment de l'ocupació dels majors de 60 anys<sup>271</sup>. D'aquesta manera, s'amplien les circumstàncies de bonificació als 59 anys i amb una antiguitat a l'empresa d'almenys quatre any en

---

<sup>270</sup> BOE núm. 311, de 29 de desembre de 2006

<sup>271</sup> La mateixa previsió es contempla a les ulteriors Lleis de Presupostos Generals de l'Estat per a l'any 2008 (Disposició Addicional 22ena de la *Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008*), 2009 (Disposició Addicional cinquena de la *Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos*) i 2010 (Disposició Addicional quarta *Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010*).

*Generales del Estado para el año 2009*

comparació als requisits e 60 anys i almenys cinc anys d'antiguitat a l'empresa que requereix l'article 4 de la Llei 43/2006. Tanmateix, s'ha de diferenciar entre les bonificacions previstes per les contractacions i el manteniment de l'ocupació establertes en el Programa de foment de l'ocupació regulades a la Llei 43/2006 que es financen amb càrrec al pressupost del Servei Públic d'Ocupació Estatal i les bonificacions que preveu la Disposició addicional 25ena de la Llei de Pressupostos Generals per a l'any 2007 que es financen amb càrrec al pressupost destinat a la Seguretat Social.

A banda de la contractació inicial de treballadors, el programa de foment de l'ocupació de 2006 també incentiva la transformació en indefinits dels contractes de duració indeterminada o temporals, inclosos els de relleu previst a l'article 12.6 LET i de substitució per jubilació regulats en el Reial Decret 1194/1985, de 17 de juliol, contractes per tant, que afecten als majors de 45 anys. En aquests supòsits l'article 3 de la Llei 43/2006 preveu que la conversió d'ocupació temporal en fix abans de l'1 de gener de 2007 donarà dret a una bonificació mensual de la quota empresarial a la Seguretat Social o, si s'escau, pel seu equivalent diari per treballador contractat de 66,67 euros al mes (800 euros anuals) durant tres anys. Igualment, sigui quina sigui la data de celebració del contracte s'incentiva la transformació en indefinits dels contractes temporals de relleu i de substitució del treballador per anticipació de l'edat de jubilació amb una bonificació mensual de la quota empresarial a la Seguretat Social o, en el seu cas, pel seu equivalent diari, per treballador contractat de 41,67 euros al mes (500 euros anuals) durant quatre anys. Respecte la regulació anterior de la Llei 12/2001 la qual bonificava la transformació en indefinits de tot tipus de contractes de durada determinada, l'actual regulació vol restringir els avantatges econòmics a la transformació en indefinits únicament dels contractes temporals formatius i el contracte de relleu i substitució, tots ells contractes, tal i com apunta GONZÁLEZ ORTEGA "contratos que pueden cumplir una función de incorporación inicial a la empresa (para conseguir formación, para relevar o sustituir a un trabajador que anticipa su edad de jubilación) y cuyo papel de antesala de una contratación indefinida posterior puede verse reforzada con la bonificación concedida por esa transformación"<sup>272</sup>.

Per a tots els beneficiaris de les bonificacions que preveu el Programa de foment de

---

<sup>272</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Incentivos para la contratación...*op cit.* 261

l'ocupació l'article 5 Llei 43/2006 estableix que uns requisits que han de reunir per ser beneficiaris dels contractes bonificats: trobar-se al corrent de les seves obligacions tributàries i de Seguretat Social en el moment de l'alta dels treballadors com durant l'aplicació de les bonificacions; i no haver estat exclosos en l'accés als beneficis dels programes de l'ocupació per haver comès infraccions molt greus que no hagin prescrit d'acord amb l'article 46.2 de la Llei sobre Infraccions i Sancions de l'Ordre Social, text refós aprovat en el Reial Decret Legislatiu 5/2000.

Com a conseqüència de la crisi econòmica que travessa l'economia espanyola des de 2008 que ha comportat de destrucció de nombrosos llocs de treball, el Govern va elaborar, amb el propòsit de recuperar el creixement econòmic i la creació d'ocupació, el denominat *Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo*<sup>273</sup>, un dels eixos d'actuació dels quals són les mesures de foment de l'ocupació. En base a aquestes mesures establertes en el Pla es va articular *la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas*<sup>274</sup> que introdueix dues modificacions a la Llei 43/2006 que van dirigides a impulsar els contractes indefinits a temps parcial i també els contractes temporals a temps parcial de determinats col·lectius de difícil ocupabilitat. Responent a aquesta finalitat, la primera novetat recau sobre els qui es dirigeix el programa de foment de l'ocupació, incloent no només els treballadors desocupats inscrits a l'Oficina d'ocupació, sinó també s'afegeixen aquells que estiguin treballant en una altra empresa amb un contracte a temps parcial sempre i quan la seva jornada de treball sigui inferior a un terç de la jornada de treball d'un treballador a temps complet comparable (art. 1.1 Llei 43/2006 modificat per l'art. 6.1 Llei 27/2009). La segona modificació és en relació a la quantia de les bonificacions que pertocuen quan el contracte indefinit sigui a temps parcial, seran les que es preveuen segons el percentatge igual a de la jornada pactada en el contracte més 30 punts percentuals que se li han de sumar, sense que es pugui superar el 100% de la quantia prevista (art. 7.2 Llei 43/2006 en la nova redacció donada per l'art. 6.2 Llei 27/2009). D'aquesta forma s'incentiva proporcionalment més el contracte a temps parcial respecte al contracte de jornada completa, ja que, d'acord amb el preàmbul de la norma, s'entén el contracte a temps parcial "como tipo de contrato que

---

<sup>273</sup> Les mesures del Pla són complementàries de les mesures contingudes al Programa Nacional de Reformes 2005-2010 el qual concreta a Espanya l'Estratègia Europea de Lisboa pel creixement i l'ocupació.

<sup>274</sup> BOE núm. 315, de 31 de desembre de 2009



por su estabilidad, por las ventajas que ofrece de cara a una mejor conciliación de la vida laboral y familiar y para una más adecuada organización del trabajo puede resultar especialmente atractivo para trabajadores y empresarios, favoreciendo la creación de empleo estable que en otros países europeos tiene unas tasas muy elevadas, tasas que suelen asociarse a índices de empleo también muy elevados”. Així la Llei 27/2009 inclou dues mesures més aviat modestes de foment de l’ocupació que pretenen incentivar la celebració de contractes indefinits, i temporals si s’escau, amb treballadors a temps parcial per tal d’augmentar la taxa d’ocupació <sup>275</sup>.

En resum, des dels anys vuitanta, paral·lelament a les reformes laborals realitzades, s’han ofert bonificacions a la quota empresarial a la Seguretat Social per contingències comunes a les empreses que realitzin contractes indefinits a desocupats inscrits en les Oficines d’ocupació i que pertanyin a determinats col·lectius, entre ells, n’és amb una presència significativa la dels majors de 45 anys. Més especialment, des de 1997 els diversos acords socials i les reformes consegüents han inclòs la bonificació de les cotitzacions com un instrument orientat a un objectiu clar que consisteix en afavorir la contractació estable entre els col·lectius amb més dificultats d’accés a l’ocupació. Per el col·lectiu de majors de 45 anys, l’evolució del foment de l’ocupació dels anys vuitanta vista fins ara deixa entreveure el disseny que s’ha anat perfilant de la política de foment específica per aquest grup s’ha concentrat bàsicament en dos mesures: el programa de foment de l’ocupació i el contracte pel foment de la contractació indefinida. El Programa de foment de l’ocupació en la seva regulació actual en base a la Llei 43/2006 té per objecte la contractació indefinida de determinats col·lectius, entre ells, els majors de 45 anys, que es trobin en situació de desocupació. Les empreses que contractin a aquests treballadors desocupats majors de 45 anys rebran determinats incentius econòmics en forma de bonificacions de les quotes empresarials de la Seguretat Social. Pel que fa al contracte pel foment de la contractació indefinida, regulat a la Llei 12/2001 i la Llei 43/2006, té com a finalitat facilitar la col·locació estable de treballadors desocupats i ocupats subjectes a contractes temporals. Poden ser objecte d’aquesta classe de contractes els treballadors desocupats inscrits a l’Oficina d’ocupació majors de 45 anys. L’avantatge de concertar aquest contracte rau en el cost de la indemnització per

---

<sup>275</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Medidas urgentes para el fomento y el mantenimiento del empleo y para la protección de las personas desempleadas”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2009. pàgs. 6, 7

acomiadament, que disminueix quan el contracte s'extingeix per causes objectives i és declarat improcedent. A més, convé afegir que els contractes indefinits inicials, a temps complet o parcial, sota aquesta modalitat contractual, poden acollir-se als incentius de contractació indefinida pel col·lectiu a què pertanyi el treballador, per exemple, els majors de 45 anys. Totes aquestes ajudes econòmiques tant directes, com les bonificacions a les cotitzacions a la Seguretat Social o les bonificacions fiscals, com indirectes com és el cas del contracte pel foment de la contractació indefinida que suposa una reducció del cost econòmic de certs tipus d'extinció del contracte laboral<sup>276</sup>, s'han d'emmarcar dins el foment de la contractació indefinida, per la qual cosa les mesures es limiten a la contractació indefinida, per fer-la més avantatjosa, i no a qualsevol tipus de contractació. De fet, la major part dels contractes indefinits són susceptibles de ser bonificats amb reducció de la quota per contingències comunes que les empreses paguen a la Seguretat Social, una reducció que varia en funció al col·lectiu subvencionat.

***e) El qüestionable futur de les bonificacions i el contracte de foment per la contractació indefinida arran de les reformes laborals de 2010 i 2012***

La crisi econòmica i financera desenvolupada a Espanya l'any 2008 ha precipitat una reforma legislativa en matèria laboral que es materialitza en el *Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*<sup>277</sup>, norma antecessora de la *Llei 35/2010, de 17 de setembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*<sup>278</sup>. A través d'aquesta normativa, s'altera el sistema de bonificacions establert en el programa de foment de l'ocupació de la Llei 43/2006 així com també s'introdueixen novetats en el contracte de foment per la contractació indefinida. D'aquesta forma, les dues mesures per excel·lència pel foment de l'ocupació dels majors de 45 anys, les bonificacions a contractació i el contracte pel foment de la contractació indefinida queden alterades amb la reforma laboral de 2010.

---

<sup>276</sup> SEMPRERE NAVARRO, A.V., QUINTANILLA NAVARRO, R.Y (Directores)., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparativo de la situación actual y propuestas de futuro*, CES, Madrid, 2009. pàg. 147

<sup>277</sup> BOE núm. 147 de 17 de juny de 2010

<sup>278</sup> BOE núm. 227, de 18 de setembre de 2010

Tanmateix, si bé amb la reforma de 2010 ambdós incentius econòmics per la contractació dels majors de 45 anys es mantenen, la darrera reforma laboral operada pel *Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*<sup>279</sup>, convalidat parlamentàriament a través de la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*<sup>280</sup>, comporta profunds canvis en la legislació laboral, entre els quals, hi ha una important restricció de les bonificacions i la desaparició del contracte de foment per la contractació indefinida. Així, es pot afirmar que el futur dels incentius econòmics específics per la contractació de majors de 45 anys es posa en qüestió.

L'abast i l'efecte d'aquestes modificacions d'aquests incentius sobre l'ocupació dels majors de 45 anys realitzades tant per la reforma laboral de 2010 com l'última de 2012 s'analitzaran a continuació.

### **3.1.2 La configuració del règim de bonificacions per la contractació de majors de 45 a la Llei 35/2010**

La Llei 35/2010 dedica el seu capítol tercer a les mesures per afavorir l'ocupació dels joves i de les persones desocupades. Comprés en aquest capítol, s'hi troba una nova regulació del sistema de bonificacions a la contractació de diversos col·lectius, que afecta a les bonificacions per la contractació dels majors de 45 anys<sup>281</sup>.

La nova regulació del règim de les bonificacions de quotes empresarials a la Seguretat Social respon a l'objectiu de reordenar les bonificacions, en tant que es considera que les bonificacions que existien amb l'anterior regulació eren considerablement àmplies i generalitzades, fet que limitava la seva eficàcia com un element de foment de l'ocupació estable per aquells col·lectius amb majors dificultats d'ocupabilitat.

A la vegada, el sistema de bonificació per la contractació s'observa com un mecanisme que coajuda a l'afavoriment de la contractació indefinida en detriment de l'ús

---

<sup>279</sup> BOE núm. 36, d'11 de febrer de 2012

<sup>280</sup> BOE núm.162 de 7 de juliol de 2012

<sup>281</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "La versión 2010 de la reforma laboral permanente", dins IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MERCADER UGUINA, J.R., (Directors)., *La reforma laboral 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pàg. 39

injustificat de la contractació temporal. En efecte, l'objecte central de la reforma és promoure l'estabilitat en l'ocupació tot restringint la contractació temporal. Per aquest fi, excepte alguns supòsits excepcionals com són les bonificacions en supòsits excepcionals de contractació temporal, la resta del paquet de bonificacions a la contractació que preveu la reforma se subjuga dins la modalitat de la contractació indefinida. En altres paraules, l'atorgament de les bonificacions va associat primordialment a una modalitat contractual determinada que es vol consolidar com la principal, la contractació indefinida<sup>282</sup>, i més tenint en compte que la reforma laboral aspira a la consecució de l'ocupació estable.

Així doncs, la reforma laboral de 2010 modifica l'anterior règim de bonificacions previst al Programa de Foment de l'Ocupació de la *Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo*<sup>283</sup>, en els termes que a continuació s'exposen.

#### ***a) Les bonificacions per la contractació indefinida dels treballadors d'edat***

Les novetats que presenta la reforma laboral de 2010 en matèria de bonificacions a la contractació indefinida alteren el règim de bonificacions anterior regulat a la Llei 43/2006 i en restringeixen els seus requisits en tres sentits: es limiten els col·lectius la contractació dels quals es susceptible de bonificar-se, s'incorporen nous requisits per a sol·licitar la bonificació tant pels subjectes bonificables com per les empreses que s'acullen a aquestes contractacions bonificades, i es redueix el període màxim de durada en l'aplicació de les empreses de les bonificacions.

#### ***i) Reducció dels col·lectius de contractació bonificable***

Els sistema de bonificacions previst a la Llei 35/2010 parteix de la modificació del model de bonificacions a la contractació que es va instaurar en el marc de la reforma laboral de 2006 a la *Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y*

---

<sup>282</sup> PUMAR BELTRÁN, N., *Política activa de empleo y seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. p. 247; GOERLICH PESET, J.M., *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pàg. 29; IGNACIO MARÍN, J., *Medidas de fomento de empleo para jóvenes y desempleados*, Ponencia sobre la reforma laboral presentada a las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Lleida, febrero 2010. pàg. 36

<sup>283</sup> BOE núm. 312, de 30 de desembre de 2006

*del empleo*<sup>284</sup>. En funció d'aquesta llei de 2006, es va introduir un sistema de bonificacions per la contractació indefinida pràcticament universal, bonificant-se la contractació indefinida dels següents diversos i amplis col·lectius: els joves de 16 a 30 anys; les dones desocupades, víctimes de violència de gènere, contractades en els 24 mesos després del part, o les contractades després de 5 anys d'inactivitat laboral, si, anteriorment al seu abandó laboral, havien treballat almenys 3 mesos; els majors de 45 anys; els aturats d'almenys 6 mesos i treballadors en situació d'exclusió social, les persones amb discapacitat; així com les conversions en indefinits de contractes de formació, de relleu i substitució per jubilació. Més endavant es van incorporar dos col·lectius nous a la contractació indefinida dels quals resultava bonificable. Són les bonificacions per la contractació indefinida de treballadors desocupats amb responsabilitats familiars que té un o més fills al seu càrrec, inclosos a la Llei 43/2006 mitjançant el *Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda*<sup>285</sup>, i les bonificacions per la contractació indefinida de treballadors beneficiaris de les prestacions per desocupació en una quantia igual a la de la prestació pendent de percebre, previstes a la *Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas*<sup>286</sup>.

En definitiva, arran de la Llei 43/2006, els col·lectius la contractació de la qual resultava bonificada es van ampliar de tal manera que pràcticament tot subjecte era susceptible de ser bonificat. Aquesta perspectiva és recollida per l'Informe de l'Agència Estatal d'Avaluació de les Polítiques i la Qualitat dels Serveis datat de 2009<sup>287</sup>. El document apunta que, si bé la contractació bonificada es dirigeix preferentment als grups de població amb més dificultats per accedir a l'ocupació, el disseny d'aquesta política activa tal i com està previst per la Llei 43/2006 i les normes que la complementen obvia que dins aquests grups de població hi formen part tot de persones amb perfils heterogenis pel que fa a les seves possibilitats d'ocupabilitat. Per la qual cosa, a la pràctica, la falta de concreció dels col·lectius fa que s'utilitzin recursos públics per

---

<sup>284</sup> BOE núm. 312, de 30 de desembre de 2006

<sup>285</sup> BOE núm. 290, de 2 de desembre de 2008

<sup>286</sup> BOE núm. 315, de 31 de desembre de 2009

<sup>287</sup> Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas y la Calidad de los Servicios (AEVAL), *La política de bonificación y reducción de cuotas de la seguridad social*, Ministerio de la Presidencia, Madrid, setembre 2009, pàg. 44, 78, 107

subvencionar a persones que tot i trobar-se inclòs per les seves circumstàncies personals, ja sigui l'edat o el gènere, no presenten dificultats per accedir a l'ocupació, i, en conseqüència, s'abonen a les empreses incentius econòmics que aquestes haguessin assumit tot i no existir la bonificació. De fet, en base a les dades que proporciona l'Informe, queda constatat que de les contractacions de treballadors majors de 45 anys fetes entre 2006 i 2008, un 90% de les empreses hagués contractat a aquests treballadors fins i tot sense que hagués existit l'incentiu de la bonificació. Atès aquest efecte negatiu de les bonificacions, l'Informe recomana que caldria redissenyar la política activa de les bonificacions a la contractació tot restringint-ne les bonificacions als col·lectius i/o dimensions d'empresa determinats.

De no replantejar-se el model de bonificacions podria donar lloc a què la utilització de les bonificacions a contractació indefinida fos una despesa innecessària. És l'anomenat "pes mort" de les bonificacions, segons el qual s'interpreta que si les contractacions que es bonifiquen s'haguessin realitzat tot i no existir les bonificacions que van aparellades als contractes, s'està malbaratant la despesa. Dit d'una altra manera, se subsidia a algú que hagués trobat una ocupació tot i l'absència del programa de bonificacions de la política activa i aquest fet malmet l'eficàcia del programa de bonificacions <sup>288</sup>.

La problemàtica del sistema de bonificacions de la Llei 43/2006 és així mateix contemplada pel Govern espanyol en un Informe remès al Congrés dels Diputats al gener de 2010<sup>289</sup> sobre l'avaluació dels resultats del sistema de bonificacions a les contractacions. A l'Informe el Govern reconeix que el sistema de bonificacions no ha complert amb la seva aspiració inicial que era realitzar una millor selecció dels col·lectius beneficiaris de les bonificacions, sinó que, pel contrari, el sistema és pràcticament universal ja que la pràctica totalitat dels col·lectius poden ser destinataris d'una bonificació. Fins i tot, el col·lectiu d'homes entre 31 i 44 anys que

---

<sup>288</sup> TOHARIA, L., (Director), *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la seguridad social para el empleo en la afiliación a la seguridad social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*, Universidad de Alcalá, Ministerio de Trabajo e Inmigración, diciembre 2008, pàgs. 32, 36, 37;

<sup>289</sup> *Líneas de actuación en el mercado de trabajo para su discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social, Presidencia del Gobierno de España 2010*. L'Informe és fruit de la Disposició Addicional tercera de la Llei 27/2009 on es preveu que el Govern remeti al Congrés del Diputats un informe sobre l'actual sistema de bonificacions establert a la Llei 43/2006 per impulsar un nou Programa de foment de l'ocupació que, entre d'altres propòsits, estigui vinculat a la conjuntura actual de l'economia i la desocupació tot fomentat l'ocupació indefinida que faci una millor selecció dels col·lectius que es vol afavorir en la contractació reduint la complexitat de l'actual sistema de bonificacions.

tradicionalment no comptava amb bonificacions, indirectament també es bonifica aquest grup a través de la contractació de desocupats amb responsabilitats familiars i d'aturats amb prestacions per desocupació. Per tant, es considera que el sistema no afavoreix a ocupar els col·lectius amb majors dificultats d'incorporar-se al mercat de treball, raó per la qual el sistema present és un pes mort que afecta de forma negativa a la seva eficàcia, donat que, amb independència que existissin les bonificacions, la contractació s'efectuaria igualment. Així doncs, la conclusió a què arriba el Govern a l'Informe és que cal revisar el sistema de bonificacions a la contractació per tal que esdevingui un sistema més eficient, que asseguri l'eficàcia de les bonificacions, és a dir, que s'afavoreixi la contractació d'aquells col·lectius que realment ho necessitin.

Davant la necessitat de reformular el règim de bonificacions per assegurar-ne la seva eficàcia futura, la finalitat dels canvis introduïts a les bonificacions a la contractació que porta a terme la reforma de 2010 és clara: reordenar la política de les bonificacions a la contractació per tal de fer-la eficient, d'acord amb el que expressa el preàmbul de les normes. En aquest sentit, la millora sobre la política de bonificacions a la contractació es fa en tres direccions: realitzar una regulació més rigorosa i selectiva dels col·lectius de treballadors per a qui s'estableixen bonificacions, millorar les quanties de les noves bonificacions quan la contractació es faci per les dones, i preveure un marge de temps per aplicar les bonificacions que, en acabar-se es pugui avaluar el sistema de les bonificacions i si fos necessari, modificar-lo<sup>290</sup>.

A l'article 10 de la Llei 35/2010 és on s'instaura el nou règim de bonificacions a la contractació indefinida. En el precepte s'indiquen quines són les noves bonificacions per la contractació indefinida. En contrast amb la Llei 43/2006, amb la reforma de 2010 alguns col·lectius han vist com s'ha mantingut el seu règim de bonificacions si bé s'han incorporat nous requisits que n'endureixen l'accés, i per d'altres supòsits, o bé s'han

---

<sup>290</sup> Amb els problemes que s'arrosseguen des del règim anterior de bonificacions, la reforma 2010 demostra que, tot i que el preàmbul de la Llei 35/2010 al·ludeix la crisi com a detonant d'una reforma urgent i bruscam eb l'àmbit de la reordenació de les bonificacions, les modificacions introduïdes representen canvis per millorar un sistema arrelat y establert molt temps abans de l'esclat de la crisi. Així ho expresa CRUZ VILLALÓN referint-se a la reforma laboral 2010: "un número significativo de las medidas que se adoptan cuando menos se venían barruntando desde tiempo atrás, aprovechándose el momento propicio para incluirlas dentro de un paquete general de reformas de algo que ya se encontraba en cartera con anterioridad. Por ello también muchas de las medidas constituyen un *continuum* respecto de cambios anteriores, siendo retoques a líneas de actuación que se vienen tomando desde hace ya unos cuantos años" CRUZ VILLALÓN, J.C., "Algunas claves de la reforma laboral de 2010", *Temas Laborales*, núm. 107, 2010. pàg. 31

suprimit les bonificacions o han esdevingut requisits redirigits a altres supòsits de contractació bonificables<sup>291</sup>.

En concret, per mitjà de les modificacions de la Llei 35/2010 s'han mantingut, amb nous requisits, les bonificacions per joves entre 16 i 30 anys, els majors de 45 anys i la transformació en indefinits de contractes formatius, de relleu i de substitució per jubilació. Per contra, s'ha suprimit, per venciment de la vigència de la mesura, el pla extraordinari per la contractació indefinida de treballadors desocupats amb responsabilitats familiars (art. 3 i 7.1.3 Llei 43/2006 derogats per la Disposició derogatòria única la Llei 35/2010). Així com també s'ha derogat el règim de bonificacions per la contractació indefinida de treballadors beneficiaris de les prestacions per desocupació que tenia una vigència fins el 31 de desembre de 2010 (art. 5 Llei 27/2009 derogat per la Disposició derogatòria única de la Llei 35/2010).

De forma similar, ha desaparegut la bonificació prevista pels treballadors inscrits com a desocupats a l'oficina d'ocupació durant sis mesos establert a l'article arts. 2.1.f) de la Llei 43/2006. En aquest cas, però, el requisit de trobar-se inscrit com a desocupat a l'Oficina d'Ocupació durant un període de temps determinat s'ha reconduït com un nou requisit exigint a les bonificacions de dos col·lectius, els joves de 16 a 30 anys i els majors de 45 anys. El mateix es pot dir de les bonificacions previstes a la Llei 43/2006 per la contractació de dones contractades després de 5 mesos d'inactivitat laboral si, anteriorment a retirar-se, han treballat almenys 4 anys. Aquestes bonificacions destinades a les dones, si bé és cert que s'han eliminat, també ho és que aquesta eliminació ha intentat compensar-se, reconduint aquesta supressió a les bonificacions de dones majors de 45 anys o dones entre 16 a 30 anys, i de dones a qui s'ha transformat de temporal a indefinit el contracte formatiu, de relleu i d'anticipació de l'edat de jubilació, ja que, per aquests col·lectius de dones, s'ha augmentat la quantia de la bonificació. S'ha establert, d'aquesta forma, una quantia de bonificació més elevada per les dones que pels homes en els tres supòsits bonificables bàsics – joves entre 16 a 30 anys, majors de 45 anys, i la transformació de temporals a indefinits de contractes formatius, de relleu i d'anticipació de l'edat de jubilació, una distinció de quantia per raó de sexe inexistent a la Llei 43/2006.

---

<sup>291</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Bonificación de la reforma laboral en la contratación indefinida y para la formación*, Reforma Laboral 2010,



En tot allò que no preveu la Llei 35/2010 és d'aplicació el règim jurídic del programa de foment de l'ocupació establert a la Llei 43/2006. En conseqüència, es manté i continua vigent el règim de bonificacions que disposa la Llei 43/2006 per a col·lectius amb característiques específiques, com són els supòsits de les persones amb discapacitat, les víctimes de violència de gènere, els treballadors en situació d'exclusió social, els treballadors amb 60 anys i antiguitat a l'empresa d'almenys 5 anys, i les dones que tenen el seu contracte suspès, i es reincorporen al treball després de la maternitat o tenir cura dels fills.

L'últim apartat de l'article 10 de la Llei 35/2010 que es comenta, l'apartat 8, indica que els treballadors la contractació de la qual sigui bonificada d'acord amb aquest article 10, seran considerats col·lectius prioritaris en la resta de mesures de polítiques actives d'ocupació, com els programes de formació. Aquest precepte evidencia que les polítiques d'ocupació actuals són subjectives, es caracteritzen per ser selectives i dirigir-se a uns col·lectius de persones específics, com els majors de 45 anys. També el precepte fa palès que la formació és una mesura de foment de l'ocupació que progressivament va prenent més presència en les mesures de foment de l'ocupació, i especialment figura com a imprescindible pels majors de 45 anys, sovint amb una qualificació baixa que els dificulta les oportunitats d'ocupació<sup>292</sup>.

Precisament, per tal d'afrontar la greu situació de desocupació del mercat de treball espanyol, en concret, per millorar l'ocupació d'aquells col·lectius que presenten dificultats d'inserció laboral i que han estat especialment perjudicats per la crisi, com són els majors de 45 anys en situació de llarga durada, juntament amb els joves, o les persones procedents del sector de la construcció, recentment el Govern ha adoptat una sèrie de mesures d'urgència que es plasmen al *Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas*<sup>293</sup>. A l'article 3 d'aquesta norma es preveu que els Serveis Públics d'Ocupació portin a terme accions de millora

---

<sup>292</sup> COMISSIÓ EUROPEA, Comunicació de la Comisió EUROPA 2020. *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM(2010) 2020, Brussel·les, 3.3.2010. pàg. 20; GENERALITAT DE CATALUNYA, *Estratègia Catalana per a l'Ocupació 2007-2013*, Pla general d'ocupació de Catalunya, 5 de setembre de 2006 pàg. 28

<sup>293</sup> BOE núm. 37, de 12 de febrer de 2011

de l'ocupabilitat dels majors de 45 anys que es troben en situació de llarga durada per mitjà de l'elaboració d'itineraris individuals i personalitzats d'ocupació. Es tracta d'accions de millora de l'ocupació que combinen actuacions d'orientació professional, com la confecció d'aquests itineraris personals, i la formació per l'ocupació, posant l'accent així en la importància de la formació com un element clau per millorar les oportunitats d'ocupació d'aquest col·lectiu.

*ii) Els nous requisits exigits a les empreses*

Les empreses que desitgin acollir-se al règim de bonificacions que contempla la Llei 35/2010 i la normativa anterior que es manté vigent, i sigui quin sigui el supòsit que es té la intenció de bonificar, i per tant, els majors de 45 anys inclosos, han de complir amb uns requisits que anteriorment a les reformes laborals de l'any 2010 no se'ls hi exigien.

Primerament, i seguint els termes de l'article 10.5 Llei 35/2010, en tots els casos de bonificacions de quotes per la contractació indefinida, excepte les transformacions referides a contractes de relleu, és requisit imprescindible per a poder aplicar la bonificació que la nova contractació o transformació de contracte temporal a indefinit impliqui un increment del nivell d'ocupació fixa de l'empresa. D'aquesta forma, el legislador valora que amb l'aplicació de la bonificació que es dispensa a l'empresa es creï ocupació. És a dir, l'aplicació de la bonificació està condicionada a la creació neta d'ocupació per part de l'empleador<sup>294</sup>. Per tant, es té en compte que la bonificació funcioni com un vertader mecanisme de foment de l'ocupació i no tan sols una via per abaratir la contractació<sup>295</sup>.

Per tal de calcular l'exigut increment del nivell d'ocupació fixa de l'empresa, el mateix article 10.5 de la Llei 35/2010 disposa que es prendrà com a referència el promig diari de treballadors que tenen contractes indefinits en el període de 90 dies anteriors a la nova contractació o transformació. Aquest promig s'obté a partir de dividir entre 90 el total dels contractes indefinits que estiguessin en alta a l'empresa a cada franja dels 90 dies immediatament anteriors a la nova contractació o transformació. S'ha de matisar

---

<sup>294</sup> RIVAS VALLEJO, P., *El fomento de la contratación estable*, Ponencia presentada a las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Lleida, 10/11 marzo 2011. p. 55

<sup>295</sup> PÉREZ ALONSO, M., MAGALLÓN ORTÍN, M., *Las bonificaciones tras la reforma laboral operada por el RDL 10/2010*, [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), TOL1.868.922, 28/06/2010

que d'aquest còmput se n'exclouen els contractes que s'haguessin extingit en aquest període per acomiadament disciplinari declarat com a procedent, dimissió, mort, jubilació o incapacitat permanent total, absoluta, o gran invalidesa del treballador, o durant el període de prova.

Juntament amb el requisit de computar que la bonificació que es dona a l'empresa comporti un increment del nivell d'ocupació fixa de l'empresa, s'exigeix també a l'article 10.6 de la Llei 35/2010 que no només la contractació suposi un augment del nivell d'ocupació fixa, sinó que a més les empreses que s'acullin a aquestes bonificacions mantinguin aquest nivell d'ocupació fixa aconseguit amb la contractació indefinida o la transformació bonificada durant tot el període que dura la bonificació. Per aquest requisit, com en l'anterior, s'exceptua el seu compliment quan les extincions dels contractes indefinits durant aquest període hagin estat causades per acomiadament disciplinari declarat procedent, dimissió, mort, jubilació o incapacitat permanent total, absoluta o gran invalidesa del treballador, o durant el període de prova.

Ara bé, el propi article 10.6 de la Llei 35/2010 especifica que si es produeixen extincions de contractes indefinits bonificats per unes altres causes diferents a les excepcions esmentades i aquestes extincions suposen una disminució de l'ocupació fixa de l'empresa, l'empresa està obligada a cobrir aquestes vacants en els dos mesos següents des que es produeixin. Les vacants s'han de cobrir a través de la contractació de nous treballadors amb un contracte indefinit o la transformació de contractes temporals o formatius en indefinits, amb la mateixa jornada laboral, almenys, que tingués el treballador a qui se li ha extingit el contracte de treball. En aquesta nova contractació per cobrir la vacant, el precepte, preveu que si es realitza amb un treballador que pertany a un col·lectiu bonificable, aquest nou contracte donarà lloc a l'aplicació de la bonificació corresponent al col·lectiu bonificat a què pertany el nou treballador durant el temps que resti des de l'extinció fins el compliment de la durada màxima de bonificació contemplada legalment per aquest nou treballador bonificat. En altres paraules, quan la vacant d'un treballador a qui s'extingeix un contracte dona pas a què es contracti a un altre treballador per cobrir la vacant, si a aquest nou treballador li és d'aplicació una bonificació, la durada d'aquesta bonificació serà del temps que quedi des de l'extinció del contracte fins el compliment dels anys de bonificació, i no començarà de nou un nou període de bonificació pel nou treballador que substitueix a

un altre treballador bonificat.

Per tant, si es produeixen extincions de contractes indefinits bonificats i l'extinció no té com a causa una de les excepcions previstes, l'empresa ha de substituir el treballador en el període de dos mesos. En cas que l'empresa no substitueixi al treballador en aquest període, seguint amb l'article 10.6 de la Llei 35/2010, l'empresa incorre en un incompliment de l'obligació d'aconseguir i mantenir un nivell d'ocupació fixa a l'empresa i ha de retornar les bonificacions aplicades sobre els contractes bonificats afectats pel descens del nivell de la plantilla fixa de l'empresa. És a dir, en aquest supòsit d'incompliment l'empresa ha de reintegrar les bonificacions que es van aplicar al treballador que no ha estat substituït<sup>296</sup>. Aquesta és una exigència nova de la Llei 35/2010, ja que, segons l'article 6.2 de l'anterior Llei 43/2006, quan l'empresa havia obtingut una bonificació i s'extingia el contracte del treballador bonificat per mitjà d'un acomiadament improcedent o col·lectiu, no se li permetia a l'empresa tornar a sol·licitar una bonificació per un altre contracte en el termini d'un any, però en cap cas no havia de retornar l'import de la bonificació rebuda, a diferència de l'actual regulació de 2010.

### *iii) Els nous requisits per les bonificacions dels majors de 45 anys*

En atenció al que s'ha l'exposat fins ara, la voluntat del legislador de reduir i fer més rigorosos els supòsit bonificables queda palesa amb les disposicions de la Llei 35/2010 que modifica substancialment el programa de foment de l'ocupació previst a la normativa anterior. En tot cas, es mantenen les bonificacions per la contractació indefinida de les persones majors de 45 anys.

Ara bé, a diferència del règim anterior previst a la Llei 43/2006, per accedir a les bonificacions per la contractació indefinida pels majors de 45 anys, a l'article 10.2 de la Llei 35/2010 es requereixen uns nous requisits i es modifica la durada i la quantia de la bonificació d'aquest col·lectiu.

En relació als requisits que es demanen per a poder tenir dret a la bonificació quan una empresa contracta a persones majors de 45 anys, s'exigeix que es tracti d'un treballador

---

<sup>296</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Bonificación de la reforma laboral en la contratación indefinida y para la formación*, Reforma Laboral 2010,

desocupat major de 45 anys que estigui inscrit a l'oficina d'ocupació durant almenys dotze mesos, un requisit de temps en situació de desocupació que no es preveia en el règim anterior. Aquest nou requeriment es pot enquadrar dins l'objectiu de la reforma laboral en virtut del qual es vol que el sistema de bonificacions sigui més rigorós i selectiu i es bonifiqui a qui realment ho necessita. En aquest sentit, com s'ha mencionat, dins l'ampli col·lectiu de majors de 45 anys, els que es troben en situació d'atur de llarga durada, és a dir, que porten més d'un any inscrits com a demandants d'ocupació, són els que presenten més dificultats per tornar a ser ocupats i els qui han resultat més perjudicats per la crisi actual. D'aquí que, exigint que l'accés a les bonificacions a la contractació indefinida pels majors de 45 anys es limitin als majors de 45 anys que porten almenys dotze mesos en situació de desocupació, s'assegura que amb les bonificacions s'incentiva l'ocupació dels majors de 45 anys amb menys probabilitats d'ocupabilitat, que són els aturats de llarga durada<sup>297</sup>. Es pretén incentivar econòmicament la contractació d'aquells que realment ho requereixen, que és el vertader objectiu de la bonificació.

És més, la limitació de persones desocupades suposa que es deixi sense efecte la inclusió a les bonificacions per la contractació indefinida que va fer l'article 6. Dos de la Llei 27/2009 a la Llei 43/2006 del treballador a temps parcial, demandant d'una millor ocupació, que té una jornada inferior a un terç de la jornada de treball d'un treballador complet comparable, i que és contractat en una altra empresa<sup>298</sup>. Així que deixen de ser bonificables els contractes celebrats amb treballadors amb contracte a temps parcial.

Pel que fa a la durada de les bonificacions, a la normativa anterior es podien aplicar les bonificacions durant tota la vigència del contracte. En canvi, la Llei 35/2010 limita la durada de percepció de la bonificació en tres anys o, si s'escau per la seva equivalència diària.

---

<sup>297</sup> MORALES ORTEGA, J.M., "El régimen de incentivos a la contratación tras la Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *Temas Laborales*, núm. 107, 2010, pàg. 393

<sup>298</sup> HIERRO HIERRO, F.J., "Las bonificaciones a la contratación como instrumento para elevar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas", dins, SEMPERE NAVARRO, A.V., (Director), *La reforma laboral de 2010*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pàg. 154

Pel que fa a la quantia de la bonificació, es manté la quantia que disposava la normativa anterior, un import fix de 1.200 euros a l'any o 100 euros al mes<sup>299</sup>. Ara bé, com a novetat, en el cas que es tracti de la contractació de dones majors de 45 anys, augmenta la quantia de bonificació a 1.400 euros l'any o 116,67 euros al mes.

En definitiva, amb la reforma laboral de 2010 es manté un règim de bonificacions per la contractació indefinida del col·lectiu de majors de 45 anys. L'import de la bonificació per la contractació indefinida dels majors de 45 anys no varia respecte la regulació anterior i fins i tot s'incrementa en el supòsit que el contracte indefinit se celebri amb dones. Això no obstant, el cert és que, com s'ha observat, la Llei 35/2010 modifica les condicions per accedir a aquestes bonificacions, tot exigint requisits que no es preveien anteriorment, fet que fa més exigent i amb més obstacles la contractació d'aquest grup de treballadors majors de 45 anys. Ara bé, també és cert que la finalitat que es vol aconseguir amb els nous requisits és matisar i limitar l'accés a les bonificacions als qui realment presenten més dificultats d'ocupació. I, així, per exemple, tot establint el requisit d'estar inscrit almenys dotze mesos com a demanandant d'ocupació la llei afavoreix la contractació dels majors de 45 anys aturats de llarga durada que, de fet, són els que presenten més problemes per ser ocupats.

Per últim, cal dir que, complint amb l'objectiu que apunta el preàmbul de la Llei 35/2010 pel qual s'estableix un horitzó temporal per aplicar les bonificacions, l'article 10.1 de la llei ha previst un termini determinat per acollir-se a les bonificacions per la contractació indefinida, incloses les dels majors de 45 anys, que es correspon al període de temps entre el 18 de juny de 2010 i fins el 31 de desembre de 2011. A la finalització d'aquest termini, el preàmbul apunta que s'avaluaran els resultats de l'aplicació de les bonificacions i, en base als resultats, es procedirà a modificar el règim de bonificacions si s'estima convenient. L'anàlisi de l'aplicació de les bonificacions es farà efectiu,

---

<sup>299</sup> D'aquesta manera, la Llei 35/2010 manté en vigor la bonificació consistent en una quantia fixa com ja va introduir el Programa de Foment d'Ocupació de la Llei 43/2006 i es deixa al marge el sistema de bonificació consistent en un percentatge de la quota de la Seguretat Social que se preveia normalment abans de la Llei 43/2006. La bonificació de quantia fixa no té relació amb la quantia de la retribució, una dada que, en las paraules de GONZÁLEZ ORTEGA, la Llei 35/2010 "pudiendo ser menos relevante en cuanto a los trabajadores jóvenes (por la menor apertura del abanico salarial) sí lo es en el caso de los trabajadores de edad madura ya que, en estas edades y en razón de la formación y la trayectoria profesional, las diferencias salariales pueden ser muy amplias". D'aquesta forma, afageix l'autor, "se incentivan particularmente los trabajadores con salarios más bajos ya que, en relación con ellos, será más importante la cuantía de la bonificación". GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo", Temas Laborales, núm. 107, 2010. pàg. 425

segons la Disposició addicional novena de la Llei 35/2010, amb la presentació per part del Govern al Congrés dels Diputats d'un Informe anual d'avaluació i seguiment econòmic de les bonificacions a la contractació, d'acord amb el qual s'han d'ajustar les polítiques actives a la realitat del mercat de treball.

#### ***b) Bonificacions pel manteniment de l'ocupació indefinida pels majors de 59 anys***

Al marge de les bonificacions a la contractació indefinida pels majors de 45 anys, convé també fer referència a les bonificacions pel manteniment de l'ocupació indefinida en tant que tenen com a uns dels seus destinataris els treballadors de més edat, en concret a partir de 59 anys. En aquest sentit, l'exposició de motius de la Llei 35/2010 disposa que es manté la regulació de les bonificacions que tenen com a finalitat mantenir la situació d'activitat dels treballadors majors de 59 anys tal i com estan previstes a la Llei 43/2006 i les Lleis de Pressupostos Generals de l'Estat anuals.

Així que es continua comptant amb dos tipus de bonificacions d'aquesta índole. En primer lloc, figura la bonificació pel manteniment de l'ocupació indefinida que, segons contempla l'article 4 de la Llei 43/2006, bonifica els contractes indefinits dels treballadors de 60 anys o més i que compten amb una antiguitat a l'empresa de 5 anys o més. En aquest cas la bonificació consisteix en la reducció del 50% de l'aportació empresarial per contingències comunes, excepte la incapacitat temporal, que s'ha incrementat anualment un 10%, fins el 100%. Aquesta bonificació dura per tota la vigència del contracte de treball.

En segon lloc, roman la bonificació que s'atorga per la contractació indefinida dels treballadors de 59 anys, que comptin amb una antiguitat a l'empresa de 4 anys que es va afegir a través de la Disposició addicional 25ena de la *Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007*<sup>300</sup> que es finança amb càrrec al pressupost destinat a la Seguretat Social. Per aquesta contractació s'ofereix una reducció del 40% de l'aportació de l'empresa per contingències comunes, excepte la incapacitat temporal, durant un any, en la mesura que a partir de 60 anys la bonificació oferta és superior, d'acord amb el que estableix l'actual regulació d'aquesta reducció de

---

<sup>300</sup> BOE núm. 311, de 29 de desembre de 2006

quotes pel manteniment de l'ocupació que es troba a la Disposició addicional sisena de la *Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012*<sup>301</sup>.

Amb tot, respecte aquestes bonificacions pel manteniment de l'ocupació indefinida, el preàmbul de la Llei 35/2010 declara que s'ha d'examinar si les bonificacions d'aquest caire han de seguir formant part de les polítiques d'ocupació com fins ara es considera o bé si s'han d'incardinar dins les polítiques de la Seguretat Social. Si continuen essent integrades a les polítiques d'ocupació, aquestes depenen de l'aportació empresarial a la Seguretat Social i poden ser també previstes per la legislació autonòmica. En contrast, si es esdevenen polítiques de la Seguretat Social, vinculades així a la jubilació gradual i flexible i al perllongament de la vida laboral dels treballadors d'edat, aquestes bonificacions dependran dels pressupostos de l'Estat destinats a la Seguretat Social i les Comunitats Autònomes no en tindran cap tipus de competència.

Així doncs, Amb la reforma laboral de 2010 es mantenen les bonificacions pel manteniment de l'ocupació i les bonificacions per la contractació indefinida per aquest col·lectiu, juntament amb els joves i el supòsit de la transformació de contractes temporals en indefinits. Ara bé, partint de l'objectiu de que el sistema de bonificacions sigui més rigorós i selectiu que pretén la reforma en comparació amb l'anterior règim en què pràcticament tot subjecte era susceptible de ser bonificat, s'afegeixen nous requisits tant pels empresaris com pels treballadors que vulguin acollir-se al règim de bonificacions. Endurint-ne els requisits, l'accés a les bonificacions esdevé més exigent, de forma que, podria obstaculitzar la utilització de les bonificacions, i en última instància, el foment de l'ocupació tant pels treballadors majors de 45 anys com per la resta de supòsits de contractació bonificada. Amb tot, la inclusió de determinats nous requisits per tal que els majors de 45 anys puguin tenir dret a la bonificació de la seva contractació, com l'exigència de ser demandant d'ocupació almenys dotze mesos, beneficia als majors de 45 anys que es troben en atur de llarga durada, els quals són els qui més dificultats presenten per ser ocupats i, per tant, els qui vertaderament necessiten que s'incentivi la seva contractació per ser ocupats. En aquest sentit, la reordenació de les bonificacions per aquest col·lectiu és positiva perquè s'encamina a seleccionar el

---

<sup>301</sup> BOE núm. 156, de 30 de juny de 2012



grup dels majors de 45 anys amb més dificultats d'inserció laboral, que són els majors de 45 anys aturats de llarga durada.

### **3.1.3 canvis en el contracte de foment per la contractació indefinida introduïts per la Llei 35/2010**

El sistema de bonificacions no és l'única mesura de foment de l'ocupació de la qual en són beneficiaris els majors de 45 anys que resulta afectada per la reforma laboral de 2010. L'article 3 de la Llei 35/2010 modifica 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*<sup>302</sup> en relació al contracte de foment de la contractació indefinida el qual es pot concertar amb els treballadors desocupats inscrits en una oficina d'ocupació majors de 45 anys.

El contracte de foment de la contractació indefinida és una modalitat contractual que es va introduir a l'ordenament jurídic espanyol a través de la reforma laboral que va tenir lloc l'any 1997, a partir de la Disposició addicional primera de la *Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del Mercado de Trabajo y el fomento de la Contratación Indefinida*<sup>303</sup>. Aquest contracte té per finalitat facilitar la col·locació estable de treballadors desocupats i també als ocupats subjectes a contractes temporals que formin part dels col·lectius que enumera el propi pel precepte, de forma que el contracte només pot concertar-se amb els treballadors inclosos en els grups determinats, entre els quals hi ha els majors de 45 anys.

Com a contrapartida als empresaris que utilitzin aquesta tipus de contracte que ha de ser per temps indefinit per contractar a treballadores inclosos en els grups, la llei estableix determinats avantatges per l'empresari, com la reducció de les despeses d'acomiadament. En aquests termes, l'acomiadament per causes objectives i improcedent dels treballadors contractats amb aquest contracte suposa una indemnització per acomiadament de trenta-tres dies per any d'antiguitat i amb un màxim de vint-i-quatre mesos, en comparació amb els quaranta-cinc dies i amb un

---

<sup>302</sup> BOE núm. 164, de 10 de juliol de 2001

<sup>303</sup> BOE núm. 312, de 20 de desembre de 1997

màxim de quaranta-dos mesos que s'estableix pel contracte ordinari a l'article 53.5 de la Llei de l'Estatut dels Treballadors.

L'objectiu central de la reforma laboral de 2010 és promoure l'estabilitat en l'ocupació. En base a aquest objectiu, el contracte de foment de la contractació indefinida es modifica per tal de que la seva utilització sigui més extensa, segons proclama el preàmbul de la Llei 35/2010, perquè ha estat escassament utilitzat, i per tant, no s'ha complert amb la finalitat d'aquest contracte, afavorir l'accés a contractes de caràcter indefinit dels col·lectius amb més dificultats d'ocupació, entre els quals s'hi troben els majors de 45 anys. De mode que, en la mesura que la principal pretensió de la reforma laboral és incentivar la contractació indefinida, la modificació del contracte pel foment de l'ocupació apareix com un dels elements essencials de la reforma, ja que, per mitjà de la seva modificació es busca potenciar la contractació indefinida i corregir així la dualitat del mercat de treball.

Les modificacions principals que la Llei 35/2010 introdueix sobre el contracte de foment de la contractació indefinida radica en l'ampliació de dels col·lectius amb qui pot celebrar-se el contracte, la possibilitat de convertir contractes temporals en contractes de foment de la contractació indefinits, i en el trasllat de l'article 56.2 LET a l'àmbit dels acomiadaments objectius. D'aquesta forma, la reforma modifica aspectes claus d'aquest contracte. I és que, com ja s'ha mencionat, la singularitat del contracte pel foment de la contractació indefinida és que es concerta amb determinats col·lectius amb especials dificultats per l'accés al mercat de treball, com els majors de 45 anys, i es caracteritza per oferir un avantatge per l'empresari, la previsió d'una indemnització en cas d'extinció del contracte inferior a la de caràcter general.

#### ***a) L'ampliació de l'àmbit subjectiu del contracte***

D'acord, la Disposició Addicional primera de la Llei 12/2001, en la seva redacció anterior a la reforma de 2010, es podia concertar el contracte de foment per la contractació indefinida amb els treballadors desocupats inscrits a l'oficina d'ocupació majors de 45, joves entre setze i fins a trenta anys, dones desocupades quan es contractin per prestar serveis en professions o ocupacions amb menor índex d'ocupació femenina, les persones amb discapacitat i els aturats que portin almenys tres mesos

inscrits ininterrompudament com a demandants d'ocupació. Per aquests darrers, la Llei 35/2010 canvia el requisit de temps en estat de desocupació, passant de 6 mesos inscrits com a demandants d'ocupació que exigia la Llei 12/2001 a 3 mesos amb la nova llei de 2010.

Aquest àmbit subjectiu del contracte s'amplia, i, en funció l'article 3 de la Llei 35/2010, a banda dels col·lectius citats que es mantenen, s'incorporen dos nous col·lectius amb qui es pot subscriure aquesta modalitat els desocupats que durant els dos darrers anys anteriors a la celebració del contracte haguessin estat contractats exclusivament mitjançant contractes de caràcter temporal, inclosos els contractes formatius, i els desocupats a qui se'ls hagués extingit un contracte de caràcter indefinit en una empresa diferent, durant els dos anys anteriors a la celebració del contracte. La finalitat d'ampliació dels col·lectius amb qui concertar aquest contracte és possibilitar l'accés als contractes de caràcter indefinit a aquells col·lectius "atrapats en la temporalitat", com enuncia el preàmbul de la Llei 35/2010, és a dir, aquells grups que en els darrers anys només han estat subjectes a contractes de durada determinada o a qui se'ls hagi extingit un contracte de caràcter indefinit. I, efectivament, l'ampliació de l'àmbit subjectiu permet la contractació de dones entre 31 i 44 anys de sectors amb menys índexs d'ocupació femenina, així com la contractació d'homes d'entre 31 i 44, que amb l'anterior versió estaven exclosos d'aquest contracte <sup>304</sup>.

#### ***b) La conversió de treballadors temporals en fixes***

La Disposició Addicional primera de la Llei 12/2001 disposava la possibilitat de convertir els treballadors amb contractes de durada determinada, incloses els contractes formatius, celebrats amb anterioritat al 31 de desembre de 2007, en treballadors fixes, mitjançant contractes de foment de la contractació indefinida. En funció de la nova redacció que l'article 3 de la Llei 35/2010 dóna a aquest precepte de la Llei 12/2001, es facilita la possibilitat de convertir els treballadors temporals en fixes en els contractes celebrats amb anterioritat al 18 de juny de 2010 i fins el 31 de desembre de 2010. Així com també preveu que serà vàlida la transformació dels contractes temporals en fixes, d'aquells contractes temporals celebrats a partir del 18 de juny de 2010 i fins els 31 de

---

<sup>304</sup> LAHERA FORTEZA, J., "La reforma de la contratación laboral" *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2010. pàgs. 33-46

desembre de 2011, sempre i quan la duració d'aquests contractes temporals no hagi excedit de 6 mesos, excepte els formatius.

Amb la renovació temporal de la possibilitat de convertir els contractes temporals en indefinits a través del contractes de foment de l'ocupació indefinida es vol posar un fre a la temporalitat del mercat de treball, especialment prolífica en aquest temps de crisi econòmica. Per això, en el primer cas, de 18 de juny de 2010 a 31 de desembre de 2010, es permet als contractes ja vigents que es puguin transformar. En canvi, els nous contractes temporals celebrats a partir de la reforma, el 18 de juny, poden convertir-se en contractes de foment a la contractació indefinida només fins el 31 de desembre de 2011 i sempre que la durada del contracte no hagi superat els sis mesos, unes exigències temporals pensades per evitar irregularitats i que la possibilitat de convertir en qualsevol moment i sense cap límit temporal el contracte temporal en un contracte pel foment de la contractació indefinida fos una via lliure utilitzada per encobrir contractes temporals

305

### ***c) La flexibilitat de l'acomiadament improcedent***

És sabut que quan un contracte de foment de la contractació indefinida s'extingeix per causes objectives i l'extinció és declarada judicialment improcedent la quantia de la indemnització que es refereix l'article 53.5 LET és de trenta-tres dies de salari per any de servei, prorratejant-se per mesos els períodes de temps inferiors a un any i fins a un màxim de vint-i-quatre mensualitats (Disposició addicional primera Llei 12/2001), a diferència dels quaranta-cinc dies de salari per any de servei i un màxim de quarantadós mensualitats que es preveu normalment en el supòsit d'acomiadament disciplinari declarat improcedent per la jurisdicció social i si l'empresa opta per la no readmissió (art. 56 LET).

A aquesta disposició de la Llei 12/2001, la Llei 35/2010 afegeix en el seu article 3 que s'aplicarà igualment aquesta indemnització prevista de 33 dies de salari per any treballat quan el contracte de foment a la contractació indefinida s'extingeixi per causes

---

<sup>305</sup> LUJÁN ALCARAZ, J., "El contrato para fomento de la contratación indefinida tras el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma laboral", *Aranzadi Social*, núm. 7, 2010. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), BIB 2010/1422

objectives i l'extinció es declari judicialment improcedent o “reconocida como tal por el empresario”. Si és reconeguda per l'empresari i es procedís segons el que disposa l'article 56.2 LET, el precepte afegeix, “el empresario deberá depositar en el Juzgado de lo Social la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador según el artículo 53.1.b) de la misma Ley y la señalada en este apartado”. Convé recordar que segons l'article 53.1.b LET l'extinció del contracte per causes objectives comporta una indemnització de vint dies per any de servei, prorratejant-se per mesos els períodes de temps inferiors a un any i amb un màxim de dotze mensualitats.

La novetat de la Llei 35/2010 rau en la permissió que les empreses puguin utilitzar l'acomiadament improcedent, ja sigui disciplinari com objectiu en l'àmbit dels contractes de foment de la contractació indefinida, independentment de si la improcedència de l'acomiadament sigui reconeguda pel jutge o per l'empresari <sup>306</sup>. Així que la llei 35/2010 estableix indica que l'extinció per causes objectives “declarada judicialmente improcedente o reconocida com a tal per l'empresari” donarà lloc a l'aplicació de la indemnització reduïda de 33 dies <sup>307</sup>.

D'aquesta forma, amb la novetat de la reforma de 2010, es trasllada l'article 56.2 LET –quan l'opció entre la readmissió o indemnització en cas d'acomiadament disciplinari declarat improcedent correspon a l'empresari- en el terreny dels acomiadaments objectius. Per aquesta via, com puntualitza ROJO s'augura “un increment important de la contractació indefinida de foment d'ocupació i la gradual reducció de les indemnitzacions de 45 dies en els expedients de regulació d'ocupació pactats (és a dir, amb indemnitzacions molt més elevades que els 20 dies legalment establerts, però sabent ambdues parts que els 45 dies és el “sostre” de la indemnització que un treballador pot obtenir si acudeix als tribunals) per donar pas als 33 dies” <sup>308</sup>. Així que, tot ampliant l'àmbit dels col·lectius amb qui es pot celebrar el contracte pel foment de la contractació indefinida, la reforma legislativa de 2010, indirectament abarateix el cost

---

<sup>306</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “El contrato de fomento de la contratación indefinida, o el despido improcedente como centro de gravedad del sistema laboral”, dins IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MERCADER UGUINA, J.R., (Directors), *La reforma laboral 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pàg. 124

<sup>307</sup> GOERLICH PESET, J.M., “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010. pàg. 286

<sup>308</sup> ROJO TORRECILLA, E., “Reforma laboral. L'acomiadament objectiu exprés”, *El blog de Eduardo Rojo*, 27 d'agost de 2010 (<http://eduardorjoblog.blogspot.com/2010/08/reforma-laboral-lacomadament-objectiu.html>)

de la indemnització pels supòsits d'acomiadament improcedent, un cost indemnitzatori que també s'aplica als acomiadaments objectius que es reconeixin com a improcedents

309

L'article 3.4 de la Llei 35 /2010 afegeix que si l'empresa segueix un procediment d'acomiadament per causes objectives, i el treballador la causa real de l'acomiadament és disciplinària o d'una altra índole<sup>310</sup> i no objectiva, i per tant, poder cobrar la indemnització de 45 dies de salari per any treballat i no la de 33 dies de salari per any treballat, li correspondrà al propi treballador assumir la càrrega de la prova de demostrar-ho. Aquesta és, d'acord amb LAHERA, una prova summament difícil pel treballador perquè ha de provar que l'acomiadament és disciplinari, tot i que improcedent, i no és objectiu encara que l'empresa hagi reconegut que és improcedent<sup>311</sup>. S'afavoreix d'aquesta manera a què les empreses abonin una indemnització inferior a la corresponent a l'acomiadament disciplinari.

En relació al col·lectiu de majors de 45 anys, la Llei 35/2010 el manté com a col·lectiu amb qui es pot concertar aquesta modalitat contractual pel foment de la contractació indefinida. Un efecte per aquest col·lectiu a partir de les modificacions operades en el contracte és que la reducció del cost de l'extinció d'aquesta modalitat contractual pel foment de la contractació indefinida respecte al cost de l'extinció comuna pot beneficiar a augmentar la contractació dels majors de 45 anys com a subjectes amb qui es pot concertar aquest contracte, si bé les indemnitzacions en cas d'extinció improcedent comportaran una reducció de la indemnització que percebi el treballador acomiadat.

#### ***d) Límits de les empreses per celebrar el contracte***

Anteriorment a la reforma de 2010, la Disposició Addicional cinquena de la Llei 12/2001 assenyalava un límit de temps per què es empreses poguessin concertar aquest contracte. En concret, el límit era que havien de transcórrer 12 mesos per a què

---

<sup>309</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., "La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-ley 10/2010", *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2010, pàg. 6; SEMPERE NAVARRO, A.V., MARTÍN JIMÉNEZ, R., "La reforma del mercado de trabajo mediante RDL 10/2010" *Aranzadi Social*, núm. 7, 2010, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)

<sup>310</sup> PUEBLA PINILLA, A., GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *Nueva reforma laboral RDL 10/2010, L35/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Santiago de Compostela, 2010, pàg. 51

<sup>311</sup> LAHERA FORTEZA, J., "La reforma...op cit. pàgs. 33-46

l'empresa que hagués extingit contractes de treball per acomiadament declarat improcedent o per acomiadament objectiu pogués tornar a celebrar un contracte de foment de la contractació indefinida. L'article 3 de la Llei 35 /2010 redueix aquest límit temporal a 6 mesos, un límit que no s'explica a les extincions de contractes anteriors al 18 de juny de 2010. La finalitat d'aquesta reducció del còmput de les extincions de contractes és evitar que se substitueixin contractes indefinits en els quals el seu acomiadament improcedent equival a una indemnització de 45 dies de salari per any d'antiguitat, en contractes indefinits en els que, segons la nova regulació, els hi pertoquin indemnitzacions de 33 dies de salari per any treballat.

Un darrer canvi respecte aquesta limitació adreçada a les empreses per celebrar el contracte de foment per la contractació indefinida es refereix al fet que a la regulació d'abans de la reforma la prohibició de no celebrar un contracte de foment per la contractació indefinida passat uns mesos es condicionava a què es volgués cobrir amb el contracte de foment de la contractació indefinida un lloc de treball en el mateix centre de treball i de la mateixa categoria o grup professional que l'afectat amb l'extinció del contracte. Mentre que a l'article 3 de la Llei 35/2010 condiona la prohibició de tornar a celebrar un contracte pel foment de la contractació indefinida durant sis mesos a què el lloc que es pretengui cobrir sigui el mateix afectat per l'extinció, restringint així encara més aquesta limitació <sup>312</sup>.

En definitiva, els majors de 45 anys a la reforma laboral de 2010 continuen apareixent com un dels col·lectius amb qui es pot concertar el contracte de foment de la contractació indefinida. La reforma té com a objecte central afavorir l'ocupació estable i, en aquest sentit, vol potenciar la utilització d'aquest contracte, especialment tot ampliant-ne el seu àmbit subjectiu de col·lectius amb qui es pot celebrar aquest contracte, o també flexibilitzant l'acomiadament improcedent, la indemnització del qual resulta inferior per aquest tipus de contracte. La nova regulació pot tenir com a efecte que, efectivament, incrementi l'ús d'aquesta modalitat contractual, prenent en consideració, en tot cas, que en els nous termes de la llei, la indemnització que pot resultar per l'acomiadament improcedent serà menor.

---

<sup>312</sup> GÁRATE CASTRO, J., "La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *Actualidad Laboral*, núm 1, 2011. pàg. 9

### **3.1.4 La restricció de les bonificacions i la supressió del contracte de foment a la contractació indefinida per mitjà de la Llei 3/2012, de 6 de juliol**

La Llei 3/2010, de 6 de juliol que es predica com un intent d'establir un marc que contribueix a una gestió eficaç de les relacions laborals i faciliti a creació de llocs de treball amb l'objectiu de la flexiseguretat a l'horitzó, es tradueix, com el preàmbul avisa, en una reforma de gran envergadura que incideix en els fonaments mateixos del model sociolaboral espanyol.

Quant als incentius econòmics de foment a la contractació dels majors de 45 anys descrits l'aprovació de la Llei 3/2012 significa, d'una banda, la renovació i creació d'un nou sistema de bonificació que redueix les possibilitats de bonificació i, d'altra banda, l'eliminació del contracte de foment de la contractació indefinida.

#### ***a) Les bonificacions per majors de 45 anys restringides a empreses de menys de 50 treballadors amb un període de prova d'un any***

L'exposició de motius de la Llei 3/2012 anuncia que la norma "racionaliza el sistema de bonificaciones para la contratación indefinida, cuya práctica generalización ha limitado gravemente su eficiencia". Així, el nou sistema de bonificacions es dirigeix exclusivament a les empreses de menys de 50 treballadors, ja sigui bé per la contractació indefinida, a través d'una nova modalitat contractual anomenat "contracte indefinit de suport als emprenedors", de joves entre 16 i 30 anys, o majors de 45 anys aturats de llarga durada inscrits com a demandants d'ocupació almenys dotze mesos en els divuit mesos anteriors a la contractació, o bé per la transformació de contractes de pràctiques, de relleu o de substitució de l'edat de jubilació en contractes indefinits.

Així, en relació a les bonificacions destinades a la contractació de majors de 45 anys, la Llei 3/2012 introdueix una nova bonificació per aquest col·lectiu a través de la previsió a l'ordenament jurídic d'un nou contracte denominat contracte indefinit de suport als emprenedors pensat pel Govern per afavorir la creació d'ocupació estable i potenciar tant la creació d'ocupació, en especial per joves, com aconseguir la reducció de la desocupació.



Definit a l'art. 4 de la Llei 3/2012, el contracte de treball per temps indefinit de suport als emprenedors és un contracte a temps complet i per temps indefinit que el poden utilitzar només les empreses de 50 o menys treballadors, a efectes del quals es tindrà en compte el nombre de treballadors de l'empresa en el moment que se celebri la contractació.

La raó de ser d'aquesta limitació del nombre de treballadors de l'empresa per poder utilitzar el nou contracte radica en el fet que, com indica el preàmbul de la norma, les empreses de 50 o menys treballadors constitueixen el 99,23% de les empreses espanyoles, de forma que aquest nou contracte respon a la necessitat de facilitar la contractació de treballadors per part d'aquestes empreses que representen la major part del teixit productiu d'Espanya. Es tracta doncs, d'un contracte pensat per les Petites i Mitjanes Empreses (PYMES)<sup>313</sup>.

El règim jurídic que li és d'aplicació a aquest nou contracte és l'Estatut dels Treballadors i els convenis col·lectius pels contractes indefinits, amb una excepció, i és que per la durada del període de prova no s'aplica l'art. 14 LET sinó que el temps del període de prova serà, en tot cas, d'un any.

Davant d'aquesta clàusula ROJO TORRECILLA reconeix que “suscita muchísimas dudas jurídicas la ampliación del período de prueba hasta un año para el nuevo contrato, y desde luego va en contra de la doctrina de la sala de lo social del Tribunal Supremo”<sup>314</sup>, tot recordant la STS de 20 de juliol de 2011 (152/2010) en la qual el TS determina que el període de prova d'un any establert en un Conveni Col·lectiu aplicable a venedors d'una empresa de publicitat amb la finalitat que els treballadors adquireixin l'experimentació i aptitud professional en el sector d'activitat comercial és excessiu i abusiu. El Tribunal recorda que la institució del període prova és l'experimentació "sobre el terreno" de la relació de treball mitjançant l'execució de les prestacions respectives de les parts, sent les seues funcions manifestes la comprovació de la aptitud

---

<sup>313</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Nuevos fundamentos para el derecho del trabajo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837/2012 (BIB 2012/406), 2012, pàg. 1

<sup>314</sup> ROJO TORRECILLA, E., “La reforma laboral desequilibra las relaciones laborales según mi parecer”, <http://eduardorojoblog.blogspot.com/>, 28 de febrer de 2012

profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado, teniendo mayor significación estas funciones en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados y tiene, consustancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí, que sea razonable, que su duración sea por lo general, breve” (FJ 2). En vistes de la doctrina jurisprudencial i pel fet que durant el període de prova les parts són lliures de resoldre el contracte sense haver d’abonar cap tipus indemnització, l’ampliació a tot contracte indefinit de suport als emprenedors a un any de període de prova pot posar en dubte la legalitat d’aquesta clàusula. Més encara, arran del període de prova d’un any, aquest contracte apareix si fos un contracte temporal amb vigència d’un any, però sense cap causa, perquè l’empresa pot acomiadar al treballador sense cap motiu durant el període de prova<sup>315</sup>.

Per aquest contracte es preveu a l’article 43 del text refós de la Llei de l’impost de societats<sup>316</sup> una deducció fiscal si es contracta a una persona perceptora de prestacions contributives de desocupació equivalent al 50% de la prestació per desocupació que el treballador encara no hagi cobrat en el moment de celebrar el contracte, amb el límit de 12 mensualitats<sup>317</sup>. Aquesta incentiu fiscal pot beneficiar la contractació de majors de 45 anys, donat que són un dels col·lectius amb més presència a l’atur.

En tot cas, per poder optar a aquesta deducció fiscal, el treballador ha d’haver rebut la prestació de desocupació com a mínim tres mesos abans de la contractació, l’import de la deducció ha de fixar-se a la data d’inici del contracte i no es pot modificar amb posterioritat i l’empresa ha de requerir al treballador un certificat del Servei Públic d’Ocupació Estatal sobre l’import de la prestació de desocupació pendent de percebre a la data de celebració del contracte.

És més, aquesta deducció només s’aplicarà a aquells contractes realitzats en el període impositiu fins que s’assoleixi una plantilla de 50 treballadors i sempre que, en els dotze mesos següents a l’inici de la relació laboral es produeixi, per cada treballador

---

<sup>315</sup> CCOO, *Nota informativa 4/2012. Reforma laboral 2012*, Centre d’estudis i recerca sindicals (CERES), 2012. pàg. 19

<sup>316</sup> *Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 61, d’11 de març de 2004).*

<sup>317</sup> També es preveu una altre deducció fiscal consistent en 3.000 euros si el primer contracte que l’empresa celebra és amb un treballador de menys de 30 anys. Es pretén potenciar així l’ocupació juvenil, un dels objectius principals de la reforma laboral 2012.

contractat, un increment de la plantilla mitjana total de l'entitat d'almenys una unitat respecte a l'existent en els dotze mesos anteriors

A més a més d'aquest incentiu fiscal, i de forma específica i directa pels treballadors d'edat, el contracte preveu bonificacions si es contracta a majors de 45 anys<sup>318</sup>. Així, les empreses de fins a 50 treballadors que utilitzin la nova modalitat contractual si contracten a majors de 45 anys inscrits almenys 12 mesos en els 18 mesos anteriors a la contractació tindran dret a una bonificació de la quota empresarial a la Seguretat Social de 108,33 euros/mes (1.300 euros/any) durant tres anys (. I, encara més, si la persona contractada major de 45 anys és una dona, la quantia de la bonificació augmenta a 125 euros/mes (1.500 euros/any) sempre que es tracti de dones en sectors en els quals aquest col·lectiu estigui menys representat<sup>319</sup>.

La percepció d'aquesta bonificació és compatible amb altres ajudes públiques que es prevegin amb la mateixa finalitat, però en cap cas la suma de les bonificacions pot superar el 100% de la quota empresarial a la Seguretat Social.

Amb tot, tant l'incentiu fiscal com la bonificació obliguen a l'empresari a mantenir el treballador contractat almenys tres anys des de la data de celebració del contracte. Si s'acomiada el treballador en aquest període d'anys l'empresari haurà de retornar els beneficis obtinguts. Aquesta obligació no es considera incomplerta qual el contracte de treball s'extingeixi per acomiadament disciplinari declarat o reconegut com a procedent, dimissió, mort, jubilació o incapacitat permanent total, absoluta o gran invalidesa del treballador.

L'única limitació a la utilització d'aquesta modalitat de contracte opera en casos d'acomiadaments objectius improcedents o acomiadaments col·lectius produïts en els sis mesos anteriors a la celebració del contracte. En aquests casos, no es podrà celebrar aquest tipus de contracte sempre que l'extinció i acomiadament s'hagués produït amb posterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta Llei 3/2012 i quan es tracti de cobrir llocs de

---

<sup>318</sup> A banda dels majors de 45 anys, la contractació de joves entre 16 a 30 anys també resulta bonificada amb 83,33 euros/mes (1.000 euros/any), quantia que s'incrementa en 8,33 euros/mes (100 euros/any) en cas que els joves contractats siguin dones en sectors en què aquest col·lectiu estigui menys representat.

<sup>319</sup> La forma de les bonificacions ja no responen a una quantia fixa tal com es preveia a la Llei 43/2006, sinó que, retorna a la forma de bonificacions aplicades sobre les quotes empresarials a la Seguretat Social talment com es contemplava abans de la Llei 43/2006.

treball del mateix grup professional que els afectats per l'extinció o acomiadament i pel mateix centre o centres de treball.

Per la resta, a aquest contracte de treball indefinit i són d'aplicació les previsions del Capítol 1, secció 1a, article 1 de la Llei 43/2006, és a dir, les relacionades amb les mesures d'impuls de la contractació indefinida. En aquest sentit, es mantenen en vigor del Programa de Foment de l'Ocupació contemplat a la Llei 43/2006 les bonificacions pel manteniment de l'ocupació adreçades a la contractació de treballadors d'edat a partir de 60 anys. Són les bonificacions previstes pels contractes indefinits de treballadors de 60 o més anys amb una antiguitat a l'empresa de cinc o més anys. Aquests contractes donen a la bonificació del 50% de l'aportació empresarial per contingències comunes, excepte la incapacitat temporal, que duren durant tota la vigència del contracte, tot incrementant-se cada any un 10% fins arribar al 100%. També, cal dir que es mantenen les bonificacions del 40% de l'aportació empresarial per contingències comunes, excepte la incapacitat temporal, que s'atorga durant un any als contractes indefinits dels treballadors de 59 amb una antiguitat a l'empresa de 4 o més anys. Aquestes darreres bonificacions previstes a la Disposició addicional 25ena de la Llei 42/2006, de Pressupostos Generals per a l'any 2007.

També, quant a les obligacions empresarials, els requisits que han de complir els empresaris beneficiaris de les bonificacions són les descrites a la Llei 43/2006, a saber: trobar-se al corrent del compliment de les obligacions tributaries i de la Seguretat Social tant en la data d'alta dels treballadors com durant la percepció de les bonificacions, ja que la manca d'ingrés en el termini reglamentari d'aquestes obligacions donarà lloc a la pèrdua automàtica de les bonificacions respecte de les quotes corresponents als períodes no ingressats en aquest termini; i no haver estat exclosos de l'accés als beneficis derivats de l'aplicació dels programes d'ocupació per la comissió d'infraccions molt greus no prescrites.

En conclusió, en comparació amb el règim anterior de bonificacions, la Llei 3/2012 manté les bonificacions per la contractació indefinida dels majors de 45 anys aturats de llarga durada, n'augmenta la quantitat en cent euros més, la qual deixa de ser una quantia fixa i es torna a optar per la bonificació de la quota empresarial a la Seguretat Social, la bonificació continua tenint una vigència de tres anys. Ara bé, és només en el

marc d'aquest nou contracte indefinit de suport als emprenedors que s'ofereixen bonificacions per la contractació indefinida de persones majors de 45 anys, un contracte que només el poden concertar les empreses de fins a 50 treballadors i que, a més, li és aplicable un període de prova d'un any que és potser il·legal<sup>320</sup>.

Les bonificacions previstes a la Llei 35/2010 pels empresaris que contractaven de forma indefinida treballadors majors de 45 anys, independentment del nombre de treballadors de l'empresa i amb els requisits dels empresaris i els treballadors que s'exigien, deixen de ser vigents del 12 de febrer de 2012, que és la data de l'entrada en vigor del RDLlei 3/2012 que precedeix la Llei 3/2012. Això si, pels contractes celebrats amb anterioritat al 12 de febrer de 2012 i que estiguin gaudint de les bonificacions previstes a la normativa anterior, continuaran gaudint-les d'acord amb la normativa vigent en el moment de la celebració del contracte o en el moment que es van començar a gaudir. (Disposició transitòria segona Llei 3/2012). Per tant, el dret a les bonificacions que preveu la Llei 3/2012 es començà a generar a partir del dia 12 de febrer de 2012.

***b) L'eliminació del contracte de foment per la contractació indefinida a conseqüència de la generalització de la indemnització de 33 dies dels acomiadaments improcedents***

Un canvi significatiu del Llei 3/2012 és la supressió del contracte de foment de la contractació indefinida. És sabut que l'incentiu d'aquest contracte rau en la quantitat de la indemnització en cas d'acomiadament improcedent que és de 33 dies per any treballat amb un màxim de 24 mensualitats (Llei 12/2001 i Llei 35/2010). Es tracta d'una quantitat inferior a la prevista per la resta de contractes extingits a través d'acomiadaments improcedents als quals la indemnització equival a 45 dies de salari per any treballat amb un màxim de 42 mesos (art. 56.1 LET)

Tanmateix, i com considera el legislador a l'exposició de motius del Llei 3/2012, "La tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las

---

<sup>320</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., "Semblanza de la Reforma Laboral", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837/2012 (BIB 2012/397), 2012, pàg. 1

empresas, especialmente para la más pequeñas en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación”.

Sobre la base d'aquest argument, el Llei 3/2012 modifica l'art. 56.1 LET a través de la generalització per a tots els contractes extingits per acomiadament improcedent a partir de l'entrada en vigor de la norma la indemnització de 33 dies de salari per any treballat amb un màxim de 24 mensualitats, una quantia que fins l'aprovació d'aquesta norma només era possible pels acomiadaments improcedents derivats de contractes pel foment de la contractació indefinida (Disposició transitòria cinquena Llei 3/2012).

Això no obstant, pels contractes anteriors al 12 de febrer de 2012, el nou càlcul de la indemnització només s'aplica al període de treball que es realitzi a partir de l'aprovació de la present norma. Així, pel temps transcorregut entre l'inici del contracte i fins el dia 11 de febrer de 2012 la indemnització es calcularà a raó de 45 dies de salari pel temps de prestació de serveis anterior. I pel temps que transcorri des del dia 12 de febrer de 2012 fins a l'extinció del contracte la indemnització es calcularà a raó de 33 dies de salari pel temps de prestació de serveis posterior. En tot cas, l'import resultant dels dos càlculs indemnitzatoris corresponent a abans i després de l'entrada en vigor de la norma no podrà ser superior a 720 dies de salari – 24 mensualitats-, excepte que el treballador tingui dret a una indemnització superior pel nombre d'anys d'antiguitat a l'empresa.

A la pràctica, la generalització de la quantia indemnitzatòria er a tot acomiadament improcedent a 33 dies per any treballat a partir de l'entrada en vigor de la norma suposa que el contracte de foment per la contractació indefinida ja no tingui sentit i s'acabi derogant (Disposició derogatòria única apartat 1, lletra 1) Llei 3/2012) i acabi essent substituït pel contracte de suport als emprenedors, anteriorment explicat<sup>321</sup>.

Això no obstant, els contractes de foment de la contractació indefinida celebrats amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquest Llei 3/2012 continuaran regint-se per la Llei 32/2001 que els regula.

---

<sup>321</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., “Semblanza de...*op cit.* pàg. 1; CCOO, *Nota informativa 4/2012...op cit.* pàg. 19

Conseqüentment, a partir de l'aprovació del Llei 3/2012, els incentius econòmics a favor de la contractació indefinida per majors de 45 anys han quedat reduïts a les bonificacions de les quotes empresarials a la Seguretat Social que s'atorguen per a la contractació de majors de 45 anys a través de la nova modalitat contractual intitulada contracte indefinit de suport als emprenedors.

## **3.2 La formació per a l'ocupació prevista pels treballadors d'edat**

L'objectiu que es promou des de diverses instàncies nacionals i internacionals és l'aprenentatge permanent al llarg de la vida. En especial, es posa l'accent en la formació professional contínua dels treballadors de més edat, ja que la permanència en actiu dels treballadors de més edat que es pretén aconseguir sumada a les baixes qualificacions que presenta sovint aquest grup de treballadors fan necessari adoptar mesures d'ocupació tant qualificació com de requalificació professionals per tal d'adaptar aquest col·lectiu a les noves necessitats d'un món productiu predominantment tecnològic i econòmicament global.

### **3.2.1 la importància de la formació contínua al llarg de la vida**

En l'àmbit internacional, ja a la disposició principal en matèria de formació de la OIT és l'article 4 del Conveni núm. 142 sobre el desenvolupament dels recursos humans de 1975, per la qual “todo Miembro deberá ampliar, adaptar y armonizar gradualmente sus sistemas de formación profesional permanente de los jóvenes y los adultos en todos los sectores de la economía y ramas de actividad económica y a todos los niveles de calificación y de responsabilidad”. Aquesta disposició abarca totes les classes de formació, ja sigui la prèvia a l'ocupació com la de perfeccionament o readaptació professional, afavorint així l'educació i la formació contínua al llarg de la vida de l'individu. És el que es coneix actualment amb la denominació encunyada per la Unió Europea, “aprenentatge permanent”, un concepte cada vegada més estès i generalitzat que té una importància cabdal alhora d'elaborar polítiques per promoure un envelliment actiu<sup>322</sup>.

---

<sup>322</sup> OIT, *Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010, pàgs. 43-45 A l'estudi s'exposen algunes iniciatives de bones pràctiques que han endegat diversos països d'arreu del món amb la finalitat de millorar les competències dels treballadors de més

Certament, l'ocupabilitat dels treballadors d'edat es fomenta a través de la promoció de l'aprenentatge permanent. Es considera que millorar les competències dels treballadors grans per mitjà de l'aprenentatge permanent és un element clau per contribuir a incrementar les taxes de participació a l'ocupació dels treballadors d'edat. La base jurídica de la OIT per la promoció de la formació del treballadors d'edat es troba a l'article 5.b.ii de la Recomanació núm. 162 sobre els treballadors d'edat de 1980 la OIT que declara que als treballadors d'edat se'ls ha de garantir la igualtat d'oportunitats, sense discriminació per raó d'edat en relació “a los medios de formación profesional, en particular los de perfeccionamiento y actualización de la formación”. La norma posa de relleu que els treballadors d'edat avançada topen amb un obstacle, la discriminació per raó d'edat, alhora d'accedir a l'ocupació i a les oportunitats de formació. Conseqüentment, la OIT a l'article 1.5 del Conveni núm. 142 recorda als Estats que l'accés als programes de desenvolupament dels recursos humans, com ho són els programes de formació, han d'estar lliures de tota discriminació i demana que els criteris que s'enumeren en el Conveni núm. 111 sobre la discriminació en el treball han de tenir-se en compte en l'aplicació de la disposició del Conveni núm. 142<sup>323</sup>.

D'aquesta manera, el nivell de formació dels treballadors d'edat es vincula estretament amb la taxa d'ocupació d'aquests. És per això que les mesures de formació estan pensades per recolzar l'estratègia del perllongament de la vida activa, per tal que els treballadors d'edat esdevinguin una força de treball flexible i preparada, que en la seva pràctica professional puguin beneficiar-se tant dels coneixements adquirits per l'experiència com per nous coneixements adquirits per la formació contínua. Certament, a la societat actual del coneixement, en la qual es preconitza l'objectiu de l'aprenentatge al llarg de la vida és important reconèixer els diversos tipus de processos i resultats dels aprenentatges, siguin formals o informals, com ara l'aprenentatge adquirit com a conseqüència de l'experiència laboral i l'aprenentatge adquirit per mitjà d'accions de formació contínua<sup>324</sup>.

I és que, a mode il·lustratiu, en una estadística de la taxa d'atur a Catalunya de l'any

---

edat, destacant-ne els casos de Finlàndia, França, Japó, República de Corea. Nova Zelanda o els Estats Units.

<sup>323</sup> *Idem.* pàg. 35

<sup>324</sup> AMOR BRAVO, E.M., “Las cualificaciones profesionales: un reto para los sistemas de educación y formación de la sociedad española”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 81, 2009. pàg. 99



2009, el grup de població sense estudis o amb educació primària presenta la taxa d'atur més elevada de tots els grups, amb un 25,6%, seguit per la població amb el nivell d'estudis secundaris de segona etapa (24,1%), la població amb educació secundària de segona etapa (16,7%), i de la població amb educació superior (7,6%)<sup>325</sup>. S'evidencia que l'associació entre els nivells formatius superiors i una menor incidència d'atur. I el fet és que la població major de 45 anys presenta nivells de formació menors que la resta de la població més jove. Segons es desprèn de dades estadístiques de Catalunya de 1998, els majors de 45 anys disposen de menys titulacions. Mentre que a la franja 25-34 d'edat el 90% disposa d'estudis mitjans i només el 7% té estudis primaris, a la franja dels majors de 45 anys són d'un 53% que només tenen estudis primaris i un 47% que té estudis mitjans o superiors<sup>326</sup>.

L'adquisició de competències és, doncs, necessària per l'ocupabilitat de la persona, i en especial, la del treballador d'edat. Aquesta postura la confirma la Recomanació núm. 195 sobre el desenvolupament dels recursos humans de 2004. L'article 3.a) de la Recomanació insta als Estats membres a “definir polítiques de formació y de aprendizaje permanente” que “faciliten el aprendizaje permanente y la empleabilidad, y formen parte de una gama de medidas de orden político destinadas a crear empleos”. En definitiva, l'adquisició de competències és necessària per l'ocupabilitat de la persona, i en especial del treballador d'edat. Igualment, aquesta línia és la que defensa la OECD que considera que convé promoure una cultura de la formació a fi de millorar les perspectives d'ocupació dels treballadors grans<sup>327</sup>.

El nivell d'educació i formació està correlacionat amb l'ocupació. I, tal i com constata la OIT, les persones d'edat avançada tendeixen a tenir nivells d'educació més baixos que els joves i la participació a la formació es redueix amb l'edat. A causa d'un baix nivell de qualificacions bàsiques i de no renovar la formació anterior que queda obsoleta amb les noves demandes de qualificacions i coneixents actuals els treballadors d'edat avançada es troben amb dificultats alhora d'accedir i mantenir-se al mercat de treball

---

<sup>325</sup> CCOO, *L'ocupació a Catalunya, 2009*, CCOO de Catalunya, juny de 2010. pàgs. 31 i 32.

<sup>326</sup> FONT, J. (Coordinador), + 45, *Necesidades y estrategia formativas. Los trabajadores mayores de 45 años sin cualificación o en proceso de descualificación en pequeñas y mediana empresas en Cataluña*, Departament d'estudi de medis actuals (DEMA), Barcelona, 2000. pàg. 26.

<sup>327</sup> OECD, *Live Longer, Work Longer. Ageing and Employment Policies*, OECD, 2006. pàg. 118

<sup>328</sup>. En aquest sentit es dirigeix l'article 8.a de la Recomanació núm. 195 de la OIT abans esmentada, article segons el qual els Estats haurien de crear accions d'educació i formació per aquells adults que quan eren joves no varen tenir la oportunitat d'accedir a l'educació i la formació. I, més encara, la formació és una eina molt útil per l'ocupació dels treballadors avançada tenint en compte que les formes de realitzar el treball han experimentat canvis profunds degut als fenòmens de la globalització i revolució tecnològica que han sotragat el mercat de treball d'avui el qual es triba immers dins una societat del coneixement, de la informació i la comunicació <sup>329</sup>. En conseqüència, adquirir competències en el món actual, globalitzat i amb l'avenç de les tecnologies que exigeixen una renovació i actualització de les qualificacions contínua resulta imprescindible per a tots els treballador, i en especial pels treballadors d'edat avançada que sovint compten amb qualificacions que han quedat obsoletes pels canvis que han experimentat els sistemes productius del mercat de treball<sup>330</sup>.

Per millorar l'empleabilitat o ocupació dels treballadors s'han d'adoptar mesures d'aprenentatge continu que ofereixin oportunitats d'aprenentatge continuat amb la finalitat de millorar les seves competències i adquirir noves qualificacions al llarg de les seves vides <sup>331</sup>. Convé fer un incís en el terme "empleabilidad" que utilitzen reiteradament els documents internacionals, comunitaris i espanyols pel fet que precisament la noció l'ocupabilitat, ocupació o "empleabilidad" està lligada a l'aprenentatge en tant que aquest terme es refereix, d'acord amb l'article 2.1 de la Recomanació núm. 195 de la OIT estableix que el concepte "empleabilidad" està relacionat amb a les competències i qualificacions que permeten a les persones aprofitar es oportunitats d'educació i formació en vistes a trobar un lloc de treball o conservar-lo, canviar d'ocupació, així com adaptar-se a l'evolució tecnològica i als canvis del mercat de treball. En altres paraules, tal i com diu RODRÍGUEZ-PIÑERO, l'empleabilitat és

---

<sup>328</sup> OIT, *Una sociedad inclusiva para una población que envejece: El desafío del empleo y la protección social*. Documento presentado por la OIT ante la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid, 8-12 de abril de 2002. pàgs. 11-16

<sup>329</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., "Empleabilidad y acceso a la formación", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2001. pàg. 117

<sup>330</sup> OIT, *Una sociedad inclusiva para una población que envejece: El desafío del empleo y la protección social*. Documento presentado por la OIT ante la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid, 8-12 de abril de 2002. pàgs. 15

<sup>331</sup> OIT, *Resolución relativa a las calificaciones para la mejora de la productividad, el crecimiento del empleo y el desarrollo*, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 97.ª reunión, 2008, pàg. 3

“la disponibilidad de una mano de obra con la cualificación y adaptabilidad que exigen el dinamismo del mercado de trabajo y del sistema de empresas”<sup>332</sup>.

És més, la formació és també un factor de desigualtat que provoca un estat de vulnerabilitat en els treballadors d’edat avançada que no tenen un nivell de qualificació suficient<sup>333</sup>. Tal com estableix un estudi de *la European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, la discriminació per edat pot ser definida com el tracte diferencial i discriminatori per motiu de l’edat, que es basa en un conjunt de prejudicis o suposicions i estereotips negatius sobre les persones grans. Com tota forma de discriminació, la discriminació per raó d’edat pot ser directa quan s’apliquen explícitament criteris d’exclusió relacionats amb l’edat, o indirecta, quan determinats criteris, com per exemple, unes determinades habilitats, són discriminatoris per les persones majors perquè és difícil que els puguin acreditar, tal vegada perquè no han tingut accés a una formació adequada. L’impacte de les accions i actituds discriminatòries resulten poderoses si les persones d’edat accepten i interioritzen aquestes actituds, ja que d’aquesta forma redueixen les seves expectatives i la seva autoestima<sup>334</sup>.

Per tant, l’educació i la formació constitueixen un paper clau en l’accés al mercat laboral i la millora de l’ocupabilitat dels treballadors d’edat avançada, ja sigui l’educació i formació prèvia a l’ocupació com al perfeccionament i readaptació de la formació, tal i com remarca la citada Recomanació núm. 162 de la OIT sobre treballadors d’edat avançada. Així, l’aprenentatge permanent que segons la OIT engloba totes aquelles activitats d’aprenentatge amb les quals es pretenen aconseguir competències i qualificacions i que es realitzen al llarg de tota la vida (art. 2.1 Recomanació 195), forma part de les polítiques d’ocupació estenent-se durant tota la vida laboral de la persona.

Les mesures de formació de les quals es puguin beneficiar els treballadors d’edat suposen també una eina cabdal per a la consecució de l’estratègia de l’envelliment actiu

---

<sup>332</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “Empleabilidad y acceso...op cit. pàg. 118

<sup>333</sup> GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA; *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011. pàg. 321

<sup>334</sup> Pearson, M., *Experience, Skill and Competitiveness: the Implications of an Ageing Population for the Workplace*, European Foundation for the Improvement Conditions, Dublin, 1996. pàg. 3 i ss;

ja que suposa fer front a un dels obstacles que es troben els . Segons la OECD “if a greater proportion of the working population, and in particular those with relatively low initial educational qualifications, develops a learning habit and updates their skills regularly, they may be more likely to continue learning though their 50s and 60s and beyond”<sup>335</sup>. La organització destaca a mode d'exemple la legislació espanyola que prioritza als treballadors majors de 45 anys en els programes de formació contínua. En efecte, els treballadors d'edat són un dels grups destinataris de les mesures i programes de formació cada vegada més important, com es veurà a continuació, en el marc de la Unió Europea i de la normativa de l'Estat espanyol.

### **3.2.2 L'estratègia europea de l'aprenentatge permanent**

En matèria d'educació i formació la competència que ostenta la Unió Europea és una competència subsidiària, de forma que la competència exclusiva en aquest camp pertany als Estats membres i a la Unió Europea li resta establir mesures de suport a les accions que en matèria d'educació i formació emprenen els Estats. Així és després de l'article 6.e) TFUE disposa que la Unió té competència per dur a terme accions de suport, coordinació o compleció de l'acció dels Estats membres en l'àmbit de la formació professional. De manera més generalista, també l'article 9 TFUE es refereix a què la Unió Europea es compromet a garantir un nivell elevat de formació en la definició i execució de les seves polítiques i accions.

Més concret, l'article 165 TFUE (antic article 149 TCE), la funció principal que s'atorga a la Unió en matèria d'educació és fomentar la cooperació entre els Estats membres per aconseguir una educació de qualitat i, si és necessari, donar suport i complementar l'acció dels Estats membres en relació als continguts de l'ensenyament i a la organització del sistema educatiu, així com de la seva diversitat cultural i lingüística. Seguidament, en matèria de formació professional l'article 166 TFUE (antic article 150 TCE) disposa que la Unió té la competència subsidiària per completar les accions dels Estats membres en relació a aquesta classe de formació. Respectant la responsabilitat dels Estats alhora d'organitzar la formació professional, la Unió s'encamina, entre d'altres, a millorar la formació professional inicial i permanent amb la

---

<sup>335</sup> OECD, *Live Longer, Work Longer. Ageing and Employment Policies*, OECD, 2006. pàg. 118

finalitat de facilitar la inserció i la reinserció professional en el mercat laboral (art. 166.2 TFUE). També, els articles 165.3 TFUE i 166.3 TFUE atorguen la competència a la Unió per afavorir la cooperació amb tercers països i les organitzacions internacionals en matèria d'educació i formació professional, respectivament. L'acció comunitària que es preveu en l'àmbit de l'educació i la formació consisteix en l'adopció de mesures per contribuir als objectius, a través del procediment ordinari (procediment de codecisió) i amb l'exclusió de tota harmonització de les disposicions legals i reglamentaries dels Estats membres, i també l'adopció de recomanacions del Consell (art. 165.4 i 166.4 TFUE) <sup>336</sup>. En definitiva, l'organització dels diversos nivells del sistema educatiu i de formació pertany a l'Estat i l'acció de la Unió Europea consisteix en completar, donar suport i també la cooperació <sup>337</sup>.

En sintonia amb el tractats fundacionals, una de les iniciatives principals de l'actual Estratègia Europa 2020 és “dar un fuerte impulso al marco estratégico de cooperación en educación y formación con participación de todos los interesados. En concreto, esto debería traducirse en la aplicación de los principios del aprendizaje permanente (en cooperación con los Estados miembros, los interlocutores sociales y expertos) inclusive a través de vías de aprendizaje flexibles entre distintos sectores de educación y formación y reforzando el atractivo de la educación y la formación profesional”. L'objectiu d'aquesta iniciativa és habilitar les persones mitjançant l'adquisició de noves qualificacions amb la finalitat que la població actual i futura s'adapti a les noves condicions d'empleabilitat contínua <sup>338</sup>.

En especial, a la proposta de les Directrius comunitàries per l'Estratègia 2020 elaborades per la Comissió Europea de 27 d'abril de 2010<sup>339</sup>, la Comissió, fa referència

---

<sup>336</sup> LINDE PANIAGUA, E., (Coordinador), *Políticas de la Unión Europea*, 3a edició, Colex, Madrid, 2006. pàgs. 539 En atenció a les competències de la Unió en matèria de formació i educació descrites, que permeten adoptar mesures i recomanacions, l'autor conclou que “a diferencia de lo que ocurre en materia de empleo, las medidas a adoptar (en l'àmbit d'educació i formació) no son únicamente de apoyo, por lo que, en principio, su ámbito de aplicación parece ser mayor”. pàg. 542

<sup>337</sup> HANTRAIS, L., *Social policy in the European Union*, 2a edició, Macmillan Press Ltd, London, 2000. pàg. 47

<sup>338</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *Europa 2020. Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* (COM (2010) 2020, Bruselas, 3.3.2010. pàg. 20

<sup>339</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *Propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020*. COM(2010) 193 final, Bruselas, 27.4.2010. pàg. 11

a la necessitat d'invertir en la formació dels treballadors de més edat<sup>340</sup> tot establint que cal afavorir-los l'adquisició de competències transversals i creatives per tal d'augmentar la seva inserció professional.

***a) L'encunyació de "l'aprenentatge permanent" en el marc de l'Estratègia europea d'ocupació***

La recent Estratègia Europa 2020 es troba en consonància amb la política de formació anterior a aquesta estratègia 2020, ja que la formació és precisament un dels motors de l'Estratègia Europea d'Ocupació. De fet, l'objectiu principal de l'Estratègia d'ocupació apuntat al Consell de Lisboa de l'any 2000 va ser "convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social". La consecució d'aquest objectiu requereix segons l'estratègia, entre d'altres, modernitzar el model social europeu tot invertint en el capital humà i la lluita contra l'exclusió<sup>341</sup>. El pas a una societat dels coneixement comporta la inversió en l'educació i la formació i s'atorga un paper de gran rellevància a la formació permanent. Per respondre a aquest repte plantejat a l'Estratègia de Lisboa, el Consell, va establir uns objectius comuns concrets pels sistemes d'educació i formació europeus, en consonància amb el principi encunyat per la Unió "l'aprenentatge permanent". És el programa de treball "Educación y Formación 2010" que el Consell va aprovar en el 2001<sup>342</sup> i que marca tres objectius europeus per aconseguir en matèria d'educació i formació per aconseguir l'any 2010: millorar la qualitat i eficàcia dels sistemes d'educació i formació, facilitar l'accés de tots als sistemes d'educació i formació i obrir aquests sistemes a un món més ampli.

Després del Consell de Lisboa, en el consegüent Consell Europeu de FERIA de juny de 2000, el Consell va convidar als Estats membres a "definir estrategias coherentes y

---

<sup>340</sup> CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, pàg. 41

<sup>341</sup> *Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Lisboa, 23 y 24 de marzo de 2000. Punt 5.*

<sup>342</sup> Informe del Consejo "Educación" al Consejo Europeo "Futuros objetivos precisos de los sistemas de educación y formación", Bruselas, 14 de febrero de 2001

medidas prácticas para fomentar la educación permanente para todos”<sup>343</sup>. Assumint aquest mandat, un any més tard, la Comissió va presentar la Comunicació *Hacer realidad un espacio europeo del aprendizaje permanente*<sup>344</sup> que en part està basada en els resultats dels ciutadans obtinguts a la consulta sobre el Memoràndum d’aprenentatge permanent de la Comissió<sup>345</sup>. És un document de gran valor per conèixer el marc i les estratègies que la Unió propugna entorn a l’aprenentatge permanent. La Comunicació ofereix una definició consensuada del que ha d’entendre’s com a aprenentatge permanent, i la defineix literalment com a “toda actividad de aprendizaje realizada a lo largo de la vida con el objetivo de mejorar los conocimientos, la competencias y las aptitudes con una perspectiva personal, cívica, social o relacionada con el empleo”<sup>346</sup>. Per tant, l’aprenentatge permanent és un concepte ampli que inclou l’aprenentatge formal, el no formal i també l’informal<sup>347</sup>. I així, incorpora en el seu abast, tot aquell aprenentatge que afavoreix tant a la realització personal com a la participació social ciutadana i al mercat de treball.

L’espai europeu d’aprenentatge permanent que planteja el document es basa en una sèrie de mesures i objectius que els Estats desenvolupen fonamentalment en l’àmbit de l’educació i la formació. A fi d’ajudar als Estats membres a complir el seu compromís de desenvolupar i aplicar estratègies coherents i globals per l’aprenentatge permanent, tal i com va proposar el Consell Europeu de Feira, la Comissió a la present comunicació presenta una sèrie de components que han d’ajudar a l’aplicació d’aquestes estratègies per part dels Estats.

Un dels components a les estratègies nacionals a favor de l’aprenentatge permanent que especifica la Comissió és facilitar l’accés a les oportunitats d’aprenentatge “para

---

<sup>343</sup> *Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Santa Maria de Feira, 19 y 20 de junio de 2000.* Punt 33. [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es0.htm](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es0.htm) (20.07.2010)

<sup>344</sup> Comunicació de la Comissió, *Hacer realidad un espacio europeo del aprendizaje permanente*, Bruselas, 21.11.2001 (COM(2001) 678 final)

<sup>345</sup> *Memoràndum de la Comissió, de 30 de octubre de 2000, sobre la educación y el aprendizaje permanente* [SEC(2000) 1832 final]. El Memoràndum el va realitzar la Comissió l’any 2001 amb l’objectiu d’iniciar un debat a escala europea sobre una estratègia global per l’aprenentatge permanent.

<sup>346</sup> *Idem.* pàg. 10

<sup>347</sup> A l’Annex 2 de la Comunicació es defineix: l’aprenentatge formal com l’ofert per un centre de formació o educació, amb caràcter estructurat (amb objectius didàctics, duració o suport) i que finalitza amb una certificació; l’aprenentatge informal com aquell que s’obté de les activitats de la vida quotidiana relacionades amb el treball la família o l’oci, que no està estructurat i que normalment no finalitza amb una certificació; i l’aprenentatge no formal com el que no l’ofereix un centre d’educació o formació ni finalitza normalment amb una certificació, però que té el caràcter d’estructurat.

garantizar que las oportunidades de aprendizaje permanente estan verdaderamente al alcance de todos, especialmente de los más amenazados de exclusión”<sup>348</sup> i, com a tals, cita en darrer lloc als ciutadans d’edat avançada, inclosos els treballadors de més edat, juntament amb les persones amb ingressos baixos, les persones amb discapacitat, les minories ètniques i els immigrants, els caos d’abandonament escolar prematur, les famílies monoparentals, els desocupats, els treballadors que es reincorporen al mercat laboral després de criar als fills i els treballadors amb baixos nivells d’educació i formació.

Entre les prioritats d’actuació que la Comissió estableix a la comunicació i que contribueixen a complir els objectius que es pretenen amb l’estratègia de l’aprenentatge permanent destaca la d’invertir temps i diners en l’aprenentatge, una prioritat que contribueix al component de facilitar l’accés a les oportunitats d’aprenentatge anteriorment mencionat. Facilitar l’accés a currículums individuals i a la vegada patrocinar una cultura de l’aprenentatge comporta una assignació adequada de recursos. En base a aquesta proposta d’inversió de temps i capital a l’aprenentatge, la Comissió detalla que cal donar prioritat d’assignació dels recursos a dos sectors, l’ensenyament preescolar i als ciutadans d’edat avançada, inclosos els treballadors de més edat, amb la finalitat de “darles la oportunidad de participar más activamente en la sociedad y en el mercado de trabajo asumiendo, entre otras cosas, la tarea que pueden desempeñar en el aprendizaje intergeneracional”<sup>349</sup>.

Una última menció especial que l’estratègia d’aprenentatge permanent fa dels treballadors d’edat avançada se subscriu en una altra prioritat d’actuació a l’estratègia que la Comissió esmenta, les competències bàsiques, prioritat que contribueix a complir amb el component de facilitar l’accés a l’aprenentatge permanent. Les competències bàsiques no tan sols inclouen llegir, escriure i calcular sinó també les relacionades amb les noves tecnologies, els idiomes o la l’esperit empresarial o social, que són competències bàsiques a la societat del coneixement. La Comissió convida a què els Estats posin les competències bàsiques a l’abast de tothom, particularment als ciutadans menys desfavorits en l’ensenyament escolar i a aquells ciutadans que van abandonar els estudis prematurament i als alumnes adults. Amb aquesta finalitat de complir amb

---

<sup>348</sup> *Idem.* pág. 15

<sup>349</sup> *Idem.* pág. 21



l'objectiu de donar a tots els treballadors l'oportunitat d'adquirir els coneixements bàsics que la societat del coneixement i la informació requereix s'insta als interlocutors socials “ a celebrar acuerdos sobre la promoción del acceso a las oportunidades de aprendizaje, en particular para los trabajadores en niveles bajos de competencias y para los trabajadores de más edad”<sup>350</sup>. A la comunicació es recorda que la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea es reconeix el dret de tota persona a l'educació obligatòria gratuïta i a l'accès a la formació professional i permanent (art. 14 de la Carta) <sup>351</sup>. En base a aquest dret, la Comissió estableix que els Estats membres han d'estudiar la manera com ampliar l'ensenyament obligatori per tal que cobreixi l'accés gratuït a les competències bàsiques, i afegeix, “sea cual sea su edad”<sup>352</sup>.

A la vista de les mesures que la Comissió proposa per la consecució d'un espai europeu d'aprenentatge permanent s'observa que els treballadors d'edat avançada hi tenen un paper destacat. Als treballadors d'edat avançada se'ls considera col·lectius específics a qui s'han de dirigir les mesures d'accés a les oportunitats d'aprenentatge per garantir la igualtat d'oportunitats d'aprenentatge per tothom, i per tant, es pressuposa que els treballadors d'edat avançada són un col·lectiu desfavorit i que no sol participar en les activitats de formació. En conseqüència, es planteja la necessitat un dels sectors on s'han de destinar prioritàriament els recursos de temps i diners prioritàriament s'han d'invertir a l'estratègia d'aprenentatge permanent per fer-la eficaç són els ciutadans d'edat avançada, per tal que puguin participar a la societat i al mercat de treball. Per últim, es demana que els Estats membres posin a l'abast de tothom, independentment de l'edat, la possibilitat d'adquirir competències bàsiques, especialment els treballadors d'edat avançada, habitualment poc qualificats o amb qualificacions obsoletes, i doncs, que normalment no estan formats en les noves competències que requereix la societat del coneixement a què Europa aspira a consolidar-se.

Seguint el marc de l'estratègia permanent esbossada, la *Resolución del Consejo de 27 de junio de 2002 sobre la educación permanente*<sup>353</sup> acull amb satisfacció la Comunicació de la Comissió de novembre de 2001 *Hacer realidad un espacio de aprendizaje permanente* en la mesura que configura l'aprenentatge permanent com un

---

<sup>350</sup> *Idem.* pàgs. 25, 26

<sup>351</sup> *Diario Oficial C 364/1, 18.12.2000*

<sup>352</sup> Comunicació de la Comisión, *Hacer realidad...op cit.* pàg. 26

<sup>353</sup> *Diario Oficial C 163/2, 9.7.2002*

dels principis rectors per l'educació i la formació. I, en la mateixa línia que la Comunicació, el Consell subratlla que l'educació permanent “debe comprender el aprendizaje desde la etapa de preescolar hasta después de la jubilación, incluyendo todo espectro del aprendizaje formal, no formal e informal”. Atès aquest objectiu la Resolució reconeix i reitera que s'ha de donar prioritat a l'accés a totes les persones a l'educació, amb independència de l'edat, posant especial atenció a accions que es dirigeixin a les persones més desfavorides i que no hagin participat en l'educació i la formació. I, recordant la comunicació de la Comissió de 2001, entre els col·lectius desfavorits s'hi troben els ciutadans d'edat avançada.

Estadísticament, l'any 2002 la població de 25 a 64 anys de la Unió Europea dels quinze Estats membres que participa en una acció d'educació o formació en les quatre setmanes prèvies a l'enquesta és del 8,5% <sup>354</sup>. L'estratègia d'aprenentatge permanent pretén fer créixer aquestes xifres, per tal que les persones adultes participin activament en la formació i l'educació.

En el Consell la Unió Europea de Brussel·les de 2003 es van establir sis punts referència (*benchmarks*) que havien de complir-se abans que finalitzés l'any 2010. El cinquè punt de referència contempla que s'arribi, com a mínim, al 12,5% de participació en la formació permanent de la població adulta en edat laboral entre els 25 i els 64 anys<sup>355</sup>.

En veure que l'any 2010 s'apropava i que difícilment els punts de referència que s'havien marcat l'any 2003 es complirien la Comissió va adoptar la *Comunicación de la Comisión “Educación y formación 2010”, urgen las reformas para coronar con éxito la estrategia de Lisboa. (Proyecto de informe intermedio conjunto sobre la ejecución del programa de trabajo detallado relativo al seguimiento de los objetivos de los sistemas de educación y formación en Europa) de 2003* <sup>356</sup>. En el document s'exposen les deficiències de la formació i l'educació a la Unió Europea i els reptes prioritaris que cal abordar per aconseguir complir l'estratègia de Lisboa i fer efectiu el programa de treball “Educación y Formación 2010” que el Consell va aprovar en el 2001 <sup>357</sup>

---

<sup>354</sup> Font: Eurostat, Enquesta de població activa 2002

<sup>355</sup> *Council conclusions on reference levels of European average performance in education and training (Benchmarks)*, Brussels, 7 May 2003

<sup>356</sup> COM(2003) 685 final

<sup>357</sup> Informe del Consejo Educación” al Consejo Europeo “Futuros objetivos precisos de los sistemas de

Una de les llacunes que la Comissió observa és la insuficient participació dels adults en l'aprenentatge permanent que, com s'ha esmentat anteriorment, l'any 2002 era del 8,5%, una xifra allunyada del punt de referència a abastar per l'any 2010, el 12,5%. I un dels reptes que cal abordar segons la Comunicació és fer de l'aprenentatge permanent una realitat concreta. Sota aquest repte, el document constata que els treballadors de certa edat, junt a les persones amb nivells baixos d'educació o de qualificació, la població marginada que resideix en barris desfavorits o les persones amb dificultats d'aprenentatge, normalment disposen de poca informació sobre les possibilitats que tenen d'educació i formació. És per això que la comunicació estableix que “uno de los desafíos esenciales consistirá en sensibilizar a estos grupos desfavorecidos respecto a las ventajas de la educación y la formación y hacer que los sistemas sean más atractivos y más accesibles y estén mejor adaptados a ellos”. Per tant, el document defensa la necessitat de concentrar els esforços en els grups desfavorits, citant com a un d'ells, els treballadors de certa edat.

Sobre la base del programa de treball “Educación y Formación 2010” es va endegar l'any 2009 un nou marc estratègic per la cooperació europea en l'àmbit de l'educació i la formació, el programa “Educación y Formación 2020”<sup>358</sup>. Amb aquesta estratègia es pretén fer realitat l'aprenentatge permanent i la mobilitat. Es considera essencial avançar en l'aplicació de les estratègies d'aprenentatge permanent, en l'establiment de vies d'aprenentatge flexibles i el desenvolupament dels marcs de qualificacions nacionals vinculats al Marc europeu de qualificacions.

Concebut com un instrument de foment de l'aprenentatge permanent, el “Marc europeu de qualificacions” es va crear l'any 2008<sup>359</sup> amb la finalitat de proporcionar una referència comuna a la Unió Europea de les qualificacions emeses pels diversos sistemes europeus d'educació i formació atesa la gran diversitat de centres d'ensenyament i de sistemes educatius i de formació que existeix a la Unió. El Marc europeu de qualificacions té una vocació global, motiu pel qual avarca tots els nivells de

---

*educación y formación*, Bruselas, 14 de febrero de 2001

<sup>358</sup> *Conclusiones del Consejo, de 12 de mayo de 2009, sobre un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación (ET 2020)*, DO C 119 de 28.5.2009

<sup>359</sup> *Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a la creación del Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente (Diario Oficial C 111 de 6.5.2008)*

l'educació i la formació professional, és a dir, de tot tipus d'ensenyament: l'ensenyament i formació professional, l'ensenyament superior, l'ensenyament general i d'adults. Tenint en compte tot tipus d'ensenyament i formació, el marc s'articula en vuit nivells de referència, des d'un nivell base a nivells més avançats, que descriuen allò que la persona sap, comprèn i pot fer, independentment del sistema en el qual va adquirir la qualificació, és a dir, que es posa l'accent en els resultats de l'aprenentatge<sup>360</sup>. Així, Cada un dels vuit nivells es defineix mitjançant un conjunt de descriptors (coneixements, destreses i competències) que indiquen els resultats de l'aprenentatge corresponents a una qualificació, sigui quin sigui el sistema de qualificacions<sup>361</sup>.

---

<sup>360</sup> D'acord amb els descriptors de cada nivell: el nivell 1 equival a tenir coneixements generals bàsics, destreses bàsiques per efectuar tasques simples i competència de treball o estudi amb la supervisió directa en un context estructurat; el nivell 2 correspon a tenir coneixements fàctics bàsics en un camp de treball o estudi concret, destreses cognitives i pràctiques bàsiques necessàries per utilitzar informació útil a fi d'efectuar tasques i resoldre problemes corrents amb l'ajuda de regles i eines simples i competència de treball o estudi amb supervisió però amb un cert grau d'autonomia; el nivell 3 correspon a tenir coneixement de fets, principis, processos i conceptes generals en un camp del treball o estudi concret, una gamma de destreses cognitives i pràctiques necessàries per efectuar tasques i resoldre problemes seleccionant i aplicant mètodes, eines, materials i informació bàsica i competència per assumir responsabilitats quan es realitzen tasques en activitats de treball o estudi, així com saber adaptar al comportament propi de les circumstàncies per resoldre problemes; el nivell 4 equival a tenir coneixements fàctics i teòrics en contextos amplis en un camp de treball o estudi concret; una gamma de destreses cognitives i pràctiques necessàries per trobar solucions a problemes específics en un camp de treball o estudi concret i competències en l'exercici d'autogestió d'acord amb consignes definides en contextos de treball o estudi generalment previsibles, però susceptibles de canviar, així com saber supervisar el treball rutinari d'altres persones; el nivell 5 equival a tenir amplis coneixements especialitzats, fàctics i teòrics, en un camp de treball o estudi concret, essent conscient dels límits d'aquests coneixements, una gamma completa de destreses cognitives i pràctiques necessàries per trobar solucions creatives a problemes abstractes i competències en tasques de gestió i supervisió en contextos d'activitats de treball o estudi en les quals es poden produir canvis imprevisibles, així com saber revisar i desenvolupar el rendiment propi i aliè; el nivell 6 equival a tenir coneixements avançats en un camp de treball o estudis que requereixi una comprensió crítica de teories i principis, destreses avançades que acreditin el domini i dots d'innovació necessàries per resoldre problemes complexos i imprevisibles en un camp especialitzat de treball o estudi i saber gestionar activitats o projectes tècnics o professionals complexos, assumir responsabilitats en la presa de decisions en contextos de treball o estudis imprevisibles, així com assumir responsabilitats de gestió del desenvolupament professional de particulars i grups; el nivell 7 equival a tenir coneixements altament especialitzats, alguns d'ells a la vanguardia en un camp de treball o estudi concret, que assentint les bases d'un pensament o investigació originals i consciència crítica de qüestions de coneixement en un camp concret i en el punt d'articulació entre diversos camps, destreses especialitzades per resoldre problemes en matèria d'investigació o innovació, amb vistes al desenvolupament de nous coneixements i procediments, i a la integració dels coneixements en diversos camps; i saber gestionar i transformar contextos de treball o estudi complexos, imprevisibles i que requereixen nous plantejaments estratègics i al'assumpció de responsabilitats en el desenvolupament de coneixements i/o pràctiques professionals i a la revisió del rendiment estratègic d'equips; per últim, el nivell 8 equival a tenir coneixements a la frontera més avançada d'un camp de treball o estudi concret i en el punt d'articulació entre diversos camps; destreses i tècniques més avançades i especialitzades, en particular en matèria de síntesi i evaluació, necessàries per resoldre problemes crítics en la investigació i/o innovació i per ampliar i redefinir coneixements o pràctiques professionals existents; i tenir competències d'autoritat, innovació, autonomia, integritat acadèmica i professional i compromís continu substancials i acreditats sobre el desenvolupament de noves idees o processos a la vanguardia de contextos de treball o estudi, inclosa la investigació.

<sup>361</sup> Els últims quatre nivells del Marc europeu de Qualificacions es corresponen amb els nivells previstos en el Marc de qualificacions de l'Espai Europeu d'Educació Superior (EEES) del procés de Bolonya

Disposar d'un Marc Europeu de Qualificacions suposa dotar de transparència als títols i certificats i ha de permetre poder identificar i comparar quin és el seu valor en els mercats de treball, d'ensenyament i formació dels diversos sistemes existents en els Estats membres que generen certa fragmentació i poca transparència a escala supranacional europea <sup>362</sup>. La millora de la transparència de les qualificacions permet als ciutadans apreciar el seu valor i als empresaris valorar el millor perfil, el contingut i la rellevància de les qualificacions en el mercat de treball, així com també permet als centres d'ensenyament i formació comparar el perfil i el contingut dels seus programes<sup>363</sup>.

En conclusió, el Marc Europeu de Qualificacions és un instrument al servei del foment de l'aprenentatge permanent que impulsa la Unió, i, com a tal, aquest marc comú de qualificacions avarca l'ensenyament general i d'adults, l'ensenyament i formació professional i l'educació superior. I és que, convé tenir en compte que la noció de formació permanent a què es refereix l'estratègia europea, pel fet que implica l'aprenentatge tot al llarg de la vida de la persona, engloba en conjunt tot nivell d'ensenyament i formació, ja que, com exposa CABEZA PEREIRO “un sistema de formació vitalícia debe tener en cuenta la posibilidad de trayectorias que están continuamente haciéndose y rehaciéndose (...). Es necesario, por ello, un concepto holístico y global de formación, que pase por sistemas más flexibles, que permitan el tránsito, la adaptación y el retorno con carácter permanente y que se complementen con trabajos también flexibles des del punto de vista de la formación” <sup>364</sup>. D'aquesta forma, essent el marc un instrument per aconseguir la homogeneïtzació europea dels criteris de formació amb la finalitat de millorar l'ocupabilitat dels treballadors, es troben entrellaçats el programa “Educación i Formación 2010”, el “Marco estratégico para la

---

acordats a la cimera ministerial de maig de 2005 celebrada a Bergen, Noruega (*National Qualifications Frameworks, Development and Certification. Report from Bologna Working Group on Qualifications Frameworks, May 2007*). En aquest sentit: el nivell 5 es correspon amb el cicle curt de l'educació superior que pot equivaldre al primer cicle o equivalent; el nivell 6 es correspon amb els descriptors del primer cicle (grau); el nivell 7 equival amb el segon cicle (postgrau); i el nivell 8 es correspon amb el tercer cicle (doctorat).

<sup>362</sup> MARTÍN PUEBLA, E., “El marco europeo de cualificaciones para el aprendizaje permanente. Un instrumento para fomentar la movilidad laboral y la transparencia del mercado de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2009. pàg. 1102

<sup>363</sup> *Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la creación del Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente, COM (2006) 479 final* Bruselas, 5.9.2006. pàg. 3

<sup>364</sup> CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., *La estrategia europea para el empleo 2020...op cit.* pàg. 43

cooperación europea en educación y formación 2020”, així com també el “Marc Europeu de Qualificacions per l’aprenentatge permanent”.

### ***b) El foment de la formació professional per millorar l’ocupabilitat des treballadors d’edat***

Tal i com s’ha evidenciat, la Unió Europea emfatitza que els treballadors d’edat han de participar en major mesura en activitats de formació a fi i efecte que puguin millorar les seua capacitat d’adaptació i així millorar la seua ocupabilitat<sup>365</sup>. I és que s’estima que els treballadors de més edat, juntament amb les dones i les persones poc qualificades, són els més vulnerables en termes de perspectives de desenvolupament professional<sup>366</sup>.

Són significatives al respecte, les Directrius integrades per l’Ocupació pel període 2006-2008 establertes a la *Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros*<sup>367</sup> i que els Estats han d’adaptar en els seus plans nacionals d’ocupació aprofundeixen sobre la inversió en el capital humà per mitjà de la millora de l’educació i les qualificacions. En particular, una de les vuit directrius per l’ocupació, la Directriu núm. 23, planteja ampliar i millorar la inversió en capital humà a través del desenvolupament d’estratègies d’aprenentatge permanent que siguin accessibles a tothom amb la finalitat expressa de “mejorar en la formación continua y en el lugar de trabajo a lo largo de toda la vida, especialmente para los trabajadores poco calificados y de mayor edad”<sup>368</sup>. En aquest sentit, la Directriu núm. 24 preveu l’orientació “adaptar los sistemas de educación y formación en respuesta a las nuevas exigencias en materia de competencias”, directriu en base a la qual es persegueix augmentar les oportunitats d’educació i formació i garantir el seu nivell de qualitat, facilitar i diversificar l’accés per a tothom a la formació i l’educació i respondre a les necessitats de competències claus en matèria de qualificacions. Per últim, i en relació a les polítiques d’ocupació per a la creació de llocs de treball, la Directriu núm. 17 declara que abans del 2010 s’ha d’aconseguir una taxa d’ocupació

---

<sup>365</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *El empleo en Europa, 2006*

<sup>366</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *El empleo en Europa, 2004*

<sup>367</sup> *Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (Diario Oficial de la Unión Europea L 205/21, 6.8.2005)*

<sup>368</sup> Les subsegüents Directrius per les polítiques d’ocupació dels Estats membres pel període 2008-2010 (*Decisión del Consejo de 15 de julio de 2008 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. Diario Oficial de la Unión Europea L 198/47, 26.7.2008*) segueixen la mateixa línia i contenen, en idèntica literalitat de la Directrius núm 17, 23 i 24 que les Directrius precedents.

dels treballadors de més edat, d'entre 55 i 64 anys, del 50%. Per fer aquesta percentatge efectiu, estableix que cal, entre d'altres, incrementar la inversió en el capital humà tot millorant l'educació i la formació. L'objectiu és invertir més en el capital humà per permetre que totes les persones, i en especial els treballadors de més edat, puguin obtenir les qualificacions adequades per accedir al mercat laboral o mantenir-s'hi.

Més recentment, l'*Informe conjunto de 2010 del Consejo y de la Comisión sobre la puesta en práctica del programa de trabajo «Educación y formación 2010»*<sup>369</sup> aborda els progressos realitzats en el període 2007-2009 a favor dels objectius en matèria d'educació i formació descrits. L'Informe constata favorablement que la participació dels adults en edats compreses entre els 25 i els 64 anys, en accions d'educació i formació ha augmentat, situant-se en un 9,5% l'any 2008, i la probabilitat que un adult d'aquests edats amb una qualificació elevada participi en una acció de formació és cinc vegades més elevada que la d'un adult amb una qualificació escassa. Tanmateix s'està lluny d'arribar al punt de referència del 12,5 fixat pel 2020. I destaca que només el 30% dels europeus entre 25 i 64 anys han acabat el primer cicle d'ensenyament secundari.

La iniciativa de promoure la formació permanent dels treballadors d'edat per fomentar la seva ocupabilitat és així mateix contemplada a l'Estratègia Europa 2020 adoptada per la Comissió l'any 2010 amb l'objectiu de permetre a la Unió emergir més forta de la crisi i orientar l'economia cap a un creixement intel·ligent, sostenible i inclusiu, que vagi acompanyat amb un nivell elevat d'ocupació, productivitat i cohesió social. L'estratègia es proposa aconseguir un índex d'ocupació del 75% de la població entre 20 i 64 anys pel 2020, tot incrementant per aconseguir-ho la participació dels joves, els treballadors de més edat i els treballadors amb baixes qualificacions<sup>370</sup>. A aquesta finalitat, segons l'estratègia, han de contribuir-hi els incentius l'aprenentatge permanent tant pels treballadors com pels desocupats, que garanteixi que tots els adults puguin accedir a una nova formació o aconseguir un nivell superior de qualificació. La intenció és que, pels treballadors d'edat, es recolzi a les persones amb qualificacions baixes i antiquades per que puguin augmentar la seva aptitud per a l'ocupació<sup>371</sup>. Per tant, es vol

---

<sup>369</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea C 117/1, 5.5.2010*

<sup>370</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *Propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020*. COM(2010) 193 final, Bruselas, 27.4.2010

<sup>371</sup> *Decisión del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de*

fomentar la formació professional per tal de millorar l'ocupabilitat i la productivitat dels treballadors d'edat. Es considera que els nivells de competències que solen presentar els treballadors d'edat és baix, fet que obstaculitza que els contractin. Per això és necessària una estratègia d'aprenentatge permanent per tota persona, per tal que pugui fer front a les necessitats laborals al llarg de tota la vida laboral <sup>372</sup>.

A tall de conclusió, des de la Unió Europea s'insisteix en la importància de millorar i fomentar la formació dels adults, fent especial èmfasi als treballadors de més edat, amb l'objectiu de facilitar-los competències adaptades a les necessitats actuals i futures del mercat de treball, a les noves tecnologies de la societat de a informació i d'aquesta forma, afavorir la seva inserció social i preparar-los per un envelliment actiu.

***c) El programa d'acció europeu d'aprenentatge permanent: el programa Grundvig en benefici de l'educació dels adults***

Un pas important en el marc de l'estratègia europea per a l'aprenentatge permanent que és d'utilitat pels treballadors d'edat és el que estableix la *Decisión nº 1720/2006/CE del Parlamento y del Consejo de 15 de noviembre de 2006 por la que se establece un programa de acción en el ámbito del aprendizaje permanente*<sup>373</sup> pel període 2007-2013 que fixa un programa d'acció d'aprenentatge permanent (*Lifelong Learning Program*) en l'àmbit comunitari (art. 1.1) i que té entre els seus objectius destaca donar suport a la realització d'un espai europeu d'aprenentatge permanent (art. 3.b) i, sobretot, aconseguir que hi hagi una participació més elevada a l'aprenentatge permanent de totes les persones de totes les edats, incloses aquelles persones que pertanyen a grups desfavorits (art. 3.f).

La consecució dels objectius del programa d'aprenentatge permanent es persegueix mitjançant l'aplicació de quatre programes sectorials o subprogrames (art.5). Són quatre programes que se centren en l'educació escolar (programa Comenius), l'educació superior (programa Erasmus), la formació professional (programa Leonardo da Vinci) i l'educació d'adults (programa Grundtvig). A més, s'estableix un programa transversal

---

*empleo de los Estados miembros, (2010/707/UE), DO L 308 de 24.11.2010*

<sup>372</sup> PRATS MONNÉ, X., "Envejecimiento, oferta de trabajadoras y UE 2020", a AA.VV., *El empleo y la dimensión social en la estrategia UE-2020*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010. pàg. 165

<sup>373</sup> *Diario Oficial de la Unión Europea L 327/45, 24.11.2006*



destinat a temes de formació interrelacionats com són la cooperació política i innovació en matèria d'aprenentatge permanent, els idiomes, el desenvolupament de les tecnologies de la informació i la comunicació (TIC) i la difusió i aprofitament des resultats, i un programa que dona suport a l'ensenyament, la investigació i la reflexió sobre la integració europea i les institucions europees (programa Jean Monnet). Tots aquests subprogrames comparteixen la mateixa estructura i atenen a les necessitats en matèria d'ensenyament de tots els participants i dels centres i organitzacions que imparteixen o faciliten aquesta educació, així com també totes les accions dels programes integren la mobilitat, les llengües i les noves tecnologies.

L'establiment del programa d'aprenentatge permanent respecta el principi de subsidiarietat pel qual la competència exclusiva en el camp de l'educació i la formació correspon als Estats, de forma que les accions en matèria d'educació i formació s'han de realitzar a nivell dels Estats membres i el que recau a la Unió és establir mesures de suport a aquestes accions per tal de complementar-les (art. 6.e) TFUE).

Dels programes sectorials o subprogrames de què consta el programa d'aprenentatge permanent convé ressaltar-ne l'anomenat programa Grundtvig en la mesura que està dirigit a totes les formes d'educació dels adults per millorar les seves competències i que puguin ser ocupats en el mercat de treball. De fet, tant el programa Grundtvig com la resta de programes sectorials ja existien amb anterioritat a la Resolució de 2006. El programa Grundtvig va instaurar-se l'any 2000 en el marc de l'aleshores programa d'acció comunitari anomenat Sòcrates<sup>374</sup> per tal de promoure la dimensió europea en l'aprenentatge al llarg de la vida, complementant els programes ja existents Comenius dedicat a l'ensenyament escolar, el programa Erasmus per l'ensenyament superior i el programa Leonardo da Vinci per la formació professional<sup>375</sup>. Amb el programa

---

<sup>374</sup> *Decisión no 253/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de enero de 2000 por la que se establece la segunda fase del programa de acción comunitario en materia de educación Sócrates (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 28/1, 3.2.2000), Acció 3.*

<sup>375</sup> *Decisión n° 819/95/CE del Parlamento Europeo, de 14 de mayo de marzo de 1995, por la que se crea el programa de acción comunitario Socrates (Diario Oficial n° L 087, 20.4.1995)* A la primera fase del programa Socrates hi formaven part el programa d'universitats Erasmus creat l'any 1987 (*Decisión 87/327/CEE: Decisión del Consejo de 15 de junio de 1987 por la que se adopta el programa de acción comunitario en materia de movilidad de los estudiantes (ERASMUS)*), el programa de llengües Lingua per promoure el coneixement de les llengües de la comunitat (*Decisión 89/489/CEE: Decisión del Consejo de 28 de julio de 1989 por la que se establece un programa de acción para promover el conocimiento de lenguas extranjeras en la Comunidad Europea (Lingua)*), el programa per la formació professional Leonardo da Vinci creat l'any 1994 (*Decisión 94/819/CE: Decisión del Consejo, de 6 de diciembre de*

d'aprenentatge permanent establert l'any 2006 s'agrupen els quatre programes sectorials, més els transversals de llengües i TIC entre d'altres, en el mateix programa i els converteix en subprogrames o programes sectorials sota un mateix programa comú, l'aprenentatge permanent, que avarca totes les edats de la vida d'una persona.

Focalitzant en el programa Grundvig, aquest programa té un doble objectiu principal, d'acord amb l'article 29.1 de la Resolució del Consell de 2006, “responder al reto educativo del envejecimiento de la población” i “ayudar a que los adultos adquieran medios de mejorar sus conocimientos y competencias”. De manera que el programa té per objecte atendre a les necessitats de l'educació dels adults, i, per tant i sobretot degut a l'envelliment poblacional, atendre a la formació de les persones de més edat. En efecte, aquest és un dels objectius concrets del programa segons l'article 29.2.c de la Resolució en qüestió, “ayudar a las personas de sectores sociales vulnerables o ambientes sociales marginales, en particular las personas de edad avanzada y quienes hayan abandonado el sistema de enseñanza sin cualificaciones básicas, con objeto de que dispongan de oportunidades alternativas para acceder a la educación de los adultos”.

El programa també compta entre els seus objectius concrets operatius: millorar qualitativament i facilitar la mobilitat dels participants a l'educació d'adults a Europa i millorar-ne també quantitativament el nombre de participants per tal que pel 2013 hi hagi una mobilitat d'almenys 7.000 dels participants; millorar qualitativament i augmentar quantitativament la cooperació entre organitzacions; facilitar el desenvolupament de pràctiques innovadores de l'educació d'adults; donar suport a la pedagogia i pràctiques d'aprenentatge permanent que es basin en les TIC ; i millorar els plantejaments pedagògics i la gestió de les organitzacions d'educació d'adults (art. 29 Resolució). A fi de fer efectius els objectius operatius del programa, el programa Grundtvig ajuda i subvenciona diverses accions: mobilitat de persones (incloses les visites, lectorats i intercanvis) associacions educatives Grundtvig, projectes multilaterals i xarxes temàtiques d'experts i organitzacions (art. 30 Resolució). S'estableix que de les

---

*1994, por la que se establece un programa de acción para la aplicación de una política de formación profesional de la Comunidad Europea) i el programa per les escoles Comenius que es va crear amb la mateixa Decisió de 1995.*

quantitats assignades al programa, un mínim del 55% es destinaran a donar suport a la mobilitat i les associacions (art. 31 Resolució)<sup>376</sup>.

El programa Grundtvig s'adreça a les persones, centres i organitzacions que reben, s'ocupen o oferten la formació per adults. Segons enumera l'article 28 de la Resolució, el programa es dirigeix a: alumnes que rebin educació d'adults, centres o organitzacions que ofereixin oportunitats d'aprenentatge per adults, professorat i altre personal d'aquests centres o organitzacions, centres que participin en la formació inicial o continua del personal de l'educació dels adults, associacions i representants dels participats a l'educació d'adults, organismes que prestin serveis d'orientació, assessorament i informació sobre qualsevol aspecte de l'aprenentatge permanent persones i organismes responsables dels sistemes i les polítiques relacionades amb qualsevol aspecte de l'educació d'adults a nivell local, regional i nacional, organismes i centres d'investigació que treballin sobre aspectes de l'aprenentatge permanent, empreses, organitzacions sense ànim de lucre, organitzacions de voluntariat i ONG i centres d'ensenyament superior.

Així doncs, el programa d'aprenentatge permanent pretén contribuir a què la Unió Europea es converteixi en una societat del coneixement avançada. Per aconseguir-ho, s'atorga un paper prioritari a l'educació i la formació tot reforçant l'aprenentatge a totes les edats. La Unió Europea pretén desenvolupar una política de formació dirigida a l'aprenentatge permanent d'acord amb la seva competència de donar suport i complementar l'acció dels Estats membres en matèria d'educació i formació, a través de la qual, en virtut de l'article 166.2 TFUE es vol “mejorar la formación profesional inicial y permanente, para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral”, un objectiu que afecta molt especialment a les persones madures. Per aquest col·lectiu els és d'aplicació el programa Grundtvig que dona suport i subvenciona accions que afavoreixin a una major participació de persones adultes de qualsevol edat a l'aprenentatge permanent en especial la d'aquells sectors vulnerables, amb poca participació a la formació o qualificacions baixes, com el grup de persones d'edat

---

<sup>376</sup> Segons l'Annex B.11 de la Resolució sobre disposicions financeres del programa d'aprenentatge permanent, els imports mínims que s'assignaran als subprogrames sectorials són: el 13% pel programa Comenius, el 40% pel programa Erasmus, el 25% pel programa Leonardo da Vinci i el 4% pel programa Grundtvig.

avançada. A través d'aquest programa enquadrat dins el programa d'aprenentatge permanent s'aborda el repte de l'envelliment de la població a Europa.

### **3.2.3 Les mesures de formació professional pels majors de 45 anys a l'àmbit espanyol i català**

En matèria de formació, l'article 40.2 CE estableix que els poders públics fomentaran una política que garanteixi la formació i la readaptació professional. Per la seva banda, l'Estatut dels Treballadors configura la promoció i la formació professional en el treball com a un dret dels treballadors en la relació de treball (4.2.b LET). Aquest dret comporta que el treballador tingui dret a gaudir dels permisos necessaris i, si s'escau, preferència per escollir el torn del treball per cursar estudis dels quals n'obtingui un títol acadèmic o professional, i a l'adaptació de la jornada de treball per assistir a cursos de formació, la concessió del permís oportú de formació o perfecció professional, amb reserva del lloc de treball (art. 23.1 LET).

Sobre la base d'aquests preceptes, a continuació es tractarà de quina manera s'articula la formació professional a l'àmbit estatal i autonòmic de Catalunya, donades les competències que en aquest camp té atribuïdes la Generalitat de Catalunya. Es pretén extreure de l'ordenament jurídic aquelles mesures, si n'hi ha, que incideixen en la formació per a l'ocupació de les persones majors de 45 anys, ja que la formació és un dels elements clau de la política d'ocupació pels treballadors d'edat, tal i com s'ha pogut observar en ocasió de la normativa de la OIT i les orientacions de la Unió Europea.

#### ***a) El nou subsistema de formació professional per a l'ocupació a l'àmbit estatal***

Amb el títol "Convergencia y empleo" el Govern espanyol va aprovar l'any 2005 el Programa Nacional de Reformes (PNR) que s'estructura entorn a les Directrius integrades pel creixement i l'ocupació pel període 2005-2008 adoptades pel Consell Europeu el 12 de juliol sobre les quals els Estats membres elaboren els seus Programes Nacionals de Reformes establint les prioritats a nivell macroeconòmic, microeconòmic i

d'ocupació<sup>377</sup>. Enquadrat dins el tercer eix d'actuació que preveu el PNR i que està dedicat a l'augment i millora del capital humà, en consonància amb el relançament de l'Estratègia de Lisboa i les Directrius d'ocupació, en especial les núm., 23 -ampliar i millorar la inversió en capital humà- i la 24 -adaptar els sistemes de educació i formació en resposta a les noves exigències de competències-, el PNR inclou una sèrie de mesures de reforma del model d'educació i formació que afavoreixin a l'aprenentatge al llarg de la vida en tant que estima que “la formación de ocupados y desocupados debe mejorarse sensiblemente”<sup>378</sup>, constatant que Espanya es troba molt per sota de la mitjana europea en la taxa de participació en formació contínua.

En efecte, en dades de l'Eurostat que daten de l'any 2003, a la Unió Europea dels vint-i-cinc Estats membres, el 42% de la totalitat de la població adulta, entenent-se com a adulta a partir dels 25 anys, participa en alguna activitat de formació, ja sigui formal, informal o no-formal. Per edats, el 50,2% de la població d'entre 25 i 34, el 45% de la població entre 35 i 44 anys, el 40,3% de la població entre 45 i 54 anys i el 29,5% de la població entre 55 i 64 anys<sup>379</sup>. Així, el percentatge de població que participa en activitats formatives disminueix amb l'edat, fet que evidencia que les persones madures, especialment a partir de 45 anys, no formen part de la formació. I, en segon lloc, es demostra que la taxa de participació dels adults en activitats de formació contínua és baixa en comparació a la mitjana europea, en particular, la des adults compresos en les franges d'edat més elevades.

Donada l'escassa formació contínua que reben els treballadors adults, el PNR preveu la creació d'un nou sistema de formació professional per a l'ocupació que té com a finalitat impulsar la formació entre empresaris i treballadors per tal d'afavorir l'accés de

---

<sup>377</sup> Anteriorment, des del llançament de l'Estratègia Europea d'Ocupació dissenyada a Luxemburg l'any 1997 les Directrius per a l'ocupació s'havien de plasmar en els anomenats Plans d'Acció Nacional per a l'Ocupació. A partir de les Directrius integrades aprovades l'any 2005, els Plans d'Acció Nacional per a l'Ocupació passen a formar part dels Programes Nacionals de Reformes.

<sup>378</sup> PNR 2005-2008, pàg. 34

<sup>379</sup> Font: Eurostat, *Table: lifelong learning, participation in any learning activities by age and sex* (last update 10.6.2010)

les PIMEs al sistema, als treballadors de sectors en processos de reestructuració i també per “ dar respuesta a la necesidad de ofrecer formación a los trabajadores de más edad”, configurant-se així els treballadors d’edat avançada com un dels col·lectius més necessitats de formació continua.

Per dur a terme el sistema de formació per l’ocupació el PNR cita les següents actuacions: desenvolupament dels Plans de Formació d’Empreses que cobreixin les necessitats de formació dels treballadors, augment i millora de la qualitat de la formació continua de funcionaris de totes les Administracions, el desenvolupament de sistemes d’acreditació de les competències professionals adquirides per mitjà de processos formatius o de l’experiència laboral. I els instruments que es posen a l’abast per abordar la reforma són: un sistema de bonificacions sobre la quota de formació per les empreses que realitzin formació pels seus treballadors, permisos individuals de formació, contracte per la formació per afavorir a la inserció laboral dels joves, programes públics d’ocupació i formació, accions de suport i acompanyament a la formació, contractes-programes que dotin a l’oferta formativa d’estabilitat i centres de referències nacional especialitzats per sectors que desenvolupin activitats formatives.

Ara bé, una de les mesures significatives que estableix el PNR per articular un sistema de formació professional per a l’ocupació i que conté els instruments per abordar la reforma mencionats, és la previsió de crear un subsistema únic en l’àmbit laboral denominat “Subsistema de Formación Profesional para el Empleo” en el qual no es diferenciï la Formació Ocupacional i la Formació Professional, tal i com s’havia fet tradicionalment amb anterioritat. La materialització d’aquest nou sistema es va dur a terme per mitjà del *El Real Decreto 395/2007, de 22 de febrero, por el que se regula el Subsistema de formación profesional para el empleo* eludeix com un dels destinataris prioritaris de les diverses iniciatives de formació als majors de 45 anys, ja estiguin treballant o siguin desocupats, amb l’objectiu d’afavorir la seva inserció professional o el manteniment de la seva ocupació.

Com s’ha esmentat, el RD 395/2007 canvia l’antic sistema de formació professional en l’àmbit laboral que diferenciava entre la formació ocupacional dels treballadors principalment dirigida a les persones desocupats i la formació contínua dels treballadors ocupats, i passa a integrar les dues modalitats de formació en un sol sistema, anomenat

formació professional per a l'ocupació. La formació professional i ocupacional es preveia a l'anterior llei d'ocupació, *Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo* (LBE), i els seus programes es desenvolupaven en una sèrie d'acords<sup>380</sup>. La formació professional ocupacional es desenvolupava a través dels Plans Nacionals de Formació i Inserció Professional essent-ne el primer que es va adoptar el Pla de 1985, i que ara amb el nou sistema de formació professional queda derogat (Disposició derogatòria única RD 395/2007). La formació professional continua es duia a terme segons el que estableixen els Acords Nacionals de Formació Continua<sup>381</sup>, el primer dels quals data de l'any 1992. El darrer dels acords va ser el IV Acord Nacional de Formació d'1 de febrer de 2006<sup>382</sup> que ja no s'anomena acord de "formació continua", sinó de "formació", amb la voluntat de participar en el model integrat de formació amb la idea de contribuir a l'aprenentatge permanent. A la Disposició Addicional segona de l'Acord es preveu que les organitzacions firmants de l'acord –les organitzacions empresarials i sindicals més representatives a nivell estatal- acorden que es dirigiran al Govern per tal que conjuntament adoptin un Acord Tripartit. L'Acord Tripartit que en va resultar va disposar el compromís que la norma estatal adoptés un Reial Decret Regulador del sistema de formació professional, que va ser el RD 395/2007.

L'elaboració del RD 395/2007, tal i com indica la seva exposició de motius, ha estat influenciada per diversos elements. En primer lloc, la *Ley Orgànica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional* estableix un catàleg nacional de qualificacions professionals que es dirigeix cap a l'aprenentatge permanent i la integració dels tipus de formació en què es classificava la formació anteriorment al

---

<sup>380</sup> L'anterior Llei d'Ocupació, *Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo* (LBE), regulava la formació professional ocupacional i la continua. En relació a la formació ocupacional dirigida als treballadors la LBE disposava que "en relación con los programas de Promoción del Empleo, el INEM establecerá un programa anual de formación profesional ocupacional que, con carácter gratuito, asegure la adecuada formación profesional de los que quieran incorporarse al mundo laboral o, encontrándose en él, pretendan reconvertirse o alcanzar una mayor especialización profesional (art. 14.1 LBE). Quant a la formació professional continua pels treballadors ocupats la LBE establia que un dels objectius de la política d'ocupació és "lograr el mayor grado de transparencia del mercado de trabajo mediante una adecuada gestión de la colocación y la adopción de medidas que posibiliten la información, orientación, formación y promoción profesionales" (art. 2.d LBE).

<sup>381</sup> Així, anteriorment al RD 395/2007, l'ordenació de la formació professional gira entorn d'un complex sistema d'acords de fiversa naturalesa. VALDÉS DAL-RE., La formación profesional continua, entre el diàleg social y la negociación colectiva, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2001, pàgs. 108 i ss.

<sup>382</sup> *Resolución de 3 de marzo de 2006, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del IV Acuerdo Nacional de Formación* (BOE núm. 73, de 27 de març de 2006).

RD 395/2007, reglada, ocupacional i continua<sup>383</sup>. A través de la Llei de les Qualificacions i de la Formació professional es defineixen les directrius bàsiques per un sistema integrat de la formació professional reglada, ocupacional i continua. Per a aquesta finalitat, la present Llei crea un Sistema Nacional per dotar, amb la cooperació de les Comunitats Autònomes, d'unitat, coherència i eficàcia a la planificació, l'ordenació i l'administració de la formació professional a Espanya, tot facilitant la integració de les diferents formes de certificació i acreditació de les competències i de les qualificacions professionals. El sistema, tal i com indica el propi preàmbul “ha de fomentar la formación a lo largo de la vida, integrando las distintas ofertas formativas e instrumentando el reconocimiento y la acreditación de las cualificaciones profesionales a nivel nacional, como mecanismo favorecedor de la homogeneización, a nivel europeo de los niveles de formación y acreditación de cara al libre movimiento de los trabajadores y de los profesionales”. Per a respondre a aquest fi, la llei crea un Catàleg Nacional de Qualificacions Professionals, d'acord amb la competència exclusiva estatal establerta a l'article 149.1.30 CE, per la qual l'Estat té atribuïda la competència exclusiva en matèria de la regulació de les condicions per a l'obtenció, expedició i homologació de títols acadèmics. Així doncs, el catàleg contribueix a facilitar l'adequació entre la formació professional i el mercat de treball i la formació al llarg de la vida (art. 7.1 LO 5/2002), entenent-se com a formació professional totes aquelles accions de formació que permeten desenvolupar qualificadament les professions, l'accés a l'ocupació, i també la participació a la vida social, cultural i econòmica, incloses tant a formació professional inicial, com les accions d'inserció o reinserció laboral o les de formació continua d'adaptació o actualització permanent de les competències professionals (art. 9 LO 5/2002). La norma preveu una particularitat respecte a grups amb especials dificultats d'integració laboral, que les Administracions públiques adaptin les ofertes formatives a les necessitats dels joves amb fracàs escolar, discapacitats, minories ètniques, parats de llarga duració i, en general, persones amb risc d'exclusió social (art. 12.1 LO 5/2002). No obstant, a diferència d'altres normes

---

<sup>383</sup> Vid. per conèixer una aproximació de l'evolució normativa del sistema de formació professional a Espanya, des dels seus orígens l'any 1924: PÉREZ ESPARRELLS, C., “La formación profesional y el sistema nacional de cualificaciones: una clave de futuro”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 31, 2001; també traça l'evolució de la formació professional a Espanya: CAMAS RODA, F., *La formación profesional en los ámbitos educativo y laboral. Análisis tras la LO 2/2006, de Educación, y el RD 395/2007 de Formación Profesional para el Empleo*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007



posteriors, com el mateix RD 395/2007, la LO 5/2002 no fa un esment exprés dels treballadors d'edat avançada com a un grup especialment vulnerable<sup>384</sup>.

En segon lloc, han influenciat a la regulació del subsistema de formació professional per a l'ocupació en quant al seu règim de funcionament i finançament, la seva estructura organitzativa i la participació institucional, les sentències del Tribunal Constitucional 95/2002, de 25 d'abril i 190/2002, de 17 d'octubre que delimiten l'actuació de l'Estat i les Comunitats Autònomes en matèria de formació continua situant-la en l'àmbit laboral i no dins la formació professional reglada del sistema educatiu de la matèria d'educació.

Juntament a la jurisprudència del Tribunal Constitucional sobre el repartiment competencial en matèria de formació professional i la LO 5/2002 de qualificacions i de la formació professional, també una altra norma ha inspirat l'actual RD 395/2006 de la formació professional per a l'ocupació. És la Llei d'ocupació, *Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo*<sup>385</sup> (LE), que en la seva redacció originària contempla la formació com un dels eixos principals de la política activa d'ocupació que té per objecte millorar les possibilitats d'accés dels desocupats al mercat de treball, així com l'adaptació de la formació i requalificació per a l'ocupació dels treballadors.

Últimament la Llei 56/2003 ha estat modificada pel *Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo*<sup>386</sup> que continua configurant en el seu articulat la formació com una de les polítiques d'ocupació centrals per aconseguir els objectius d'ocupació proposats. Els preceptes disposen que entren dins el concepte de polítiques actives d'ocupació les mesures de formació que tenen per objecte les mesures de formació dirigides a “mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas” (art. 23.1 LE). A continuació, especifica que les accions i mesures que integren les polítiques actives d'ocupació cobreixen l'àmbit de la

---

<sup>384</sup> La LO 5/2002 és completada pel *Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia profesional* (BOE núm. 205, de 25 d'agost de 2009), el qual determina el procediment únic, tant per l'àmbit educatiu com pel laboral, per avaluar i acreditar les competències professionals adquirides a través de l'experiència laboral o de vies no formals de formació, que estableix l'art. 8.2 de la LO 5/2002

<sup>385</sup> BOE núm. 301, de 17 de desembre de 2003

<sup>386</sup> BOE núm. 43, de 19 de febrer de 2011

formació i la requalificació, en concret, les “acciones y medidas de aprendizaje, formación, recualificación o reciclaje profesional incluidas en el subsistema de formación profesional para el empleo” (art. 25.1.b LE). I és que, en el context de crisi actual, resulta fonamental disposar de mesures de requalificació professional que reestructuris les professions i els oficis per adaptar-les a les necessitats actuals del mercat de treball<sup>387</sup>.

També, en aquest sentit, cal mencionar l'Estratègia Espanyola d'Ocupació 2012-2014 regulada al *Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014*<sup>388</sup>, que s'ha aprovat en virtut de l'art. 4 bis de la Llei 56/2003, afegit pel RD-Ley 3/2011, i que estableix que el Govern, de forma plurianual i amb caràcter coordinador del Sistema Nacional d'Ocupació, elaborarà una estratègia que marqui els objectius a seguir en relació amb les polítiques actives d'ocupació a nivell estatal. Per aquests anys 2012-2014, i en relació a les persones majors de 45 anys, l'Estratègia Espanyola indica que és un objectiu perseguit per aquest període el foment la millora i adequació de les competències professionals a les necessitats del mercat de treball a través de les accions i les mesures d'aprenentatge, formació, requalificació o reciclatge de les persones incloses en el subsistema de formació professional. Per aquest objectiu s'estableix que són col·lectius prioritaris de les accions formatives: les persones sense qualificació professional, les persones amb necessitats formatives especials o amb dificultats per la seva inserció o requalificació professional i les persones en l'àmbit rural. Com s'observa sovint, els majors de 45 anys sovint parteixen de qualificacions professionals baixes que els minven les seves oportunitats laborals, de forma que poden entendre's en bona part inclosos, si bé implícitament, en aquests col·lectius als quals es prioritza la formació per a l'ocupació.

El subsistema de formació professional per l'ocupació l'integren, tal i com es desprèn de l'article 2.1 RD 395/2007 “el conjunto de instrumentos y acciones que tienen por objeto impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento”. Entre les seves finalitats s'hi troba,

---

<sup>387</sup> GARCÍA GIL, B., “Novedades y modificaciones a la Ley de Empleo”, *Aranzadi Social*, 1/2011 (BIB 2011/429), 2011 pàg. 15

<sup>388</sup> BOE núm. 279, de 19 de novembre de 2011

segons declara l'article 2.2 de la mateixa norma, afavorir tant a les persones ocupades com a les desocupades formació al llarg de la vida per millorar la seva capacitat professional i desenvolupament personal i millorar l'ocupació dels treballadors, en particular, els que tenen majors dificultats per inserir-se al món laboral o per mantenir-se ocupats. Atesa aquesta darrera finalitat plantejada, en ulteriors articles la norma disposa que els destinataris de la formació professional per l'ocupació són tots els treballadors ocupats o desocupats (art. 5.1), si bé incideix en què els treballadors amb més dificultats d'inserció o manteniment de l'ocupació poden tenir prioritat alhora de participar en les diverses iniciatives de formació. I, seguidament la disposició especifica que els treballadors desocupats o persones desocupades que siguin majors de 45 anys es troben entre els col·lectius que poden ser qualificats de prioritaris en les accions formatives (arts. 5.3.a i b). Així que, el RD 395/2007, manté, com feien les anteriors normes reguladores de la formació per a l'ocupació, les ja derogades RD 631/1993<sup>389</sup> i RD 1046/2003<sup>390</sup>- l'opció de donar preferència en l'accés a la formació als treballadors amb majors dificultats d'inserció o de manteniment en el mercat de treball, com ho són els majors de 45 anys<sup>391</sup>.

Les iniciatives formatives agrupen diverses accions: la formació de la demanda, la formació de la oferta i la formació que s'alterna amb l'ocupació (art. 4 RD 395/2007). La formació de la demanda s'utilitza per respondre a les necessitats de formació que plantegen les empreses o els seus treballadors i engloba les accions de formació que proporcionen les empreses i els permisos individuals de formació, i que són finançats per fons públics total o parcialment. En canvi, la formació de l'oferta comprèn els plans de formació dirigits als treballadors ocupats i les accions formatives que es dirigeixen als treballadors desocupats, amb l'objecte de capacitar, i que tenen per objecte capacitar a aquestes persones per a què desenvolupin qualificadament una professió o per afavorir que accedeixin al mercat de treball. El Reial Decret també contempla com a integrant de les iniciatives de formació la formació que s'alterna amb l'ocupació que són aquelles accions formatives previstes en els contractes per la formació i en els programes públics d'ocupació i formació i que permeten que el treballador compatibilitzi la formació i la

---

<sup>389</sup> *Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional (BOE núm. 106, de 4 de maig de 1993)*

<sup>390</sup> *Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua (BOE núm. 219, de 12 de setembre de 2003)*

<sup>391</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A., "El subsistema de formación profesional para el empleo. Comentario al RD 395/2007, de 23 de marzo", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2008. pàg. 959

pràctica professional a la vegada en el lloc de treball. Una última iniciativa formativa que fa referència la norma són les accions de suport a la formació que possibiliten millorar l'eficàcia del subsistema de formació ocupacional.

En qualsevol cas, en relació a la gestió dels programes de formació per a l'ocupació i el seu finançament cal prendre en consideració el repartiment competencial entre Estat i Comunitats Autònomes en aquesta matèria.

### ***b) Les accions de formació de Catalunya dirigides als treballadors majors de 45 anys***

Al llarg de la dècada dels noranta es va iniciar el procés de transferència i traspàs de competències de l'Estat a les Comunitats autònomes en el camp de la formació professional, traspàs que afecta a la gestió de la formació professional i el seu finançament. A continuació, s'analitzarà en particular la intervenció de Catalunya en el camp de la formació dels treballadors ocupats o desocupats, dins el marc del subsistema de formació per a l'ocupació que preveu el RD 395/2007. I, a partir d'aquí, tenint en compte la distribució competencial, es tractarà de dilucidar si hi ha mesures de formació professional dirigides als majors de 45 anys.

#### *i) El marc legal català relatiu a la formació per a l'ocupació*

L'article 149.1.13 CE reserva a l'Estat la competència exclusiva sobre les bases de coordinació de la planificació general de l'activitat. El mateix article 149 a l'apartat 7 disposa que l'Estat té competència exclusiva en matèria de legislació laboral sens perjudici de la seva execució per part de les Comunitats Autònomes. Així mateix, l'article 149.1.30 CE estableix la competència exclusiva de l'Estat sobre la regulació de les condicions d'obtenció, expedició i homologació dels títols acadèmics i professionals i normes bàsiques pel desenvolupament de l'article 27 CE, precepte que reconeix el paper dels poders públics en quant a la programació general de l'ensenyament, inspecció i homologació del sistema educatiu per a garantir el compliment de les lleis.

Atesa la delimitació competencial constitucional, Catalunya va assumir les funcions en matèria de gestió de la formació ocupacional que fins aleshores duia a terme l'Administració de l'Estat a través de l'Institut Nacional d'Ocupació pel *Real Decreto*

1577/1991, de 18 de octubre, de traspaso de la gestión de la formación profesional ocupacional a la Generalitat de Cataluña<sup>392</sup>.

El repartiment de competència en matèria de formació va ser matisat per la STC 92/2005, de 25 d'abril<sup>393</sup>, la qual va limitar els àmbits d'actuació en matèria de formació

---

<sup>392</sup> BOE núm. 268, de 8 de novembre de 1991

<sup>393</sup> El traspàs de competències va significar que Catalunya assumia les gestió en matèria de formació ocupacional. Corresponia a Catalunya l'execució de la norma que regulès la formació professional ocupacional que era, en el moment del traspàs, el *Real Decreto 1618/1990 por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional* (BOE núm. 303, de 19 de desembre de 1990) i que va ser substituït pel *Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional* (BOE núm. 106, de 4 de maig de 1993). Aquest RD va reordenar les accions de formació ocupacional posant més èmfasi en la reinserció professional de les persones en situació d'atur de tal manera que va afectar a la competència executiva de la Generalitat de Catalunya en matèria de formació contínua dels treballadors ocupats, en la mesura que se substituïa el sistema de gestió pública d'aquesta modalitat formativa per un sistema de gestió centralitzat que s'encomanava als interlocutors socials i deixava al marge a l'Administració autonòmica. La formació professional es duu a terme segons els programes que estableixen els acords nacionals de formació contínua. I, certament, el RD 631/1993 preveia en el seu preàmbul que els programes formatius es complementaven segons allò previst a l'Acord Nacional sobre Formació Contínua, firmat per CEOE, CEPYME, UGT i CCOO, un acord amb valor jurídic equiparable als convenis col·lectiu d'acord amb l'article 83.3 LET. De l'Acord Nacional en va emanar el complementari Acord Tripartit sobre Formació Contínua, firmat per les anteriors organitzacions i el Ministeri de Treball i de Seguretat Social, ja que, com preveia l'Acord Nacional, les organitzacions firmants es dirigiran al Govern per tal que s'arribi a un Acord Tripartit on s'estableixi el finançament i l'execució de la formació contínua. I, encara més, l'Acord Nacional encomanava als interlocutors socials la gestió del sistema a través dels components ens de composició paritària. Va ser en el primer Acord Tripartit per la Formació Contínua de 22 de desembre de 1992 amb una vigència pels anys 1993-1994 que va preveure a l'apartat tercer que el Govern i les organitzacions firmants convindrien tots els aspectes relatius a l'organització, gestió, distribució de fons i, si s'escau, l'execució de les accions formatives i la seva justificació corresponen als interlocutors socials a través dels ens de la composició paritària, exloent-ne així a la Generalitat de Catalunya de la intervenció en l'aplicació de les mesures de formació contínua. Adoptant el que preveia l'Acord Tripartit, la Disposició Addicional 23ena de la Llei de Presupostos Generals de l'Estat per a l'any 1993, *Ley 39/1992, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del estado para 1993* atribuïa el finançament d'un percentatge sobre la cotització a la formació professional a aquest ens paritari estatal format per les representacions sindicals i empresarial. D'aquesta forma, l'Acord Tripartit entre l'Administració General de l'Estat i les organitzacions empresarials i sindicals més representatives a nivell sindical suposava que la formació contínua no es gestionés en l'àmbit autonòmic i que, d'acord amb la Llei de Presupostos Generals de l'Estat s'exlou a l'Administració autonòmica de la gestió del finançament dels programes formatius i el repartiment de les subvencions. Per aquests motius, la Generalitat de Catalunya va interposar un recurs al davant del Tribunal Constitucional per a reclamar la competència de la formació dels treballadors ocupats a Catalunya. El TC, a la STC 95/2002, de 25 d'abril destaca que la formació professional contínua, que és objecte de la sentència, s'ha de diferenciar de la formació professional reglada que s'imparteix als escolars en els Centres educatius, i s'ha d'ubicar a la matèria "legislació laboral", de la qual l'Estatut d'Autonomia de Catalunya li correspon la legislació d'execució de la legislació estatal en virtut de l'article 11.2 EAC 1979. En conseqüència, atenent a les competències de la Generalitat de Catalunya sobre execució laboral, l'Acord Tripartit vulnera aquestes competències en excloure a l'Administració Autonòmica de l'organització o gestió de les mesures de formació contínua, una competència traspasada a Catalunya (FJ 16). I, pel que fa a la gestió del finançament de la formació contínua, igualment, el Tribunal Constitucional declara que és inconstitucional la disposició sobre la determinació presupostaria de les accions de formació contínua en excloure a la Generalitat de Catalunya de la decisió de la determinació dels fons públics que es destinen a subvencionar les accions de formació contínua a Catalunya quan la Generalitat de Catalunya ostenta la competència executiva en aquesta matèria. És a dir, no és inconstitucional el mecanisme de finançament que la llei preveu, sinó l'atribució d'aquest presupost a un ens estatal i no a la Comunitat Autònoma que en té competència, Catalunya.

contínua i ocupacional, definint-la com a laboral i ubicant-la dins l'àmbit de gestió de les comunitats autònomes<sup>394</sup>. El Tribunal establí que la formació per a l'ocupació i el seu finançament s'han de considerar legislació laboral perquè aquesta formació fa referència als drets i obligacions de la relació laboral, en concret, “conciene a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores de la relación laboral, como el reconocido en el art. 4.2 ET. Esta clara inserción de la formación profesional continua en el seno de la relación laboral, con la consiguiente atribución de derechos al trabajador y correlativos deberes al empresario, determina como encuadramiento adecuado de la materia formativa el de legislación laboral” (FJ 8). Dit això, el Tribunal estableix que “el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones y tramitación de las subvenciones, dejando a salvo la potestad autonómica de autoorganización de los servicios” (FJ 18), per la qual cosa, admet que la competència de la gestió i l'execució de la formació professional continua dels treballadors actius i també de la gestió del seu finançament correspon a les Comunitats Autònomes.

Tenint en compte la jurisprudència constitucional que delimita el significat del repartiment competencial sobre la formació continua, doctrina expressada en la sentència 95/2002 i també en el mateix sentit, la sentència 190/2002 de 17 d'octubre<sup>395</sup>,

---

<sup>394</sup> DÍEZ BUESO, L., *La Sentència del Tribunal Constitucional 95/2002 sobre les competències autonòmiques en matèria de formació professional dels treballadors en actiu*, Institut d'Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2002. pàg. 4. L'autora, en relació a la gestió de la formació continua, accentua que el paràgraf del fonament jurídic 16 de la sentència pel qual “No corresponde, en fin, a este Tribunal establecer criterios sobre cuáles han de ser las modalidades organizativas y de gestión de los planes de empresa o de los planes agrupados que, por su dimensión supraterritorial u otros motivos, determinen la imposibilidad de su gestión por la Generalidad de Cataluña. Ha de ser, pues, el Estado, a quien incumbe la ordenación de esta actividad, quien delimite unos supuestos de otros y decida aquéllos en que, por exceder de la competencia autonómica, la gestión o ejecución de las acciones formativas no corresponda a la Comunidad Autónoma de Cataluña”, doncs bé, que aquest paràgraf “pot ser emprat per justificar la continuïtat de la centralització, total o parcial, de la gestió dels programes de formació contínua dels treballadors en actiu” I afegeix l'autora que “l'Administració central podrà argumentar que existeixen raons que impedeixen la gestió per part de la Generalitat de tots o d'alguns dels programes de formació, raons que poden sostenir-se en el caràcter supraterritorial dels programes o, fins i tot, en altres motius que facin impossible la gestió autonòmica”. pàg. 5

<sup>395</sup> Semblantment a la STC 95/2002, a la Sentència del Tribunal Constitucional 190/2002, de 17 d'octubre, la Comunitat Autònoma de Galícia va presentar un recurs d'incostitucionalitat contra la Disposició Addicional segona de la Llei 41/95, de 30 de desembre, de Presupostos generals de l'Estat per a 1995. La Disposició conté una fórmula prevista pel finançament de la formació continua que havia sorgit de l'Acord Tripartit firmat entre les organitzacions empresarials i sindicals firmants i el Govern estatal. La consecució de l'Acord Tripartit estava previst a l'Acord Nacional sobre Formació Continua subscrit per les organitzacions sindicals i empresaris més representatives en l'àmbit estatal (CEOE, CEPYME, UGT, CCOO) i que és d'aplicació a tot el territori de l'Estat. Així, l'Acord encomana als interlocutors socials la gestió dels sistema a través dels corresponents ens de composició paritària. El

així com la promulgació de la LO 5/2002 sobre les qualificacions i de la formació professional i de la nova Llei d'Ocupació 5/2003, es va aprovar, adaptant aquestes novetats, el *Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua*. Aquest Reial Decret va ser vigent fins a l'aprovació del RD 395/2007, l'actual regulació del subsistema de formació professional contínua que integra en un únic sistema la formació ocupacional i la formació contínua. En definitiva, amb la reforma del RD 395/2007 s'ha pretès, d'acord amb el preàmbul de la norma, reforçar “de una parte, la participación de los Interlocutores sociales, y, de otra, la capacidad de gestión de las Comunidades Autónomas y la colaboración entre las Administraciones de éstas y la Administración del Estado”. Es planteja un model de formació que respecti la competència de gestió de les Comunitats Autònomes, seguint la jurisprudència constitucional citada <sup>396</sup>. Així les coses, l'art. 23 del RD 395/2007 reconeix les Comunitats Autònomes com a òrgans competents per programar, gestionar la formació per a l'ocupació en el seu àmbit autonòmic <sup>397</sup>.

---

Govern, doncs, subscriu l'Acord Tripartit que sorgeix de l'Acord Nacional per la Formació Contínua, el qual, ha estat firmat, exclusivament, per les organitzacions dels agents socials. La Comunitat Autònoma de Galícia va entendre que aquesta Disposició de la Llei de presupostos generals de l'Estat vulnerava les seves competències estatutàries en matèria d'educació, en entendre que la formació ocupacional controvertida s'enquadra en el sistema educatiu. El Tribunal Constitucional en la seva argumentació segueix la línia de la STC 95/2002, i estableix, en primer lloc que la formació professional contínua s'ha de diferenciar de la formació professional reglada s'ha de col·locar a la matèria “legislació laboral”, de la qual l'Estatut d'Autonomia de Galícia li correspon l'execució de la legislació estatal quedant, en tot cas, reservades a l'Estat “los fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de los que establezcan las normas del Estado sobre estas materias” (FJ 5, 6). El Tribunal conclou que el finançament de la formació contínua no és un fons nacional o d'ocupació, per la qual cosa ha de ser la Comunitat Autònoma qui executi la legislació estatal al respecte. En segon lloc, aplicant el mateix criteri que la STC 95/2002, el Tribunal declara que el primer incís de la Disposició adicional segona vulnera les competències de la Junta de Galícia en la mesura que li correspon a la Comunitat Autònoma gestionar els fons destinats a la formació contínua un cop l'Estat es ha posat a disposició de la Comunitat autònoma, i no correspon posar-los a disposició per a la seva gestió a la Fundació per la Formació Contínua, com preveia l'Acord (FJ 8).

<sup>396</sup> Encara que, com accentua CAMAS RODA, “el reconocimiento de competencias autonómicas en materia de formación profesional ocupacional o continua, derivada de la doctrina constitucional elaborada por el TC, no debería tener que complementarse a la decisión derivada de la actuación estatal y de la negociación colectiva y con efectos vinculantes para las administraciones autonómicas, en la ejecución de dichas competencias en relación con sus efectos exclusivos en su propio territorio” CAMAS RODA, F., *La formación profesional en los ámbitos educativo y laboral. Análisis tras la LO 2/2006, de Educación, y el RD 395/2007 de Formación Profesional para el Empleo*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007. pàg. 155

<sup>397</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R., GARCÍA PIÑEIRO, N.P., “La formación profesional para el empleo: reflexiones para su reforma”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 147, 2010. pàgs. 493 i 494 Les autors es mostren sumament crítiques amb la coordinació a la pràctica entre l'administració estatal i l'autonòmica en matèria de formació professional per a l'ocupació. Afirmen: “las Comunidades no pueden dictar la normativa por la que se regula la formación en su Comunidad y sin embargo lo están haciendo con el beneplácito de la Administración central”, fins al punt que culminen “las Comunidades Autónomas no pueden tener una normativa distinta a la estatal, y el Estado no tiene que hacer dejación de sus competencias sino que debe regular la materia de formación para el empleo y hacer que se cumpla”.

Per la seva banda, l'art. 21.5 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006 (EAC) recull el dret de totes les persones a la formació professional i a la formació permanent en els termes que estableixen les lleis. L'art. 25.1 EAC estableix el dret dels treballadors a formar-se i promoure's professionalment i a accedir de manera gratuïta als serveis públics d'ocupació.

L'art. 170.1.b EAC s'especifica que a la Generalitat li correspon la competència executiva en matèria de treball i relacions laboral, una competència que inclou les polítiques actives d'ocupació, que inclouen la formació dels demandants d'ocupació i dels treballadors en actiu, i també la gestió de les subvencions corresponents i que tot la Generalitat participa en els plans o les activitats de formació que superin l'àmbit territorial de Catalunya.

Quant a l'abast de les competències de gestió transferides, l'art. 112 EAC disposa que correspon a la Generalitat, en l'àmbit de les seves competències executives la potestat reglamentària, que comprèn l'aprovació de disposicions per a l'execució de la normativa de l'Estat, i també la funció executiva, que en tot cas inclou la potestat d'organització de la seva pròpia administració i, en general, totes les funcions i activitats que l'ordenament atribueix a l'administració pública.

En aquest sentit, la *Llei 17/2002, de 5 de juliol, d'ordenació del sistema d'ocupació i de creació del Servei d'Ocupació de Catalunya*<sup>398</sup> va crear un sistema de gestió dels programes de formació ocupacional i continua a través del Servei d'Ocupació de Catalunya (SOC). Segons l'article 6 de la Llei 17/2002 l'objecte del SOC és “gestionar i integrar el conjunt d'actuacions i serveis ocupacionals per a mantenir i fomentar l'ocupació estable i de qualitat i l'autoocupació; prevenir i reduir la desocupació i oferir protecció a les persones desocupades tot fomentant i garantint la formació professional ocupacional i contínua”, etc. És per això que, entre les seves funcions s'hi troba, d'acord amb l'article 7.c de la mateixa llei, la gestió dels programes de formació ocupacional i continua i garantir que estiguin coordinats amb la formació professional reglada. A aquest efecte es creen els anomenats centres d'informació professional que són centres del SOC els quals serveixen com a centres de referència en matèria de

---

<sup>398</sup> DOGC núm. 3676, de 12 de juliol de 2002



formació professional a Catalunya que porten a terme accions formatives d'experimentació en noves qualificacions professionals, expedeixen certificats de professionalitat i desenvolupen accions d'innovació metodològica i de formació de formadors (art. 16.3 Llei 17/2002). També, la mateixa norma preveu que el SOC podrà constituir consorcis per a gestionar i executar els serveis professionals (art. 8.2 Llei 17/2002). En aquest sentit, al 2003 es va crear el Consorci per a la Formació Continua de Catalunya<sup>399</sup> per tal de gestionar les accions de formació continua, una competència de la Generalitat de Catalunya i que s'articula a través del Servei d'Ocupació de Catalunya (SOC).

Així mateix, tal i com assenyala la disposició addicional cinquena, en l'apartat 2 de la mateixa Llei 17/2002, l'Institut Català de les Qualificacions Professionals, creat pel Decret 176/2003, de 8 de juliol, dóna suport al Servei d'Ocupació de Catalunya en l'exercici de les seves competències. En aquest sentit, és el *Decret 28/2010, de 2 de març, del Catàleg de qualificacions professionals de Catalunya i del Catàleg modular integrat de formació professional*<sup>400</sup>, les normes que estableixen les referències per a les competències amb significació a Catalunya i marca el referent per a l'oferta del subsistema de formació professional inicial i per al subsistema de formació professional per a l'ocupació.

Atès el marc legal descrit, es va aprovar el *Decret 182/2010, de 23 de novembre, d'ordenació de la formació professional per a l'ocupació a Catalunya*<sup>401</sup> que té com a objecte regular la formació professional per a l'ocupació a Catalunya i l'establiment de les seves modalitats i iniciatives de formació, així com el seu règim de funcionament i finançament i la seva estructura organitzativa i de participació (art. 1).

En consonància amb el RD 395/2007, la qual unifica per primer cop la formació ocupacional i contínua en un sol subsistema de formació professional per a l'ocupació, l'art. 2.1 del Decret 182/2010 estableix que la formació professional que regula la norma és un dels subsistemes de formació professional que pretén impulsar la formació

---

<sup>399</sup> Resolució TIC/2593/2003, de 29 de juliol, per la qual es fa públic l'Acord de la Comissió de Govern per a Assumptes Econòmics de 15 de juliol de 2003, pel qual es constitueix el Consorci per a la Formació Continua de Catalunya i se n'aproven els Estatut (DOGC núm. 2961, de 4 de setembre de 2003)

<sup>400</sup> DOCG núm. 5580, de 4 de març de 2010

<sup>401</sup> DOCG núm. 5764, de 26 de novembre de 2010

de les persones tant ocupades com desocupades, una formació que respongui a les seves necessitats de qualificació i competitivitat, així com contribueixi al desenvolupament econòmic i a la cohesió social.

Especialment rellevants pel que fa a la formació dels treballadors d'edat avançada són les finalitats de la formació que apunta la norma als arts. 2.2.a) i c) del Decret 182/2010: afavorir la formació al llarg de la vida de les persones treballadores desocupades i ocupades, millorant la seva capacitació professional i el seu desenvolupament personal (art. 2.2.a); i millorar l'ocupabilitat de les persones treballadores, en particular d'aquelles que tenen més dificultats per a la seva inserció laboral o per al manteniment de la seva ocupació (art. 2.2.c). També, si bé implícitament, s'al·ludeix als treballadors d'edat com a col·lectiu desfavorit en el mercat laboral a l'art. 2.3.h) del Decret 182/2010, segons el qual un dels principis de la formació professional per a l'ocupació és donar una atenció especial als col·lectius que presenten majors dificultats per accedir al mercat de treball.

### ***c) Mesures de formació del Servei d'Ocupació de Catalunya en relació a les persones majors de 45 anys***

Els diferents tipus d'accions en què es desglossa la formació professional per a l'ocupació es troben descrits a l'art. 4 del Decret 182/2010, segons el qual, són bàsicament dues les iniciatives de formació professional per a l'ocupació a Catalunya que es desenvolupen: la formació de la demanda i la formació de l'oferta. La formació de demanda té per finalitat respondre a les necessitats específiques de formació i de desenvolupament de les persones treballadores del teixit empresarial de Catalunya i la formació d'oferta està destinada a la qualificació i a la requalificació de les persones treballadores, ocupades i desocupades.

#### *ii) La formació de la demanda*

A nivell autonòmic, el nou model de formació professional per a l'ocupació instaurat pel RD 395/2007 significa que la competència en la formació de la demanda que consta de la formació a les empreses i els permisos individuals de formació que són la base de la formació de la demanda s'exerceixi a través del sistema de bonificacions a les quotes

de la Seguretat Social que ingressen les empreses que realitzin activitats de formació del seu personal i que cotitzin per la contingència de formació professional a la Seguretat Social. Aquestes empreses disposen d'un crèdit anual que es determina aplicant a la quantia ingressada per l'empresa durant l'any anterior, en concepte de quota de formació professional, un percentatge que estableix la Llei de Pressupostos generals de l'Estat segons el nombre de treballadors de l'empresa.

S'ha de tenir en compte que les quotes que ingressen les empreses no es consideren subvencions (arts. 12 i 13 RD 395/2007). En conseqüència, a la Generalitat, li pertocuen les funcions d'informar, assessorar a les empreses sobre el sistema de bonificacions i fer el seguiment i control d'aquestes accions formatives<sup>402</sup>.

Correspon al Consorci per a la Formació Contínua de Catalunya la funció d'informació i assessorament a les empreses sobre el sistema de bonificacions, així com també la funció d'avaluar, seguir i controlar les accions de formació de la demanda que duen a terme les empreses.

Són, doncs, les empreses i els treballadors assalariats els beneficiaris d'aquest tipus de formació de demanda. Les empreses –centres al territori estatal – desenvolupen formació pels seus treballadors i cotitzen per contingència de formació professional. Per la seva banda, els treballadors assalariats cotitzen a la Seguretat Social en concepte de formació professional.

Com s'ha dit, l'objecte de la formació de la demanda és respondre a les necessitats específiques de formació de les empreses i dels treballadors. Hi ha dos modalitats d'aquest tipus de formació: les accions de formació de les empreses, ja siguin generals o transversals o específiques d'una professió, i els permisos individuals de formació (PIF) els quals són reconeguts mitjançant l'acreditació oficial de certificats<sup>403</sup>.

---

<sup>402</sup> Vid. *Ley 2/2012, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE núm. 156, de 30 de juny de 2010)*. L'article 120 indica quines són les bases i tipus de cotització a la formació professional en vigor.

<sup>403</sup> CONSORCI PER A LA FORMACIÓ CONTÍNUA DE CATALUNYA, *Formació de demanda: perspectiva i perspectiva*, Generalitat de Catalunya: Consorci per a la Formació Contínua de Catalunya, 2008. La participació a Catalunya en la formació de la demanda és significativa. Mostra d'això, l'Informe dona les següents dades de l'any 2007: han participat en alguna activitat formativa per a l'ocupació durant l'any 2007 566.000 persones; 386.000 en accions de formació de demanda (bonificacions); 140.000 en accions de formació de l'oferta; 40.000 en accions de formació professional.

## *ii) La formació de l'oferta*

Pel que fa a la formació de l'oferta, que és on es concentren les mesures públiques d'ocupació sobre les quals poden ser-ne beneficiaris específics els majors de 45 anys, és el SOC l'òrgan encarregat de l'ordenació, la planificació, la programació i l'execució de les accions ocupacionals que deriven de les polítiques actives d'ocupació i fer-ne el seguiment i el control, així com gestionar els programes de formació professional ocupacional i contínua i gestionar les accions de foment de l'ocupació.

En virtut del RD 395/2007, la formació de la oferta utilitza la fórmula de la subvenció tant en l'àmbit estatal (art. 22), autonòmic (art. 23), com en el programes públics d'ocupació i formació (art. 28.2) i les accions d'acompanyament i complementàries de la formació (art. 29). Les Comunitats Autònomes disposen dels fons de formació professional per a l'ocupació d'àmbit nacional que es destinen al finançament de les subvencions gestionades per les comunitats autònomes que tenen assumides les competències d'execució, com és el cas de Catalunya (art. 6 RD 395/2007). Les subvencions es distribuïran d'acord amb l'establert a l'article 86 de *Ley 47/2003, de 36 de noviembre, General Presupuestaria*<sup>404</sup> que estableix les regles que regeixen la distribució entre les Comunitats Autònomes de les subvencions sobre les matèries en les quals les Comunitats Autònomes han assumit competències d'execució.

En aquest sentit, també s'ha de tenir en compte que, en data 18 de novembre de 2003, es va publicar *la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones*<sup>405</sup>, que regula el règim jurídic general de les subvencions atorgades per les administracions públiques. Aquesta norma és d'aplicació a les subvencions establertes en matèries la regulació bàsica de les quals pertanyi a l'Estat i la gestió de les quals sigui competència total o parcial d'altres administracions públiques.

D'acord amb els programes de formació de l'oferta que preveu el RD 395/2007, aquests es desglossen en plans de formació dirigits prioritàriament als treballadors ocupats (art. 24) i les accions formatives dirigits prioritàriament als treballadors ocupats (art. 25).

---

<sup>404</sup> BOE núm. 284, de 27 de novembre de 2003

<sup>405</sup> BOE núm. 276 de 18 de novembre de 2003

Les accions de formació que es dirigeixen de forma prioritària als treballadors ocupats poden ser plans sectorials o intersectorials. Els plans sectorials es componen d'accions formatives destinades a la formació de treballadors d'un sector productiu concret, amb la finalitat que es desenvolupin accions formatives d'interés general per aquest sector i satisfer les necessitats que hi ha en el sector. Així com també les accions dels plans sectorials poden també dirigir-se al reciclatge i requalificació dels treballadors procedents de sectors en situació de crisi. Per altra banda, els plans intersectorials es componen d'accions formatives que es distingeixen a l'aprenentatge de competències transversals a diversos a diversos sectors de l'activitat econòmica o de competències específiques d'un sector pel reciclatge i requalificació dels treballadors d'altres sectors. Per altra part, les accions formatives que es dirigeixen prioritàriament als treballadors desocupats tenen com a objectiu primordial la inserció o reinserció dels treballadors desocupats en aquelles ocupacions que requereix el sistema productiu.

A Catalunya, L'Ordre TRE/230/2008, de 6 de maig, per la qual es regula el desenvolupament del subsistema de formació professional per a l'ocupació, en matèria de formació d'oferta adreçada prioritàriament a treballadors ocupats, i s'estableixen les bases reguladores per a la concessió de subvencions públiques destinades al seu finançament<sup>406</sup> desenvolupa la formació de l'oferta que s'adreça prioritàriament a treballadors ocupats i que gestiona el Consorci per a la Formació Continua de Catalunya i aprova les bases que han de regir les subvencions destinades a aquesta modalitat de formació d'oferta tot establint els requisits de la presentació de sol·licituds, de les entitats sol·licitants, dels treballadors beneficiaris i les classes d'accions formatives i les seves modalitats d'impartició. També s'estableix, i és rellevant subratllar en vistes a considerar els majors de 45 anys com a col·lectius prioritàris d'aquestes accions formatives, que l'article 10.1 estableix que les convocatòries de subvencions per aquesta modalitat de formació per tal que es garanteixi l'accés a la formació de treballadors amb més dificultat de manteniment en el mercat de treball "hauran de preveure entre els col·lectius prioritàris a què fa referència l'article 5.3 del Reial decret 395/2007, de 23 de març, almenys, a les dones, a les persones amb discapacitat i als treballadors de baixa qualificació". En aquests sentit, s'ha d'anotar que tot i que en el precepte 5.3 RD

---

<sup>406</sup> DOGC núm. 5135, de 21 de maig de 2008. Determinats preceptes de l'Ordre TRE/230/2008 han estat modificats per l'Ordre EMO/77/2011, de 19 d'abril (DOGC núm. 58/74, de 9 de maig de 2011) per tal de simplificar els procediments administratius relatius a la concessió de les subvencions i assolir una major celeritat.

395/2007 hi són enumerats els majors de 45 anys com a treballadors que poden tenir prioritat per a participar en les accions formatives, però, tal i com s'entreveu a l'article 10.2 de l'Ordre en qüestió, no són col·lectius considerats de primer ordre a qui s'hagi d'incloure forçosament a les convocatòries de subvencions d'accions formatives per a treballadors ocupats, a diferència dels joves, les dones, els discapacitats o els treballadors de baixa qualificació. No obstant això, en la mesura que els treballadors d'edat avançada sovint compten amb una qualificació baixa, en aquesta perspectiva, poden considerar-se indirectament col·lectius de màxima prioritat com a destinataris dels plans de formació dirigits als treballadors ocupats.

La darrera convocatòria de subvencions a aquest efecte és l'establerta per la *Resolució EMO/1195/2011, de 5 de maig, per la qual s'aprova la convocatòria de 2011 per a la concessió de subvencions públiques per al finançament de plans de formació d'oferta de caràcter intersectorial, específics per a l'economia social, i de caràcter sectorial destinats a treballadors/ores prioritàriament ocupats/ades, que promou el Consorci per a la Formació Contínua de Catalunya*<sup>407</sup>. L'article 5.3 de la Resolució estableix que tindran prioritat per accedir a la formació les persones amb baixa qualificació, amb especial atenció als joves menors de 30 anys, als majors de 45 anys i les persones procedents dels sectors afectats per expedients de regulació d'ocupació.

Així doncs, en base a la programació de plans establerts legalment, els programes de formació de la oferta que reben els treballadors i que són impulsats i subvencionats per la Generalitat de Catalunya, a través del Consorci per a la Formació Contínua de Catalunya són plans intersectorials orientats a l'adquisició de competències transversals en sectors de l'activitat econòmica o competències específiques d'un sector concret dirigides al reciclatge i requalificació de treballadors, els plans de l'economia social per a col·lectius de treballadors i socis de l'economia social i els plans de formació sectorial que tenen com a finalitat millorar les competències i qualificació, així com l'actualització i especialització dels treballadors. No obstant, en dades de l'any 2009, sobre el perfil dels participants en aquests programes, per edats tant sols el 4,9% són majors de 45 anys<sup>408</sup>.

---

<sup>407</sup> DOGC núm. 5881, de 18 de maig de 2011

<sup>408</sup> Generalitat de Catalunya, comunicat de premsa "Més de la meitat dels treballadors/es ha progressat en la seva carrera professional per les accions formatives impulsades pel Consorci per a la Formació

N'és un exemple la Resolució *EMO/1195/2011, de 5 de maig, per la qual s'aprova la convocatòria de 2011 per a la concessió de subvencions públiques per al finançament de plans de formació d'oferta de caràcter intersectorial, específics per a l'economia social, i de caràcter sectorial destinats a treballadors/ores prioritàriament ocupats/ades, que promou el Consorci per a la Formació Contínua de Catalunya*. Les subvencions es destinen a plans de formació destinats a treballadors prioritàriament ocupats per tal que millorin les seves competències i qualificacions, així com a fi que s'actualitzin i especialitzin professionalment. El que és rellevant és el que la norma expressa que tindran prioritats per accedir a aquesta formació les persones amb baixa qualificació, amb especial atenció als joves menors de 30 anys, als majors de 45 anys i les persones procedents dels sectors afectats per expedients de regulació d'ocupació (art. 5.3).

Per un altre costat, hi ha les accions formatives dirigides prioritàriament als treballadors desocupats. L'actual norma autonòmica que estableix un procediment administratiu comú que regeix l'atorgament de les ajudes i subvencions en el marc de les accions de formació pels treballadors desocupats gestionats pel Servei d'Ocupació de Catalunya és l'*Ordre TRE/338/2008, de 4 de juliol, per la qual s'aproven les bases reguladores de les subvencions relatives a la formació d'oferta per realitzar accions formatives adreçades prioritàriament a treballadors/ores desocupats/ades que promou el Servei d'Ocupació de Catalunya*<sup>409</sup>. L'article 2.1 de l'Ordre TRE/338/2008 preveu que mitjançant una resolució del director del SOC es publicaran periòdicament les convocatòries de les subvencions. La convocatòria indicarà la disposició on es troben les bases reguladores, el termini de presentació de les sol·licituds, l'aplicació i la quantia màxima del pressupost que es destina, i també la planificació de l'oferta que s'efectui en cada exercici pressupostari.

Les modalitats de les accions de formació de l'oferta s'adrecen de forma prioritària als treballadors desocupats i es classifiquen en les següents classes segons l'article 3.1 de la present Ordre. En primer lloc accions formatives vinculades al Catàleg de

---

Contínua de Catalunya", 31.3.2010, publicat a: [http://premsa.gencat.cat/pres\\_fsvp/docs/2010/03/31/12/26/bdfa9687-b00a-424c-8481-71c1c9451519.pdf](http://premsa.gencat.cat/pres_fsvp/docs/2010/03/31/12/26/bdfa9687-b00a-424c-8481-71c1c9451519.pdf)  
<sup>409</sup> DOGC núm. 5171, d'1 de novembre de 2008. Determinats articles d'aquesta Ordre han estat modificats per l'Ordre EMO/121/2001, d'1 de juny (DOGC núm. 5903, de 20 de juny de 2011)

Qualificacions Professionals vigent. En segon lloc, programes formatius específics per a la formació de persones amb necessitats formatives especials que tinguin dificultats per a la seva inserció o requalificació professionals degut a les especials característiques d'aquest col·lectiu o bé per causa de les situacions conjunturals del mercat de treball. Es preveu que en les convocatòries específiques d'aquests programes s'impulsarà la participació de les administracions locals i d'altres institucions públiques o entitats sense ànim de lucre que tinguin entre les seves finalitats la formació o inserció professional dels col·lectius de treballadors a qui s'adrecen (art. 25.2 Ordre). En tercer lloc, una altra modalitat d'acció és la programació d'accions formatives que incloguin compromisos de contractació adreçats prioritàriament a desocupats.

Els destinataris de la formació d'aquestes modalitats d'accions formatives, com s'ha dit i s'especifica a l'article 7.1 de l'Ordre, són prioritàriament els treballadors desocupats, i es preveu expressament que la participació d'aquests treballadors serà de com a mínim el 60% de la totalitat dels treballadors que comencin la formació, podent el SOC establir un percentatge de participació de treballadors desocupats superior a les corresponents convocatòries. A l'efecte de considerar col·lectius prioritàris de les convocatòries dels programes, l'article 7.2 de l'Ordre estableix que les convocatòries han d'incloure, almenys, les dones, les persones amb discapacitat i els treballadors amb baixa qualificació. No s'esmenta a la norma el col·lectiu dels treballadors d'edat avançada, en especial, els majors de 45 anys, com part dels col·lectius considerats com a prioritàris en les accions de formació. No obstant, segons les directrius de la Unió Europea, els Plans nacionals d'ocupació a nivell estatal, i els Plans catalans d'ocupació. Així que, en aquest sentit, no és estrany que els treballadors majors de 45 anys puguin ser considerats col·lectius destinataris prioritàris a qui han de dirigir-se aquestes accions.

Igualment, afegeix l'article 7.2 de l'Ordre, quan la formació subvencionada estigui cofinançada amb fons comunitaris les convocatòries de les subvencions han d'incloure les quanties i els conceptes cofinançats amb el Fons Social Europeu de forma desglossada i si n'hi ha, per prioritats i zones de programació.

Un exemple de programes específics per a la formació de persones amb necessitats formatives especials que tinguin dificultats per la seva inserció o requalificació professionals és la convocatòria del SOC que promou la concessió de subvencions per



desenvolupar accions de formació d'oferta mitjançant plans formatius en àrees professionals prioritàries per a l'any 2011, convocatòria regulada a la *EMO/1481/2011, de 8 de juny, per la qual s'obre la convocatòria de les subvencions per a la realització d'accions de formació d'oferta mitjançant plans formatius en àrees professionals prioritàries, per a l'any 2011*<sup>410</sup>. Poden accedir a aquestes subvencions els centres o entitats de formació públics o provats inscrits al corresponent registre de centre i entitats de formació del SOC. Les accions de formació s'adrecen principalment a persones treballadores en situació d'atur demandants d'ocupació inscrites al SOC. En tot cas, per aquesta convocatòria es considera prioritària la participació en les accions formatives de les persones treballadores prioritàriament desocupades de 45 anys i més anys – juntament amb les persones treballadores prioritàriament desocupades menors de 25 anys, també les persones treballadores prioritàriament desocupades dones i les persones treballadores prioritàriament desocupades que participin en un procés d'orientació tutoritzat-. La formació que es promou mitjançant aquesta convocatòria pot incloure accions de formació professionalitzadora en àrees professionals vinculades al fitxer d'especialitats formatives del SOC o accions de formació adreçades a l'obtenció de certificats de professionalitat regulats pels reials decrets corresponents<sup>411</sup>.

Un altre exemple, en aquest cas per il·lustrar les accions de formació en empreses amb compromís de contractació, és l'anomenat programa “Forma i contracta” impulsat pel SOC. La darrera convocatòria per a l'any 2011 la Resolució *EMO/638/2011, de 24 de febrer, per la qual s'obre la convocatòria de subvencions del programa Forma i Contracta per a la realització d'accions de formació amb compromís de contractació per a l'any 2011*<sup>412</sup>. Mitjançant aquest programa se subvencionen les accions formatives adreçades a la capacitació professional prioritàriament dels treballadors desocupats, per tal que aquests desenvolupin una ocupació concreta en la qual l'empresa té una necessitat de contractació de forma immediata. Es preveu, en tot cas, que des del SOC es fomentarà la participació d'alumnes que presentin major dificultat en la incorporació

---

<sup>410</sup> DOGC, núm. 5904, de 21 de juny de 2011

<sup>411</sup> Per aquesta convocatòria es consideraren prioritàries les accions formatives adreçades als sectors de la logística, distribució, transport i comunicacions, turisme, comerç, energies renovables i eficiència energètica, àrea sociosanitària i d'atenció a les persones, gestió de microempreses, tecnologies de la informació i la comunicació, les especialitats vinculades a l'obtenció dels certificats de professionalitat de nova publicació, les especialitats específiques per al col·lectiu de persones amb algun tipus de discapacitat i aquelles que corresponguin a un diagnòstic de necessitats formatives territorials o acreditin mitjançant “declaració d'interessos” signat per les empreses o sectors d'activitat econòmica del territori (art. 9.3).

<sup>412</sup> DOGC núm. 5336, de 14 de març de 2011

al mercat de treball (9.2). En aquest sentit, els treballadors majors de 45 anys són un dels col·lectius a qui el SOC en prioritza la formació.

*iii) La presència dels majors de 45 anys a l'estratègia catalana de formació per a l'ocupació*

L'estudi sobre l'avaluació de la formació ocupacional a Catalunya durant el període 2005-2006 destaca que en els tres tipus d'accions formatives el SOC prioritzarà les accions de formació que es dirigeixin específicament a diversos col·lectius de desocupats, entre els quals hi apareix en primer terme majors de 45 anys, tot destacant, emperò que els majors de 45 anys són els que participen amb menys freqüència a les accions formatives tot i que en l'atur registrat el grup més nombrós són els major de 45 anys <sup>413</sup>.

També Pla General d'Ocupació 2007-2013, aprovat pel Govern de la Generalitat el 5 de setembre de 2006, i que va ser impulsat en el marc de l'Estratègia Catalana per a l'Ocupació<sup>414</sup> que consisteix en l'establiment d'una estratègia d'ocupació per al conjunt del territori català, presenta com a la primera de les línies estratègiques “atraure més persones al mercat de treball, augmentar l'ocupabilitat i impulsar l'envelliment actiu”. En el marc d'aquesta línia, s'inscriu la línia d'actuació dedicada a potenciar l'entrada o permanència en el mercat de treball de diferents col·lectius, entre ells, els majors de 45-50 anys degut als problemes demogràfics que s'experimentaran en els propers anys i que les taxes d'ocupació del col·lectiu són baixes. Sobretot a partir dels 50 i de manera més prominent dels 55 anys, els treballadors tendeixen a reduir la seva presència en el mercat laboral. En el repte per assegurar el manteniment dels majors de 50 anys en el mercat de treball, l'estratègia catalana proposa avançar en “l'accés a la formació dels més grans de 45 anys, col·lectiu absent d'aquesta formació, com a garantia de la seva ocupabilitat present i futura”<sup>415</sup>. L'Estratègia catalana per a l'ocupació, en sintonia amb

---

<sup>413</sup> TOHARIA, L., (Director)., *Avaluació de la formació ocupacional a Catalunya 2005-2006*, Servei d'Ocupació de Catalunya, Generalitat de Catalunya, desembre 2008, pàgs. 5, 7

<sup>414</sup> Elaborada en base a la proposta d'Estratègia catalana per a l'ocupació, 2006-2008. Pla General de l'Ocupació de Catalunya. EL Pla General d'Ocupació de Catalunya és l'instrument on es determinen els criteris i les directrius de política ocupacional establerts pel Govern que després hauran de plasmar-se en el Pla de desenvolupament de polítiques actives d'ocupació, que és l'instrument de planificació i programació de les accions del Servei d'Ocupació de Catalunya.

<sup>415</sup> GENERALITAT DE CATALUNYA, *Estratègia Catalana per a l'Ocupació 2007-2013, Pla general d'ocupació de Catalunya*, 5 de setembre de 2006 pàg. 28

l'Estratègia Europea d'Ocupació i el Pla Nacional de Reformes, considera que la formació a l'empresa que és la formació continua constitueix una garantia per fer que els treballadors disposin de capacitats permanentment actualitzades i adaptades a les necessitats de l'activitat productiva, per la qual cosa l'estratègia preconitza que "cal augmentar la proporció d'empreses que duguin a terme activitats de formació i de treballadors i treballadores que hi participin, amb l'objectiu d'elevat les qualificacions i la productivitat de la mà d'obra, i d'augmentar la competitivitat de les empreses als diferents sectors de l'economia"<sup>416</sup>. D'aquí que una de les línies d'actuació de política d'ocupació destinades a millorar l'ocupabilitat dels treballadors majors és proporcionar-los oportunitats de millorar llurs competències professionals.

Similarment, i enllaçat amb els eixos d'actuació del Pla general d'ocupació tot just comentat, el II Pla general de formació professional a Catalunya previst pel període d'anys 2007-2010<sup>417</sup>, elaborat entre el Departament de Treball, el Departament d'Educació i els agents econòmics i socials del territori, aglutina propostes per millorar la formació professional a Catalunya per aquest període de quatre anys, diferenciant entre tres subsistemes de formació professional, de la forma que es feia anteriorment al RD 395/2007: inicial vinculada al sistema educatiu, ocupacional pels aturats i continua per les persones ocupades. I destaca, prenent les dades del curs 2005-2006, que fins als 54 anys a la formació ocupacional hi accedeixen persones de totes les edats amb unes proporcions similars, en canvi a partir d'aquesta edat hi ha un descens important. Igualment, a la formació continua a partir dels 34 anys els percentatges de participació es redueixen notòria i progressivament. És per això que el Pla aposta decididament per facilitar l'accés a la formació del col·lectiu de persones de més edat, per encarar la missió que es proposa el Pla en vistes a les tendències del mercat de treball. La missió que es planteja el Pla és "millorar la qualificació professional de les persones al llarg de la vida i la del capital humà de les empreses i donar una resposta global i adaptada a les necessitats derivades de la competitivitat del teixit econòmic i de la cohesió social i

---

<sup>416</sup> *Ídem*. pàg. 33

<sup>417</sup> A dia d'avui, 26.2.2012, encara està pendent d'elaboració el III Pla General de la Formació Professional de Catalunya (*vid.* <http://www20.gencat.cat/portal/site/ensenyament/menuitem.a3c769198e7b745a72623b10b0c0e1a0/?vgnextoid=1d7cf2da8c305110VgnVCM1000000b0c1e0aRCRD&vgnextchannel=1d7cf2da8c305110VgnVCM1000000b0c1e0aRCRD&vgnextfmt=detall&contentid=912c99c58e735310VgnVCM2000009b0c1e0aRCRD>)

territorial<sup>418</sup>, posant èmfasi a les necessitat de formació que exigeixen les noves necessitats productives. Una de les actuacions clau del Pla és “organitzar programes específics per a col·lectius prioritaris<sup>419</sup>, apareixent els majors de 45 anys com un d’aquests col·lectius, un objectiu que forma part de la proposició general d’incrementar els nivells de formació i qualificació de la població activa, per tal d’adaptar-los a les noves necessitats de l’economia catalana.

No obstant això, cal anotar que una de les mesures que a partir de 2010 va adoptar el Departament de Treball – actual Departament d’Empresa i Ocupació -, en relació a les polítiques d’ocupació, va ser no obrir la convocatòria per la concessió de subvencions per promoure projectes de tallers d’ocupació, uns programes s’adreçaven específicament a col·lectius amb dificultats d’inserció en el mercat de treball<sup>420</sup>, com ho són els majors de 45 anys<sup>421</sup>. I, de fet, són una de les polítiques d’ocupació més demanades i més efectives en tot el territori espanyol<sup>422</sup>, per bé que la darrera norma estatal que els regulava, el *Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el programa de talleres de empleo*, a partir de la qual es van començar a

---

<sup>418</sup> II Pla general de formació professional a Catalunya (2007-2010), novembre del 2007. pàg. 12

<sup>419</sup> *Idem*, pàg. 13

<sup>420</sup> *Vid.* al respecte: AMOR BRAVO, E., “Veinte años del programa de Escuelas taller, Casas de oficios y Taller de empleo. (Reflexiones para el futuro), *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 71, 2008

<sup>421</sup> Els tallers d’ocupació, junt a les escoles taller i les cases d’ofici, aquestes darrers, programes dirigits als joves, es van crear l’any 1985 i estaven subvencionats pel Fons Social Europeu i el Ministeri de Treball i Immigració es van establir l’any 1985. Es tracta d’un programa que s’emmarca dins la iniciativa de formació en alternança amb l’ocupació previst a l’article 4.c RD 395/2007. La darrera regulació era el *Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el programa de talleres de empleo* que establia que els beneficiaris del programa de tallers d’ocupació eren els desocupats de 25 o més anys que tinguin especials dificultats per inserir-se al mercat de treball, com els majors de 45 anys (art. 2.a). A Catalunya es van començar a regular les seves convocatòries a la *Resolució TRE/2798/2007, de 18 de setembre, de convocatòria per a l’any 2007 per a la concessió de subvencions per promoure projectes de tallers d’ocupació d’acord amb el que preveu l’Ordre TRI/212/2005, de 27 d’abril, reguladora dels programes de millora de la qualificació professional*, per la qual aquests eren “projectes de caràcter temporal en els quals l’aprenentatge i la qualificació s’alternen amb un treball productiu en activitats d’interès públic i social que permetin la inserció mitjançant la professionalització i l’adquisició d’experiència dels participants”. Els projectes tenien una durada mínima de sis mesos i màxima d’un any i, segons estableix l’article 28 de l’Ordre els seus beneficiaris eren treballadors de 25 anys o més en situació d’atur. En aquest sentit, l’article 9 de la Resolució de la convocatòria de 2007 apuntava que els col·lectius a prioritzar, sens perjudici de la resta, eren els demandants d’ocupació majors de 35 anys desocupats registrats al SOC, si bé esmentava com a col·lectius considerats prioritaris, les dones, les persones de llarga durada i altres col·lectius que tinguin especials dificultats d’inserció laboral i/o amb risc d’exclusió. Encara que no es fes un esment exprés als treballadors majors de 45 anys, com així ho fa la normativa estatal, el RD 282/1999 esmentat, en ser aquests un grup de treballadors que pateix l’atur de llarga durada i també es troba amb dificultats d’inserció laboral, s’entenia inclòs dins els col·lectius prioritaris a prioritzar en els programes de tallers d’ocupació.

<sup>422</sup> CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., *La estrategia europea para el empleo 2020...op cit.* pàg. 43

regular a Catalunya ha estat derogada pel *Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo*<sup>423</sup>. D'aquí que, amb la supressió dels programes dels tallers d'ocupació a partir del 2010 s'ha eliminant una de les mesures de formació i ocupació adreçada específicament als majors de 45 anys, un els col·lectius, juntament amb els joves més castigats en el mercat de treball<sup>424</sup>.

Per últim, convé citar el document del SOC “Diagnosi del mercat de treball de Catalunya”, de 14 de juliol de 2011<sup>425</sup>, que incorpora una anàlisi de l'adequació de les polítiques actives d'ocupació a Catalunya i la definició dels eixos de la futura Estratègia Catalana d'Ocupació 2012-2020, encara pendent de presentació i que pretén transformar el SOC per adaptar-lo a les necessitats i futures del mercat de treball. L'Estratègia catalana, prenent com a referent l'Estratègia Europea 2020, vol endegar un nou model d'orientació, capacitació i formació professional per adaptar la formació professional a les necessitats de les empreses, aconseguir una població activa qualificada que respongui a les necessitats del mercat laboral tot promovent la qualitat del treball i l'aprenentatge permanent. D'aquesta forma, la formació té una forta presència a l'estratègia. I, certament, un dels eixos estratègics de l'Estratègia Catalana d'Ocupació 2012-2020 a l'informe és millorar l'oferta de capacitats i la productivitat, i promoure l'aprenentatge permanent, així com també s'assenyala que un dels fonaments amb el que s'ha de basar les actuacions del SOC és tenir en compte els col·lectius prioritaris.

Respecte als majors de 45 anys, l'informe subratlla que, en acabar l'any 2010, són el segon grup d'aturats més nombrós per trams d'edat (el 38%), xifra que s'aproxima amb el grup majoritari d'aturats, el de 30 a 44 anys (42,2%) i que a la vegada supera considerablement el nombre d'aturats d'entre 16 i 29 anys (19,3%). De fet, els indicadors d'atur assenyalen que ser aturat de llarga durada, tenir baixa formació o tenir

---

<sup>423</sup> BOE. núm. 43, de 19 de febrer de 2011. En tot cas s'ha de tenir en compte que Téngase en cuenta que segons la disposició transitoria tercera del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, aquesta norma “permanecerá en vigor hasta que se aprueben la Estrategia Española de Empleo y el Plan Anual de Política de Empleo para el ejercicio 2012. No obstante, las acciones y programas que se hayan iniciado con anterioridad a esa fecha, se desarrollarán hasta su finalización de conformidad con lo establecido en dichas disposiciones”.

<sup>424</sup> UGT de Catalunya, *La supressió de les escoles taller, cases d'ofici i tallers d'ocupació de Catalunya. El SOC elimina les PAO adreçades als joves i als majors de 45 anys* UGT de Catalunya, març de 2010

<sup>425</sup> SOC, Diagnosi per a l'Estratègia Catalana per a l'Ocupació 2012-2020. Informe territorial del mercat de treball, adequació de les polítiques actives d'ocupació a Catalunya i definició dels eixos estratègics 2012-2020, 14 de juliol de 2011

més de 45 anys són factors significatius i comuns de les persones aturades.

Amb tot, l'informe de diagnòstic i plantejament d'Estratègia Catalana d'Ocupació pels propers no concreta quin model de formació es durà a terme i quins són els col·lectius prioritaris d'aquesta, si bé, seguint com segueix l'estratègia catalana l'Estratègia Europea 2020, la qual posa l'atenció als treballadors d'edat, l'estratègia catalana, tot apunta que els majors de 45 anys seran altament considerats a les actuacions de formació per a l'ocupació.

En tot cas, fins al moment, els plans d'ocupació i formació presentats, tant el Pla d'ocupació catalana 2007-2012, el Pla de formació professional catalana 2007-2010 i el Pla general d'ocupació de Catalunya 2007-2013 dins el marc de l'Estratègia Catalana per a l'Ocupació 2012-2020, si que es pot afirmar que els majors de 45 anys conformen un dels col·lectius prioritaris alhora d'organitzar programes específics, caldrà esperar que en els propers anys incrementi l'oferta formativa tant per ocupats com per aturats dirigida a aquest grup a fi de millorar-ne la seva inserció o reinserció laboral. I és que, en l'actualitat, si bé els majors de 45 anys apareixen, amb major o menor grau, com un dels col·lectius amb la categoria de "prioritari" per ser destinataris de les accions de formació professional, a la pràctica no hi ha cap programa dissenyat expressa i específicament per aquest col·lectiu sobre el qual les dades estadístiques evidencien que és una franja d'edat amb molt poca presència als programes de formació.

En efecte, fóra convenient que els treballadors majors de 45 anys disposessin d'una formació contínua adequada que els proporcionés habilitats i competències per mantenir la seva ocupació o poder accedir de nou a una ocupació. Però el cert és que els membres d'aquest col·lectiu tenen un escàs accés a les accions formatives i, a la vegada, aquestes no s'adeqüen a les característiques d'aquest grup de treballadors d'edat<sup>426</sup>. Cal, doncs, que l'oferta formativa sigui efectiva i adequada, motiu pel qual és necessària l'avaluació de la formació, la participació dels interlocutors socials i la implicació dels empresaris<sup>427</sup>.

---

<sup>426</sup> FONT, J. (Coordinador), + 45, *Necesidades y estrategia formativas..op cit.* pàg. 53

<sup>427</sup> CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., *La estrategia europea para el empleo 2020...op cit.* pàg. 82

### **3.3 La intermediació i l'orientació laborals en benefici dels treballadors d'edat**

Són instruments de la política d'ocupació tant el servei d'intermediació laboral com el d'orientació laboral, en certa mesura vinculats. Ambdós incideixen en l'accés a l'ocupació dels treballadors d'edat en els termes que a continuació s'especifiquen.

#### **3.3.1 El serveis d'intermediació laboral**

La intermediació laboral és un instrument de la política d'ocupació que té com a objectiu posar en contacte les ofertes de treball amb els demandants d'ocupació amb la finalitat de col·locar-los laboralment (art. 20 Llei 56/2003). Sobre aquest instrument el SOC n'ostenta la competència executiva. Segons l'art. 170 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, correspon a la Generalitat en matèria de treball i relacions laborals “d) La intermediació laboral, que inclou la regulació, l'autorització i el control de les agències de col·locació amb seu a Catalunya”.

Les activitats d'intermediació laboral les porten a terme les agències de col·locació, que són entitats públiques o privades, amb o sense ànim de lucre, que, en coordinació i, en el seu cas, col·laboració amb el servei públic d'ocupació corresponent, realitzen activitats d'intermediació laboral amb la finalitat de proporcionar a les persones treballadores una ocupació adequada a les seves característiques i facilitar als ocupadors les persones treballadores més apropiades pels seus requeriments i necessitats. Igualment, també aquestes entitats poden desenvolupar altres actuacions relacionades amb la recerca d'ocupació, com la orientació, la informació professional i la selecció de personal. Poden ser-ho tant les persones físiques com jurídiques (arts. 1 i 3 del Reial Decret 17/96, de 30 de desembre, pel qual es regulen les agències de col·locació<sup>428</sup> i art 21 bis Llei 56/2003).

El SOC constitueix a Catalunya la institució de col·locació pública per excel·lència per les persones demandants d'ocupació. Exerceix d'intermediari principal en el mercat de treball català, és a dir, gestiona les ofertes de treball que presenten les empreses, entitats

---

<sup>428</sup> BOE núm. 318, de 31 de desembre de 2010

i persones que ofereixen ocupació per proveir a aquests llocs de treball candidats demandants d'ocupació per mitjà d'una xarxa que integra totes les oficines del SOC a Catalunya (arts. 19 i 20 Llei 17/2002).

L'art. 2.a) de la Llei 56/2003 estableix que uns dels objectius de la política d'ocupació és garantir, d'acord amb l'article 9.2 de la Constitució Espanyola i l'article 17 de l'Estatut dels Treballadors, l'efectiva igualtat d'oportunitats i la no discriminació “en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, así como la libre elección de profesión oficio sin que pueda prevalecer discriminación alguna”. És també un principi rector del funcionament del SOC “la igualtat d'oportunitats en l'accés a la ocupació, sense discriminació per raó de sexe, ètnia, edat, estat civil, adscripció política, afiliació sindical, religió, origen, opinió, llengua o de qualsevol altres condicions o circumstàncies personals o socials”, segons l'article 2.a) del SOC. És més, precisament és un principi rector d'ordenació general del SOC, d'acord amb l'article 2.1) apartat tercer de la Llei 17/2002 “la cohesió social, amb la incorporació d'actuacions positives, a favor dels treballadors i treballadores amb més dificultats d'inserció laboral”, treballadors entre els quals poden considerar-se inclosos els treballadors d'edat com a col·lectiu desfavorit en el mercat de treball. Per tant, el SOC garanteix que els treballadors d'edat gaudeixen d'igualtats de condicions a l'hora d'accedir al mercat de treball a través de la intermediació laboral, així com és un col·lectiu especialment protegit per les a qui es reconeix legalment la necessitat de promoure la seva inserció laboral a través d'accions positives donat el seu caràcter desfavorit en el mercat labora.

Per les persones demandants d'ocupació al SOC, com poden ser els treballadors d'edat que hi accedeixin, el SOC intermèdia en el mercat de treball, és a dir, gestiona les ofertes de treball que presenten les empreses, entitats i persones que ofereixen ocupació per proveir d'aquests llocs dels candidats demandants d'ocupació a través d'una xarxa que integra totes les oficines del SOC a Catalunya (arts. 19 i 20 Llei 17/2002). D'aquesta manera, en l'àmbit de la intermediació laboral, les oficines de Treball del SOC actuen en dos vessants, la gestió de la demanda i la gestió de l'oferta, serveis dels quals els estrangers poden beneficiar-se. La gestió de la demanda consisteix en la inscripció de les persones que busquen feina, inscripció que es basa en una entrevista al cercador de feina per tal de recollir les seves dades de formació, experiència labora i habilitats. Amb l'entrevista es traça el perfil professional de cada persona per així poder



gestionar la seva col·locació o el seu accés als programes de millora de l'ocupabilitat. A banda de la inscripció i l'entrevista, el SOC també facilita als demandants d'ocupació el servei de renovació de la demanda a través de la qual les persones demandants ratifiquen, cada tres mesos, la voluntat de continuar rebent els serveis del SOC, la modificació de les dades curriculars i l'emissió de diferents tipus d'informes sobre la seva situació al SOC. A través de la gestió de l'oferta, les empreses es posen en contacte amb el SOC quan necessiten cobrir llocs de treball de forma que el SOC formalitza l'oferta de treball, és a dir, estableix les característiques del lloc de treball que s'ofereix i els requisits que cal que reuneixin els demandants d'ocupació per ser considerats candidats a cobrir el lloc de treball. És, doncs, un servei que incideix en les oportunitats d'ocupació dels col·lectius amb dificultats d'ocupació, com els treballadors d'edat.

No obstant això, a partir de l'art. 14 de la Llei 35/2010, de 17 de setembre, de mesures urgents per la reforma del mercat de treball, també són possibles les agències privades de col·locació amb ànim de lucre<sup>429</sup>. El règim d'aquestes agències de col·locació introduït pel TD 1796/2010 es desenvolupa ara a nivell autonòmic de Catalunya a través de l'Ordre EMO/123/2011, de 15 de juny, pel qual es determina el procediment d'autorització i d'activitat de les agències de col·locació a Catalunya<sup>430</sup>. En tot cas, aquestes entitats privades han de ser autoritzades pels serveis públics d'ocupació. I, una vegada autoritzades podran actuar de forma autònoma però coordinada amb els serveis públics d'ocupació (art. 21 bis Llei 56/2003).

Les agències de col·locació autoritzades podran ser considerades entitats col·laboradores dels serveis públics d'ocupació mitjançant la subscripció d'un conveni de col·laboració, per mitjà del qual les entitats col·laboradores poden rebre finançament públic, en una quantia major per les entitats sense ànim de lucre que per aquelles que tinguin ànim de lucre (art. 21 bis.5 Llei 56/2003 i art. 17 RD 1796/2010).

---

<sup>429</sup> Tal com remarca VALDÉS DAL-RE, el principal problema de la intermediació laboral ha girat entorn a una doble tensió: “de un lado, la tensión entre los distintos poderes territoriales del Estado por ocupar los espacios reservados a la mediación pública; de otro, la tensión en el reparto o distribución de la actividad de intermediación laboral entre los poderes públicos y las entidades privadas”, VALDÉS DAL-RE, F., “La reforma de la intermediación laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2010. Recurs electrònic, pàg. 1

<sup>430</sup> DOGC núm. 5904, de 21 de juny de 2011

A banda de les agències de col·locació privades, amb o sense ànim de lucre, hi ha la figura de les entitats col·laboradores dels serveis públics d'ocupació. Són aquelles que, essent o no agències de col·locació, poden desenvolupar algunes de les actuacions d'ocupació, prèvia autorització del propi SOC (art. 30 Llei 17/2002). Poden tractar-se tant d'accions relacionades amb la intermediació laboral com les derivades de polítiques d'ocupació.

Ara bé, quan les agències de col·locació siguin a la vegada entitats col·laboradores dels serveis públics d'ocupació estan oblidades a garantir la gratuïtat de la prestació de serveis a les persones treballadores i ocupadores de la intermediació laboral (art. 17.e) RD 1796/2010). També, si es tracta d'agències amb ànim de lucre han de realitzar una part de la seva activitat amb fons que no provenguin dels serveis públics d'ocupació com a mínim en un 40%, un percentatge que es rebaixa fins un 10% si es tracta d'agències sense ànim de lucre (art. 17.f) RD 1796/2010).

Per últim, també s'ha de dir que la darrera reforma laboral, la realitzada per la Llei 3/2012, de 6 de juliol, de mesures per la reforma del mercat de treball, estableix de forma expressa que les empreses de treball temporal (ETTs) poden operar com a agències de col·locació, i per tant, dur a terme funcions d'intermediació laboral, sempre i quan sigui autoritzades pels serveis públics d'ocupació (art. 1 Llei 3/2012 que modifica l'art. 16.3 LET i l'art. 1 de la *Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal*<sup>431</sup>). Fins la reforma laboral de 2012, les ETTs només podien realitzar l'activitat de contractació temporal de treballadors per cedir-los temporal a altres empreses. Arran de la Llei 35/2010 que permet per primera vegada que hi hagi agències de col·locació amb ànim de lucre obra la porta a què les ETTs puguin actuar com a agències de col·locació tot i que encara es manté l'art. 16.3 LET com l'art 1 de la Llei 14/1994 pels quals l'activitat exclusiva de les ETTs és la cessió temporal de treballadors. Doncs bé, és la Llei 3/2012 modifica tant l'art. 16.3 LET com l'art. 1 de la Llei 14/1994 i preveu ja de forma expressa que les ETT's, degudament autoritzades, també poden operar com a agències de col·locació i per tant, dur a terme actuacions d'intermediació laboral<sup>432</sup>.

---

<sup>431</sup> BOE núm. 131, de 2 de juny 6 de 1994

<sup>432</sup> Sobre el règim de les ETTs, vegeu: CALVO GALLEGU, F.J, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal", *Temas Laborales*, núm. 107, 2010;

En tot cas, tal com estableix l'art. 22 de la Llei 56/2006, en la nova redacció donada per la Llei 35/2010, "la intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras entidades colaboradoras de aquéllos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos". També l'art. 22 bis.1 de la Llei 56/2003, modificat també per la Llei 35/2010, disposa que "los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo". Així doncs, en virtut dels citats preceptes, s'assegura que tant l'actuació dels serveis públics d'ocupació, com de les agències de col·locació han de respectar el principi d'igualtat i no poden discriminar per raó d'edat en l'accés a l'ocupació.

Per últim, en el marc de la intermediació laboral també cal destacar l'apartat segon que ha introduït la Llei 35/2010 a l'art. 20 de la Llei 56/2003. Segons aquest article 20.2 de la Llei d'ocupació "también se considerará intermediación laboral la actividad destinada a la recolocación de los trabajadores que resultaran excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando aquélla hubiera sido establecida o acordada con los trabajadores o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación". Així, sempre que hagi estat prevista amb els treballadors o

---

GALA DURÁN, C., "La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su imoacto en Espanya", *Temas Laborales*, núm. 102, 2009; DEL REY GUNATER, S., GALA DURÁN, C., "Administraciones públicas y empresas de trabajo temporal", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2001; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal: una perspectivas de estudio comparado", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 131, 2006; SANGUINETI RAYMOND, W., "Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo, *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007; CÁMARA BOTÍA, A., "Sobre la posición jurídica de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal, *Revista Española del Trabajo*, núm. 124, 2004; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación", *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2011; VALDÉS DEL RÉ, F., "La reforma de la intermediación laboral", núm. 21, 2010; MIÑARRO YANINI, M., "Aspectos clave de la modificación del régimen jurídico del trabajo en empresas de trabajo temporal por la Leu 35/2010, de 17 de septiembre, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2011 (BIB2011/606); CALVO GALLEGO, J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "La adaptación del marco normativo de la sempresas de trabajo temporal", *Relaciones Laborales*, núm. 21-22, 2010; PRADOS DE REYES, F.J., MOLINA MARTÑIN, A.M., "Los nuevos criterios para la ordenación de la intermediación laboral", *Revista de Derecho Social*, núm. 54, 2011; SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., "Régimen jurídico de las agencias de colocación", *Temas Laborales*, núm. 110, 2011; RAMOS QUINTANA, M.I., "Intermediación laboral y empresas de trabajo temporal en la reforma de 2010: la promoción en la intervención privada en el mercado de trabajo, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2011

amb els seus representants en els corresponents plans socials o programes de recol·locació, es podrà dur a terme l'activitat d'intermediació laboral la dirigida a la recol·locació dels treballadors excedents derivats de processos de reestructuració empresarial. Aquesta activitat resulta de rellevància pels treballadors d'edat donada la seva susceptibilitat per trobar-se afectats per reestructuracions empresarial i, per exemple, ser inclosos en expedients de regulació d'ocupació, per trobar-se en edats properes a la jubilació<sup>433</sup>.

### **3.3.2 Els serveis d'orientació laboral**

El RD-Llei 3/2011, de 18 de febrer, que modifica la Llei 56/2003 afegeix un objectiu més a l'enumeració d'objectius que persegueix la política d'ocupació “proporcionar servicios individualizados a la población activa dirigidos a facilitar su incorporación, permanencia y progreso en el mercado laboral” (art. 2.h) Llei 56/2003)

En concordança amb el nou objectiu, el RD-Llei 3/2011 afegeix un Capítol II al Títol I bis de la Llei 56/2003 amb l'objectiu de regular un model d'atenció personalitzada al les persones en situació de desocupació basat en un itinerari individual i personalitzat d'ocupació que es configura com un dret de les persones desocupades i com una obligació pels serveis públics d'ocupació (art. 19 sexies Llei 56/2003). Aquest itinerari individual i personalitzat comprèn: una entrevista personal de diagnòstic, accions del catàleg de serveis per les persones desocupades i serveis específics d'acord amb les necessitats del desocupat. El requisit per la realització individual i personalitzat d'ocupació és la subscripció i firma d'un acord personal d'ocupació pel qual el beneficiari es compromet a participar activament a les accions per la millora de l'empleabilitat i la recerca activa d'ocupació. En el cas de persones beneficiàries de les prestacions i subsidis de desocupació, aquest acord personal d'ocupació formarà part del compromís d'activitat (art. 19.2 septies Llei 56/2003).

---

<sup>433</sup> En aquest sentit, a mode d'exemple, el SOC ofereix subvencions a treballadors excedents en el sector del tèxtil per participar en accions d'orientació durant el procés de recerca d'ocupació (Resolució TRE/3499/2008, de 5 de novembre de 2008, per la qual es regula el procediment de concessió de les subvencions als treballadors/ores excedents del sector tèxtil i de la confecció amb motiu dels canvis estructurals en el comerç mundial, d'acord amb la Resolució TRE/3987/2010, de 10 de desembre, per la qual s'obre la convocatòria anticipada per a la presentació de sol·licituds per a l'any 2011)

Els serveis públics són els responsables directes del seguiment, avaluació i redefinició , si fos necessari, dels itineraris individualitzats. També tenen competències per derivar la realització d'accions a desenvolupar per les persones demandants d'ocupació a les entitats col·laboradores (art. 19.4 Llei 56/2003). A Catalunya, doncs, serà el SOC el servei públic d'ocupació que durà a terme el servei individualitzat d'orientació laboral de les persones demandants d'ocupació<sup>434</sup>.

Allò que resulta rellevant d'aquesta orientació laboral individualitzada és l'art. 19 octies de la Llei 56/2003, en la redacció donada pel RD-Llei 3/2011 pel qual pels col·lectius amb especials dificultats d'integració en el mercat de treball, com els majors de 45 anys “los Servicios Públicos de Empleo asegurarán el diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de las personas que los integran y a sus necesidades específicas. Cuando ello sea necesario, los servicios públicos de empleo valorarán la necesidad de coordinación con los servicios sociales para dar una mejor atención a estas personas”. Per tant, els treballador majors de 45 anys podran gaudir de forma especial d'una orientació professional individualitzada per tal de millorar les seves perspectives d'inserció laboral.

#### **4. POLÍTIQUES PASSIVES D'OCUPACIÓ: PRESTACIONS DE PROTECCIÓ SOCIAL EN CAS DE DESOCUPACIÓ A EDATS AVANÇADES**

Les polítiques d'ocupació passives engloben aquelles mesures destinades a atenuar els efectes de la desocupació sobre les persones desocupades. En particular, a l'ordenament jurídic espanyol s'han instrumentat mecanismes de protecció passiva per desocupació dissenyats en exclusiva per les persones desocupades d'avançada edat.

##### **4.1 Els subsidis de desocupació per treballadors en atenció a l'edat avançada**

En el marc del subsidi per desocupació que preveu la legislació de la Seguretat Social s'hi troben diverses modalitats que tenen com a beneficiaris als treballadors a partir dels

---

<sup>434</sup> SOC, *Pla de desenvolupament de les polítiques actives d'ocupació de Catalunya (PDPA) 2012-2013*, aprovat pel Consell de direcció del SOC en sessió del 16 de febrer de 2012, pàg. 14

45 anys. Són: el subsidi especial per majors de 52 anys regulat a l'article 215.3 LGSS, edat actualment incrementada a 55 anys, i diversos supòsits de subsidis per majors de 45 anys que hagin esgotat prestacions per desocupació previstos als articles 215.1.1.a) i 215.1.4 LGSS. Tots aquests s'han de complementar amb el Reial Decret 625/1985, de 2 d'abril. Així mateix, convé prendre especial atenció al recent *Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*<sup>435</sup>, el qual, altera el règim d'aquests subsidis i fins algun en resulta suprimit de l'ordenament jurídic.

La redacció dels supòsits previstos del subsidi desocupació i els requisits que és necessari complir per accedir-hi que contempla la LGSS és una redacció a voltes confusa, un entramat de tipus de subsidis i requisits de difícil comprensió.

#### **4.1.1 El subsidi de desocupació per majors de 52 anys i actual increment a 55 anys**

El legislador, tenint en compte l'edat avançada dels treballadors amb dificultats per trobar un lloc de treball i propers per edat a la jubilació, ha creat el subsidi per desocupació per edat avançada, que tradicionalment es va fixar 52 anys com a edat a partir de la qual es pot ser-ne beneficiari i que arran del RDLI 20/2012, de 13 de juliol s'ha incrementat a 55 anys pels beneficiaris entrants a partir de l'entrada en vigor d'aquesta norma, el 14 de juliol de 2012. A banda de l'edat que ha augmentat, el RDLI 20/2012 ha fet més restrictius els requisits per accedir-hi. És una prestació destinada a aquelles persones desocupades que compleixen els requisits i es troben en els anys immediatament propers a la jubilació, raó per la qual es coneix aquest subsidi com a subsidi "de prejubilació"<sup>436</sup>.

A diferència de les mesures actives d'ocupació que incentiven a què el treballador no abandoni el mercat de treball, el subsidi per majors de 52 anys simplement allarga la durada de la prestació de desocupació en atenció a les dificultats d'ocupabilitat a causa de la seva edat avançada, enllaçant aquest subsidi amb la jubilació, en tant que aquest

---

<sup>435</sup> BOE núm. 168, de 14 de juliol de 2012

<sup>436</sup> MARTIN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J., (Directors)., *Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2009. pàg. 1575

subsidis s'extingeix quan el treballador accedeix a la pensió de jubilació<sup>437</sup>. Així a través del subsidi “de prejubilació”, es protegeix als treballadors desocupats d'edat avançada, ja que, a causa de l'edat avançada, aquests treballadors que estan a la frontera entre la vida laboral i l'abandonament de la vida laboral, els és difícil trobar un nou treball. Si bé, no s'ha de perdre de vista que és un subsidi que no cobreix la vellesa sinó la manca d'ingressos<sup>438</sup>, tal com es veurà a continuació<sup>439</sup>.

Les persones que reuneixen amb aquests requisits de l'article 215.3 LGSS se'ls hi prorroga la prestació per desocupació a través del subsidi fins que compleixen l'edat per accedir a la pensió de jubilació. Es pot qualificar doncs, seguint la doctrina com un subsidi de prejubilació<sup>440</sup>, que, com a tal, o té una durada infinita sinó que neix per ser extingit, perquè conclou quan el beneficiari pot obtenir la seva pensió de jubilació<sup>441</sup>.

#### ***a) La discutida naturalesa assistencial del subsidi per desocupació per majors de 52 anys***

El sistema espanyol de protecció per desocupació és un sistema mixt que combina prestacions contributives i prestacions assistencials, i que el subsidi per desocupació per

---

<sup>437</sup> MÁRQUEZ PRIETO, A., *La protección por desempleo en España y otros Estados europeos*, Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales, Madrid, 2001. pàgs. 202-204

<sup>438</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., “Dos importantes sentencias en la protección por desempleo de los trabajadores de edad avanzada. Sobre las sentencias del TCT de 16 de diciembre y 27 de enero de 1987, y el subsidio asistencial a favor de trabajadores mayores de 55 años: el periodo de carencia específico, su cumplimiento y su cómputo”. *Relaciones Laborales*, vol. 1, 1987, pàg. 3

<sup>439</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación...op cit.* pàgs. 269-273. L'autora sosté l'autonomia del subsidi per majors de 52 anys respecte de la resta dels subsidis existents en el nivell assistencial per les pròpies característiques especials del subsidi: “concebido para un colectivo concreto (mayores de 52 años), con una finalidad particular (garantizar la cobertura del tránsito hacia la jubilación del desempleado mayor de edad) y con una duración extraordinariamente extensa (hasta que obtenga la pensión de jubilación), no cabe duda de que se trata de un subsidio un tanto *sui generis* dentro de este nivel de protección. (...) “Es excepcional *por su propia existencia*” perquè assenyala que pot semblar estrany aquest subsidi “en un contexto en el que se defiende la supresión o la reducción de las prestaciones por desempleo con el fin de incentivar la búsqueda de trabajo”.

<sup>440</sup> MÁRQUEZ PRIETO, A., *La protección por desempleo...op cit.* pàg. 203; LÓPEZ CUMBRE, L. *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998. pàgs. 268

<sup>441</sup> Tot i que, com defensen no és pròpiament una “prejubilació”. ALONSO OREA, M., TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Decimotercera edició, Civitas, Madrid, pàg. 227 Aquests autors, en canvi, postulen que el subsidi hauria de denominar-se de “jubilació anticipada” més que no de “prejubilació” ja que “la protección asistencial de este colectivo pretende evitar la pobreza, no situar al parado en el margen de la prejubilación”. Referma aquesta denominació la Sentència del Tribunal Central del Treball de 7 d'octubre de 1986 quan declara que aquest subsidi anticipa “los efectos de la contingencia de la vejez en virtud de la sensible reducción de oportunidades que, pese a la formal posibilidad de demandar un trabajo acusa la libre concurrencia en el el mercado de trabajo”, de forma que el subsidi fa “un papel compensatorio o de suplencia (...) respecto a la jubilación –que propiamente adelanta-”.

majors de 52 anys ha estat ubicat, des del seu origen, en el nivell assistencial de protecció per desocupació. No obstant, hi ha elements de caire contributiu que caracteritzen aquest subsidi que han propiciat que s'hagi qüestionat la seva naturalesa purament assistencial.

*i) El model espanyol de protecció per desocupació*

La protecció per desocupació es va establir a Espanya amb caràcter general l'any 1961 a través de la *Ley 62/1961, de 22 de junio, por la que se implanta el Seguro Nacional de Desempleo*<sup>442</sup>, que va crear l'assegurança obligatòria per desocupació per aquells treballadors per compte aliè, que podent treballar, perdessin involuntàriament la seva ocupació per compte aliè i, conseqüentment, també el seu salari. L'assegurança proporcionava a aquests treballadors prestacions econòmiques consistents en una quantia equivalent al 75% del promig del seu salari anterior. L'assegurança es finançava mitjançant cotitzacions d'empresaris i treballadors i aportacions de l'Estat, s'organitzava sobre els principis propis del sistema de repartiment, i la seva gestió es va encomanar a l'antic Institut Nacional de Previsió<sup>443</sup>.

Posteriorment, l'assegurança per desocupació es va incorporar a la *Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social*<sup>444</sup> i el seu text articulat, el *Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre bases de la Seguridad Social*<sup>445</sup>, llei que té com a intenció implantar a Espanya un model unitari i integrat de protecció social, basat en el model financer del repartiment, gestió pública i participació de l'Estat en el finançament. I després és igualment acollit al *Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*<sup>446</sup> que fusiona les

---

<sup>442</sup> BOE núm. 175, de 24 de juliol de 1961. La Llei justificava la creació de l'assegurança per desocupació subratllant que “el riesgo de desempleo constituye una de las más graves amenazas para la vida del trabajador”, y que a més “el paro, cuando alcanza determinadas proporciones (...) constituye un problema que afecta a la nación en su totalidad y que debe remediarse mediante una política de activación de las energías del país (...)”.

<sup>443</sup> L'Institut Nacional de Previsió es va fundar l'any 1908 com a organisme de l'Estat encarregat de gestionar i controlar la implantació de les assegurances socials que es van crear per la influència del model germànic bismarckià i que protegien als treballadors de determinats riscos com els accidents de treball, malalties comunes, càrregues familiars, i la vellesa.

<sup>444</sup> BOE núm. 312, de 30 de desembre de 1963

<sup>445</sup> BOE núm. 96, de 22 d'abril de 1966

<sup>446</sup> BOE núm. 173, de 20 de juliol de 1974



lleis de 1963 i 1966 de bases per la creació d'un sistema de Seguretat Social espanyol, i també la *Ley 24/1972 de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social*<sup>447</sup>, dirigida a ampliar les bases del sistema <sup>448</sup>.

La protecció per la contingència de desocupació que es configura inicialment era de naturalesa essencialment professional i contributiva i restringida a determinats col·lectius, és a dir, és una prestació que s'ofereix als treballadors per compte aliè i la seva quantia depenia de les cotitzacions fetes prèviament.

No obstant, l'aprovació de la Constitució Espanyola l'any 1978 va suposar un punt d'inflexió al model del sistema de seguretat social espanyol. L'article 1 CE estableix que Espanya es constitueix en un Estat social i democràtic de Dret. I un Estat social implica tenir un catàleg de drets socials i econòmics on ha de figurar-hi el dret a la Seguretat Social <sup>449</sup>. I, així està recollit a l'article 41 CE que consagra l'obligació dirigida als poders públics per la qual aquests han de mantenir un règim públic de Seguretat Social per a tots els ciutadans que garanteixi l'assistència i les prestacions socials suficients en les situacions de necessitat, especialment en cas de falta de feina. L'atur és l'única situació de necessitat a què fa referència expressament l'article com a situació que, en tot cas, s'ha de protegir mitjançant el règim de Seguretat Social que l'Estat es compromet a mantenir dins la seva política social.

En tot cas, l'article 41 CE - com la resta d'articles de la Constitució que incideixen en la matèria de Seguretat Social<sup>450</sup>-, es troba inserit dins el Capítol III del Títol I, de forma que es considera un principi rector de la política social i econòmica. D'acord amb l'article 53.3 CE, els principis rectors de la política social i econòmica informen als poders públics, la legislació positiva i la pràctica judicial, i necessiten de la mediació d'una llei que els desenvolupi per a poder ser al·legats en els tribunals. No poden ser directament invocats pels ciutadans si no estan contemplats en normes legals. La

---

<sup>447</sup> *BOE núm. 149, de 22 de juny de 1972*

<sup>448</sup> Si abans es cotitzava a través de bases tarifades, és a dir, una bases sobre la qual s'aplicava un percentatge i s'obtenia una quota, a partir de la llei de 1972, la base és dependent del salari.

<sup>449</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., *Dret del treball i de la Seguretat Social*, Tecnos, Madrid, 2000. pàg. 375

<sup>450</sup> L'article 43 CE reconeix el dret de protecció a la salut; l'article 50 CE preveu garantir mitjançant pensions adequades i periòdicament actualitzades, la suficiència econòmica als ciutadans de la tercera edat; i l'article 39 CE estableix que els poders públics han d'assegurar la protecció social de la família.

Seguretat Social és així, en paraules del Tribunal Constitucional a la STC 65/1987 de 21 de maig “un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél” (FJ 3).

Correspon, doncs, als poders públics crear un Sistema de Seguretat Social que sigui públic i que protegeixi les situacions necessitat, es especial la que deriva de la desocupació, seguint la finalitat programàtica que exigeix el compliment de l'article 41 CE. Però, més enllà d'un simple desenvolupament d'una norma programàtica, hi ha en aquest precepte, una “garantia institucional”, en el sentit que l'Estat ha de proporcionar una institució social determinada amb unes característiques bàsiques. Els poders públics han de garantir l'existència d'un règim de Seguretat Social de caràcter públic i universal, que protegeixi davant les situacions de necessitat, i en tot cas, la necessitat que deriva de l'absència d'una retribució salarial degut a la manca d'ocupació <sup>451</sup>.

L'article 41 CE esmenta de forma expressa la necessitat que es protegeixi l'atur pel fet que el treball és la font d'ingressos bàsica per la supervivència de la persona i de la seva família. La falta d'ingressos que prové de la manca de feina és així concebut com un dels objectiu primordials que ha de protegir el sistema de Seguretat Social que preveu l'article 41 CE <sup>452</sup>.

#### *ii) L'addició del nivell assistencial a la protecció per desocupació*

L'aprovació de la Constitució i el règim de Seguretat Social que es preveu a l'article 41CE propicia que s'hagin de dur a terme una sèrie de reformes en el sistema de la Seguretat Social, i que afectaran a la prestació per desocupació, per adequar el sistema al mandat constitucional. Els caràcters que ha de tenir el règim de Seguretat Social, segons es desprèn de l'article 41 CE, són els de publicació, universalitat i suficiència

---

<sup>451</sup> ALVAREZ DE LA ROSA, M., “El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 15, 1982. pàg. 77; GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección por desempleo”, *Relaciones Laborales*, Vol. 2, 1993, pàg 230; QUESADA SEGURA, R., *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004, pàg. 19 i ss.

<sup>452</sup> QUESADA SEGURA, R., *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004, pàg. 21

prestacional<sup>453</sup>. En altres paraules, ha de tractar-se d'un sistema: públic, gestionat i finançat públicament; que atorgui protecció “per tots els ciutadans” pel simple fet de ser-ho; i que dispensi protecció social suficient davant qualsevol necessitat, tingui o no a veure amb l'activitat professional del beneficiari de la prestació <sup>454</sup>.

Fins el moment de promulgar-se la constitució només estaven previstes al text refós de la Llei General de Seguretat Social de 1974 prestacions per desocupació de naturalesa contributiva, és a dir, supeditades al fet que el beneficiari hagi contribuït al sistema mitjançant el pagament de cotitzacions. Aquestes prestacions contributives protegeixen als treballadors ocupats quan perden l'ocupació, i conseqüentment es veuen privats de salari, durant el període temporal que es trobin en situació de desocupació i fins que trobin un altre lloc de treball <sup>455</sup>. El finançament de les prestacions contributives recau major mesura en les cotitzacions efectuades pel treballador i l'empresari, així com també, en part, es financen amb les aportacions de l'Estat.

Però, per ser fidel al principi d'universalitat i suficiència de recursos davant les situacions de necessitat que deriva de l'article 41 CE, es va ampliar el camp de protecció per desocupació a les persones que perden la seva ocupació i que tot i que no hagin cotitzat prèviament al sistema o bé ho han fet de manera insuficient per a accedir a prestacions contributives o assistencials, no tenen prous recursos econòmics per subsistir. Són les anomenades prestacions no contributives o, no dirigides a substituir el salari deixat de percebre sinó la insuficiència de recursos econòmics i que duren tot el temps en què persisteixi la situació de necessitat<sup>456</sup>. Per mitjà de l'article 41 CE es preveu que el règim de Seguretat Social que han d'establir els poders públics ha de

---

<sup>453</sup> En paraules del Tribunal Constitucional: “La garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema” (STC 38/1995, de 13 de febrer, FJ 4)

<sup>454</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1991, pàg. 43 i ss

<sup>455</sup> Les prestacions contributives deriven de la influència del model de les assegurances socials impulsades pel canceller alemany Bismarck a finals del segle XIX que garanteixen al treballador assalariat la percepció d'unes rendes de substitució de les rendes professionals deixades de percebre com a conseqüència de determinades contingències, entre les que s'inclou l'atur.

<sup>456</sup> Les prestacions no contributives, altrament dites assistencials, provenen del britànic Pla Beveridge de 1942 en base a l'Informe *Social Insurance and Allied Services*, que preveu la unificació de les assegurances socials, la universalització subjectiva de la protecció estesa a tots els ciutadans i no solament als treballadors, la generalització igualitària de la protecció per qualsevol necessitat i el finançament tripartit amb una considerable aportació de l'Estat. Gràcies a la universalització subjectiva de la cobertura, les prestacions no es vinculen a la cotització.

comptar, a banda del nivell contributiu, amb un nivell assistencial que cobreixi les situacions de necessitat d'aquelles persones que no reuneixen els requisits de contributivitat i no disposen de recursos suficients per sobreviure. Tal com manifesta el Tribunal Constitucional a la sentència 38/1995, de 13 de febrer, referint-se a l'article 41 CE, "la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como <una función del Estado>, rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal" (FJ 3)<sup>457</sup>. Per tant, l'article 41 CE assumint que el règim de Seguretat Social que ha de crear l'Estat ha de ser públic i universal que faci front a totes les situacions de necessitat, suposa una transformació del sistema de Seguretat Social existent que es basava únicament en la contributivitat per donar pas a la introducció del nivell assistencial basat en el principi d'universalitat<sup>458</sup>. Les prestacions en aquest nivell assistencial es financen amb càrrec als Pressupostos Generals de l'Estat.

Va ser per mitjà de la *Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo*<sup>459</sup> (LBE) que es va introduir el nivell assistencial en el sistema de protecció per desocupació i així es va adequar al que disposa l'article 41 CE. Va crear les anomenades "prestaciones complementarias", unes prestacions de caràcter assistencial que oferien als treballadors majors de 18 anys i menors de 65 una prestació econòmica consistent en el 75% del Salari Mínim Interprofessional quan no aconseguen una ocupació durant un determinat període de temps de sis mesos prorrogables a tres més, i sempre i quan els manquessin rendes de qualsevol naturalesa superiors a aquest salari mínim (art. 25 i 26 LBE). Però aquesta innovació assistencial, va ser molt limitada en quantia, durada i beneficiaris, ja que només es cobreixen els subjectes que tinguin responsabilitats familiars, la seva durada és molt limitada, i, a la vegada, vincula la prestació assistencial amb la prestació contributiva de desocupació quan exigeix haver obtingut i esgotat la prestació contributiva per tenir dret a aquestes prestacions assistencials.

*iii) La introducció del subsidi per treballadors d'edat avançada en el sistema de protecció per desocupació*

---

<sup>457</sup> En el mateix sentit s'expressen les SSTC 103/1983 de 22 de novembre, 65/1987 de 21 de maig, 76/1988 de 26 d'abril, i 239/2002 d'11 de desembre.

<sup>458</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social", *Relaciones Laborales*, Vol. 2, 1988, pàg. 11; GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La protección por desempleo...op cit.", *Relaciones Laborales*, Vol. 2, 1993, pàg 232

<sup>459</sup> BOE núm. 17 d'octubre de 1980

El Títol II de la LBE, que es referia en la seva totalitat als sistemes de protecció per desocupació, va ser derogat per l'aprovació de la *Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, por la que se modifica el Título II de la Ley 51/1980, de 8 de octubre*<sup>460</sup> (LPD). La LPD, amb la finalitat d'estendre l'àmbit de protecció de les prestacions per desocupació a sectors desprotegits va incidir en les prestacions assistencials per desocupació<sup>461</sup>. I, en aquest sentit, va incorporar una cobertura específica pels treballadors d'edat avançada, el subsidi per desocupació per majors de 55 anys. Aquest subsidi, suposava un tractament específic pels treballadors majors de 55 anys respecte a la resta de treballadors menors d'aquesta edat, en la mesura que la durada del subsidi que va passar a ser de com a màxim 18 mesos amb la LPD, es podia incrementar, si es reunien una sèrie de requisits, fins que el beneficiari es jubilés (art. 13.2 LPD).

El *Real Decreto 626/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo*<sup>462</sup>, desenvolupament les previsions de la Llei 31/1984 va limitar l'accés al subsidi per majors de 55 anys a aquells treballadors de 55 anys que reunissin tots els requisits excepte l'edat per jubilar-se com a treballador per compte aliè en algun dels Règims de la Seguretat Social que reconeguessin el dret a la prestació o subsidi per desocupació (art. 7.3 RD 625/1985), i no a qualsevol tipus de jubilació, independentment de si règim en què es trobés afiliat el treballador preveïés o no la prestació per desocupació, tal i com preveia la redacció originària de la Llei 31/1984.

Aquesta limitació va propiciar un recurs d'empara resolt per la sentència del Tribunal Constitucional 209/1987, de 22 de desembre. L'objecte de la sentència era determinar si era contrari o no al principi d'igualtat davant la llei que imposa l'article 14 CE l'article 7.3 del RD 625/1985 que denega a un treballador per compte aliè, afiliat al Règim General de la Seguretat Social, el subsidi per desocupació que puguin beneficiar-se els treballadors majors de 55 anys per tot el període que resta fins la data de jubilació, en base a què el treballador reunia els requisits per causar la pensió de jubilació en el règim

---

<sup>460</sup> BOE núm. 186, de 4 d'agost de 1984

<sup>461</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La protección por desempleo...op cit. ", *Relaciones Laborales*, Vol. 2, 1993, pàg 233

<sup>462</sup> BOE núm. 109, de 7 de maig de 1985

especial de jubilació en el Règim Especial de Treballadors Autònoms, en el que no es contemplava el dret a prestacions per desocupació. I, tal i com requeria el controvertit article 7.3 RD 635/1985, un dels requisits per ser beneficiaris del subsidi per majors de 55 anys era trobar-se inscrit en un règim de seguretat social que reconegués el dret al subsidi. El Tribunal Constitucional recorda que no es troben en el mateix rang la Llei 31/1984 que estableix el subsidi de desocupació per majors de 55 anys i el reglament de desenvolupament de la llei RD 625/1985 que prescriu la limitació qüestionada en l'accés al subsidi. De forma que el reglament que desenvolupa la llei pot ampliar el camp subjectiu de la contingència de desocupació però no pot excloure d'un dret a aquells a qui la llei no els exclou. És així com el Tribunal declara que la previsió de l'article 7.3 del RD 625/1985 és il·lícita per discriminatòria perquè amb la condició que preveu l'article 7.3 RD 625/1985 s'exclou i per tant, es discrimina, a aquells treballadors per compte aliè que han esgotat la prestació per desocupació i que s'hauran de jubilar normalment e un règim de la Seguretat Social que no inclou la prestació per desocupació. És més, el Tribunal reforça la seva postura analitzant la Llei 31/1984 a la llum de l'article 41 CE, un precepte, en paraules del Tribunal “que incorpora una superación de concepciones anteriores a la Seguridad Social en las que primaba el principio contributivo y la cobertura del riesgo o contingencia, de tal forma que, en virtud de este principio constitucional las prestaciones de la Seguridad Social (...) no se presentan ya – y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas – como prestaciones correspondientes y proporcionales, en todo caso, a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados y resultantes de un acuerdo contractual” (FJ 4). Així, en virtut de l'article 41 CE pel qual els poders públics mantindran un règim públic de Seguretat Social per a tots els ciutadans que garanteixi l'assistència i les prestacions socials suficients en les situacions de necessitat, especialment en cas de falta de feina”, el Tribunal intenta refermar el caràcter d'assistencial del subsidi que es caracteritza per la universalitat i per tant, la no exclusió dels seus beneficiaris per motius de contributivitat en els règims de la Seguretat Social <sup>463</sup>. En conclusió, el desenvolupament reglamentari de l'article 7.3 RD 625/1985 va extralimitar-se en la seva potestat de desenvolupar la llei, ja que va limitar els drets que la llei contenia, de forma que és il·legal així com la limitació que contenia l'article 7.3 RD 625/1985 és

---

<sup>463</sup> TORTUERO PLAZA, J.L., “Sentencia 209/1987, de 22 de diciembre. Sobre el derecho del subsidio por desempleo de los mayores de cincuenta y cinco años; colectivos incluidos y excluidos. Y en general sobre los caractereres del Sistema de Seguridad Social” dins *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 1987. pàg. 404-405

discriminatòria per excloure del subsidi als treballadors per compte aliè majors de 55 anys que reunien els requisits per jubilar-se en règims de la Seguretat Social que no contempen la protecció per desocupació <sup>464</sup>. En efecte, el TC afirma que hi ha un tracte discriminatori entre els treballadors que tenen una expectativa de jubilació al règim general o a un règim especial, dels que tenen prevista la protecció en cas de desocupació, i aquells altres treballadors que esperen accedir a la jubilació a través d'algun règim que exclou la protecció de la contingència de desocupació <sup>465</sup>.

A conseqüència d'aquesta declaració d'inconstitucionalitat de l'article 7.3 RD 625/1985 que desenvolupava la previsió de la Llei 31/1984, el subsidi de desocupació per majors de 55 anys va ser modificat el 1989 per mitjà del *Real Decreto- Ley 3/1989, de 3 de marzo, de medidas adicionales de carácter social* <sup>466</sup>. En la modificació de la regulació del subsidi es va rebaixar l'edat per accedir al subsidi a 52 anys, i canviant la regulació anterior, es va disposar que hi podien accedir els treballadors que reunien tots els requisits excepte l'edat per accedir a qualsevol tipus de pensió per jubilació en el sistema de la Seguretat Social. Ara bé, en els requisits d'accés s'hi va afegir un nou requisit ja que s'exigia un període de carència de 6 anys de cotització per la contingència de desocupació (art. 20 RDL 3/1989). Amb aquest nou requeriment d'un període de cotització que abans no s'exigia, es va restringir durament l'accés al subsidi assistencial de prejubilació <sup>467</sup>, tot defugint de la interpretació de la STC 209/1987 que reconeixia el subsidi per desocupació per majors de 55 anys a qui havia cotitzat gairebé tota la vida, excepte un període curt de temps al règim especial dels autònoms <sup>468</sup>.

*iv) La condició híbrida entre assistencial i contributiva del subsidi per majors de 52 anys*

---

<sup>464</sup> MOMPALER CARRASCO, M.A., MORRO LÓPEZ, J., GARCÍA NINET, J.I., "Tres consideraciones en torno a las restricciones reglamentarias impuestas en materia de desempleo por el RD 625/1985, de 2 de abril (En torno a la sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1991), *Tribuna Social*, núm. 8-9, 1991, pàgs. 8, 14

<sup>465</sup> RAMOS QUINTANA, M.I., "Determinación del período de ocupación cotizada y ampliación del ámbito subjetivo del subsidio de desempleo", *Relaciones Laborales*, vol. 1, 1991. pàg. 339

<sup>466</sup> *BOE núm. 78, d'1 d'abril de 1989*

<sup>467</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Una enmarañada ampliación de la cobertura por desempleo", *Relaciones Laborales*, Vol. 1, 1989, pàg. 1183; ÁLVAREZ CORTÉS, J.A., "El subsidio por desempleo para mayores de 52 años: algo más que asistencial social, algo más que prestación asistencial (Un comentario a la STS 23-6-93, sala IV)" *Relaciones Laborales*, núm. 3, 1994, pàg. 97

<sup>468</sup> RUANO ALBERTOS, S., "Análisis del subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Pronunciamientos de los Tribunales de Justicia Comunitarios. A propósito de la Sentencia 1999/32. Caso Ferreiro Alvite", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001. pàg. 205

L'exigència d'un període de carència fa replantejar la naturalesa assistencial del subsidi, ja que posa de relleu una el caràcter de contributiu d'aquesta prestació.

En aquest sentit, el Tribunal Suprem es va pronunciar sobre la qualificació de les prestacions de desocupació per majors de 52 anys en el nivell assistencial a la sentència de 23 de juny de 1993 (RJ/1993/4779). L'objecte de la sentència és si a efectes de complir amb el requisit de carència de sis anys de cotització que exigeix l'art. 13.2 LPD per tenir dret al subsidi per majors de 52 anys, s'han de computar els períodes cotitzats en un país estranger, tenint en compte que el Reglament Comunitari 1408/1971<sup>469</sup> de coordinació entre règims de seguretat social, limita la protecció per desocupació al nivell contributiu. El TS se serveix l'objecte del recurs per destacar que, tal i com exigeix l'art. 13.2 LPD, la concessió del subsidi per majors de 52 anys es troba condicionada, entre altres requisits, a què s'hagi cotitzat un període de com a mínim sis anys. Requerint un període de cotització previ per tenir dret al subsidi per desocupació porta al TS a considerar que aquest subsidi "rebaso ampliamente los límites de una mera <asistencia social>", i per això va estimar la pretensió de la sol·licitant de computar els períodes de temps realitzats a l'estranger, partint de la consideració que el subsidi no és de naturalesa purament assistencial, sinó que el requisit d'exigir sis anys de cotització connota un element de contributivitat. El TS acaba determinant que el subsidi per desocupació per majors de 52 anys es troba inclòs dins el camp d'aplicació material del Reglament Comunitari 1408/71.

El caràcter d'assistencialitat que té el subsidi per majors de 52 anys és dubtós perquè la seva concessió està condicionada a què el beneficiari hagi prèviament cotitzat per desocupació almenys sis anys, raó per la qual el subsidi denota contributivitat. D'aquí que es pot concloure que aquest subsidi, des del seu origen, participa de les característiques del nivell no contributiu i també del contributiu. No són unes rendes que substitueixin les rendes salarials deixades de percebre sinó que són unes rendes

---

<sup>469</sup> EL Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (Diario Oficial n° L 149 de 05/07/1971) es va aprovar per coordinar els sistemes de Seguretat Social dels Estats membres de la Unió Europea i inclou mecanismes de coordinació que assegurin als treballadors migrants que no perdin els seus drets a les prestacions de la Seguretat Social si exerciten el dret a la lliure circulació, i d'aquesta manera, no s'obstaculitzi la lliure circulació de treballadors en el si de la Unió.



mínimas que s'atorguen en situaciones de necesidad i, en aquest sentit, són prestacions no contributives o assistencials. Ahora, però, el subsidi no s'atorga universalment a tots els ciutadans que no tinguin recursos<sup>470</sup>, sinó que per accedir-hi s'exigeix acreditar una sèrie de requisits, entre els que destaca complir un període de carència, raó per la qual el subsidi no és purament assistencial, sinó que també conté notes de contributivitat<sup>471</sup>. Seguint aquesta mateixa línia, el TS a la sentència de 26 de febrer de 1996 (RJ 1996/1505) assenyala “lo cierto es que, pese al carácter, predominantemente, asistencial que caracteriza al (...) subsidio, el mismo tiene también, en algun aspecto, carácter contributivo, puesto que exige una previa cotización por desempleo y tiene por finalidad cubrir, económicamente, la situación del trabajador, mayor de 52 años, carente involuntariamente de ocupación laboral, hasta que llegue la edad de jubilación, para cuya prestación reúne todos los requisitos, excepto la edad” (FJ 3).

En resum, la protecció per desocupació en el sistema de Seguretat Social apareix com a prestació únicament contributiva. Aleshores, per evitar la desprotecció del gran nombre de desocupats que hi havia en aquells anys vuitanta es va crear un segon nivell de protecció per desocupació, l'assistencial, que complementa el nivell contributiu, dins el qual s'inclou el subsidi per majors de 52 anys - 55 anys des del juliol de 2012-. Per ser beneficiari del subsidi es demana un període de carència, així que, més que una prestació no contributiva, és una prestació complementària que allarga la prestació contributiva per desocupació<sup>472</sup>. No compleix amb el requisit d'universalitat que es

---

<sup>470</sup> D'acord amb GONZÁLEZ ORTEGA, el caràcter assistencial pur es predica d'aquelles prestacions “no porque se otorguen sin previa contribución al sistema, sino porque su otorgamiento se condiciona, en todos los casos, a la existencia de un auténtico estado de necesidad que se manifiesta en la carencia de rentas de cualquier naturaleza superiores al salario mínimo interprofesional”. ALARCÓN CARACUEL, M.R., GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1991, pàg. 312

<sup>471</sup> RUANO ALBERTOS, S., “Análisis del subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Pronunciamientos de los Tribunales de Justicia Comunitarios. A propósito de la Sentencia 1999/32 de 35 de febrero de 1999. Caso Ferreiro Alvite”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001, pàg. 86, 206. És, com destaca l'autor, per la propia evolució dels sistemes de seguretat social que no hi ha sistemes de protecció per desocupació purs, sinó que la majoria combinen elements contributius amb els assistencials. En paraules seves: “La distinción entre prestaciones de Seguridad Social y Asistencia Social no ha sido problemática en la medida en que se trata con sistemas contributivos de Seguridad Social y una Asistencia Social de tipo tradicional, pero en la medida en que los sistemas de Seguridad Social comienzan a introducir prestaciones no contributivas vemos como las fronteras comienzan a desdibujarse” i com diu RODRÍGUEZ-PIÑERO, “ello supone que la Seguridad Social viene a desempeñar papeles que hasta ahoram aunque marginalmente en su importancia real, había venido cumpliendo la vieja Beneficiencia Pública en su forma más moderna de Asistencia Social”. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Pensiones no contributivas...*op cit.* pàg. 12

<sup>472</sup> ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “El subsidio por desempleo para mayores de 52 años: algo más que asistencia social, algo más que prestación asistencial (Un comentario a la STS de 23-6-93, sala IV)”,

predica del nivell assistencial o no contributiu en estar lligat el subsidi amb la contributivitat<sup>473</sup>.

### ***b) La regulació vigent del subsidi de desocupació per majors de 55 anys***

La regulació actual del subsidi es troba a l'article 215.3 LGSS, precepte que s'ubica en el nivell assistencial de la protecció per desocupació que dispensa el sistema de Seguretat Social, també en el *Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo*<sup>474</sup>, una norma que es conserva vigent amb caràcter reglamentari. I, més recentment, s'ha de citar el *Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*<sup>475</sup>, ha modificat la regulació d'aquest subsidi per treballadors d'edat amb la voluntat manifestada en el preàmbul de la norma de garantir la sostenibilitat a llarg termini d'aquest subsidi i incentivar l'allargament de la vida activa.

L'article 215.3 LGSS, recentment modificat per l'article 17 apartat set del RDL 20/2012, de 13 de juliol, estableix que poden ser beneficiaris del subsidi per desocupació “los trabajadores mayores de cincuenta y cinco años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral, y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de Seguridad Social”. D'aquest article se'n extreuen els requisits que donen dret a ser beneficiari del subsidi per majors de 52 anys: ser major de 55 anys, trobar-se en algun dels supòsits que es contemplen en apartats 1 o 2 de l'article 215.1 LGSS, sense exigència de responsabilitats familiars, haver cotitzat durant la vida laboral almenys sis anys a la contingència de desocupació, i reunir, en el moment de la sol·licitud tots els requisits, excepte l'edat, per causar dret a una pensió contributiva de jubilació de la Seguretat Social.

---

*Relaciones Laborales*, núm. 3, 1994, pàg. 95; MARTÍN VALVERDE, A; GARCIA MURCIA, J., (Directors), *Ley General de Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2009, pàg. 1565

<sup>473</sup> COLLADO GARCÍA, L., PIQUERAS PIQUERAS, M., *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Editorial Trotta, Valladolid, 1997, pàg. 100

<sup>474</sup> BOE núm. 109, de 7 de maig de 1985

<sup>475</sup> BOE núm. 168, de 14 de juliol de 2012

A continuació es desglossaran aquests requisits que en la regulació vigent es demanen per ser beneficiari del subsidi per majors de 55 anys:

*i) L'edat*

S'exigeix ser un treballador major de 55 anys en el moment de la sol·licitud del subsidi. Com s'ha vist, l'edat de la regulació inicial del subsidi era de 55 anys, edat que va ser rebaixada per suavitzar a 52 anys pel RDL 3/1989 l'enduriment de requisits per accedir al subsidi dut a terme pel RDL 3/1989. I, des de juliol de 2012, arran del RDL 20/2012, s'ha tornat a incrementar l'edat per accedir al subsidi fins a 55 anys. La raó que al·lega el legislador per tal augment de la franja d'edat és la intenció de dotar de sostenibilitat a llarg termini d'aquest subsidi així com de cooperar amb l'objectiu d'allargar la vida laboral de les persones que es predica des de diverses instàncies.

El precepte -215.1.3 LGSS- precisa, en un nou apartat restrictiu del dret al subsidi i que ha inclòs pel RDL 20/2012, que el treballador ha de comptar amb l'edat de 55 anys en la data que esgoti la prestació per desocupació o el subsidi per desocupació o bé tenir complerta aquesta edat en el moment en què se li exigeixi reunir els requisits per accedir al subsidi dels supòsits que es contemplen en els articles 215.1.1 i 215.1.2 LGSS, que són els que es detallen a continuació.

*ii) Trobar-se en algun dels supòsits que es contemplen en apartats 1 o 2 de l'article 215.1 LGSS*

La remissió als supòsits contemplats als apartats 1 i 2 de l'art. 215.1 LGSS es refereixen a diverses situacions que es concreten a l'article 7.3 del RD 625/1985 que especifica els requisits que han de complir els sol·licitants del subsidi per majors de 55 anys. En virtut d'aquest precepte els treballadors majors de 55 anys que compleixin els requisits de l'article 215.1.3 LGSS poden obtenir el subsidi quan tinguin dret a percebre un subsidi, l'estigui percebent o l'hagi esgotat, i també quan hagi esgotat una prestació per desocupació i no hagi percebut el subsidi corresponent, o que aquest subsidi s'hagi esgotat per no complir, inicialment o de forma sobrevinguda, el requisit de rendes i/o el de responsabilitats familiars.

Aquests requisits citats de l'art. 7.3 del RD 625/1985 semblen indicar que els treballadors sol·licitants del subsidi han d'haver estat inscrits com a demandants d'ocupació a l'oficina d'ocupació des de la situació legal de desocupació, és a dir, que només contempla la situació de qui accedeix al subsidi per majors de 55 anys immediatament després que s'hagi extingit la prestació contributiva. D'aquí que l'article 7.3 del RD 625/1985 dirigit específicament als sol·licitants del subsidi per majors de 55 anys és més exigent que l'article 215.1.a) LGSS dirigit al subsidi per desocupació en general, ja que aquest darrer demana als sol·licitants del subsidi que siguin aturats i figurin inscrits com a demandant d'ocupació durant almenys un mes i no hagin rebutjat cap oferta d'ocupació adequada ni haver-se negat a participar, sense cap causa que ho justifiqui, en accions de formació o reconversió professionals. No s'exigeix que figurin inscrits com a demandants d'ocupació des de la seva situació de desocupació, tal com es desprèn de l'art. 7.3 RD 625/1985<sup>476</sup>.

Tanmateix, la jurisprudència emesa pel Tribunal Suprem a la sentència de 20 de juny de 2007<sup>477</sup> matisa la interpretació de l'article 7.3 del RD 625/1985 i considera que s'ha de reconèixer el dret al subsidi per desocupació per treballadors majors de 52 anys a aquells sol·licitants que, encara que no hagin estat demandants d'ocupació a l'oficina d'ocupació durant un període perllongat de temps, hagin complert amb la circumstància concreta de figurar com a demandant d'ocupació durant alguns mesos anteriors a la sol·licitud de la prestació, fet que ja acredita el seu interès per treballar i que se li oferís un treball durant aquest temps. El que pretén el TS és distingir entre aquells sol·licitants del subsidi per majors de 52 anys que “durante un gran periodo de se apartaron del mundo del trabajo y sólo se dan de alta para cobrar la prestación en cuyo caso se entiende que no están en situación real de desempleo porque ello no es suficiente para acreditar su voluntad de trabajar” d'aquells altres sol·licitants que “aun cuando hayan permanecido al margen de la oficina de empleo, sin embargo han acreditado su interés por trabajar inscribiéndose varios meses antes como demandantes de empleo en la oficina de empleo”, ja que en aquest darrer cas s'entén que s'ha manifestat la voluntat de treballar, inscrivint-se com a demandants d'ocupació durant un temps suficient per a

---

<sup>476</sup> DESDENTADO BONETE, A., MERCADER UGUINA, J.R., *El desempleo como situación protegida (Un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, Editorial Civitas, Madrid, 2006. pàg. 154

<sup>477</sup> Se segueix també el mateix criteri a la STS de 15 de febrer de 2005

què els fos ofert un lloc de treball que haguessin hagut d'acceptar (FJ 3). A mode d'exemple d'aquest argument, a la sentència que es comentada, el TS va estimar la pretensió de la demandant a obtenir el subsidi, encara que va estar-se fora del mercat de treball sis anys i vuit mesos d'un total de vuit anys de vida activa, i tan sols va incorporar-se al mercat de treball durant dos anys sense obtenir cap ocupació. El lapse de temps de sis anys sense haver-se inscrit en el mercat treball resulta indiferent per tenir dret a la prestació. El TS, doncs, aplica una interpretació flexible dels preceptes i declara que no es necessària la inscripció ininterrompuda com a desocupat per causar el dret al subsidi de treballadors majors de 52 anys

Ara bé, l'entrada al subsidi per majors de 52 anys pot tenir un origen divers perquè no només es produeix quan s'esgoten la prestacions per desocupació, sinó que també s'hi pot accedir a través dels supòsits especials de protecció que apareixen als articles 215.1.c), d) i e). Són les situacions que consisteixen en ser treballador espanyol emigrant que havent retornat de països no pertanyents a l'Espai Econòmic Europeu o amb els qual no existeixi cap conveni sobre protecció per desocupació, acreditati haver treballat com a mínim sis mesos en els darrers sis mesos en aquests països des de la seva última sortida d'Espanya, i no tingui dret a la prestació per desocupació<sup>478</sup>; haver estat alliberat de la presó i no tenir dret a la prestació per desocupació, sempre que la privació de llibertat hagi estat per un temps superior a sis mesos; i també cobreix la situació d'haver estat declarat plenament capaç o invàlid en el grau d'incapacitat permanent parcial per la professió que exercia el sol·licitant o del grup professional, com a conseqüència d'un expedient de revisió d'una millora de la incapacitat en els

---

<sup>478</sup> Per mitjà de la *Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad* (BOE núm. 298, de 13 de desembre de 2002) que va afegir una Disposició Addicional 23 a la LGSS, es va suprimir el subsidi per emigrants retornats que regia a la versió original de la LGSS de 1994, de forma que, mentre que a la versió original es preveia el reconeixement del subsidi pel fet de ser emigrants retornat, fos quina fos la seva procedència (només s'exigia "ser trabajador emigrante que, habiendo retornado el extranjero, no tenga derecho a prestación por desempleo y hubiera trabajado como mínimo seis meses en el extranjero des su última salida de España"), actualment només es preveu aquesta possibilitat d'accés a subsidi per part dels emigrants retornats només si no procedeixen de països de l'Espai Econòmic Europeu o assimilats (països amb els quals no existeixin convenis de protecció per desocupació), ja que si l'emigrant retornat procedeix d'un país comunitari o assimilat la normativa que s'ha d'aplicar és la normativa comunitària. CASTRO indica que en haver exclós els treballadors emigrants retornats de països no pertanyents l'Espai Econòmic Europeu es vol estalviar de pagar el subsidi a molts immigrants retornats majors de 52 anys, i fins i tot la pensió de jubilació. ROJAS CASTRO, M., "El decretazo y el retorno de los emigrantes", *Aranzadi Social*, núm. 10, 2002. pàg. 3; també en la mateixa línia se situa ARUFE VARELA, A., "El nuevo <compromiso de actividad>, de situación legal de desempleo y de beneficiarios del subsidio por desempleo", *Actualidad Laboral*, núm. 33, 2002, pàg. 727

graus d'incapacitat permanent total per la professió que exercia el sol·licitant o del grup professional, incapacitat permanent absoluta per tot treball o gran invalidesa.

Finalment, cal fer un darrer aclariment sobre la situació particular dels treballadors fixes discontinus respecte si tenen dret a sol·licitar el subsidi per desocupació per majors de 52 anys. Aquest supòsit va ser tractat a la STC 53/2004, de 15 d'abril en la qual es decideix la constitucionalitat de l'art. 216.5, apartat segon de la LGSS que exclou als treballadors fixes discontinus de la condició de beneficiaris del subsidi per desocupació de majors de 52 anys perquè es considera que pot vulnerar el principi d'igualtat davant la llei que consagra l'art. 14 CE. El TC considera oportú diferenciar entre les dos situacions legals de desocupació que es poden trobar els treballadors fixes-discontinus, que són l'acomiadament i els períodes d'inactivitat. En el cas d'acomiadament, caracteritzat per la pèrdua del treball objecte del contracte de treball, si que és una clara situació de desocupació, però en el cas dels períodes d'inactivitat no, ja que el treballador tot i no tenir una ocupació efectiva durant aquests períodes inactius, manté igualment la seva ocupació durant aquest període i no perd el treball preexistent del contracte de treball. Per aquest motiu, el TC declara que no són dues situacions comparables la dels treballadors fixes discontinus que involuntàriament perden la seva ocupació i esdevenen desocupats, i la dels treballadors fixes discontinus que entre els períodes d'inactivitat estan desocupats perquè no tenen una ocupació efectiva però no perden la seva ocupació. Si el treballador fixe discontinu hagués perdut el seu treball si que serien dues situacions iguals i es podria aplicar el principi d'igualtat. Per contra, no es pot aplicar el principi d'igualtat establert a l'art. 14 CE perquè el treballador fixe discontinu, en realitat, no és un treballador desocupat, sinó que és un treballador que compta amb períodes d'inactivitat, però en els quals el seu contracte per aquest treball es manté en vigor, raó per la qual quan es reprengui l'activitat, aquest treballador podrà generar més períodes de cobertura fins que s'extingeixi definitivament la relació laboral. Els treballadors fixes discontinus continuen conservant el seu treball, i per tant, no són estrictament desocupats en el sentit d'haver perdut definitivament el seu treball<sup>479</sup>. En ser dues realitats diferents, són incomparables i, en aquest sentit, segons el TC, no es vulnera el principi d'igualtat davant la llei.

---

<sup>479</sup> Tal com assenyala BURGOS GINER en relació als treballadors fixes discontinus; "el problema se plantea porque el trabajador fijo-discontinuo en periodos de inactividad pasa a percibir la prestación por desempleo como si se tratara de un desempleado, aunque no lo es, y en caso de haberla agotado o no tener

iii) *Haver cotitzat durant la vida laboral almenys sis anys a la contingència de desocupació*

Des del RDL 3/1989, s'exigeix un període de carència de sis anys per poder causar el dret al subsidi per majors de 52 anys, cosa que ressalta clarament la connotació contributiva del subsidi<sup>480</sup>, tot i haver-lo situat en el nivell assistencial.

Aquest requisit ha presentat una problemàtica en relació al còmput de cotitzacions per desocupació que s'han realitzat en països estrangers. Segons la doctrina del TJUE establerta a les sentències MARTINEZ LOUSADA de 25 de febrer de 1999 (C-320/95), assumpte *José Ferreira Alvite e Instituto Nacional de Empleo (INEM), Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, el subsidi per desocupació per majors de 52 anys és una prestació per desocupació en el qual el període de carència que ha de cobrir l'interessat per percebre el subsidi és determinat per la legislació de l'Estat membre, sempre que aquest període s'hagués cobert mitjançant cotitzacions abonades, en tot o en part, als règims de Seguretat Social d'un altre Estat membre.

Així doncs, el subsidi, tal com categòricament sentència el TJUE, s'ha considerar de desocupació i no de jubilació, ja que encara que se l'anomeni endebades subsidi per prejubilació, tècnicament no protegeix la vellesa sinó la desocupació<sup>481</sup>. I és que, si es considerés una pensió de jubilació s'aplicaria l'art. 48 del Reglament comunitari 1408/71, el qual eximeix a l'Estat de concedir la pensió a aquells sol·licitants que no han complert almenys un any de cotització a l'Estat on se sol·licita, raó per la qual el sol·licitant que no ha cotitzat un any a Espanya no pot jubilar-se amb dret a pensió

---

cubierto un período mínimo de cotización pasan a cobrar el subsidio cuya duración está en relación al número de meses cotizados en el año anterior". Així, com que es un treballador perquè està ocupat " no podrá acceder a los subsidios asistenciales para mayores de cincuenta y dos años, pero sí accederá si se convierte en desempleado, y cumpliendo los requisitos legales exigidos sí que podrán percibirlo al igual que el resto de los trabajadores, ya que no olvidemos la finalidad del subsidio y la cobertura del estado de necesidad que le permitirá acceder a la jubilación como al resto de desempleados". BURGOS GINER, M.A., "La exclusión del trabajador fijo-discontinuo de la prestación no contributiva de desempleo por razón de edad", *Aranzadi Social*, paraf. 27 (BIB 2004/742), 2004. pàg. 5

<sup>480</sup> COLLADO GARCÍA, L., PIQUERAS PIQUERAS, M., *El subsidio por desempleo...op cit.* pàg. 106  
Els autors critiquen que l'exigència de la cotització que es va introduir a la normativa al RDL 3/1989 va ser exigible en un mateix moment des de la seva entrada en vigor per tots els col·lectius que poden accedir a aquesta prestació, de forma que va dificultar l'accés al subsidi de molts treballadors.

<sup>481</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., "El subsidio por desempleo para migrantes comunitarios mayores de cincuenta y dos años", *Documentación Laboral*, núm. 47, 1995. pàg. 140

contributiva a càrrec de la Seguretat Social espanyola. Per contra, com que el subsidi és una prestació per desocupació és d'aplicació l'article 67.1 del Reglament 1408/71, pel qual "la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones, al requisito de haber cubierto determinados períodos de seguro, computará, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de empleo cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratase de períodos de seguro cubiertos bajo la legislación aplicada por ella, a condición, sin embargo, de que los períodos de empleo hubieran sido considerados como períodos de seguro en el supuesto de haber sido cubiertos bajo dicha legislación". Així, les cotitzacions acreditades per la persona desocupada a l'estranger, en concret en un país comunitari, han de ser computades per la cobertura de la carència específica de desocupació.

En sintonia amb la doctrina comunitària, el TS manifesta a la sentència de 27 de febrer de 2003 que al subsidi per desocupats majors de 52 anys, en relació amb els treballadors emigrants, no li és d'aplicació l'art. 48 del Reglament 1408/71 que si que s'aplica en les prestacions de jubilació. Aquesta determinació s'explica perquè, malgrat que entre els requisits que es demanen per accedir al subsidi siguin es demana haver cotitzat sis anys per la contingència de desocupació i, també, com es veurà en l'apartat següent, complir amb els requisits per causar dret a una pensió contributiva menys l'edat – entre els quals hi figura el de complir amb un període de carència de quinze anys durant la vida laboral-, el subsidi per majors de 52 anys és una prestació per desocupació assistencial i no de jubilació, ja que tècnicament té per finalitat protegir la situació de desocupació d'aquell treballador d'edat avançada que presenta dificultats per trobar ocupació a causa de la seva edat avançada i es troba proper a la jubilació, de forma que se li atorga aquesta prestació fins que arribi a causar el dret a la pensió de jubilació. D'aquí que el TS declara que "la condición exigible para el nacimiento del derecho al subsidio asistencial no es la preexistencia de un derecho futuro al cobro de una pensión de jubilación, sino que el interesado haya cotizado durante un período de 15 años a un régimen de pensión de jubilación a uno o varios Estados miembros, así que no es exigible ningún período previo de cotización a la Seguridad Social española para poder acceder al subsidio, que se reconocerá cuando se reúnan los requisitos del art- 215.1.3 LGSS" (FJ 3).



De manera que no és necessari el requisit d'un any mínim de cotització a la Seguretat Social espanyola exigida a la normativa comunitària per la pensió de jubilació<sup>482</sup>, i tots els períodes de cotització coberts en un altre Estat de la Unió Europea s'han de tenir en compte a Espanya a efecte del còmput dels sis anys de carència que requereix l'art. 215.1.3 LGSS.

No obstant, addicionalment, un supòsit que cal considerar també en relació al període de cotització que cal acreditar i que també reflecteixen les SSTJUE *Martínez Lousada* i *Ferreiro Albite* és el que es refereix a si és necessari que la última cotització s'hagi realitzat a l'Estat on se sol·licita el subsidi per desocupació per majors de 52 anys. Segons es desprèn de l'art. 67.3 del Reglament 1408/1971, per poder causar el dret a prestacions per desocupació és necessari que la última cotització s'hagués realitzat a l'Estat competent per reconèixer-la. Tant jurisprudència comunitària a les citades sentències *Ferreiro Albite* i *Martínez Lousada*, com la STS que la segueix de 10 de novembre de 2009 (RJ 2010/1151), estableixen que, en efecte, si l'interessat al subsidi no ha cotitzat en últim lloc al règim de Seguretat Social espanyol no té dret al subsidi perquè no compleix el requisit comunitari establert a l'art. 67.3 del Reglament 1408/1971. Pel contrari, si l'interessat ha cotitzat al règim de Seguretat social espanyol, aleshores es procedirà a determinar si l'interessat té dret a Espanya a una pensió de jubilació comptant entre les cotitzacions que acrediti l'interessat amb aquelles abonades, en tot o en part, als règims de Seguretat Social d'un altre o altres Estats membres. En conseqüència, i prenent com a exemple el supòsit de fet de la STS de novembre de 2009, a un treballador emigrant retornat d'Alemanya que només va percebre prestacions per desocupació conforme amb la legislació alemanya, no se li concedeix el subsidi per desocupació per majors de 52 anys pel fet que no ha acreditat cap cotització a la Seguretat Social espanyola. De fet, d'acord amb la Disposició Addicional 23, només es reconeix la protecció assistencial de desocupació – com ho és el subsidi per desocupació per majors de 52 anys - quan el treballador emigrant procedeix de països de l'Espai Econòmic Europeu o països amb els quals no existeixi convenis de protecció per desocupació, ja que si l'emigrant retornat procedeix d'un país comunitari o assimilat la normativa que s'ha d'aplicar és la normativa comunitària

---

<sup>482</sup> En línia amb la jurisprudència comunitària s'ha pronunciat el TS a les STSS: de 17 de desembre de 1997, de 3 de desembre de 1998, de 28 d'octubre de 1999, de 23 de maig de 2000

Pel que fa a les cotitzacions fetes a països extracomunitaris, el TS ha afirmat a la STS de 25 de maig de 1994, cas que versa sobre cotitzacions efectuades a la Seguretat Social suïssa, que les cotitzacions abonades a sistemes de Seguretat Social en els països comunitaris no tenen el mateix règim que les abonades en sistemes de Seguretat Social que no són comunitaris, de forma que a les cotitzacions fetes en Estats extracomunitaris no els és d'aplicació el que disposa el Reglament comunitari 1408/1971. Com que no s'aplica la normativa comunitària, el TS estableix que només seran computables les cotitzacions realitzades a països extra comunitaris si així ho establís el conveni internacional subscrit en aquest àmbit.

Per últim, cal precisar que a efectes de complir el requisit d'acreditar sis anys de cotització a la contingència de desocupació, el TS ha establert a la STS d'1 de febrer de 1995 (RJ 1995/767)<sup>483</sup> que queden excloses del còmput la part proporcional de les pagues extraordinàries. El còmput de cotitzacions s'ha de realitzar per dies naturals i no per dies quota, motiu pel qual s'exclouen les pagues extraordinàries. L'argument del TS es fonamenta en l'art. 3.3 del RD 625/1985 perquè ni l'art. 215.1.3 LGSS ni el 7.3 del RD 625/1985 que tracten de forma específica el subsidi per majors de 52 anys no en diuen res de les pagues extraordinàries. L'art. 3.3 del RD 625/1985, en relació a les prestacions contributives per desocupació, prescriu que alhora de determinar el període de cotització “se computarán las cotizaciones efectuadas desde el nacimiento del último derecho, incluyéndose las que deban realizarse por salarios dejados de percibir como consecuencia de despido nulo y por salarios de tramitación, excluyéndose, en todo caso, las cotizaciones por pagas extraordinarias”. Aleshores, el TS aplica aquest article al període de cotització de sis anys que es demana per tenir dret al subsidi per majors de 52 anys, donat que, tot i que el subsidi està ubicat en el nivell assistencial de protecció per desocupació, el requisit d'acreditar sis anys de cotització a la contingència de desocupació té naturalesa contributiva, de forma que al requisit li és d'aplicació l'art. 3.3 del RD 625/1985 que es refereix a les prestacions contributives de desocupació.

*iv) Reunir tots els requisits, excepte l'edat, per causar dret a una pensió contributiva de jubilació de la Seguretat Social*

---

<sup>483</sup> Doctrina reiterada a les STSS de 10 de juliol de 1993 (RJ 1993/5561) i de 30 de desembre de 1994 (RJ 1994/10712)

Es tanca, amb aquest darrer requisit, la polèmica sobre l'accés al subsidi reunint tots els requisits excepte l'edat no ja per accedir a qualsevol tipus de jubilació del sistema de Seguretat Social com disposava el RDL 3/1989, sinó que s'exigeix reunir els requisits a excepció de l'edat per accedir a pensions contributives de jubilació.

Es deixa així al marge a qui compleix amb els requisits però per accedir a una pensió no contributiva<sup>484</sup>. En efecte, el TS corrobora a la STS de 26 de febrer de 1996 que no és possible accedir al subsidi de desocupació per majors de 52 anys quan la jubilació a què accedeixi el sol·licitant sigui una pensió de jubilació en la modalitat no contributiva. El TS raona que “no puede entenderse incluida la pensión de jubilación no contributiva, toda vez que, al tiempo de promulgarse la Ley de Desempleo no existía ese tipo de prestación, por lo que mal podría referirse a ella el legislador y, además, en el actual Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social, de 20 de Junio de 1994, en sus artículos 215.3 y 216.3 se concreta ya, que la pensión de jubilación, a la que puede aspirar el solicitante del subsidio de desempleo, es la de carácter contributivo” (FJ 3). Per tant, la finalitat del subsidi és cobrir econòmicament la situació del treballador major de 52 anys, que ha quedat involuntàriament sense treball, fins que arribi a l'edat de jubilació, una prestació per la qual aquest treballador en reuneix tots els requisits excepte l'edat per accedir-hi. La pensió no contributiva no s'entén inclosa en l'esfera del subsidi per majors de 52 anys.

De la mateixa manera, el TS tampoc no admet el reconeixement del dret al subsidi per majors de 52 anys quan no s'acredita haver cobert el període de carència suficient per causar el dret a la jubilació en un altre país comunitari però no s'acredita el període de carència per causar el dret a la jubilació en el sistema de Seguretat Social espanyol. Com és sabut, en virtut de l'art. 161.1.b) LGSS, per ser beneficiari de la pensió de jubilació contributiva és precís tenir cobert un període mínim de cotització de quinze anys, dels quals almenys dos han d'estar compresos dins els quinze anys immediatament anteriors al moment de causar el dret. Així, cal complir un període de carència genèrica de quinze anys i, addicionalment, un període de carència específica de dos anys dins els quinze anteriors al moment de sol·licitar la pensió de jubilació. Doncs bé, a la sentència es planteja el dubte sobre si per causar el dret al subsidi per majors de

---

<sup>484</sup> RUANO ALBERTOS, S., “Análisis del subsidio por desempleo para mayores de 52 años...*op cit.* pàg. 206

52 anys poden computar-se o no les cotitzacions efectuades en altres països tant per cobrir l'exigència de tenir acreditats els requisits per accedir a la pensió de jubilació com la relativa a la necessitat de tenir coberta l'exigència de sis anys de cotització a la contingència de jubilació, ambdues exigències requerides per l'art. 215.1.3 LGSS.

Tal com estableix la STS de 28 de febrer de 1994 (RJ 1994/1529), per poder causar dret a prestacions per jubilació és necessari que es pertanyi a la Seguretat Social de l'Estat on se sol·licita la prestació per jubilació durant un mínim de temps, i si no s'acredita aquest temps no existeix la obligació de pagar la prestació per jubilació per part d'un altre Estat. Aquesta conclusió està fonamentada en l'article que és d'aplicació, l'art. 48 del Reglament 1408/1971, pel qual “cuando la duración total de los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación de un Estado miembro no llegue a ser de un año y, cuando el cómputo exclusivo de esos únicos períodos no baste para conferir derecho a las prestaciones en el marco de dicha legislación, la institución del Estado de que se trate no estará obligada a conceder las prestaciones en razón de tales períodos”. Per tant, si no es compleixen els requisits per jubilar-se, excepte l'edat, a Espanya, dins els quals s'hi inclou el període carència de 15 anys, no es pot accedir al subsidi de desocupació per majors de 52 anys. En paraules del TS a la STS de 15 de febrer de 1997 (RJ 1997/9478), “la jubilación expectante debe ser la propia del Sistema de Seguridad Social de España, sin que ello signifique que para lucrar tal prestación, en este Sistema, no sea útil la cotización ingresada en cualquier Estado Comunitario Europeo, en virtud de los Reglamentos del Consejo, eficacia que aquí no es nega, sino que se parte de ella, para exigir, sin embargo, que el requisito sea satisfecho” (FJ 2). És, doncs, necessari reunir els requisits per tenir dret a una pensió de jubilació contributiva d'acord amb la normativa espanyola de Seguretat Social per tenir dret al subsidi per majors de 52 anys.

Per altra banda, el TS ha admès a la STS de 28 d'abril de 2009 (RJ 2009/2998) que és d'aplicació la teoria del parèntesi pel còmput del període de cotització necessari per reconèixer el dret al subsidi per majors de 52 anys quan el sol·licitant és un treballador que ha retornat de l'estranger després de cessar voluntàriament del seu treball.

És bo recordar que la “doctrina del parèntesi” fou inventada pel TS a la sentència de 19 de juny de 1974 (Ar. 3021). El Tribunal va establir que quan s'exigeixen períodes de cotització recents, com el període de carència específica que s'exigeix a la pensió de

jubilació, pot succeir que hagi estat impossible cotitzar en els darrers anys. Per aquest cas, sempre i quan no es tingués la obligació de cotitzar, es considera el període sense cotitzar un parèntesi a efectes de poder calcular el període de cotització exigít i es comença a comptar a partir de la darrer any cotitzat <sup>485</sup>. El legislador va fer seva la doctrina del parèntesi tot formulant la previsió legal del segon paràgraf de l'article 161.1.b LGSS segons el qual en aquells casos en què s'accedeixi a la pensió de jubilació des d'una situació d'alta o assimilada a l'alta sense obligació de cotitzar, la carència específica, és a dir, el període de 2 anys, haurà d'estar comprès dins els 15 anys anteriors a la data en què va cessar la obligació de cotitzar. Disposició, doncs que diu el contrari que el primer paràgraf.

En el supòsit de fet de la sentència citada de 28 de 2009, el TS ha de decidir si és una situació assimilada a l'alta la de la sol·licitant, la qual va treballar i cotitzar a Suïssa durant 16 anys, del 1972 al 1988. En aquest últim any, al 1988, va cessar voluntàriament del treball i va tornar a Espanya, on va percebre el subsidi de retorn que aleshores existia, i quan es va extingir el subsidi de retorn va mantenir-se ininterrompudament inscrita com a demandant d'ocupació. Segons l'art. 208.1.5 LGSS, que descriu quines són les situacions legals de desocupació, n'és una la dels "trabajadores retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el país extranjero, siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país y acrediten cotización suficiente antes de salir de España". En funció d'aquest precepte, és considerada una situació legal la dels treballadors que retornen a Espanya quan se'ls extingeix la relació laboral a l'estranger, sense que s'exigeixi que aquesta extinció s'hagi produït per causes alienes a la seva voluntat. A la llum de l'exposat, el TS estableix que el precepte que s'ha d'aplicar als treballadors espanyols que pretenen que se'ls declari en situació d'assimilats a l'alta és la de l'art. 208.5 LGSS sense que, com es desprèn del precepte, no és exigible que aquesta extinció contractual s'hagi produït per causes alienes a la voluntat del treballador. Finalment s'aplica la doctrina del parèntesi i s'estima que la sol·licitant, estrangera retornada, reuneix la carència específica de dos anys dins els quinze immediatament anteriors a la data del fet causant per aplicació del parèntesi del període posterior al retorn subsidiat i atur voluntari.

---

<sup>485</sup> Doctrina reiterada en diverses sentències del Tribunal Suprem, com en les sentències: STS de 29 de maig de 1992 (3619), STS d'1 de juliol de 1993 (Ar 6879), STS de 15 de desembre de 1993 (Ar 9951), : STS de 29 de juny de 2004 (Ar 7275), STS de 29 de març de 2007 (3419)

En canvi, el TS ha assenyalat que la doctrina del parèntesi no s'aplica alhora de determinar el període de carència específica dels dos anys exigits per accedir a la pensió de jubilació quan el sol·licitant del subsidi per majors de 52 anys ha romàs un període significatiu de temps sense constar inscrit com a demandant d'ocupació, un període el qual computaria per acreditar la carència específica. Es tracta de la STS de 15 de gener de 2010 (RD 2010/3092), en què es planteja la situació d'un sol·licitant del subsidi la vida laboral del qual va començar l'octubre de 1968 i va finalitzar el 1988, any en què va acabar l'obligació de cotització. A partir d'aquesta data i fins el 1994 no va percebre cap prestació per desocupació ni es va inscriure com a demandant d'ocupació. Des de l'any va estar inscrit com a demandant d'ocupació ininterrompudament fins que va sol·licitar el subsidi el 31 de maig de 2004. En vistes d'aquests períodes d'absència i buit de més de sis anys en el mercat del treball, el TS declara que revelen que el sol·licitant no demostra una voluntat continuada de mantenir-se vinculat al mercat de treball que donaria lloc a què es retrotragués el moment del còmput dels dos anys de carència específica als últims temps en què existia l'obligació de cotitzar, que es remuntaria en el supòsit de fet a l'any 1988. Per la manca de voluntat de continuar vinculat al mercat de treball que es demostra en haver-se estat durant un període significatiu sense cotitzar ni inscriure's com a demandant d'ocupació, el TS dictamina que no és aplicable al cas la doctrina del parèntesi per de cobrir el període de carència específic necessari per accedir a la jubilació. No es denega el dret al subsidi perquè no el sol·licitant no hagi acreditat una inscripció ininterrompuda com a demandant d'ocupació, sinó perquè no reuneix els requisits per accedir a la pensió de jubilació, en concret, l'exigència d'acreditar la carència específica <sup>486</sup>.

Finalment, pel que fa al requisit de reunir tots els requisits, excepte l'edat, per causar dret a una pensió contributiva de jubilació de la Seguretat Social, que cal acreditar per tenir dret a un subsidi de desocupació per majors de 52 anys, s'ha plantejat a quin tipus de jubilació es refereix l'art. 215.1.3 LGSS. En aquest sentit, la STS de 2 de febrer de

---

<sup>486</sup> Per aquest fet, tal com indica el propi TS, el cas exposat difereix de la jurisprudència establerta a les STSS d'11 de novembre de 2003 (RJ 2005/593), de 14 de febrer de 2005 (RJ 2005/2966) o de 20 de juny de 2007 (RJ 2007/6851), en les quals es debatia si és necessari inscrit ininterrompudament com a demandant d'ocupació per tenir dret al subsidi, plantejament en què el TS va indicar que no era necessari que fos una inscripció ininterrompuda, sinó que és possible que hi hagi lapses de temps sense estar inscrit com a demandant d'ocupació i tenir dret igualment al subsidi.

1996 (RJ 1996/839) <sup>487</sup> va denegar el dret a aquest subsidi al treballador que a l'edat de 60 anys pot optar a la pensió per jubilació anticipada. Segons la interpretació que fa el TS, certament l'art. 215.1.3) LGSS menciona que poden accedir al subsidi aquells que, excepte l'edat, compleixin tots els requisits "para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social", de forma que literalment aquesta expressió es pot aplicar també a la jubilació anticipada, ja que inclou qualsevol de les modalitats de jubilació. A més, també l'art. 216.3 LGSS, relatiu a la durada del subsidi, disposa que el subsidi per majors de 52 anys s'extindrà "hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación", precepte que en no delimitar el tipus de jubilació que ha de tractar-se per tenir dret al subsidi, s'entén inclosa també la jubilació anticipada. En atenció a ambdós disposicions s'exclou del dret al subsidi a qui ja acredita tots els requisits, edat inclosa, i pot accedir qualsevol modalitat de jubilació. En aquesta línia el TS dictamina que el sol·licitant del supòsit controvertit que té dret a percebre la pensió de jubilació des que va complir 60 anys, "no cabe la menor duda que, pese a reunir los demás requisitos para poder optar al cuestionado subsidio por desempleo carece, no obstante del atinente a la imposibilidad de acceder a cualquier tipo de pensión de jubilación, expresión, esta última, que, indudablemente, acoge la jubilación anticipada a los 60 años" (FJ 2). No es reconeix així la possibilitat d'obtenir el subsidi per majors de 52 anys a qui, tenint 60 anys complerts, pot optar a la pensió de jubilació anticipada. El TS fonamenta la seva decisió en la pròpia finalitat del subsidi, el qual, es concep "como un recurso de índole excepcional para quienes, carentes de empleo y con manifiesta dificultad de poder obtenerlo, precisamente, en mérito de la edad, sin embargo, se hallan, al propio tiempo, en situación de no poder acceder a cualquier tipo de pensión pública por jubilación en el sistema de Seguridad Social" (FJ 2). En definitiva, de la sentència se'n desprèn que no es pot equiparar l'accés a la jubilació anticipada amb l'edat ordinària de jubilació. No és necessari que el beneficiari compleixi l'edat ordinària de jubilació, els 65 anys, sinó, la jubilació anticipada a l'edat de 60 anys extingeix el subsidi per majors de 52 anys <sup>488</sup>.

No obstant això, l'art 5 de la *Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el*

---

<sup>487</sup> Dotrina reproduïda a la STS d'1 d'abril de 1996 (RJ 1993/5561)

<sup>488</sup> CABEZA PEREIRO, J., *La extinción del desempleo*, Editorial Comares, Granada, 1997. pàg. 106 i ss.

*establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible*<sup>489</sup> va modificar la redacció de l'article 216.3 LGSS. Si fins aleshores el precepte disposava que la durada del subsidi per majors de 52 anys s'allargava com a màxim "hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva", a partir de la nova i vigent redacció s'estableix que el subsidi s'allarga "hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión cotributiva de jubilación". En base a aquesta redacció, tot fa indicar que el possible accés a la jubilació anticipada no implica que s'extingeixi el subsidi, sinó que, encara que el beneficiari del subsidi compleixi els requisits per accedir a la jubilació anticipada no significa que ha de deixar de percebre el subsidi, sinó que aquest s'extingirà quan arribi a la jubilació ordinària si el beneficiari decideix no jubilar-se anticipadament.

Amb tot, cal actualitzar dit requisit de durada del subsidi amb el vigent RDL 20/2012, de 13 de juliol. I és que, aquesta norma modifica l'article 216.3 LGSS en el sentit que estableix que el subsidi durarà "hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión de jubilación, en cualquiera de sus modalidades". D'aquesta literalitat del precepte que ha entrat en vigor a partir del 14 de juliol, de 2012, se'n desprèn que si un perceptor del subsidi per majors de 55 anys pot accedir a una modalitat de jubilació anticipada, la percepció del subsidi s'extingirà. La nova regulació que endureix els requisits per ser beneficiari d'aquest subsidi respon a l'objectiu declarat a l'exposició de motius de la norma aprovada, fer sostenible a llarg termini aquest subsidi, tenint en compte la crisi que travessa l'economia espanyola.

*v) Carència de rendes de qualsevol naturalesa superiors al 75% del Salari Mínim Interprofessional, exclosa la part proporcional de les pagues extraordinàries*

A banda dels requisits explícits descrits a l'article 215.1.3), per accedir al subsidi de desocupació per majors de 55 anys també s'exigeix, d'acord amb el que disposa de l'art. 215.1.1 LGSS, que el sol·licitant que no disposi de rendes de qualsevol naturalesa superiors al 75% del Salari Mínim Interprofessional, exclosa la part proporcional de les pagues extraordinàries<sup>490</sup>.

---

<sup>489</sup> BOE núm.

<sup>490</sup> D'acord amb la nova redacció de l'art. 215.3 LGSS, resultant del RDLL 20/2012, "Se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo,



Es demana aquest requisit de carència de rendes al subsidi per majors de 55 anys per la pròpia naturalesa assistencial del subsidi. Certament, el subsidi per majors de 55 anys és una prestació assistencial que té com a finalitat “evitar la pobreza absoluta de quienes por razón de la edad tienen dificultades especialísimas para reincorporarse al mercado de trabajo”<sup>491</sup>. Així que, encara que, en determinats aspectes, com en el requisit d’un període de carència, el subsidi té un perfil de prestació contributiva, en realitat el subsidi de desocupació per majors de 55 anys està concebut com una prestació de caràcter primordialment assistencial la finalitat del qual és suplir la carència de rendes del sol·licitant <sup>492</sup>. En aquest sentit, doncs, la manca de rendes no és que sigui un requisit addicional per accedir al subsidi, sinó que, de fet, és el requisit bàsic que cal considerar en primer lloc, a partir del qual s’observarà si es compleixen la resta de requisits.

Per aquest fet, es demana al sol·licitant del subsidi una carència de rendes de qualsevol naturalesa superiors, en còmput mensual, al 75% del SMI, exclosa la part proporcional de les pagues extraordinàries<sup>493</sup>. A aquest efecte, i d’acord amb la STS de 30 de maig de 1994 (RJ 1994/1996), s’han de computar la totalitat dels interessos, ja provinquin del treball personal, de rendiment de capital o de qualsevol altra font.

S’insisteix en el caràcter assistencial del subsidi a la STS de 23 de desembre de 1994 (RJ1995/512) ahora de determinar que els rendiments derivats d’una indemnització per

---

del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social. También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 100 por 100 del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que se establezca reglamentariamente”. Anteriorment al RDL 20/2012, de 13 de juliol, es tenia en compte la imputació de rendes al patrimoni en una taxa del 50% de l’interés legal del diner. Actualment, amb la taxa del 100% de l’interés legal del diner “se refuerza el derecho de acceso a los subsidios y el patrimonio personal de los beneficiarios”, com manifesta el preàmbul del RDL 20/2012.

<sup>491</sup> ALONSO OLEA, L.M., TORTUERO PLAZA, J.L., Instituciones de Seguridad Social, 15ena edició, Civitas, Madrid, 1997, pàg. 229

<sup>492</sup> HERRAIZ MARTÍN, M., “Subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 años: la problemática del cómputo de las rentas irregulares y de su atribución en el supuesto de bienes gananciales” *Aranzadi Social*, paraf. 31, 2000, pàg. 1

<sup>493</sup> L’art. 7.1 del RD 625/1985, redactat pel *Real Decreto 200/2006, de 17 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (BOE núm. 53, de 3 de marzo de 2006)* estableix diverses regles per determinar la quantia mensual de les rendes percebudes pel treballador en atenció a si es perceben rendes de periodicitat mensual, de pagament únic o de rendiment mensual pressumpte.

extinció del contracte no són compatibles amb el subsidi de desocupació per majors de 52 anys. Si bé l'art. 15.1.a.1 RD 625/1985 estableix que “la prestación i el subsidio por desempleo seran comptibles con la indemnización que proceda por extinción del contrato de trabajo”, al sol·licitant del supòsit de fet se li nega el subsidi no pel fet d'haver cobrat la indemnització derivada de l'extinció del contracte, sinó pels rendiments que n'obté d'haver invertit aquesta indemnització. Com s'ha reiterat, tot i la condició híbrida del subsidi, entre assistencial i contributiva, predomina el caire assistencial que té com a finalitat els estats de necessitat. En aquest sentit, com declara el TS, “otorgar este subsidio a una persona mayor de 52 años que carezca de empleo pero que disfrute, por las causas o razones que sean, de saneados ingresos, constituye un verdadero contrasentido y un rompimiento completo de los que es la esencia y fines de esta prestación” (FJ 4).

Per tant, el requisit general que per tenir accés al subsidi per desocupació és la carència de rendes, que és la situació de necessitat que es pretén subvenir amb l'atorgament del subsidi.

### ***c) Dinàmica i quantia del subsidi per majors de 55 anys***

El moment en què neix, quan dura i a partir de quan finalitza el dret al subsidi per majors de 55 anys presenta unes peculiaritats que el diferencien àmpliament de la resta de subsidis per desocupació pel fet precís que és una edat propera a la jubilació, i sovint col·lideix amb el dret a causar la pensió de jubilació.

#### *i) Naixement, durada i extinció del dret al subsidi*

L'art. 219 LGSS regula la dinàmica del dret al subsidi per desocupació. El precepte indica que el dret al subsidi neix a partir del dia següent a aquell en què es compleixin el termini d'espera d'un mes establert a l'art. 215.2.1.1 LGSS. Per aquest fet és necessari que el subsidi se sol·liciti durant els 15 dies següents, ja que, del contrari, si no se sol·licita durant els 15 dies següents, el dret naixerà a partir del dia següent al de la sol·licitud, de forma que es reduirà la durada del subsidi en tants dies com els que hi hagi hagut entre la data en què hagués nascut el dret al subsidi i la data en què s'hagués formulat la sol·licitud.

La pròpia disposició, tal com formula la STS de 23 d'abril de 2001 (RJ 2001/5116), aclareix que el dret a percebre el subsidi de desocupació neix amb la sol·licitud, ja sigui formulada durant els 15 dies posteriors al termini d'espera d'un mes o ja sigui formulada després d'aquests 15 dies. La diferència entre els dos casos radica en què si es formula la sol·licitud després dels 15 dies es reduirà la durada del subsidi en concepte dels dies que hagin transcorregut entre el dia de naixement del dret a sol·licitar el subsidi i la data efectiva en què s'hagi sol·licitat. Per tant, com assenyala el TS, “ no es indispensable que los requisitos exigidos en el art. 215.1.1 LGSS se reúnan en el transcurso del mes a que alude este precepto legal, sino que tambien tiene derecho al discutido subsidio, aun cuando no cumpla los requisitos en el indicado plazo, si los reúne posteriormente y solicita la prestación” (FJ 2). L'interessat del subsidi, doncs, també té dret al subsidi encara que compleixi els requisits posteriorment a la sol·licitud de la prestació.

Pel que fa a l'extinció del subsidi, com s'ha esmentat ja amb anterioritat, el nou art. 215.3 LGSS resultant del RDL 20/2012 estableix que la durada és, com a màxim, fins que el treballador compleixi l'edat que li permeti accedir a la pensió contributiva de jubilació, en qualsevol de les seves modalitats. Així, arran del RDL 20/2012, es pot entendre que s'extingeix el subsidi per desocupació per majors de 55 anys pel mer fet que el beneficiari arribi a l'edat a la qual pot tenir dret a una pensió de jubilació en la seva modalitat contributiva, com la jubilació anticipada.

És lògic que la percepció del subsidi finalitzi quan es causa el dret a percebre la pensió de jubilació atesa la finalitat d'aquest subsidi que no és altra que cobrir econòmicament la situació de necessitat del desocupat d'edat avançada fins que arribi a l'edat de jubilació, motiu pel qual se'l coneix com a “subsidi de prejubilació”.

Així les coses, la durada del subsidi per majors de 55 anys no està delimitada per un període de temps màxim, sinó que, com es desprèn del mateix art. 216.3 LGSS, la percepció del subsidi durarà fins que el beneficiari causi dret a la pensió contributiva de jubilació, sigui quina sigui la modalitat de jubilació, com es desprèn de la nova redacció d'aquest art. 216.3 LGSS resultant de l'aprovació del RDL 20/2012.

Una situació a considerar en aquest punt és aquella en la qual el beneficiari del subsidi acredita els requisits per obtenir-lo però mentre l'està percebent, de manera sobrevinguda, deixa de complir-los. En aquest cas, és d'aplicació l'art. 215.3.1 LGSS, que declara que els requisits de carència de rendes i de tenir de responsabilitats familiars que s'exigeixen en el moment de la sol·licitud, també han de concórrer durant la percepció del subsidi i en el moment que es prorrogui o es reempregui. Tal com disposa la STSJ d'Andalusia de 27 d'octubre de 1997 (AS 1991/4091), quan la situació originària s'altera, ja sigui perquè canvien les circumstàncies familiars del beneficiari, o ja sigui perquè les rendes del beneficiari esdevenen superior al SMI, es produeix una ruptura del pressupòsit substancial que dóna dret al subsidi<sup>494</sup>.

En el cas que mentre s'estigui percebent el subsidi s'obtinguin rendes superiors al 75% del SMI durant menys de 12 mesos, l'art. 219.2 LGSS assenyala que la percepció del subsidi quedarà en suspens. La suspensió es podrà reprendre sempre que es torni a acreditar que es reuneixen els requisits que exigeix l'art. 215.3.1, és a dir, que no es disposa de rendes superiors al 75% del SMI. El mateix precepte, l'art. 219.2 LGSS declara que si s'obtenen rendes superiors al límit establert durant un període de com a mínim 12 mesos, es produirà l'extinció del subsidi. I després d'haver-se extingit, només es podrà tornar a obtenir el reconeixement del dret al subsidi si es el beneficiari en qüestió torna a trobar-se de nou en la situació que delimita l'art. 215.1.3 LGSS.

Una altra regla en aquesta línia que convé esmentar és la continguda a l'art. 219.3 LGSS pel qual es preveu que si s'accepta un treball de durada inferior a dotze mesos durant el termini d'espera no afectarà el dret a obtenir el subsidi, sinó que aquets dret quedarà en suspens fins que finalitzi el treball.

## *ii) Quantia del subsidi*

El subsidi per majors de 52 anys consisteix, segons es desprèn de l'art. 217 LGSS del 80% del l'indicador públic de rendes múltiples (IPREM), vigent a cada moment<sup>495</sup>. Se

---

<sup>494</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., "Momento en que deben de concurrir los requisitos para percibir el subsidio por desempleo", *Aranzadi Social*, vol. IV, 1997, pàgs. 1 i 2

<sup>495</sup> L'indicador IPREM s'utilitza per fixar els límits de la quantia de la prestació o subsidi per desocupació. Aquest índex va crear-se per mitjà de la *Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía*

segueix d'aquesta manera el postulat del nivell de protecció social assistencial o no contributiu, que atorga prestacions de quantia fixa, a diferència del nivell contributiu, que fa dependre la quantia de les prestacions a la cotització que ha fet prèviament el treballador.

Ara bé, segons l'article 217. LGSS, s'aplica una excepció a aquesta regla general per als beneficiaris del subsidi per majors de 52 anys –ara 55 anys, tot i que el precepte no ho hagi modificat- que tinguin responsabilitats familiars. En aquest supòsit, la quantia del subsidi que percebran durant els primers sis mesos serà del 107% quan el treballador tingui dos familiars al seu càrrec i del 133% quan el treballador tingui tres o més familiars al seu càrrec <sup>496</sup>.

En cas de desocupació per pèrdua d'un treball a temps parcial no es percebrà aquesta quantia indicada com indicava la regulació anterior al RDL1 20/2012, sinó que, a partir d'aquesta norma, aquesta quantia es percebrà en proporció a les hores prèviament treballades.

### *iii) Règim de compatibilitat del subsidi amb el treball per compte aliè*

Ara bé, una vegada es reconeix i percep el subsidi cal tenir en compte que el dret al subsidi no és compatible amb la realització d'un treball per compte aliè, si per aquest treball es percep una quantitat superior al 75% del SMI. Aquesta regla d'incompatibilitat es dedueix de l'art. 215.1 LGSS, precepte que requereix al sol·licitant del subsidi per desocupació que no disposi de rendes de qualsevol naturalesa –incloses, doncs, les salarials -, que superin el 75% del SMI. Així com també l'art. 221.1 LGSS estableix que el subsidi és absolutament incompatible amb el treball per compte propi i amb el treball per compte aliè, excepte que es tracti d'una activitat a temps parcial per la qual es deduirà del temps treballat la part proporcional de l'import de la prestació o del subsidi.

---

(BOE núm. 154, de 26 de juny de 2006), que va substituir el SMI com a referència d'aquestes ajudes. L'any 2011 l'IPREM mensual equival a 532,51 euros, d'acord amb la Disposició Addicional 23 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (BOE núm. 311, de 23 de diciembre de 2010).

<sup>496</sup> Aquesta fórmula, com es veurà a posteriori, és la que s'utilitza com a regla general per calcular la quantia del subsidi per majors de 45 anys (art. 217.2 LGSS)

De la interpretació d'ambdós preceptes -215.1 i 221.1 LGSS- la STS de 13 de maig de 2008 (RJ 2008/3291) n'extreu que no és compatible el dret al subsidi per desocupació per majors de 52 anys amb la realització d'un treball per compte aliè a temps parcial si per aquesta activitat es percep una quantitat superior al límit del 75% del SMI. EL TS interpreta que l'art. 221.1 LGSS aplicat a l'art. 215.1.1 LGSS, limita la inexistència de percepcions pel treball per compte aliè a temps parcial a la proporció al temps treballat, de forma que si la norma fixa aquest límit en el 75% del SMI, la proporcionalitat es limitaria en el supòsit de fet exposat al 50% d'aquest 75%. Ara bé, el TS es contraria a aquesta argumentació, ja que fa prevaldre el fet que el subsidi per desocupació no és “una prestación contributiva que se causa y se obtiene cuando se han abonado a la Seguridad Social los períodos de cotización fijados por la ley, en concurrencia con el cumplimiento de los demás requisitos que esta impone, y en la que se prescinde por completo del nivel de ingresos que pueda tener, aparte de aquélla, el interesado, de modo que el derecho a la pensión pervive y se mantiene aunque esos ingresos ajendos a este beneficio sean muy elevados. Por el contrario, se trata de un auxilio económico que sólo se concede a los necesitados” (FJ 4). La naturalesa primordialment assistencial del subsidi fa que s'interpreti literalment l'art. 215.1.1 LGSS, de manera que no es permet accedir al subsidi si se supera el límit del 75% del SMI, i no es pot aplicar cap excepció o moderació d'aquesta xifra en funció de l'activitat. Per tant, el TS conclou que quan es duguin a terme serveis per compte aliè a temps parcial, el requisit de falta d'ingressos no es pot moderar proporcionalment a la durada temporal del treball realitzat i percebre el subsidi per desocupació alhora.

No obstant la regla d'incompatibilitat relativa entre la percepció del subsidi i el treball per compte aliè que disposa l'art. 221.1 LGSS i que només permet compatibilitzar el subsidi amb un treball a temps parcial del qual no s'obtinguin rendes superiors al 75% del SMI, l'art. 228.1 LGSS sí que permet la compatibilització del subsidi per desocupació pendent de percebre i treball per compte aliè a temps complet i independentment de les rendes salarials que es rebin d'aquest treball, si es compleix una condició. I és que, per ser possible la compatibilització de subsidi i treball, aquesta ha d'estar prevista en algun programa de foment de l'ocupació destinat a col·lectius amb majors dificultats d'inserció en el mercat de treball.

En sintonia amb aquest art. 228.2 LGSS, la Disposició Transitòria 5a LGSS de la *Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad*<sup>497</sup>, estableix un programa de foment de la contractació per desocupats majors de 52 anys, inscrits a l'oficina d'ocupació, que siguin beneficiaris de qualsevol dels subsidis beneficiaris de prestacions per desocupació<sup>498</sup>. La compatibilitat entre el subsidi de desocupació i el treball a temps complet és voluntària per als desocupats perceptors d'aquests subsidis. Si s'hi avenen a compatibilitzar-ho, ha de tractar-se, en tot cas, d'una contractació a temps complet, de durada indefinida o temporal superior a 3 mesos.

Les ajudes que ofereix el programa consisteixen en l'abonament mensual al treballador, per l'entitat gestora, del 50% de la quantia del subsidi durant la vigència del contracte, amb el límit màxim del doble del període pendent de percebre el subsidi, sense perjudici de l'aplicació de les causes d'extinció. No obstant això, se li ha de deduir la quantia corresponent a 3 mensualitats – corresponents a 6 mesos d'abonament del subsidi – si es lliuren al treballador com a conseqüència de la mobilitat geogràfica. En cas que s'obligui al treballador a canviar de lloc habitual de residència s'abonarà al treballador, en un sol pagament, 3 mesos de la quantia del subsidi.

És més, en el supòsit que la contractació sigui temporal es donarà una bonificació del 50% de la quota empresarial a la Seguretat Social per contingències comunes, amb un màxim de 12 mensualitats. En canvi, en cas de contracte indefinit s'abonaran les bonificacions corresponents del Programa de Foment d'Ocupació vigent.

En el marc d'aquest programa, l'empresari completa l'obligació de pagar el salari completant la quantia del subsidi rebut pel treballador fins a l'import de l'esmentat salari. El treballador, per la seva banda, en cas de cessament a la feina, sempre que no es reuneixin els requisits d'accés a la prestació contributiva de desocupació ni s'hagi esgotat el subsidi, ha de comunicar el seu cessament a l'oficina d'ocupació dins els 15

---

<sup>497</sup> BOE núm. 298, de 12 de desembre de 2002

<sup>498</sup> Per evitar l'ús fraudulent del programa de compatibilització entre subsidi i treball a temps complet queden exclosos de la compatibilitat els supòsits següents: quan la contractació es realitzi per empreses que tinguin autoritzat un expedient de regulació d'ocupació en el moment de la contractació; quan la contractació es realitzi per empreses en les quals el beneficiari del subsidi de desocupació hagi treballat en els últims 12 mesos; i en cas de contractacions amb el cònjuge, ascendents, descendents o parents per consanguinitat o afinitat, fins al 2n grau inclusivament, de l'empresari o dels càrrecs de direcció o membres dels òrgans de direcció (Disposició Transitòria 5a de la Llei 45/2002).

dies següents, així com també acreditar la seva involuntarietat i reactivar el compromís d'activitat. D'aquesta forma obtindrà la quantia total del subsidi i es considerarà com a temps consumit de dret la meitat del període en el qual va compatibilitzar el subsidi amb el treball. La no comunicació en el termini esmentat suposa la pèrdua de tants dies de subsidi com hi hagi entre l'endemà al cessament i el dia de la comunicació.

De fet, és aquesta la direcció que es vol seguir en les polítiques d'ocupació pels treballadors d'edat avançada en l'àmbit del subsidi de desocupació d'aquests treballadors, en el sentit que el beneficiari del subsidi per major de 55 anys no impliqui necessàriament que estigui "prejubilat", tal com de manera tradicional s'ha denominat a aquest subsidi, sinó que encara tingui possibilitats de tornar a ser contractat i reincorporar-se així al mercat de treball. Ho apunta l'Estratègia global per l'ocupació dels treballadors i treballadores de més edat 2012-2014 <sup>499</sup>, quan estableix en el seu punt 3.3 que "en la direcció de promover una mejor vinculación entre políticas activas y pasivas de empleo, se propone el estudio de incentivos a la aceptación de trabajos de menor cualificación que impliquen un salario inferior a la cuantía que eventualmente percibe el trabajador o la trabajadora durante el cobro de la prestación por desempleo, y que supongan, al menos, una mejora en términos de cotización para su jubilación", com ara "mejorar, adaptar e impulsar la medida, ya vigente, de poder compatibilizar voluntariamente las personas mayores de 52 años el trabajo por cuenta ajena con los subsidios por desempleo, lo que supone una garantía de mejores ingresos y cotización para el trabajador o la trabajadora, así como un mayor incentivo para su contratación". Per tant, aconseguir que l'únic destí dels perceptors del subsidi per majors de 52 anys sigui inevitablement esperar arribar a l'edat per accedir a la pensió de jubilació, sinó que encara tinguin possibilitats de ser ocupats, i aconseguir així, que puguin millorar la seva cotització a la vegada que el sistema de seguretat social obté més treballadors contribuents al finançament.

Dit d'una altra forma, el propòsit del subsidi de desocupació per majors de 55 anys és proporcionar mitjans de subsistència als treballadors majors d'una determinada edat, que no disposen d'ingressos i tinguin o no responsabilitats familiars, per raó de les

---

<sup>499</sup> *Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más), BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2011*



seves dificultats per obtenir ocupació per la causa precisa de la seva edat. Ara bé, el que és discutible del subsidi i sembla que pretén subsanar l'Estratègia global d'ocupació dels treballadors d'edat avançada pels propers anys 2012-2015 és que la percepció del subsidi allunyi definitivament aquests treballadors del mercat de treball, és a dir, que el subsidi no sigui únicament una mesura de prejubilació.

En suma, la finalitat del subsidi, que es desprèn dels requisits sol·licitats per ser-ne beneficiari, no és altre que protegir al col·lectiu de treballadors majors de 55 anys, que, a causa de la seva edat avançada, és més sensible a l'atur de llarga durada per les dificultats que tenen de trobar un nou lloc de treball. Conseqüentment, la situació de necessitat que protegeix el subsidi és cobrir la carència d'ingressos del treballador desocupat fins que aquest pugui legalment accedir a qualsevol tipus de pensió contributiva de jubilació.

#### **4.1.2 Els subsidis de desocupació previstos pels majors de 45 anys**

Per mitjà del *Real Decreto- Ley 3/1989, de 3 de marzo, de medidas adicionales de carácter social* es va reforçar la protecció assistencial de la desocupació dels treballadors d'edat. S'introduí un subsidi per treballadors majors de 45 anys que en el moment d'iniciar les prestacions assistencials haguessin esgotat la prestació contributiva màxima i també per aquells treballadors desocupats majors de 45 anys que haguessin esgotat un dret a la prestació contributiva i tinguin o no responsabilitats familiars.

Aquestes situacions protagonitzades pels majors de 45 anys són avui semblantment protegides per la legislació vigent en la qual poden distingir-se fins a tres tipus de subsidis de desocupació pels majors de 45 anys: el subsidi per majors de 45 anys que hagin esgotat una prestació per desocupació de 24 mesos, que, en tot cas, s'ha d'actualitzar ja que, ha deixat d'existir per nous potencials beneficiaris a partir de l'entrada en vigor del RDL 20/2012, de 13 de juliol; el subsidi per majors de 45 anys que hagin esgotat una prestació contributiva per desocupació i tinguin responsabilitats familiars; i el subsidi per majors de 45 anys que hagin esgotat una prestació contributiva de desocupació i no tinguin responsabilitats familiars.

***a) La supressió del subsidi per majors de 45 anys que hagin esgotat una prestació per desocupació arran del RDL 20/2012***

És una modalitat especial de subsidi adreçada als majors de 45 anys que siguin alhora aturats de llarga durada. La disposició 215.1.4 LGSS estableix que els desocupats majors de 45 anys inscrits com a demandants d'ocupació, en la data en què hagin esgotat el dret a prestacions per desocupació de 720 dies de durada i sempre i quan no disposin de rendes, tindran dret a un subsidi per desocupació que es dóna quan s'ha esgotat la prestació contributiva de desocupació, sempre que no haguessin generat el subsidi per majors de 52 anys.

Emperò, com s'ha mencionat, el RDL 20/2012, de 13 de juliol, ha suprimit aquest subsidi especial per majors de 45 anys que esgoten la prestació contributiva pels potencials nous entrants. En tot cas, la supressió d'aquest subsidi, justifica el preàmbul de la norma, “no supone una desprotección para los desempleados, que pueden acogerse al subsidio ordinario”. Així, s'ha derogat l'art. 251.1.4 LGSS en allò que es refereix al subsidi especial per majors de 45 anys (Disposició derogatòria única RD 20/2012). a partir del 14 de juliol de 2012, que és la data d'entrada en vigor del RDL 20/2012, els potencials beneficiaris d'aquest subsidi han de subsumir-se a ser beneficiaris del subsidi per desocupació general, sense limitacions per edat, que estableix l'art. 215.1 LGSS.

A diferència del subsidi de desocupació per majors de 52 anys, aquest subsidi no es refereix a un col·lectiu de beneficiaris particulars, sinó que és, tal com pròpiament denomina, un subsidi “especial”, a cavall entre l'esgotament d'una prestació contributiva de llarga durada i altres modalitats de subsidi. La finalitat que s'aprecia en els elements que configuren aquest subsidi és ampliar l'àmbit de protecció de la desocupació per un sector afectat per la desocupació i amb escasses possibilitats de reentrar en el mercat de treball ja que es tracta de majors de 45 anys aturats de llarga durada <sup>500</sup>.

El primer element que es té en compte en el subsidi per majors de 45 anys és, doncs, la contributivitat mantinguda sense interrupció durant els sis anys previs a la situació de

---

<sup>500</sup> COLLADO GARCÍA, L., PIQUERAS PIQUERAS, M., *El subsidio por desempleo...op cit...*pàg. 115

desocupació (art. 208 LGSS) i trobar-se en situació de desocupació durant la durada màxima que es preveu per la prestació contributiva de desocupació, que són dos anys<sup>501</sup>. En altres paraules, són aturats de llarga durada, ja que, s'han estat en situació d'atur més d'un any.

Adicionalment a la necessitat d'haver esgotat la prestació de desocupació, el segon element que es pren en consideració és l'edat, més concretament, l'edat de 45 anys. Com s'ha mencionat, per tenir dret a aquest subsidi especial cal que en el moment en el qual s'esgoti la prestació contributiva de desocupació el desocupat tingui complerts 45 anys d'edat. Es protegeix als treballadors majors de 45 edats aturats de llarga durada que han esgotat la màxima durada prevista per la prestació contributiva per desocupació donada la seva edat avançada que dificulta la contractació laboral.

En tot cas, l'art. 215.1.4 LGSS assenyala que no es podrà reconèixer aquest subsidi quan el beneficiari hagi generat dret a una nova prestació contributiva per desocupació<sup>502</sup>. Tampoc es podrà gaudir del subsidi per majors de 45 anys quan el beneficiari tingui dret al subsidi per majors de 52 anys. En efecte, si s'esgota la prestació contributiva de 720 dies de durada i el desocupat reuneix els requisits per accedir al subsidi per majors de 52 anys, haurà de sol·licitar aquest subsidi, per bé que el subsidi per majors de 45 anys té una durada de sis mesos, passats els quals, el beneficiari hauria igualment de sol·licitar el subsidi per majors de 52 anys.

Així les coses, un sol·licitant major de 45 anys tingués dret a més d'un subsidi per desocupació l'ordre de prelación a l'hora de saber quin subsidi li pertocaria és el següent: el subsidi per majors de 52 anys, subsidi per majors de 45 anys que hagin esgotat una prestació per desocupació de 24 mesos; el subsidi per majors de 45 anys que hagin esgotat una prestació contributiva per desocupació i tinguin responsabilitats familiars; i

---

<sup>501</sup> *Idem*

<sup>502</sup> Puntualitzen COLLADO i PIQUERAS que resulta impossible trobar-se en la situació d'un aturat de llarga durada major de 45 anys que esgoti una prestació contributiva i simultaniament hagi generat el dret a una nova prestació del nivell contributiu, "ya que si durante la percepción de la prestación contributiva ha realizado trabajos de duración inferior a doce meses cuyas cotizaciones acumuladas superan los doce meses, nace el derecho a una nueva prestación contributiva, efectivamente, pero como consecuencia de la opción que impone el art. 210.3 TRLGSS el trabajador perderá las cotizaciones por las que no haya optado, de modo que no puede haberse generado un derecho a una nueva prestación al agotamiento de la anterior" COLLADO GARCÍA, L., PIQUERAS PIQUERAS, M., *El subsidio por desempleo...op cit...*pàg. 117

el subsidi per majors de 45 anys que hagin esgotat una prestació contributiva de desocupació de com a mínim 12 mesos i no tinguin responsabilitats familiars <sup>503</sup>.

Finalment, hi ha una singularitat que preveu l'art. 215.1.4 LGSS respecte als treballadors fixes discontinus a qui se'ls extingeixi la relació laboral i hagin esgotat un dret a la prestació per desocupació de qualsevol durada, encara que hagin percebut un subsidi per desocupació durant els períodes d'inactivitat productiva amb posterioritat a l'esgotament de la prestació per desocupació. A aquests treballadors, si en el moment de la sol·licitud són majors de 45 anys tenen dret al subsidi de desocupació per majors de 45 anys sempre i quan hagin cotitzat com a fixes discontinus un mínim de nou anys al llarg de la seva vida laboral. Es protegeix d'aquesta manera als treballadors fixes discontinus majors de 45 anys que tenen una relació laboral discontinua que els suposa a la vegada discontinuïtat en la cotització.

A diferència del subsidi per majors de 52 anys la durada del qual es perllonga fins que el beneficiari es jubili, la durada del subsidi per majors de 45 anys aturats de llarga durada és de sis mesos (art. 216.4 LGSS), no prorrogables pel fet que es gaudeix abans dels subsidis dels arts. 215.1.1.a) i b) LGSS) -que es comentaran en avall-, que poden tenir una durada màxima de 30 mesos en el subsidi 215.1.a) LGSS o de 6 mesos en el cas del subsidi contemplat a l'art. 215.1.1.b) LGSS.

Pel que fa a la quantia del subsidi, aquesta dependrà de si el major de 45 anys té responsabilitats familiars que es determinen d'acord amb el que estableix l'art. 215.2 LGSS i d'acord també amb l'IPREM mensual vigent en cada moment. Així, es rebrà el 80% quan el treballador tingui un o cap familiar al seu càrrec, el 107% quan el treballador tingui dos familiars al seu càrrec i el 133% quan el treballador tingui tres o més familiars al seu càrrec (art. 217.2 LGSS).

***b) El subsidi per majors de 45 anys que hagin esgotat una prestació contributiva per desocupació i tinguin responsabilitats familiars***

---

<sup>503</sup> PURCALLA BONILLA, M.A., "La reforma del subsidio de desempleo", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2002, pàgs. 1831 i 1832

L'art. 215.1.1.a) LGSS estableix un subsidi de desocupació pels treballadors desocupats que figurin inscrits com a demandants d'ocupació almenys durant un mes, i que, a més, no disposin de rendes de qualsevol naturalesa superiors, en còmput mensual, al 75% del SMI, hagin esgotat la prestació de desocupació, independentment de la seva durada, i tinguin responsabilitats.

La delimitació de les responsabilitats familiars es troba a l'art. 215.2 LGSS, d'acord amb el qual, s'acredita aquest requisit si es té a càrrec el cònjuge, els fills menors de 23 anys o menors incapacitat, o menors acollits, quan la renda familiar no superi el 75% del SMI<sup>504</sup>. És un concepte restrictiu, que, per exemple, no inclou les unions de fet. En tot cas, la finalitat de requerir responsabilitats familiars per accedir al subsidi és l'estat de necessitat que suposa tenir-ne, ja que suposa un augment de despeses considerable que s'intenta cobrir a través del subsidi<sup>505</sup>.

La durada del subsidi, és, com indica la regla general de l'art. 216.1 LGSS, de sis mesos. Però, ateses l'edat avançada -45 anys – i les responsabilitats familiars, aquests sis mesos de durada poden prorrogar-se. Així, els majors de 45 anys que han esgotat un dret a prestacions per desocupació de com a mínim 120 dies, el subsidi es prorrogarà un màxim de 24 mesos (art. 216.1.1.a) LGSS); els majors de 45 anys que han esgotat un dret a prestacions per desocupació de com a mínim 180 dies, el subsidi es prorrogarà un màxim de 30 mesos (art. 216.1.1.b) LGSS). En tot cas, hi ha una regla continguda a l'art. 216.1.2 LGSS en virtut de la qual per aquest últim grup de beneficiaris majors de

---

<sup>504</sup> Matisen el significat de “responsabilitat familiars” i el límit de rendes que descriu l'art. 215.2 LGSS per tenir dret al subsidi les SSTs següents: la STS de 23 de setembre de 1997 (RJ 1997/6848) que inclou els fills privatis del cònjuge en el concepte de responsabilitats familiars; la STS de 6 de novembre de 1992 (RJ 1992/8788) que estableix que el límit d'ingressos de l'art. 215.2 LGSS es refereix exclusivament a l'interessat que sol·licita el subsidi i no al número de membres que integren la unitat familiar; la STS de 20 d'octubre de 1997 (RJ 1997/6995) que considera que no ha de computar-se la pensió d'orfenesa que perceben els fills a càrrec del sol·licitant del subsidi al càlcul de les rendes que demana l'art. 215.2 LGSS ; la STS de 27 de gener de 2000 (RJ 2000/1317) que assenyala que un increment esporàdic de la renda de la unitat familiar per un període curt no comportarà la pèrdua completa del dret al subsidi; la STS d'11 d'octubre de 2005 (RJ 2005/7788) que declara que en cas de separació de fet no declarada judicialment subsisteix la unitat familiar als efectes del reconeixement del dret al subsidi; la STS de 5 de desembre de 2008 (RJ 2009/521) que sentència que el nét del sol·licitant del subsidi està exclòs de la unitat familiar als efectes de complir el requisits de responsabilitats familiars, excepte que el nét es trobi en règim d'acolliment familiar simple o permanent; la STS d'11 d'abril de 2000 (RJ 2000/3435) que estableix que existeixen responsabilitats familiars en el supòsit d'un treballador immigrant tot i que estigui físicament separat dels seus familiars a càrrec perquè segeuixi existint la necessitat de proveir-los aliments.

<sup>505</sup> MONEREO PÉREZ, J.L, et.al., *Manual de política i derecho del empleo*, Tecnos, Madrid, 2011. pàg. 338

45 anys quan hagin esgotat un a prestació per desocupació de com a mínim 181 dies la durada dels subsidi serà de sis mesos improrrogables <sup>506</sup>.

I, pel que fa a la quantia del subsidi, aquesta dependrà de les responsabilitats familiars del treballador que es determinen d'acord amb el que estableix l'art. 215.2 LGSS i d'acord també amb l'IPREM mensual vigent en cada moment. Així, es rebrà el 80% quan el treballador tingui un o cap familiar al seu càrrec, el 107% quan el treballador tingui dos familiars al seu càrrec i el 133% quan el treballador tingui tres o més familiars al seu càrrec (art. 217.2 LGSS).

***c) El subsidi per majors de 45 anys que hagin esgotat la prestació contributiva de desocupació i no tinguin responsabilitats familiars***

D'una banda, com s'ha vist, l'art. 215.1.1.a) LGSS estableix un subsidi de desocupació pels treballadors desocupats que figurin inscrits com a demandants d'ocupació almenys durant un mes, i que, a més, no disposin de rendes de qualsevol naturalesa superiors, en còmput mensual, al 75% del SMI, hagin esgotat la prestació de desocupació i tinguin responsabilitats. D'altra banda, l'art. 215.1.1.b) LGSS estableix aquest mateix subsidi però pel col·lectiu de treballadors majors de 45 anys, encara que no tinguin responsabilitats familiars.

En aquest supòsit l'edat és l'element que es configura com el factor distintiu d'aquest col·lectiu. De fet, l'edat avançada de 45 anys és l'element que substitueix les responsabilitats familiars que es demanen tenir als treballadors desocupats menors de 45 anys per tenir dret al subsidi <sup>507</sup>. De forma que, si es tenen 45 anys i a més es tenen responsabilitats familiars, s'estarà inclòs en el grup dels treballadors desocupats amb responsabilitats familiars fixat a l'art. 215.1.1.a) LGSS, que no té en compte l'edat sinó les responsabilitats familiars.

---

<sup>506</sup> *Idem*. Els autors critiquen l'entremat difícil de comprendre que configura l'art. 216 LGSS, comenten: "El artículo 216 LGSS parece querer fijar una regla general, relativamente flexible en orden a la duración del subsidio –seis meses prorrogables, por períodos semestrales, hasta un máximo de dieciocho meses -. Ahora bien, luego envuelve con tantas excepciones que es obvio que no podemos fijar una duración razonablemente uniforme de la protección asistencial –hablar de <<no contributiva>> sería casi un sarcasmo, pues está ampliamente salpicada de elementos <<contributivos>>-, sino de un amplio catálogo de reglas especiales". pàg. 339

<sup>507</sup> MARTIN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J., (Directors)., *Ley General de Seguridad Social...op cit.* pàg. 1573

La durada del subsidi per majors de 45 anys sense responsabilitats familiars és de sis mesos (art. 216.1 LGSS), sense possibilitat de pròrroga, atès que el beneficiari no té responsabilitats familiars.

La quantia del subsidi és la que diu l'art. 217.1 LGSS, és a dir, el 80% de l'IPREM mensual, vigent a cada moment.

## **4.2 La Renda Activa d'Inserció**

Com és sabut, la protecció per desocupació es desglossa en dos nivells, contributiu i no contributiu i assistencial, ambdós recollits en el Títol III de la LGSS. El nivell contributiu ofereix prestacions generades a través de la cotització prèvia i la quantia i durada depenen de les quotes de cotització realitzades. En canvi, el nivell assistencial proporciona subsidis i atén prioritàriament a les necessitats del desocupat.

Juntament a aquests dos nivells originals, el contributiu i l'assistencial, s'han adoptat altres accions complementàries de protecció per desocupació, la més important de les quals és la denominada Renda Activa d'Inserció. Es tracta d'una mesura que combina polítiques d'ocupació passives i actives, ja que proporciona una ajuda econòmica a persones desocupades amb dificultats econòmiques i per accedir al treball a canvi que aquestes participin activament en accions d'inserció laboral.

És més, la participació dels desocupats preceptors de prestacions en accions d'inserció laboral com preveu el present programa es troba en sintonia amb la Llei d'ocupació 55/2003 que estableix que és un dels objectius de política d'ocupació “mantener un sistema eficaz de protección ante las situaciones de desempleo, que comprende las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo, asegurando la coordinación entre las mismas y la colaboración entre los distintos entes implicados en la ejecución de la política de empleo y su gestión y la interrelación entre las distintas acciones de intermediación laboral”(art. 2.b Llei 53/2006).

La Renda Activa d'Inserció és mesura per excel·lència de política d'ocupació que ha tingut com a destinataris bàsics als treballadors d'edat, si bé no s'adreça a tota persona

major de 45 anys sinó només a aquells que es troben més propers al risc de l'exclusió social. Com es veurà a continuació, per a poder accedir a aquest programa s'exigeix una manca de rendes per subsistir i no tenir dret a cap prestació o subsidi per desocupació, requisit que denota el caràcter assistencial i subsidiari del nivell contributiu de la protecció per desocupació<sup>508</sup>, tot i que amb unes característiques peculiars que el diferencien d'una prestació corrent no contributiva. I és que a banda de la prestació econòmica, ser beneficiari d'una renda activa d'inserció comporta haver de participar en accions d'inserció laboral que es predica de la política activa d'ocupació<sup>509</sup>.

***a) El naixement i la naturalesa de la renda activa d'inserció dins el marc de la protecció no contributiva per desocupació***

La renda activa d'inserció va ser incorporada per primera vegada a l'ordenament jurídic espanyol per mitjà del *Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero, por el que se regula un programa, para el año 2000, de inserción laboral para los trabajadores desempleados de larga duración, en situación de necesidad, mayores de cuarenta y cinco años*<sup>510</sup>. L'objectiu del programa és, com indica el preàmbul, procurar “tanto la inserción laboral como la ayuda en la situación de desempleo del colectivo de los parados de larga duración en situación de mayor necesidad, cuyas posibilidades de inserción laboral son menores por su edad”. Així el programa combina dos tipus d'actuacions dirigides a majors de 45 anys aturats de llarga durada: d'una banda, ofereix als majors accions d'inserció laboral a partir d'un compromís d'activitat, amb una tutoria individualitzada i amb la incorporació a programes d'ocupació i formació; d'altra banda, proporciona una renda, com a ajuda econòmica, que complementa l'acció d'inserció sociolaboral.

Des de la seva creació l'any 2000, la renda activa d'inserció havia estat regulada com una mesura de caràcter temporal, amb una vigència anual i condicionada a l'existència

---

<sup>508</sup> MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M<sup>a</sup>., *El nuevo régimen jurídico de la Renta Activa de Inserción (A propósito del Real Decreto 1369/2006)*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007. pàg. 75

<sup>509</sup> Per GARCÍA GIL, la renda activa d'inserció és una mesura reparadora d'àmbit estatal que pretén “paliar las dificultades de reinserción de los mayores de 45 años, para los que las posibilidades de permanencia en el paro aumentan, principalmente debido a la falta de cualificación profesional”. GARCÍA GIL, B., *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006 pàgs. 185 i 186

<sup>510</sup> BOE núm. 60, de 10 de març de 2000



de disponibilitat pressupostària<sup>511</sup>. Aquest caràcter temporal anual canvia arran de la Disposició Addicional cinquena de la LGSS que afegeix *la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad*<sup>512</sup>. La Disposició final cinquena LGSS, en el seu apartat quart, permet que el Govern reguli una ajuda específica anomenada renda activa d'inserció dirigida als desocupats amb necessitats econòmiques i dificultat per trobar treball que adquireixin el compromís de realitzar actuacions per a la seva inserció laboral. El precepte subratlla que la renda s'emmarca dins l'acció protectora de desocupació i li és d'aplicació el règim financer i de gestió previst pel nivell assistencial de la protecció per desocupació en els termes assenyalats en el capítol V del Títol III LGSS.

A través d'aquesta habilitació es va aprovar el *Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo*<sup>513</sup>, norma a partir de la qual s'incorpora el programa de Renda Activa d'Inserció amb caràcter permanent dins el sistema de protecció per desocupació i que és on es troba la regulació vigent de la Renda Activa d'Inserció.

El RD 1369/2006 compleix amb l'Acord per la Millora del creixement i de l'Ocupació firmat el 6 de maig de 2006 pel govern i els interlocutors socials. L'Acord estableix la necessitat de reforçar el sistema de protecció per desocupació de determinats col·lectius, com són els majors de 45 anys sense responsabilitats familiars. Així, com a mesura per a potenciar les polítiques actives i els serveis públics d'ocupació i per millorar la protecció dels treballadors davant la manca d'ocupació l'Acord considera "la Renta Activa de Inserción (RAI) como un derecho subjetivo y se cotizarà a la Seguridad Social por este colectivo". Dirigint-se a aquesta finalitat, l'Acord indica que s'aprovarà un Real Decret que regularà la Renda Activa d'Inserció i disposarà que té caràcter permanent enlloc d'anyal. A continuació especifica que durant els onze mesos

---

<sup>511</sup> Des de l'any 2000, la RAI es va regular succesivament a les normes següents: RD 781/2001 (BOE núm. 182, de 31 de juliol), de 6 de juliol; Llei 45/2002, de 12 de desembre (BOE núm. 298, de 13 de desembre); RD 945/2003, de 18 de juliol (BOE núm. 121, de 21 de maig); RD 3/2004, de 9 de gener (BOE núm. 314, de 30 de desembre); RD 205/2005, de 25 de febrer (BOE núm. 94, de 20 d'abril); i RD 393/2006, de 31 de març (BOE núm. 94, de 20 d'abril).

<sup>512</sup> BOE núm. 298, de 13 de desembre de 2002

<sup>513</sup> BOE núm. 290, de 5 de desembre de 2006

que dura la Renda Activa d'Inserció l'entitat gestora cotitzarà a la Seguretat Social per contingències d'assistència sanitària i protecció de la família segons l'article 218.1 i 218.4 LGSS, és a dir, per les mateixes contingències que l'entitat gestora cotitza en el cas del subsidi per desocupació.

A la vegada, la regulació permanent del programa de renda activa d'inserció que es dona al RD 1369/2006 pretén donar resposta a les directrius sobre l'ocupació de la Unió Europea. Justament, les directrius pel creixement i l'ocupació pel període 2003-2005 proposen que s'ha d'oferir a cada desocupat adult abans que arribi als dotze mesos d'atur una nova oportunitat mitjançant la formació, reconversió, experiència professional, ocupació o qualsevol altra mesura que afavoreixi la seva d'inserció professional. L'activació del desocupat través d'aquestes mesures ha d'estar "combinada en su caso con una ayuda permanente para la búsqueda de empleo"<sup>514</sup>.

A més a més, el RD 1369/2006 es troba en sintonia amb la Llei d'Ocupació 53/2006 que entrellaça les polítiques passives amb les polítiques d'ocupació, de forma que el legislador. Així l'art. 23.2 de la Llei 53/2006 estableix que les polítiques actives d'ocupació "se complementarán y se relacionarán, en su caso, con la protección por desempleo regulada en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio". La connexió entre les polítiques actives i les passives, 'acord amb MORGADO "obliga a que también formen parte de la política de empleo aquellas medidas dirigidas a los sectores de población activa que no están en el mercado laboral, las denominadas políticas pasivas de empleo, y que anteriormente prácticamente habían quedado relegadas a la protección por desempleo mediante prestaciones públicas del Sistema de Seguridad Social"<sup>515</sup>. Així, la reforma de 2006 no únicament se centra en la utilització de les polítiques d'ocupació per reincorporar al treballador com més aviat possible en el mercat de treball, sinó que també es preocupa per millorar la situació del treballador que es troba inactiu per falta de treball, a través de mesures destinades a l'ampliació i

---

<sup>514</sup> *Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros (2003/578/CE), Diario Oficial de la Unión Europea L 197/13, 5.8.2003. Les Directrius per l'ocupació pel període 2005-2008 . Així mateix, i de forma més específica, les Directrius comunitàries per l'ocupació pel període 2008-2010*

<sup>515</sup> MORGADO PANADERO, P., "Las políticas de fomento del empleo a la luz de las últimas reformas laborales" *Relaciones Laborales*, Vol. 2, 2007, pàg. 200

millora de prestacions <sup>516</sup>.

D'aquesta manera, a través del RD 1396/2006, la Renda Activa d'Inserció passar a formar part oficialment de l'acció protectora per desocupació, si bé com menciona l'exposició de motius de la mateixa norma, "con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial" regulats a l'art. 206 LGSS. Però sí que li és d'aplicació l'art. 206.2 LGSS quan estableix que l'acció protectora compren accions específiques de formació, perfeccionament, orientació, reconversió o inserció professional a favor dels treballadors desocupats.

I és que, en combinar prestacions econòmiques mínimes de subsistència pròpies del nivell assistencial de desocupació i prestacions tècniques d'inserció laboral pròpies de les polítiques actives d'ocupació, la naturalesa de la renda activa d'inserció és controvertida<sup>517</sup>. Així, es pot definir com un subnivell assistencial o nivell complementari del nivell assistencial per a col·lectius específics i que presenta una estructura prestacional complexa entre polítiques actives i passives d'ocupació <sup>518</sup>.

La renda activa d'inserció, doncs, conjumina prestacions assistencials econòmiques de subsistència complementàries o substitutives de la manca o insuficiència de rendes pròpies amb mesures actives que pretenen ajudar aquestes persones sense recursos i properes o en risc d'exclusió social, davant de la situació de necessitat en què es troba a integrar-se sociolaboralment<sup>519</sup> i d'aquesta manera anar més enllà de cobrir les seves

---

<sup>516</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "Cambios en protección social y políticas activas de empleo nacidas del acuerdo y RDley, de 9 de junio (RCL 2006, 1208)", *Aranzadi Social*, núm. 14, 2006, pàg. 1

<sup>517</sup> L'aparició de la RAI va donar lloc a un debat sobre la seva naturalesa abans que fos declarada com a part integrant a la protecció per desocupació al RD 205/2005. Les opcions que van plantejar-se per considerar la natura de la RAI van ser: un salari social pel fet que la percepció de la renda depèn de la participació del beneficiari a accions d'inserció laboral, com si fos una contraprestació; una subvenció perquè es concep com una ajuda econòmica al subjecte que la sol·licita; o un subsidi ja que pretén mitigar les situacions de necessitat temporales derivada de la falta de feina. MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M<sup>a</sup>., "El carácter dual del contenido prestacional de la renta activa de inserción. A propósito del programa para el año 2005", *Aranzadi Social*, núm. 14/2005 (BIB 2005/2221), 2005. pàg. 15. Per a ESTEBAN LEGARRETA la RAI "es una figura sensiblemente diferenciable de la protección contributiva y no contributiva, representando el papel de una renta mínima estatal. De este modo, así como al prestación y el subsidio de desempleo pretenden de modo prioritario a garantía de unos ingresos ante la falta de empleo, en el caso de la RAI la clave del programa está en un proceso intenso de acompañamiento ordenado a la inserción en el mercado de trabajo". ESTEBAN LEGARRETA, R., "Fomento de empleo e intermediación de los beneficiarios de la Renta Activa de Inserción: un estudio de su evolución", *Temas Laborales*, núm. 74, 2004. pàg. 47

<sup>518</sup> AA.VV., *Manual de política y derecho de empleo*, Tecnos, Madrid, 2011. pàg. 341

<sup>519</sup> Convé delimitar que els termes exclusió social i pobresa no són idèntics, com apunta AGUILERA, sinó que des del punt de vista científic i polític, l'exclusió social inclou en el seu significat les causes i els

necessitats econòmiques. Com expressa RODRÍGUEZ-PIÑERO: “el paso de las rentas mínimas de mecanismos de Welfare a mecanismos de Workfare ha desdibujado las fronteras entre la protección «pasiva» del desempleo, los instrumentos propios de la política «activa» de empleo y los servicios de atención social a personas especialmente vulnerables”<sup>520</sup>. És la idea contemporània per la qual la lluita contra la desocupació d’aquelles persones amb més dificultats per accedir a una ocupació es basi en la unió de prestacions econòmiques que garanteixin ingressos i a la vegada mesures d’inserció laboral<sup>521</sup>. En fi, d’acord amb la STSJ de València, de 23 de maig (AS 2004/1337), referint-se a la renda activa d’inserció diu “esta nueva figura no se regula como un supuesto más de desempleo, contributivo o asistencial, sino con autonomía y vida propia” (FJ 3). O també la STSJ del País Basc, de 31 de gener de 2005 (AS 2005/387), indica: “la renta activa de inserción se configura como un elemento más de la acción protectora por desempleo del régimen público de Seguridad Social con unas características y contenido específicos y diferenciados del nivel contributivo y asistencial, a los que se vienen a añadir acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados” (FJ 2).

En definitiva, a partir del RD 1369/2006, la renda activa d’inserció esdevé un programa estable i permanent que s’emmarca en la protecció per desocupació, i, el que és igualment rellevant, es configura l’accés a la renda activa d’inserció com un dret

---

efectes de la pobresa. AGUILERA IZQUIERDO, R., “La política comunitaria en la lucha contra la exclusión social”, *Civitas: Revista española de Derecho del trabajo*, núm. 131, 2006, pàg. 706 Així es desprèn a l’Informe del CES sobre *La pobreza y la exclusión social en España* el estableix literalment “la noción de pobreza se refiere a la precariedad económica o del nivel de vida, mientras que la exclusión social incluye el carácter multidimensional de los mecanismos por los que las personas y grupos se ven excluidos de la participación en los intercambios, prácticas y derechos sociales que constituyen la integración social”. es parteix del supòsit que la pobresa inclou només un criteri econòmic mentre que l’exclusió és multidimensional i multifactorial, ja que comporta una acumulació de desavantatges en relació a drets i béns bàsics entorn als recursos econòmics i també el treball, l’habitatge, la salut i l’educació. CES, *La pobreza y la exclusión social en España : aprobado por el Pleno en sesión extraordinaria de 27 de noviembre de 1996*, núm. 8, 1996. Pàg. 3 i ss.

<sup>520</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La normalización de la Renta Activa de Inserción”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2007. pàgs. 31 i ss. L’autor afirma que la normalització de la RAI duta a terme pel RD 1369/2006 ha donat lloc a una nova tècnica de protecció social i ha suposat “una mutación sustancial de la naturaleza de la renta como prestación de «derecho social» de Seguridad Social e Interna a su sistema que encuentra su base en el art. 41 CE”.

<sup>521</sup> BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “La Renta Activa de Inserción a la luz del Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre: una reforma inacabada”. *Diario La Ley*, núm. 1, 2007.

subjectiu<sup>522</sup> més de protecció front a la desocupació que depèn del mateix finançament que la resta de prestacions i subsidis per desocupació i ja no es troba limitada al pressupost de la Seguretat Social que li correspongui. En concret, s'estableix l'obligació del Servei Públic d'Ocupació de l'Estat la cotització a la Seguretat Social mentre es percebi la renda, d'acord amb el que disposa l'art. 218.1 i 4 LGSS (art. 4 RD 1369/2006). Per tant, i de conformitat a allò disposat a l'art. 218.1 i 4 LGSS<sup>523</sup>, durant la percepció de la renda activa d'inserció es cotitzarà per les prestacions d'assistència sanitària i protecció de la família en els termes previstos pel subsidi per desocupació, i com a base de cotització es prendrà el topall mínim de cotització vigent a cada moment.

***b) Requisits exigits al beneficiari per a l'admissió al programa i dinàmica de la prestació***

El RD 1369/2006 regula el programa que concedeix una renda activa d'inserció als desocupats amb especials necessitats econòmiques i dificultat per trobar ocupació que adquireixin el compromís de realitzar actuacions per a inserir-se en el mercat de treball (art. 1 RD 1369/2006). Addicionalment a aquesta norma, cal tenir en compte el recent RDL 20/2012, de 13 de juliol, que, per tal de "reforzar su vinculo [de la RAI] con el empleo y garantizar una mayor efectividad en la utilización de los recursos públicos", com manifesta el seu preàmbul, ha afegit nous requeriments pels sol·licitants d'aquesta renda.

Els beneficiaris d'aquest programa són els treballadors desocupats menors de 65 anys sempre que: siguin majors de 45 anys; estiguin inscrits com a demandants d'ocupació a l'oficina d'ocupació durant 12 o més mesos i que durant la inscripció com a demandant d'ocupació hagin buscat activament ocupació, sense que hagin rebutjat cap oferta d'ocupació adequada ni s'hagin negat a participar, excepte que al·leguin una causa justificada, en accions de promoció, formació o reconversió professionals o altres accions dirigides a incrementar l'ocupabilitat; si s'interromp la demanda d'ocupació, s'exigeix un període de 12 mesos ininterromputs des de la nova inscripció; haver

---

<sup>522</sup> PÉREZ YÁNEZ, R., "Comentario de urgencia a las recientes reformas en materia de protección por desempleo. La nueva Renta Activa de Inserción y la extensión de la protección por desempleo a cargos públicos y sindicales", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007. pàg. 781

<sup>523</sup> En tot cas, s'ha de tenir en compte que l'art. 218 LGSS va ser reformulat per la *Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (BOE núm. 209, de 24 de desembre)*

extingit la prestació per desocupació de nivell contributiu i/o el subsidi per desocupació de nivell assistencial establerts en el Títol Tercer de la LGSS, excepte quan l'extinció s'hagués produït per imposició d'una sanció, i no tenir dret a la protecció per aquesta contingència<sup>524</sup>; i que no disposin de rendes superiors al 75% al SMI (art. 2.1 RD 1369/2006, en la redacció vigent donada pel RDL 20/2012). Al marge dels majors de 45 anys també poden accedir al programa: persones amb discapacitat amb un grau igual o superior al 33%; emigrants retornat a Espanya més grans de 45 anys i víctimes de violència domèstica o de gènere (art.2.2 RD 1369/2006).

Així, encara que s'emmarqui en l'assistencialitat, la renda activa d'inserció no és renda bàsica o universal, sinó que és un programa restringit a col·lectius específics, essent l'edat el criteri principal que es pren en consideració per determinar a quins col·lectius es tutela a través d'aquest programa. I són els majors de 45 anys aturats de llarga durada<sup>525</sup> i amb manca d'ingressos els qui són considerats els beneficiaris principals del programa<sup>526</sup>, fet que evidencia que és aquest un col·lectiu vulnerable en el mercat de treball, associat a l'atur de llarga durada que tendeix a perllongar-se i pot conduir a l'exclusió social<sup>527</sup>, i com a tal, un grup objecte d'atenció pels poders públics<sup>528</sup>.

---

<sup>524</sup> Aquest requisit, emperò, no s'exigeix en els supòsits que els sol·licitants de la RAI siguin menors de 65 anys que es trobin en les dues situacions següents: ser treballador emigrant que, després d'haver retornat de l'estranger en els 12 mesos anteriors a la sol·licitud, hagués treballat, com a mínim, sis mesos a l'estranger des de l'última sortida d'Espanya i que estigui inscrit com a demandant d'ocupació; o tenir acreditada per l'Administració competent la condició de víctima de violència de gènere o domèstica, excepte quan convisqui amb l'agressor, i estar inscrita com a demandant d'ocupació (art. 2.1.c) RD 1369/2006).

<sup>525</sup> La STSJ de Madrid de 7 de novembre de 2003 (JUR 2004/94035) assenyala que romandre 12 o més més a l'atur és el paràmetre temporal per considerar-se aturat de llarga durada. Segons la STSJ de Catalunya de 9 de novembre de 2004 (AS 2004/3501), aquest període de 12 o més com a demandant d'ocupació és un dels "medios acreditativos de la subsistencia de la voluntad del solicitante de subsidio a permanecer en el mercado de trabajo y de no querer separarse del sistema de Seguridad Social, siendo su finalidad la de completar la acreditación de que se reúnen las condiciones para estar incluido en alguno de los supuestos que dan lugar a la percepción del subsidio a favor de los que han conservado la voluntad de emplearse" (FJ 3).

<sup>526</sup> AA.VV., *Manual de política...op cit.* pàg. 343

<sup>527</sup> L'exclusió està estretament vinculada a la desocupació. Si bé és cert que la desocupació no és la única causa de l'exclusió, perquè, com s'ha esmentat l'exclusió és un fenomen multicausal, no és menys cert que la manca de treball és una causa de primer ordre que pot ser determinant per a desembocar en un procés d'exclusió social. Per això, la lluita contra l'exclusió social avui en dia és primordialment la lluita contra la desocupació, un combat que s'articula bàsicament mitjançant polítiques socioeconòmiques, com les polítiques actives d'ocupació, que potencien l'ocupació dels treballadors poc qualificats i vulnerables, per així aconseguir que el mercat de treball funcioni per a tota persona i no únicament per determinats sectors benestants de la societat. ROJO TORRECILLA, E., "Las política de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998, pàg 426, 429

<sup>528</sup> Tal com expressen MORENO GENÉ i ROMERO BURILLO: "No hay duda que los parados mayores de 45 años de larga duración han constituido en los últimos años una de las principales víctimas de un mercado de trabajo cada vez más precario y a veces excluyente, no en vano, como muy acertadamente se

L'art. 2.4 RD 1369/2006 conté una limitació a l'accés al programa: no haver estat beneficiari de la renda qui ja ho hagués estat l'any anterior a la sol·licitud. La intenció d'aquests requisits és evitar la cronificació de la tutela als beneficiaris del programa, és a dir, un accés continuat <sup>529</sup>.

Pel que fa a la vessant tècnica del programa, és a dir, les mesures d'inserció sociolaboral que preveu el programa, aquestes es concreten en a subscripció per part dels beneficiaris d'un "compromís d'activitat" en virtut del qual es comprometen a realitzar les actuacions convenientes que determini el servei públic d'ocupació durant la percepció de la renda (art. 3.1 RD 1369/2006). L'anomenat compromís d'activitat és descrit a l'art. 231.2 LGSS com a aquell compromís "que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad". Per tant, la finalitat última de la prestació social és la inserció ocupacional dels més vulnerables socialment<sup>530</sup>, unificant la prestació econòmica pròpia de les mesures de protecció

---

ha puesto de manifiesto, en tanto que para los jóvenes desempleados supone básicamente un problema de inserción y para las mujeres un problema de segregación, cuando nos referimos a los parados mayores de 45 años se presenta un auténtico riesgo de exclusión social". MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M<sup>a</sup>., "El alcance subjetivo del programa de Renta Activa de Inserción para el año 2005: un nuevo estancamiento en el proceso de universalización subjetiva", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 51, 2005. pàg. 131

<sup>529</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.A., MOLINA NAVARRETE, C., "El régimen de estabilidad de la «Renta Activa de Inserción» como subsidio no contributivo de la Seguridad social: ¿Realidad o pretensión? (Impacto jurídico y social del RD 1369/2006, de 24 de noviembre)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 3, 2007. pàg. 123

<sup>530</sup> La relació entre exclusió social i la desocupació és manifesta i, seguint a RAYA, es dona comunament sota diverses circumstàncies: quan tot i que la desocupació no és contínua, la persona compta amb tants períodes de desocupació que aquests li impedeixen que desenvolupi una carrera laboral estable o bé quan la desocupació es perllonga tant en el temps que suposa un problema greu per retornar al món laboral a causa d'un desgast del capital humà i no es disposa d'altres fonts d'ingressos alternatives al treball. RAYA DIEZ, E., "Exclusión social: Indicadores para su estudio y aplicación para el trabajo social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70, 2000, pàgs. 159 i ss. Efectivament, com comenta HERRADOR la desocupació de llarga duració és un dels principals problemes dels països desenvolupats per seguir mantenint l'estat del benestar. Afecta, en major mesura, als col·lectius amb majors dificultats d'accés o reinserció en el mercat de treball, com són les dones, els joves, els majors de 45 anys i els discapacitats. Les conseqüències de la desocupació de llarga duració són la infrautilització i desperdici de recursos humans, el perjudici personal i social del desocupat i el risc d'exclusió social. HERRADOR BUENDÍA, F.M., "Aproximación teórica al fenómeno del desempleo: el caso del desempleo de larga duración", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35, 2002, pàg. 121-122

passives amb la prestació tècnica pròpia de mesures actives d'ocupació contemporànies<sup>531</sup>.

De fet, es pot considerar que aquest compromís d'activitat, tal com està descrit, no només s'exigeix quan se subscriu en el programa de la renda activa d'inserció, sinó ja durant tot el període que es consta com a demandant d'ocupació abans de sol·licitar la renda. Aquesta consideració deriva del RDL 20/2012 que ha afegit com requeriment pels sol·licitants de la renda el fet de no haver rebutjat cap oferta adequada d'ocupació ni haver-se negat a participar, sense causa justificada, en accions de promoció, formació o reconversió professionals, durant la inscripció com a demandants d'ocupació, és a dir, un any com a mínim. Amb aquesta nova exigència pels sol·licitants potencials de la renda activa es pretén reforçar la vinculació de la renda amb l'ocupació, és a dir, que la renda activa d'inserció sigui una autèntica mesura d'inserció laboral.

Les accions d'inserció laboral que han de desenvolupar els serveis públics d'ocupació mentre el subjecte sigui beneficiari d'una renda activa d'inserció són: el desenvolupament d'un itinerari personalitzat d'inserció laboral que comprèn l'assignació al treballador d'un assessor d'ocupació, una entrevista professional amb l'assessor i l'elaboració d'un pla personal d'inserció laboral en funció de les característiques personals, professionals i formatives del treballador; la gestió d'ofertes de col·locació que durà a terme l'assessor per promoure la participació del treballador en els processos de selecció; i la incorporació del treballador a plans d'ocupació o formació desenvolupats per entitats que col·laboren amb els serveis públics d'ocupació (art. 7 RD 1369/2006).

Per la seva banda, el treballador beneficiari de la renda, en tant que assumeix un compromís d'activitat per integrar-se laboralment, té una sèrie d'obligacions relacionades amb aquest compromís, són: proporcionar la documentació i informació necessària que acrediti els requisits per ser beneficiari del programa; participar en els programes d'ocupació o en les accions d'inserció, orientació, promoció, formació o reconversió professionals; acceptar la col·locació adequada que se li ofereixi; renovar la demanda d'ocupació quan sigui necessari; comunicar les causes de baixa, pèrdua de

---

<sup>531</sup> *Ídem*. pàg. 138



requisits o incompatibilitats en el moment en què es produeixen aquestes situacions; presentar-se per cobrir l'oferta d'ocupació, retornar als serveis públics d'ocupació, en el termini de cinc dies, el justificant d'haver comparegut en el lloc i la data indicades per cobrir les ofertes d'ocupació facilitades pels mateixos serveis públics d'ocupació; reintegrar les quantitats de la renda activa que es percebin indegudament; i buscar treball activament. (art. 3 RD 1369/2006).

La durada de la renda activa d'inserció és d'un màxim d'11 mesos i es mantindrà mentre el treballador es mantingui en el programa (art. 5 RD 1369/2006). I la quantia de la renda equival al 80% de l'Indicador Públic de Renda d'Efectes Múltiples (IPREM) mensual vigent a cada moment (art. 4 RD 1369/2006). Es pren l'IPREM com referent de la quantia de la renda en tant que la prestació econòmica que proporciona la renda s'ubica dins el nivell assistencial de la protecció per desocupació que dispensa el sistema de Seguretat Social, i, com és sabut, les prestacions no contributives consisteixen en una quantia fixa i uniforme que no depèn de les cotitzacions del beneficiari, sinó que es calculen d'acord amb l'IPREM<sup>532</sup>.

Per últim, l'art. 10 RD 1369/2006 recull un ampli ventall d'incompatibilitats i compatibilitats del programa. Estableix que la renda activa d'inserció no és compatible amb: les rendes de qualsevol naturalesa superiors al 75% del SMI; les prestacions o subsidis per desocupació o de la renda agrària; les pensions o prestacions econòmiques de la Seguretat Social que siguin incompatibles amb el treball o que excedeixin el 75% del SMI; el treball simultani per compte propi o aliè a temps complet excepte les ajudes per incentivar el treball contemplades a l'art. 6 RD 1369/2006 equivalents al 25% de la quantia de la renda durant un màxim de 180 dies i que s'atorguen als treballadors admesos al programa que treballin per compte propi o aliè a temps complet; les ajudes socials que es reconeixen a les víctimes de violència de gènere que no puguin participar en programes d'ocupació. En canvi, la percepció de la renda activa resulta compatible: amb les ajudes i beques que s'obtinguin per l'assistència a accions de formació professional vinculades al pla nacional de formació i inserció professional; i amb el treball per compte aliè a temps parcial, per al qual es deduirà de l'import de la renda la

---

<sup>532</sup> L'IPREM mensual corresponent a l'any 2012 consisteix en 532,52 euros (Disposició adicional divuitena de la *Ley 39/2010, de 22 de Diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2011*, BOE núm. 311, de 23 de desembre)

part proporcional al temps treballat i el període de la renda pendent de percebre mentre es compatibilitza amb aquest treball.

### ***c) La gestió de la Renda Activa d'Inserció per part de l'Estat i les Comunitats Autònomes***

La Renda Activa d'Inserció és un programa permanent gestionat pel Servei Públic d'Ocupació de l'Estat (SEPE) amb la col·laboració dels Serveis Públics de les Comunitats Autònomes – a Catalunya, el Servei d'Ocupació de Catalunya (SOC)-.

D'aquesta manera ho recull l'art. 13.1 del RD 1369/2012, que estableix que correspon al pel Servei Públic d'Ocupació de l'Estat la gestió del programa de renda activa d'inserció, així com també li correspon el reconeixement o denegació del dret a l'admissió al programa, la resolució d'altres i baixes, les reincorporacions i la concessió de les ajudes per incentivar el treball.

Un cop establertes les competències estatals exercides a través del Servei Públic d'Ocupació de l'Estat, l'art. 13.3 RD 1369/2006 té en compte el traspàs de competències de gestió en matèria d'ocupació de l'Estat a les Comunitats Autònomes i assigna a les comunitats autònomes que hagin assumit competències de gestió de l'ocupació el desenvolupament de les accions d'inserció laboral, excepte la de es accions d'inserció que siguin finançades per la Llei de Pressupostos Generals de l'Estat que seran competència de l'Estat d'acord amb l'art. 13.e) de la Llei 26/2003, d'ocupació (art. 13.4 RD 1369/2006). Per tant, les Comunitats Autònomes quan han assumit competències en matèria d'ocupació i formació hauran de responsabilitzar-se de les accions d'inserció laboral descrites a l'art. 7 RD 1369/2006<sup>533</sup>, és a dir, de la vessant de

---

<sup>533</sup> A mode il·lustratiu, a Catalunya, les competències de la Generalitat per dur a terme les mesures d'inserció laboral que preveu el RD 1369/2006 es reflecteixen a la *Resolució TRE/4101/2010, de 22 de desembre, per la qual s'obre la convocatòria anticipada per a l'any 2011 per a la concessió s'ajuts i subvencions d'itineraris personals d'inserció i programes d'orientació i suport a la inserció de col·lectius en situació de major vulnerabilitat (DOGC núm. 5785 de 29.12.2010)*. Són subvencions que es concedeixen a entitats públiques i privades amb personalitat jurídica pròpia i sense afany de lucre que acreditin experiència en la realització d'accions adreçades a l'acompanyament de les persones demandants d'ocupació no ocupades del col·lectiu al qual s'adreça el programa en processos d'inserció laboral per compte propi o per compte aliè, com els perceptors de la renda activa d'inserció.

política activa d'ocupació que integra el programa<sup>534</sup> que equival al desenvolupament de les accions d'inserció laboral<sup>535</sup>.

Per la seva banda, l'art. 15 RD 1369/2006 determina que el finançament de la renda activa d'inserció, de la cotització a la Seguretat Social, de l'ajuda per incentivar l'ocupació prevista a l'art. 6 RD 1369/2006, és la que correspon a l'acció protectora per desocupació, mentre que quant el finançament de les polítiques d'ocupació és a càrrec de les subvencions previstes en els programes d'ocupació i formació, a les quals les comunitats autònomes amb competències assumides en matèria d'ocupació han de realitzar-ne la reserva i l'afectació corresponent.

Com s'observa, es dona una situació de concurrència de competències de gestió de la renda activa d'inserció entre les que corresponen al servei públic d'ocupació estatal i els serveis i les assignades als serveis d'ocupació autonòmics<sup>536</sup>. Davant d'aquesta concurrència competencial que pot comportar problemes s'ha previst a l'art. 14 del RD 1369/2006 tot un règim de col·laboració i coordinació entre les Administracions públiques que gestionen la renda activa d'inserció. Per un costat, el servei públic d'ocupació estatal han de proporcionar a les a les comunitats autònomes la informació sobre les admissions, altes, baixes i incorporacions al programa en el moment en què es produeixin. Per un altre costat, les comunitats autònomes les comunitats han de proporcionar informació al servei públic d'ocupació estatal sobre els demandants d'ocupació atesos a les accions d'inserció laboral i sobre les reincorporacions al treball o a plans d'ocupació i formació, així com sobre els incompliments de les obligacions que s'hagin detectat en el moment de produir-se<sup>537</sup>.

---

<sup>534</sup> MOLINA NAVARRETE, C., VALLECILLO GÁMEZ, M.R., "El "derecho a" y las "políticas de" de inserción a favor de los desempleador más vulnerables: balance del quinquenio de "rentas activas de inserción", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 268, 2005. pàg. 22

<sup>535</sup> STSJ de Madrid, de 12 de desembre de 2003 (JUR 2003/124697) i STSJ de Madrid de 27 de febrer e 2004 (JUR 2004/238894).

<sup>536</sup> MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M<sup>a</sup>., *El nuevo régimen jurídico de la Renta...op cit.* pàgs. 231 i 232

<sup>537</sup> Segons RODRÍGUEZ-PIÑERO, "el Real Decreto debería haber contemplado con mayor ambición las interrelaciones entre las respectivas competencias" ja que "el RD 1369/2006 es sólo una etapa en el «viaje inacabado» de las rentas activas de inserción. La experiencia comparada está demostrando la necesidad de una mayor interacción entre los distintos niveles públicos territoriales, no sólo estatal y autonómico sino también los niveles locales, todos ellos implicados y comprometidos en la lucha contra la exclusión social, en la que han de participar también organizaciones no gubernamentales". RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "La normalización de...op cit. pàgs. 31 i ss.

Per últim, l'art. 14.5 RD 1369/2006 preveu la participació dels serveis socials per tal que complementin les accions d'inserció social, motiu pel qual es contempla la possibilitat que les administracions públiques competents poden subscriure convenis per detallar la participació dels serveis socials. Cal tenir en compte que la renda activa d'inserció s'adreça a persones amb manca de recursos per sobreviure, i, per tant, altament susceptibles de patir carències d'inserció social que facin necessàries les accions d'integració social que desenvolupen els serveis socials<sup>538</sup>.

#### ***d) La Renda Mínima d'Inserció catalana***

A semblança de la Renda Activa d'Inserció, Catalunya disposa des de la dècada dels noranta, de la previsió de l'anomenada Renda Mínima d'Inserció (RMI) per atorgar una protecció a aquelles persones que, encara que es trobin en edat activa, estan al marge del sistema de protecció social. És a dir, la renda mínima d'inserció neix per intentar protegir i pal·liar les situacions de marginalitat i exclusió social i afavorir la inserció o reinserció social i laboral dels ciutadans més pobres a la societat<sup>539</sup>.

Generalment la Renda Activa d'Inserció es reconeix prèviament a la Renda Mínima d'Inserció –i més pels majors de 45 anys que són els principals destinataris de la RAI –, però el fet que l'accés a la Renda Activa d'Inserció estigui limitada a determinats beneficiaris – estar inscrits com a demandants d'ocupació, aturats de llarga durada més grans de 45 anys, emigrants retornats més grans de 45 anys, víctimes de violència de gènere o violència domèstica i persones amb discapacitat – sempre que tinguin ingressos inferiors al 75% del Salari Mínim Interprofessional, fa que es pugui deixar a fora del seu àmbit a persones que no compleixen els requisits per accedir a la Renda Activa d'Inserció però que es troben igualment en situació d'especial dificultat per accedir al mercat de treball i que estiguin en risc d'exclusió social<sup>540</sup>.

---

<sup>538</sup> MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M<sup>a</sup>., *El nuevo régimen jurídico de la Renta...op cit.* pàg. 233

<sup>539</sup> PURCALLA BONILLA, M.A (Director)., *La renda mínima d'inserció catalana en el sistema de protecció social*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, 2006. pàgs. 24-25.

<sup>540</sup> El nombre de beneficiaris que reben la prestació de la Renda Mínima d'Inserció ha crescut des de l'inici de la crisi econòmica; així, si l'any 2008 reben la prestació unes 13.000 llars, l'any 2011 ja en són 34.545 les llars catalanes que perceben la renda. TAULA D'ENTITATS DEL TERCER SECTOR SOCIAL DE CATALUNYA, "Present i futur de la Renda Mínima d'Inserció", *Dossiers del Tercer Sector*, núm. 12, setembre de 2011. pàg.

No és l'Estat espanyol sinó Catalunya que ha regulat aquesta renda mínima d'inserció en virtut de la competència autonòmica exclusiva en matèria de serveis socials, que inclou la regulació i l'ordenació de l'activitat de serveis socials, prestacions tècniques i prestacions econòmiques amb finalitat assistencial o complementàries d'altres sistemes de previsió pública i també dels plans i programes específics dirigits a persones i col·lectius en situació de pobresa o de necessitat social (art. 166.1 EAC). I és que, la renda mínima d'inserció s'ha articulada com a una institució d'assistència i serveis socials i no com a seguretat social la qual és competència normativa exclusiva de l'Estat. La línia fronterera entre què és seguretat social –competència de l'Estat- i l'assistència social –competència de les comunitats autònomes- ha estat i és objecte de debat jurisprudencial i doctrinal. En tot cas, pel que fa a la competència descrita de serveis socials de 166.1 EAC que inclou prestacions econòmiques o complementàries d'altres sistemes de previsió pública, competència dintre la qual s'hi subsumeix la Renda Mínima d'Inserció<sup>541</sup>, s'ha de mencionar que el TC a la STC 31/2010, de 28 juny, ha refermat la posició que dit àmbit competencial “se encuadra en el ámbito material de la asistencia y servicios sociales (...) y no el de Seguridad Social” (FJ 104).

La Renda Mínima d'Inserció es va crear per la *Llei 10/1997, de 3 de juliol, de la renda mínima d'inserció*<sup>542</sup>. Des de la seva entrada en vigor, aquesta llei ha estat modificada en diverses ocasions, la darrera, per mitjà de la *Llei 7/2011, de 27 de juliol, de mesures fiscals i financeres*<sup>543</sup>. Atenent a la finalitat de prestar el suport adequat a totes les persones que el necessitin per atendre les necessitats bàsiques per viure en la societat, amb els recursos convenients per al seu manteniment, i afavorir la seva inserció o reinserció social i laboral, la Renda Mínima d'Inserció, compren l'aplicació coordinada de totes o algunes de les accions següents: prestació econòmica i ajuts complementaris; accions d'informació i orientació; suport personal a la integració social; suport a la formació d'adults; accions de suport per a la col·laboració cívica; prestacions d'urgència i rescabament; i accions de suport a la inserció laboral que és, de fet, un dels objectius primordials dels destinataris de la renda.

---

<sup>541</sup> ROJO TORRECILLA, E., *Apuntes sobre la regulación de la Renta Mínima de Inserción en Cataluña. 1997-2011. Las sombras de la nueva reforma tras la Ley 7/2011*, <http://eduardorojoblog.com>, 1 de setembre de 2011

<sup>542</sup> DOGC núm. 2435, de 17 de juliol de 1997

<sup>543</sup> DOGC núm. 5931, de 29 de juliol de 2011

En tot cas, l'accés a la percepció de la Renda Mínima d'Inserció està restringida a requisits de residència, edat i econòmics específics. Els requisits per accedir a la Renda Mínima d'Inserció són els següents: estar empadronat a Catalunya; residència continuada de 2 anys a Catalunya; que la persona sol·licitant o la unitat familiar constitueixin una llar independent 1 any abans de la data de presentació de la sol·licitud; tenir entre 25 i 65 anys; no disposar dels mitjans econòmics necessaris per atendre les necessitats bàsiques de la vida; que en els 12 mesos anteriors la unitat familiar no hagi percebut uns ingressos superiors a la prestació econòmica de l'RMI que correspongui al mateix període; que es presentin, d'acord amb l'avaluació dels serveis socials bàsics, dificultats d'inserció social i laboral.

### **4.3 Altres programes assistencials extraordinaris: les subvencions per la recerca d'ocupació, el programa de protecció per desocupació i inserció i el programa de requalificació professional de les persones que esgotin la protecció per desocupació**

Des de l'esclat de la crisi financera i econòmica el 2008 i davant una destrucció d'ocupació sense precedents han proliferat l'aprovació de mesures a fi de pal·liar i corregir aquesta situació de desocupació que ha anat in crescendo. En tot cas, convé advertir que són programes que responen al prototipus de mesures assistencial perquè un dels requisits essencials per ser-ne beneficiari és demostrar una carència de rendes per subsistir.

Si bé aquestes mesures no són específiques i úniques pels majors de 45 anys, essent aquest col·lectiu com és un dels més afectats pel creixement progressiu de la taxa d'atur, és rellevant fer esment d'aquests programes als quals pot accedir tota persona desocupada, ergo, majors de 45 anys inclosos.

#### **4.3.1 La concessió de subvencions temporals durant el procés de recerca d'ocupació**

En un primer moment, i per fer front al repunt del volum de desocupats, es va aprovar el *Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad*

*económica*<sup>544</sup> que conté una habilitació al Govern per a l'aprovació d'un pla extraordinari de mesures d'orientació, formació professional i inserció laboral. A més, la norma no espera que s'aprovi el pla i ja preveu expressament que s'atorgaran subvencions pel procés de recerca d'ocupació i per facilitar la mobilitat geogràfica, ambdues mesures que s'inclouran en el futur pla. En aquest sentit, la norma preveu que els treballadors desocupats que participin en accions d'orientació, mentre hi formin part, rebran una subvenció de 350 euros al mes durant un període màxim de tres mesos. (art. 9 RDLI 2/2008)<sup>545</sup>. Ara bé, es tracta d'una ajuda de caràcter assistencial, ja que, s'estableix que, per tal de percebre l'ajut, no pot rebre altres prestacions i no pot tenir rendes superior a l'IPREM mensual.

En tot cas, i com a consideració a tenir en compte pels majors de 45 anys, la norma disposa també a l'art. 9 RDLI 2/2008 que “estas ayudas se dirigirán prioritariamente a los trabajadores con graves problemas de empleabilidad, con el objetivo de lograr, de esta manera, su reinserción en el mercado de trabajo”. Com és sabut, els majors de 45 anys són un col·lectiu amb problemes patents d'empleabilitat i, com a tal, poden considerar-se beneficiaris prioritaris d'aquestes subvencions, encara que la norma no els estableix de forma expressa.

#### **4.3.2 El programa temporal de protecció per desocupació i inserció**

Davant la crisi econòmica i “el impacto de la actual crisis económica sobre el empleo y el mercado de trabajo está siendo significativamente severo como se observa del importante incremento del desempleo y la destrucción de empleo del último año y medio” el Govern empen l'objectiu de “minorar la repercusión de la crisis sobre la economía y el empleo así como de reforzar la protección de los trabajadores” És el que expressa l'exposició de motius d'una nova norma que va aprovar el Govern el 2009 per tal de reduir els efectes de la desocupació. Es tracta del *Real Decreto-ley 10/2009, de 13 de agosto, por el que se regula el programa temporal de protección por desempleo e*

---

<sup>544</sup> BOE núm. 97, de 22 d'abril de 2008

<sup>545</sup> Completa el procediment i requisits per a l'atorgament de les subvencions la *Resolución de 23 de septiembre, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se determinala forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación para la concesión de subvenciones durante el proceso de búsqueda de empleo y para facilitar la movilidad geográfica, establecidas en el Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, en el ámbito de gestión de dicho organismo (BOE núm. 245, de 10 d'octubre de 2008).*

*inserción.*<sup>546</sup>, el qual regula un programa temporal de protecció per desocupació i inserció.

A través d'aquest programa d'àmbit temporal limitat s'amplia la protecció per desocupació als treballadors que han esgotat les prestacions i subsidis previs i es troben en situació de necessitat perquè no disposen d'altres rendes. A la vegada, els subjectes inclosos en el programa han de participar en un itinerari actiu d'inserció laboral. De forma que, de forma similar al programa de la renda activa d'inserció, el present programa persegueix una doble finalitat: la protecció social i la reinserció laboral.

Els beneficiaris del programa són les persones desocupades menors de 65 anys que, en la data de la sol·licitud, compleixin una sèrie de requisits: haver extingit per esgotament la prestació per desocupació en el nivell contributiu i que no tinguin dret a subsidi posterior o el subsidi per desocupació durant el període contemplat en el programa; no disposar de rendes, de qualsevol naturalesa, superiors, en còmput mensual, al 75% del SMI; estar inscrit com a demandant d'ocupació; estar inscrits com a demandants d'ocupació; i subscriure el compromís d'activitat a què es refereix l'art. 231.2 LGSS i comprometre's a realitzar les actuacions que estableixi el servei públic d'ocupació corresponent a l'itinerari actiu d'inserció laboral (art. 2 RDLI 10/2009)

La quantia mensual d'aquesta prestació per desocupació extraordinària equival al 80% de l'IPREM vigent a cada moment durant un màxim de 180 dies (art. 5 RDLI 10/2009).

El servei públic d'ocupació de l'Estat és l'organisme competent per la declaració del reconeixement, denegació, suspensió, extinció o represa de la prestació per desocupació extraordinària, així com també serà el que informarà als possibles beneficiaris que esgotin la durada de la prestació per desocupació de nivell contributiu o dels subsidis per desocupació de la possibilitat de sol·licitar el reconeixement de la prestació per desocupació extraordinària i l'admissió al programa (art. 8 RDLI 10/2009).

El finançament de què es nodreix el programa és divers en tant que són diverses les matèries afectades pel programa i tenint en compte el repartiment competencial entre

---

<sup>546</sup> BOE núm. 197, de 15 d'agost de 2009



l'Estat i les comunitats autònomes. Així, la prestació per desocupació extraordinària és a càrrec dels pressupostos del servei públic d'ocupació estatal i les accions incloses als itineraris d'ocupació depenen dels serveis públics d'ocupació autonòmics a les comunitats autònomes que tenen assumides competències d'ocupació (art. 10 RDLI 10/2009).

Per tant, el programa dissenya una prestació per desocupació extraordinària que ve a ser una nivell més en el sistema de protecció social, juntament amb el contributiu, no contributiu, assistencial i la renda activa d'inserció, que té per objecte atendre de manera conjuntural una situació de desocupació però limitada en el temps, en concret, sis mesos com a màxim<sup>547</sup>. En efecte, aquesta prestació extraordinària de desocupació és típicament assistencial i de caràcter residual, en la mesura que exigeix que s'hagi esgotat la protecció ordinària de desocupació<sup>548</sup>. A resultes, la protecció de desocupació en el sistema de seguretat social espanyol és un conglomerat de mesures heterogènies, moltes de caire assistencial. Ara bé, és també cert que aquestes mesures aprovades des de la irrupció de la crisi econòmica, com la prestació extraordinària de desocupació, no tenen vocació d'estabilitat i permanència que doten de seguretat i garanties als treballadors i empresaris, sinó que responen a un context conjuntural<sup>549</sup>.

#### **4.3.3 El programa de requalificació professional de les persones que esgotin la protecció per desocupació**

En la mateixa línia de fer front a la situació de necessitat econòmica ocasional de desocupació d'aquelles persones que esgoten la prestació per desocupació ordinària, el *Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas*

---

<sup>547</sup> LUJÁN ALCARAZ, J., "El programa temporal de protección por desempleo e inserción", *Aranzadi Social*, núm. 9/2009 (BIB 2009(1292)), 2009. pàg. 5 L'autor afirma: "precisamente porque se parte de una estructura en tres niveles que debería contemplar ya todas las variables, llama mucho la atención que sea necesario añadir uno nuevo. Con ello, quedan al descubierto las insuficiencias de un sistema planificado en su momento con la vista puesta en la crisis del empleo de comienzo de la década de los ochenta y que luego ha sido reformado a remolque de diferentes situaciones de crisis sin la necesaria visión de conjunto e integración con las políticas de empleo".

<sup>548</sup> AA.VV., *Manual de política...op cit.* pàg. 345

<sup>549</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "Medidas urgentes para el fomento y el mantenimiento del empleo y para la protección de las personas desempleadas", *Aranzadi Social* núm. 2, 2009 (BIB 2009/421), 2009. pàg. 2

*desempleadas*<sup>550</sup> preveu a l'art. 2 un programa de requalificació professional de les persones que esgotin la protecció per desocupació que es basa en accions de polítiques actives d'ocupació que permetin a aquestes persones requalificar-se i incorporar-se a nous llocs de treball, especialment en sectors emergents i amb potencial de creixement. És doncs, una altra mesura conjuntural a fi de frenar i prevenir l'augment de la desocupació a Espanya, en aquest cas, orientada a requalificar a treballadors que han esgotat la prestació contributiva de desocupació en camps d'activitat professionals potencials a través del seguiment d'itineraris individuals d'inserció laboral del beneficiari. L'establiment d'itineraris individualitats respon a l'objectiu afegit a l'art. 2.f) i també l'art. 19 apartats sexies, septies i octies de la Llei d'ocupació 56/2003<sup>551</sup> d'oferir als demandants d'ocupació un itinerari individual i personalitzat d'ocupació per així enfocar personalment l'atenció dels serveis pública d'ocupació al desocupat i facilitar-li la incorporació, permanència i progrés en el mercat de treball.

Els beneficiaris d'aquest programa de requalificació professional són les persones inscrites com a demandants d'ocupació a les oficines d'ocupació a qui se'ls extingeixi, a partir del 16 de febrer de 2011, la prestació per desocupació de nivell contributiu i no tinguin dret a qualsevol dels subsidis per desocupació del nivell contributiu i no tinguin dret a qualsevol dels subsidis per desocupació establerts a la llei o hagin esgotat algun d'aquests subsidis. A sensu contrario, no poden acollir-se a aquest programa les persones que haguessin percebut la prestació extraordinària de programa temporal de protecció per desocupació i inserció, ni les que haguessin esgotat o tinguessin dret a la renda activa d'inserció, ni les que haguessin esgotat el subsidi o la renda agrària.

Les persones beneficiàries d'aquest programa tenen dret a: realitzar un itinerari individualitzat i personalitzat d'inserció laboral; participar en mesures de política activa d'ocupació dirigides a la requalificació i reinserció professional necessàries per incorporar-se a nous llocs de treball, especialment en sectors emergents i amb major potencial de creixement; i rebre una ajuda d'acompanyament del 75% de l'IPREM mensual fins un màxim de sis mesos, quan la persona sol·licitant acrediti una carència de rendes, de qualsevol naturalesa superior en còmput mensual al 75% del SMI.

---

<sup>550</sup> BOE núm. 12 de febrer de 2011

<sup>551</sup> Preceptes afegits pel *Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo* (BOE núm. 43, de 19 de febrer de 2011).

D'aquesta forma, també els beneficiaris han de complir un requisit de carència de rendes, però, a diferència de les anteriors mesures esmentades, en aquest cas únicament es concedirà l'ajuda si es justifica una manca d'ingressos dins límit establert. En tot cas, també es contempla el supòsit específic de la persona sol·licitant de l'ajuda si té cònjuge i/o fills menors de 26 anys o majors d'aquesta edat amb una discapacitat del 33% o menors acollits. Per aquest sol·licitant del programa s'entendrà que compleix el requisit de carència de rendes quan, a més de complir el requisit de carència de rendes del 75% del SMI, la suma de les rendes de tots els integrants de la unitat familiar dividida pel número de membres que la componen no superi el 75 del SMI. Així mateix, es computarà com a renda l'import dels salaris socials, les rendes mínimes d'inserció o ajudes anàlogues d'assistència social concedides per les comunitats autònomes.

Així, és possible que una persona sigui beneficiària del programa quant a les accions de política activa d'ocupació consistents en les accions d'inserció i requalificació sense que percebi una ajuda econòmica d'acompanyament, de caire assistencial, si no acredita la carència de rendes apuntada.

Els serveis públics d'ocupació tenen la competència per programar i gestionar es mesures de política activa d'ocupació d'aquest programa, podent així ser les comunitats autònomes les encarregades de dissenyar aitals mesures. A aquests efectes, la norma preveu que el servei públic que se n'encarregui, haurà de destinar el nombre d'orientadors, promotors d'ocupació i personal necessari per l'atenció individualitzada de es persones beneficiàries, així com també hauran de programar les accions de requalificació o reinserció professional que assegurin l'accés i participació en dites mesures. Per la seva banda, les persones beneficiàries d'aquest programa estan obligades a participar a les accions de polítiques actives d'ocupació i de recerca d'ocupació que els proposin els serveis públics d'ocupació i l'ajuda econòmica d'acompanyament podrà sol·licitar-se una vegada hagi iniciat la participació a l'itinerari individualitzat i personalitzat.

I, pel que fa a la concessió i pagament de les ajudes econòmiques d'acompanyament per la requalificació professional n'és el servei públic d'ocupació de l'Estat l'òrgan competent. El finançament d'aquestes ajudes es realitza amb càrrec al pressupost de

despeses del Servei Públic d'Ocupació de l'Estat i poden ser cofinançades pel Fons Social Europeu. Per coordinar les competències estatals i autonòmiques s'habilita al servei públic d'ocupació estatal a establir els mecanismes necessaris de coordinació i intercanvi d'informació amb els serveis públics d'ocupació de les Comunitats Autònomes.

## **II. LA INSTRUMENTALITZACIÓ DE LA JUBILACIÓ AL SERVEI DE LA POLÍTICA D'OCUPACIÓ ARRAN DE LES DARRERA REFORMA SOBRE EL SISTEMA DE SEGURETAT SOCIAL: LA LLEI 27/2011, D'1 D'AGOST**

La institució de la jubilació està contínuament afectada per reformes legislatives que en modifiquen els elements amb la finalitat de complir amb els objectius que en matèria d'ocupació es persegueixen des de diverses instàncies -internacional, europea i espanyola-, bàsicament, la jubilació gradual i flexible amb una tendència predominant cap al perllongament de la vida activa dels treballadors d'edat. N'és un exemple la darrera reforma espanyola del sistema de la Seguretat Social, la *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*<sup>552</sup>, la qual evidencia, una vegada més, que la jubilació està condicionada per la política d'ocupació.

### **1. LA INCIDÈNCIA SOBRE LA REGULACIÓ DE LA JUBILACIÓ COM A RESPOSTA AL REpte DE L'ENVELLIMENT DEMOGRÀFIC**

Conscients dels efectes de l'envelliment poblacional sobre la protecció social dels individus, tant les orientacions de l'OIT com les polítiques de coordinació que emprèn la Unió Europea en el camp de l'ocupació es dirigeixen a impulsar que els seus Estats membres adoptin de mesures per assegurar un sistema de jubilació gradual i flexible que tendeixi a allargar la vida laboral dels treballadors d'edat. Recomanacions que s'han traslladat en el debat i les reformes legislatives endegades per l'Estat espanyol.

#### **1.1 L'orientació de l'Organització Internacional del Treball en pro de la jubilació gradual i flexible**

Des dels seus orígens, la seguretat social apareix a l'agenda de l'OIT com un assumpte prioritari i dins el marc de la protecció social la organització es mostra especialment preocupada per la vellesa. D'acord amb el propi preàmbul de la Constitució de la OIT,

---

<sup>552</sup> BOE núm. 184, de 2 d'agost de 1984

“Considerando que existen condiciones de trabajo que conllevan un alto grado de injusticia, miseria y privaciones para un gran numero de seres humanos, que el descontentamento causado constituye una amenaza para la paz y la harmonia universales; y considerando que es urgente mejorar estas condiciones, por ejemplo, respeto a...pensiones de vejez”. D’aquí que la OIT ha anat elaborant una sèrie d’instruments internacionals en forma de Convenis internacionals i Recomanacions que tenen com a objectiu establir un règim de protecció de la vellesa.

En matèria específica de prestacions de vellesa convé distingir en dues etapes la tasca de la OIT al respecte en. Primerament, una etapa inicial marcada per la difusió de la tècnica de l’assegurança social en el marc de la vellesa. L’acció normativa de la OIT s’articula entorn de textos adoptats entre 1919 i 1936 inspirats en la noció d’assegurança social i protegint certes categories de treballadors<sup>553</sup>. Fruit d’aquesta etapa és l’aprovació a la 17<sup>a</sup> sessió de la Conferència General de la OIT de 29 de juny de 1933, del conveni núm. 35 relatiu a l’assegurança obligatòria de vellesa dels assalariats a les empreses industrials i comercials, a les professions liberals, en el treball a domicili i en el servei domèstic; el conveni núm. 36 relatiu a l’assegurança obligatòria de vellesa dels assalariats en les empreses agrícoles, i la Recomanació núm. 43<sup>554</sup>, sobre l’assegurança d’invalidesa, vellesa i mort.

L’any 1944, la Conferència Internacional del Treball, reunida a Filadèlfia, va adoptar la Declaració de Filadèlfia, com a annex a la Constitució de la OIT, declaració on es defineixen novament les finalitats i objectius de la Organització.<sup>555</sup> En l’apartat III lletra f) de la present Declaració, la OIT reconeix la obligació de solemne de la Organització a fomentar, entre totes les nacions del món, programes que permetin “extender las

---

<sup>553</sup> CAMÓS VICTORIA, I., “La protección de la vejez en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo” *Relaciones Laborales*. Núm. 13, vol. II, 2001. pàg. 278-279.

<sup>554</sup> Els convenis queden substituïts i per tant, deixen d’estar en vigor, pel conveni núm. 128 aprovat l’any 1967 que fa referència de forma global a les prestacions d’invalidesa, vellesa i supervivència.

<sup>555</sup> La Declaració de Filadèlfia de 1944 compren els principis següents: el treball no és una mercaderia; la llibertat d’expressió i associació és essencial pel progrés constant; la pobresa constitueix un perill per la prosperitat de tothom; la lluita contra la necessitat ha de prosseguir amb una energia incessant dins de cada nació i mitjançant un esforç internacional continu i concertat, en el qual els representants dels treballadors i dels empleadors, col·laborant en un pla d’igualtat amb els representants dels governs, participin en discussions lliures i en decisions de caràcter democràtic, a fi de promoure el benestar comú espiritual en condicions de llibertat, dignitat i de seguretat econòmica i en igualtat d’oportunitats. La Declaració anticipa i ofereix un model per la Carta de les Nacions Unides i la Declaració Universal dels Drets Humans.

medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quien los necesite y prestar asistencia médica”<sup>556</sup>.

En aquesta fase s’aprova la que sens dubte és la fita més important de la OIT en matèria de seguretat Social, el Conveni núm. 102 sobre la norma mínima seguretat social l’any 1952. El Conveni tracta de forma integral la seguretat social i descriu el contingut de tota acció protecció de la seguretat social formada per nou branques<sup>557</sup>: assistència mèdica, prestacions econòmiques de malaltia, prestacions de desocupació, prestacions de vellesa, prestacions en cas d’accidents de treball i de malaltia professional, prestacions familiars, prestacions de maternitat, prestacions d’invalidesa, i prestacions de supervivència.<sup>558</sup> El Conveni obliga als Estats que el ratifiquen a cobrir com a mínim tres d’entre aquestes nou branques apuntades que configuren el nucli essencial de l’acció protectora.

La part V del Conveni núm. 102 estableix un nivell mínim per les prestacions de vellesa i supervivència. Amb posterioritat, es va aprovar el Conveni núm. 128 relatiu a les prestacions d’invalidesa, vellesa i supervivència, a la vegada complementat per la Recomanació núm. 131, de 29 de juny de 1967. El Conveni núm. 128 substitueix als anteriors Convenis núm. 35 i núm. 36, de 1933. El Conveni núm. 128 destina la seva Part III a les prestacions de vellesa, encomanant als Estats membres pels quals estigui en vigor el Conveni a garantir la concessió de prestacions de vellesa a les persones

---

<sup>556</sup> Així mateix, la Declaració Universal de Drets Humans, adoptada i proclamada per l’Assemblea General de les Nacions Unides, resolució 217 A (III), de 10 de desembre de 1948, contempla en el seu article 22 que “Tota persona, com a membre de la societat, té dret a la seguretat social i a obtenir, mitjançant l’esforç nacional i la cooperació internacional, segons l’organització i els recursos de cada país, la satisfacció dels drets econòmics, socials i culturals indispensables per a la seva dignitat i el lliure desenvolupament de la seva personalitat”. i Article 25 es refereix especialment al dret a l’assistència mèdica i els serveis socials necessaris, a la seguretat en cas d’atur, malaltia, incapacitat, viduïtat, vellesa o altra manca de mitjans de subsistència independent de la seva voluntat. En el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals, adoptat per l’Assemblea General de les Nacions Unides, 1966 (resolució 2200 A (XXI), de 16 de desembre de 1966). A l’article 9 preveu que els Estats parts en el Pacte “reconeixen el dret de tota persona a la seguretat social, inclosa l’assegurança social”

<sup>557</sup> En l’elaboració del Conveni 102 l’OIT rep la influència del pla de la Seguretat Social britànic, impulsat per William Beveridge, conegut com l’Informe Beveridge, *Social Insurance and Allied Services*, que proposa crear un sistema que reorganitzi les assegurances socials i estableixi les bases per un autèntic sistema de la Seguretat Social en què hi fossin incorporades totes les branques de la seguretat social, de la Declaració de Filadèlfia de 1944 que reconeix la obligació d’estendre les mesures de seguretat social a fi de garantir ingressos bàsics a qui els necessiti. Aquestes influències impulsen a l’OIT a obrir una nova fase que apunta cap a una concepció més àmplia de la Seguretat Social, i es proposa fixar uns estàndards mínims per tot sistema de Seguretat Social, com és el Conveni 102.

<sup>558</sup> És, diuen ALONSO i TORTUERO, “l’ideal de cobertura” per als països desenvolupats ALONSO OLEA, M., TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª edició. Editorial Civitas, Madrid, 2002. pàg. 19.

protegides i s'estableix un nivell mínim recomanat per les prestacions de vellesa superior al que contenia el Conveni núm. 102. Així doncs, la finalitat d'aquest conveni núm. 128 és unificar els diferents convenis de l'any 1933 en un sol document jurídic, i establir d'aquesta manera les condicions que havien de contenir el sistema d'assegurança obligatòria de vellesa, invalidesa i supervivència.

A finals dels anys setanta, els treballadors grans eren progressivament marginats de la força laboral activa. L'OIT va decidir aleshores reconèixer els treballadors grans com a categories de treballadors necessitats de protecció<sup>559</sup> i va emplaçar un ítem a l'agenda per la 65<sup>a</sup> Conferència Internacional de treball de 1979 anomenat *Older Workers : Work and Retirement*<sup>560</sup>

És així com a partir dels anys setanta, en l'àmbit de la protecció de vellesa, l'OIT se centra en els problemes que els treballadors d'edat es troben en el mercat de treball i en l'accés a la jubilació. En aquest sentit, l'instrument més important és la Recomanació núm. 162, sobre els treballadors d'edat, de 1980. La recomanació defineix *treballadors d'edat* com aquells que són susceptibles de trobar dificultats en l'ocupació i en l'accés al treball a causa de la seva edat avançada. En aquest sentit, la norma té com a finalitat la protecció dels drets dels treballadors d'edat a la igualtat de tractament i assenjala que les mesures que proposa haurien de ser implementades per tal de protegir les seves necessitats. Les mesures fan referència a l'eradicació de la discriminació per raó d'edat i a favor de la igualtat de tractament en el mercat de treball així com destinades a facilitar un trànsit gradual i flexible entre la vida laboral i la jubilació.

La part IV de la Recomanació, està dedica a la preparació i accés al retir, tenint en compte que l'expressió prestació de vellesa designa "la prestació que se otorga en caso de que el interesado continúe en vida a partir de una edad prescrita" (art. 20.b). La Recomanació defensa un sistema de jubilació flexible que permeti una transició progressiva entre la vida professional i el temps de retir, i que, en tot cas, que el pas a la situació de retir sigui voluntària. Per això preconitzar que l'edat pensionable per accedir a la prestació de vellesa sigui flexible (art. 21). Aquelles disposicions que fixin una edat

---

<sup>559</sup> AUER, P., FORTUNY, M., *Ageing of the Labour Force in OECD Countries: Economic and Social Consequence*. International Labour Organization, Publicacions de l'OIT, 2000 .pàg. 40.

<sup>560</sup> "Older Workers : Work and Retirement", *International Social Security Review*. Vol. 32, Issue 3, 1979. pàgs. 334-341.



obligatòria han de permetre aquesta progressió entre el treball i la jubilació, impeding la discriminació respecte dels treballadors d'edat en matèria de treball i d'ocupació (art. 22).

La Recomanació també preveu regles a favor d'un tipus de jubilació parcial, és a dir, una prestació especial quan els treballadors d'edat redueixen progressivament la duració del treball o passin a desenvolupar un treball a temps parcial. La prestació especial té com a finalitat compensar total o parcialment la reducció de la seva remuneració<sup>561</sup>.

Els treballadors d'edat que hagin estat ocupats en treballs considerats per la legislació o la pràctica nacionals coma penosos o insalubres a efectes de les prestacions de vellesa i els treballadors d'edat a qui es reconegui incapacitat de treball en un grau prescrit, han de poder acollir-se a una prestació de jubilació anticipada, la concessió de la qual podria estar subordinada a un període de qualificació prescrit, però la seva quantia no ha de ser objecte de reducció (art. 25.1).

Per la resta de treballadors, la norma també considera que hauria de garantir-se el dret a una pensió anticipada, tot i que en aquest cas la possibilitat de que s'apliquin deduccions a la quantia de la prestació periòdica que li hagués correspost (art. 26).

Així mateix, es recomana que els treballadors d'edat aptes pel treball haurien de poder aplaçar la seva sol·licitud de prestació de vellesa més enllà de l'edat normal d'admissió a aquesta prestació, a fi de que puguin reunir totes les condicions de qualificació necessàries o millorar la prestació atesa l'edat més avançada en què es percep la prestació, així com l'activitat laboral addicional desenvolupada i les cotitzacions suplementàries dels interessats (art. 29).

En els règims en què la concessió de prestacions de vellesa està subjecte a condicions de cotització o d'activitat professional, els treballadors d'edat que acreditin un període de qualificació prescrit haurien de poder acollir-se a una prestació d'antiguitat (art. 27) que

---

<sup>561</sup> La prestació per jubilació parcial hauria d'assimilar-se a la remuneració que s'hagi considerat a efectes de la prestació de vellesa, i en el càlcul d'aquesta prestació hauria de tenir-se en compte la duració del període de pagament de la prestació especial. (art. 23)

és aquella prestació en que la seva concessió depèn únicament d'un llarg període de qualificació, sense condicions d'edat (20.f).

Tal i com manifesta CAMÓS, “la verdad es que puede parecer extraño que en esta recomendación se abogue por la defensa de cuestiones en cierto sentido contradictorias, como es el retiro anticipado y la permanencia en activo más allá del cumplimiento de la edad prevista para el acceso a las prestaciones de vejez”. El sentit de l'OIT és proveir al treballador d'un ventall ampli de possibilitats alhora d'accedir a la jubilació, de que sigui el treballador que, voluntàriament prengui una decisió respecte a la seva jubilació en tant que és una qüestió del propi interessat<sup>562</sup>.

Per tant, la Recomanació defensa, tal i com ho fan també els Convenis núm. 102 i 128 la necessitat de que la jubilació sigui flexible i voluntària per a assegurar, en últim terme, que el trànsit de la vida professional a l'activitat, és a dir, l'acte de jubilar-se, sigui pacífic. I en aquest sentit, en tots els instruments, ell Convenis núm. 102 i 128 així com la Recomanació núm. 162 es promou la idea de flexibilitzar l'edat de jubilació, que sigui una jubilació flexible que permeti, per exemple, fer compatible la vida laboral i la pensió de jubilació per així poder aconseguir un trànsit gradual i tranquil cap a la jubilació.

Finalment a l'article 30 la Recomanació preveu s'elaborin programes de preparació al retir en els anys que precedeixen a la fi de l'activitat professional amb la participació de les organitzacions representatives d'empleadors i de treballadors i d'altres organismes interessats. Aquests programes estan pensats per permetre que els interessats s'adaptin la nova situació i facin plans per la seva jubilació, proporcionant-los informacions sobre els ingressos, en particular les prestacions de vellesa que normalment puguin tenir dret, les seves obligacions fiscals coma pensionistes i els avantatges que els hi concedeixin com l'assistència mèdica, serveis socials, i reduccions en les tarifes de certs serveis públics, les possibilitats de que continuïn amb una activitat professional, especialment a temps parcial, com també la possibilitat de constituir-se en treballadors per compte aliè; sobre l'envelliment individual i els mitjans per prevenir-lo, com els exàmens mèdics, l'exercici físic i un règim alimentari adequat; la utilització del temps lliure i les facilitats

---

<sup>562</sup> CAMÓS VICTORIA, I., “La protección de la vejez en e ámbito de la Organización Internacional del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, vol. II, 2001. pàg. 301

disponibles per l'educació d'adults, ja sigui de respondre als problemes específics de la jubilació o bé per mantenir i desenvolupar els seus camps d'interès o les seves qualificacions.

Per tant, la política de l'OIT a favor dels treballadors d'edat avançada que es troba continguda a la Recomanació núm. 102 s'articula entorn de diversos elements, com són: la prevenció de la discriminació per raó d'edat en el treball i la ocupació, una millor protecció social i la preparació i l'accés a la jubilació tot fomentant la jubilació flexible, així com la obtenció d'una pensió digna<sup>563</sup>.

A mesura que transcorria la dècada dels anys vuitanta l'atenció de l'OIT es va derivar cap a les conseqüències demogràfiques que tindran a llarg termini les recents tendències de la població i la seva repercussió en el finançament de la població. Avui dia, l'envelliment de la població és un fenomen al qual s'enfronta la població a escala mundial. Globalment, es calcula que l'any 2050 el nombre de persones de 60 anys i més incrementarà de 600 milions a 2 bilions. El fet s'agreuja si és té en compte que entorn del 90% de la població activa del món no està coberta per programes de pensions aptes per proporcionar un ingrés suficient de jubilació.<sup>564</sup> El ràpid envelliment de la població por plantejar problemes per les polítiques públiques, donat que necessiten ajustar-se a la realitat d'una reducció de la força de treball i l'augment de la demanda de l'atenció de les persones grans<sup>565</sup>.

Així ha esdevingut l'envelliment una constant a l'agenda de la OIT. Així, a la 89<sup>a</sup> Sessió de la Conferència Internacional del Treball de la OIT celebrada l'any 2001, el comitè havia publicat prèviament a la Sessió l'Informe VI, titulat *Social Security: Issues, challenges and prospects*, indica que els sistemes de seguretat social han de respondre als nous reptes demogràfics, com l'envelliment i els canvis en l'estructura familiar, alteracions que tenen implicacions en el finançament de la protecció social. manifesta l'Informe, "Ageing (...) will pose a major problem only if rapidly ageing societies cannot contain *overall social dependency*". Per fer-hi front planteja la necessitat

---

<sup>563</sup> ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., "La normativa de la OIT en favor de los trabajadores de edad: empleo, condiciones de trabajo i terminación de la relación de trabajo" *Revista Técnico Laboral*, núm. 87, 2001. pàg 192

<sup>564</sup> OIT, *Pensiones de seguridad social: Desarrollo y reforma* OIT/00/14, 28 d'abril de 2000. pàg. 50

<sup>565</sup> *Estudio Económico y Social Mundial 2007: el desarrollo en un mundo que envejece*, Consell Econòmic i Social de les Nacions Unides, abril, 2007. pàg. 4

d'incrementar la participació en el mercat de treball de la dona i també dels treballadors d'edat avançada.

El mateix informe constata que durant períodes de molta desocupació s'han pres disposicions que han afectat particularment als treballadors d'edat avançada en tant que s'ha fomentat la jubilació anticipada amb el desig de crear més treball pels treballadors joves. Aleshores, quan la desocupació ha baixat en nombrosos sistemes de seguretat social s'han retirat les disposicions a favor de la jubilació anticipada, no obstant, la pràctica no ha canviat i els treballadors segueixen accedint a la jubilació a edats avançades a l'edat ordinària de jubilació.

El treball és la clau pel futur del finançament de la protecció social. En sintonia, l'OIT apunta, d'acord amb la Recomanació núm. 162 cap: el foment de la transició gradual del treball a la jubilació, que la jubilació sigui voluntària i que l'edat d'una persona per accedir a la jubilació sigui flexible.

En definitiva, la tendència actual de l'OIT, atesa la preocupació per les conseqüències de l'envelliment poblacional, és sobretot eliminar la discriminació per raó d'edat i permetre que els treballadors d'edat puguin mantenir-se en el mercat de treball i no abandonar-lo prematurament, és a dir, dotar de flexibilitat el trànsit del treball i de la jubilació a fi que siguin els treballadors, els qui, voluntàriament, decideixin jubilar-se<sup>566</sup>. Per l'OIT és primordial, en tot cas, que les societats envellides assegurin el dret a jubilar-se amb dignitat als seus membres més grans<sup>567</sup>.

## **1.2 La política de la Unió en relació a l'edat de jubilació resultant de l'estratègia de l'envelliment actiu**

---

<sup>566</sup> OIT, *Pensiones de seguridad social: Desarrollo y reforma* OIT/00/14, 28 d'abril de 2000; OIT, *Social Security: Issues, challenges and prospects*, International Labour Conference, 89th Session, International Labour Office, Geneva, 2001; OIT, *An inclusive society for an ageing population: The employment and social protection challenge*, paper contributed by the ILO to the Second World Assembly on Ageing, Madrid, 8-12 April 2002. International Labour Office, Geneva, 2002; OIT, "Pension reform and ageing populations in developed countries", *World of Work Magazine (The magazine of the ILO)*, núm. 71, April 2011;

<sup>567</sup> OIT, *World Social Security Report 2010-11: Providing coverage in times of crisis and beyond*, International Labour Office, Geneva, 2010. pàg. 56; *Recommendation concerning national floors of social protection* (PR No. 14A), 101st Session of the International Labour Conference, 20 May 2012

Arran de l'ampliació de la Unió Europea a vint-i-cinc Estats membres, la UE ha esdevingut la tercera entitat política més poblada del món, després de la Xina i l'Índia. I segons augura l'Eurostat les persones majors de 65 anys a la UE passaran de 75 el 2005 a prop de 136 milions l'any 2050<sup>568</sup>.

Una societat envellida influeix en el mercat de treball i alhora en els sistemes de pensions dels Estats, els quals observen com disminueix la població activa simultàniament a la disminució també de la població en edat de treballar, que es precisament el grup que suporta les pensions dels jubilats. És el que es coneix com a taxa de dependència, és a dir, la relació de la població inactiva d'edat avançada sobre el total de la població econòmicament activa, la qual sosté als grups dependents. En aquest sentit, en el si de la Unió Europea, les projeccions demogràfiques preveuen que la taxa de dependència que relaciona les persones de 65 anys o més respecte les de 20 a 64 que són les persones en edat laboral augmentarà considerablement. Es calcula que es passarà de 26,5% l'any 2000 a 51,7% l'any 2050<sup>569</sup>. Per això, la Unió Europea considera que les polítiques que tendeixen a afavorir el retard de l'edat efectiva de jubilació podrien compensar l'envelliment de la població, tenint en compte, a més, que un nombre important de persones decideixen retirar-se a edats prematures en consideració a l'edat legal i ordinària de jubilació, és a dir, que es retiren a una edat per sota de l'edat oficial a partir de la qual es pot accedir a la pensió de jubilació completa. Com ho demostra el fet que l'any 2005, l'edat mitjana de sortida del mercat de treball a l'Europa dels 25 era de 60,7 pels homes i 59,4 per les dones<sup>570</sup>. Aquestes dades evidencien que l'increment del percentatge de la població pensionista sobre la població activa pressiona en certa mesura els sistemes de finançament de les pensions dels Estats. En aquest sentit, en termes de despesa de es pensions a la Unió Europea, s'ha de tenir en compte que la població en edat activa per treballar del conjunt dels països membres declinarà considerablement fins l'any 2050 en un 20%. Aquest fet suposa uns 40 milions de persones, mentre que el nombre de persones que superaran els 65 anys incrementarà de 61 milions l'any 2000 fins a més de 100 milions l'any 2050. Com a

---

<sup>568</sup> Es preveu que la proporció arribi al 30%, amb els màxims nivells a Espanya (36%) i Itàlia (35%) i els mínims a Luxemburg (22%) i els Països Baixos (23%)

<sup>569</sup> Font: Eurostat, *proyecciones, de población. Porcentaje de personas de 65 años o más respecto al número de personas entre 15 y 64 años.*

<sup>570</sup> ROMANS, F., *Statistics in focus. Population and social conditions*, 97/2007, Eurostat, European Communities, 2007. pàg. 3

conseqüència d'aquestes tendències demogràfiques, la relació entre el número de treballadors potencials majors de 65 anys disminuirà significativament<sup>571</sup>.

Tots aquests pronòstics han portat als països europeus a repensar la viabilitat dels seus sistemes de seguretat social i a establir modificacions en el règim de jubilació amb la finalitat de solventar la probable i venidora crisi de les pensions i proporcionar uns ingressos per la jubilació que siguin adequats i segurs.

#### ***a) La competència de la Unió Europea en l'àmbit del règim de pensions de jubilació***

En l'àmbit de l'organització de la Unió Europea, en matèria de Seguretat Social, són els Estats membres els responsables del disseny de les polítiques nacionals de pensions. En tot cas, la Unió Europea recomana i proposa als Estats una sèrie d'estratègies que incideixen en l'edat de jubilació amb la finalitat de fer front al fenomen de l'envelliment de la població o per què, en última instància, es puguin garantir unes pensions adequades i sostenibles a llarg termini.

En efecte, dins el marc de la Unió Europea, cada Estat membre és responsable del disseny, organització i finançament del seu propi sistema de protecció social. És a dir, les competències de la Unió Europea en l'àmbit de la seguretat social estan limitades. Si bé a l'art. 151.1 TFUE es reconeix que la Comunitat i els Estats membres “tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una la protección social adecuada (...)”, seguidament l'art. 153.1.c) TFUE disposa que per aconseguir els objectius de l'art. 151 TFUE, “la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en (...) la seguridad social y la protección social de los trabajadores”. En altres paraules, en la mesura que la competència en matèria de seguretat social correspon als Estats membres, l'acció de la Unió en aquest camp es únicament d'índole complementaria. I, en aquest sentit, el Consell es limita, tal i manifesta el propi precepte 153.2 TFUE, a adoptar mesures “destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y

---

<sup>571</sup> VÁZQUEZ MARISCAL, A., “Las reformas de los Sistemas de Pensiones en Europa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 54, 2004. pàgs. 36, 37.

evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. De forma que, des de la Unió Europea s’ha procurat definir objectius comuns a mode de guia per la política nacional en matèria de protecció social amb la finalitat de coordinar els diferents sistemes de seguretat social dels Estats membres.

Certament, arran de la falta de competència comunitària en matèria de Seguretat Social, la normativa comunitària no ha passat de ser un mecanisme de coordinació dels diversos sistemes nacionals de seguretat, els quals segueixen subsistint en tota la seva varietat i diversitat. Així, la Unió Europea no ha establert un règim comú de Seguretat Social, sinó que ha aprovat una sèrie de normes que tenen estrictament com a funció coordinar l’aplicació de les diferents legislacions nacionals<sup>572</sup>. Així, en funció d’aquesta distribució competencial sobre la base de la qual els Estats membres ostenten la competència exclusiva en matèria de protecció social, a la Unió Europea li queda únicament l’opció de recomanar, proposar i aconseguir els objectius descrits pels tractats fundacionals, donat que, en darrer terme, l’establiment de polítiques nacionals de pensions és responsabilitat dels Estats membres<sup>573</sup>.

En aquesta línia de recomanar i proposa, el Consell Europeu de Lisboa, el març de 2000, va esbossar una estratègia socioeconòmica, que contenia l’objectiu de formar una interacció positiva i de coordinació de polítiques econòmiques, d’ocupació i de protecció social dels Estats membres. En el marc d’aquesta estratègia s’utilitzen instruments de *soft law*<sup>574</sup>, entre els quals cal destacar el mètode obert de coordinació, una tècnica que utilitza progressivament la Unió Europea per adoptar mesures en matèria de dret social europeu, com ara la seguretat social<sup>575</sup>. Sobre la base el principi

---

<sup>572</sup> Amb aquest fi de coordinació es van adoptar els los Reglamentos (CEE) 1408/71 y 572/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el cual se establecen las modalidades de la aplicación del Reglamento (CEE) 1408/71<sup>572</sup>, que inclouen mecanismes de coordinació de la Seguretat Social dels treballadors migrants per tal d’assegurar a aquests treballadors que no perdin els seus drets i exerciten el dret a la lliure circulació.

<sup>573</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., “Jubilación flexible en la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, extra de jubilación flexible*, 2003. p. 25

<sup>574</sup> TRUBEK, D., “Hard and Soft Law in the construction of Social Europe: the role of the Open Method of Coordination” *European Law Journal*, 2005, p. 343-364

<sup>575</sup> El Consejo Europeo de Estocolmo, el marzo de 2001, puso las bases para el método de coordinación en materia de pensiones.

de subsidiarietat <sup>576</sup>, el nou mètode obert de coordinació suposa acordar objectius comuns, traslladar-los a les estratègies polítiques nacionals i realitzar una supervisió periòdica del progrés de les mesures en funció d'indicadors acordats i definits conjuntament. Amb la utilització d'aquest mètode s'intenta aconseguir una major convergència entorn els principals objectius de la Unió en els àmbits en els quals les competències de la Unió són limitades, en coherència amb les disposicions de l'art. 153 TFUE en virtut del qual la Unió donarà suport i complementarà les activitats dels Estats membres en matèria de protecció social<sup>577</sup>.

I es que, com és sabut, actualment els sistemes de seguretat dels Estats membres s'enfronten a uns mateixos reptes, com és l'envelliment de la població, davant el qual es fa necessari reformar i modernitzar els sistemes. Davant d'aquests reptes, la Unió Europea, a través del mètode obert de coordinació, pretén ajudar als Estats membres en el desenvolupament de les seves pròpies estratègies nacionals que garanteixin unes pensions adequades i sostenibles a llarg termini<sup>578</sup>.

En aquesta línia, el Comitè de Protecció Social i el Comitè de Política Econòmica van elaborar l' *Informe conjunto sobre los objetivos y los métodos de trabajo en el ámbito de las pensiones: aplicación del método abierto de coordinación*<sup>579</sup>. L'objectiu és ajudar als Estats membres a desenvolupar progressivament les seves polítiques adequades a la vegada que es manté la seva viabilitat financera i es fa front al repte que suposen les noves necessitats socials. Els Estats membres hauran d'assegurar que els sistemes de pensions recolzen objectius socials i econòmics més amplis, inclosos una major cohesió social i uns mercats de treball i capital integrats. En aquest marc es reconeixen tres objectius globals fonamentals que són: pensions adequades, viabilitat financera dels sistemes de pensions i modernització dels sistemes de pensions davant els canvis en les necessitats de la societat i les persones.

---

<sup>576</sup> Conforme al principi de subsidiarietat, en àrees que no recaiguin dins de la competència exclusiva de la Unió Europea, aquesta actuarà solament quan els objectius de les actuacions proposades no puguin ser suficientment assolides pels Estats membres (art. 3b TUE).

<sup>577</sup> Comunicació de la Comissió, *Refuerzo de la dimensión social de la estrategia de Lisboa: racionalización del método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social (COM (2003), 27.5.2003)*

<sup>578</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B., "Nuevas formas y contenidos nuevos de la coordinación europea de las pensiones de Seguridad Social" en LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 649

<sup>579</sup> Doc 1408/01, de 23 de novembre de 2001



## ***b) La política comunitària relativa a l'edat de jubilació***

A banda dels Reglaments comunitàris sobre coordinació de les prestacions de la Seguretat Social per emigrants dels anys 1971 i 1972 no hi ha cap text comunitari que es dediqui a la vellesa fins al 1979, amb la *Resolución del Consejo, de 18 de diciembre de 1979, sobre la ordenación del tiempo de trabajo*<sup>580</sup>. La Resolució, considerant l'evolució demogràfica, i els problemes en el mercat de treball dels anys vuitanta recorda que és important que s'aposti per un sistema de jubilació flexible basat en què la jubilació sigui flexible i per la implementació de mesures, com la jubilació parcial, per reduir progressivament del treball al final de vida laboral<sup>581</sup>.

Els resultats es van plasmar l'any 1982, quan el Consell va adoptar la Recomanació 82/857/CEE, de 10 de desembre, relativa als principis d'una política comunitària sobre l'edat de jubilació. La Recomanació es convida als Estats membres a què reconeixin com un dels objectius de la seva política social la implantació de la jubilació flexible en el sentit que els treballadors assalariats puguin escollir el moment de beneficiar-se de la pensió de jubilació. Per aconseguir aquest objectiu, recomana als Estats membres que flexibilitzin les normes relatives a l'admissió a la pensió de vellesa, de manera que es pugui escollir lliurement l'edat de jubilació a partir d'una certa edat o bé que es reconeixi la possibilitat d'anticipar o retardar l'edat de jubilació respecte a l'edat ordinària prescrita. També la flexibilització de l'edat de jubilació podria tenir lloc per un sistema que reconegués el dret a la pensió de jubilació després d'un número determinat d'anys de jubilació. Aquestes mesures podrien combinar-se amb mesures que tendissin a reduir d'una manera progressiva de la duració del treball durant els anys previs a la jubilació.

---

<sup>580</sup> *Resolución del Consejo, de 18 de diciembre de 1979, sobre la ordenación del tiempo de trabajo* (Diario Oficial C 002 de 4 de enero de 1980)

<sup>581</sup> La Resolució estableix que "considerando que la evolución demográfica , las perspectivas de un crecimiento económico moderado , los problemas de ajuste derivados principalmente del aumento de los precios del petróleo , los problemas estructurales del mercado de trabajo y la introducción progresiva de nuevas tecnologías , hacen más agudos los problemas de empleo durante los años 80" el Consell considera que "la jubilación flexible , que debería ser voluntaria , debe desarrollarse en conexión con medidas destinadas a facilitar la reducción progresiva del trabajo al final de la vida profesional , tales como el trabajo a tiempo parcial y la prolongación de la duración de las vacaciones para los trabajadores de edad avanzada"

En compliment d'aquesta Recomanació, la Comissió va presentar al Consell dos informes que daten de 2 de juliol de 1986 i de 18 de desembre de 1992. Al primer informe de 1986<sup>582</sup>, la Comissió considera que cal respectar l'opció individual però amb una tendència implícita a la anticipació de l'edat<sup>583</sup>, valoració que queda en suspens uns anys més tard, el 1992, amb l'Informe de la Comissió sobre l'aplicació en els Estats membres de la Recomanació del Consell 82/875/CEE<sup>584</sup>. A l'Informe, la Unió Europea, alertada per l'incipient envelliment de la població, adverteix als Estats Membres sobre la repercussió de l'envelliment demogràfic sobre sostenibilitat dels seus sistemes de seguretat social i reclama que es retardi el moment de la jubilació, més enllà de l'edat ordinària de jubilació. Per tant, es constata que la Recomanació de 1982 estava inspirada en el foment de la qualitat de vida i un major respecte al desig dels individus, però que deu anys més tard els canvis en el marc demogràfic estan produint conseqüències en l'envelliment de la població activa i en l'equilibri dels recursos i despeses dels sistemes de seguretat social. Es considera que aquestes transformacions no han d'alterar el principi de poder escollir l'edat de jubilació, tot i que s'emfatitza en el desig d'una part dels treballadors d'edat avançada per continuar amb la seva activitat laboral. L'Informe també constata que la majoria dels sistemes reconeixen la possibilitat d'anticipar o aplaçar la jubilació. L'anticipació de l'edat de jubilació era possible a set Estats membres i a la resta existia el dret a una pensió anticipada condicionada a una determinada duració de l'assegurança. D'altra banda, l'aplaçament de l'edat de jubilació era possible a quatre Estats membres.

Aquestes mesures doncs, no plantegen l'atenció especial de la protecció social ancians, sinó que s'emmarquen dins el debat sobre l'edat de jubilació, un debat que reconduïx a la política d'ocupació<sup>585</sup>. Certament, durant els anys setanta, en plena crisi econòmica i taxes elevades d'atur, s'escampa l'ús de mesures de jubilació anticipada per crear nous llocs de treball. D'aquí que la jubilació s'utilitzi com un instrument de la política d'ocupació, i que estigui al servei de les polítiques de mercat.

---

<sup>582</sup> COM (86) 365 final, Diario Oficial L 357/27, de 18 de desembre de 1982

<sup>583</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., "Jubilación flexible...op cit. Pàg. 77

<sup>584</sup> SEC (92) 2288 final

<sup>585</sup> GARCÍA VALVERDE, M.D., MALDONADO MOLINA, J.A., "La protección...op cit. pàg. 456

Als anys noranta<sup>586</sup> però, la situació canvia, i la Unió Europea, davant la difícil situació financera dels sistemes de protecció social que s'auguren degut als canvis demogràfic i la realitat de que havia disminuït l'edat efectiva de jubilació, fa que la es prengui un rumb determinat cap al foment de la perllongament de la vida laboral, fins i tot més enllà de les edats ordinàries de jubilació.<sup>587</sup> Així, la Comunicació de la Comissió, de 24 d'abril de 1990<sup>588</sup>, sobre persones sobre edat avançada i una proposta pel Consell sobre l'acció a prendre pels treballadors d'edat avançada, s'assenyala que la composició dels grups d'edat a la societat està en fase de canvi degut a la disminució de la taxa de natalitat i l'increment de l'esperança de vida. En conseqüència, els joves que accedeixen al mercat de treball disminueix paral·lelament a l'augment de persones que accedeixen a la jubilació. davant els estralls que pot causar l'envelliment d'ela població en els sistemes de seguretat social, la Comissió desaconsella les jubilacions anticipades i afavoreix al foment de l'allargament de l'activitat laboral.

El debat provoca una nova Resolució del Consell de 30 de juny de 1993<sup>589</sup> relativa als règims flexibles de jubilació. En aquest context es constaten els canvis produïts en el mercat de treball, els diferents objectius de política econòmica perseguïts en el mercat de treball, els condicionants de l'equilibri financer dels règims de jubilació i la demanda creixent d'una major flexibilitat i possibilitat d'elecció per part dels treballadors.

Partint d'aquests paràmetres, el Consell insta als Estats membres i, en el seu cas, als interlocutors socials, que estableixin o adaptin la seva política de treball per afavorir una transició fàcil de la vida activa a la jubilació, així com per permetre una adaptació flexible als canvis demogràfics. Convida als Estats membres a que continuïn recollint i avaluant les repercussions dels canvis de les seves polítiques de treball i dels seus règims de pensions i de jubilació. Finalment, encarrega a la Comissió que fomenti l'intercanvi d'informació sobre els règims de pensions i de jubilació aplicables als

---

<sup>586</sup> Precisament va ser l'any 1992 va afegir-se al tractat de Maastricht un Protocol sobre la política social que en l'anomenat "Acord sobre la política social" no subscrit en aquell moment pel Regne Unit, que autoritza als Estats membres de la UE a adoptar decisions jurídicament vinculants en determinats àmbits. Quan es tracti de temes com la higiene i seguretat en el treball, condicions de treball, etc. És suficient que s'aprovi amb les decisions de la majoria. En canvi, per altres qüestions de política social com la regulació de la seguretat social s'exigeix la unanimitat

<sup>587</sup> OJEDA AVILÉS, A., "La dimensión comunitaria de la jubilación", dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàgs. 623, 624

<sup>588</sup> COM (90) 80 final

<sup>589</sup> 93/C 188/01 (Diario Oficial C 188, de 10 de juliol)

treballadors d'edat avançada de la Comunitat, que n'informi posteriorment al Parlament Europeu, al Consell i al Comitè Econòmic i Social de les mesures adoptades pels Estats membres en aplicació a aquesta resolució i que examini si són necessàries altres mesures.

La Cimera de Lisboa celebrada l'any 2000, davant la preocupació per la sostenibilitat de les pensions va generar la Comunicació de la Comissió sobre la *Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: pensiones seguras y viables*, d'11 d'octubre de 2000<sup>590</sup>. En aquest document s'afirma que “los actuales regímenes de pensiones tienden a favorecer una salida anticipada del mercado laboral y se utilizan frecuentemente para reducir las plantillas sin tener que recurrir a los despidos. En muchos casos, no tienen en cuenta las diferentes necesidades de los individuos. Algunos regímenes de pensiones ofrecen una cobertura insuficiente a los trabajadores más móviles y flexibles. En general, es preciso revisar la estructura de incentivos de los regímenes de pensiones para hacer que sea favorable al empleo”. Així que s'analitza detingudament l'abandó anticipat del mercat de treball i els efectes sobre l'equilibri financer del sistema, i s'insisteix en recordar la recomanació de 1982 d'estimular sistemes de jubilació flexibles o progressius, destacant que aquests sistemes podrien ser utilitzats per fomentar una major participació a la vida activa i, per tant, incrementar el treball, contribuint així a la viabilitat del sistema de pensions.

El procés iniciat a la Cimera de Lisboa condueix a l'elaboració d'un conjunt de Comunicacions de la Comissió que refermen la necessitat que els Estats membres adoptin estratègies clares i integrades per afrontar el problema que planteja l'envelliment demogràfic als sistemes de pensions europeus. Destaca, en aquesta línia, la Comunicació *Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado*, de 3 de juliol de 2001<sup>591</sup>. La Comunicació recull uns objectius comuns, estructurats entorn dels paràmetres de “pensiones adecuadas”, “viabilidad financiera de los sistemas de pensiones públicos i privados” i “modernización de los sistemas de pensiones ante los cambios en las necesidades de la sociedad y las personas”. En primer lloc, dins el primer paràmetre d'assegurar unes pensions adequades hi figura l'objectiu de que els sistemes de pensions han de prevenir

---

<sup>590</sup> COM (2000), 622 final

<sup>591</sup> COM (2001) 362 final, de 3.7.2001

la pobresa i l'exclusió social entre les persones d'edat avançada. També han de garantir un nivell de vida digne durant la jubilació i donar a tota persona la possibilitat d'accedir als mecanismes de pensió apropiats i oferir possibilitats addicionals d'adquirir drets a pensió que permeti a la persona mantenir el nivell de vida que desitgin després de la jubilació.

En segon lloc, el segon paràmetre relatiu a la viabilitat financera dels règims de pensions públics i privats s'estableix que per poder oferir pensions adequades és necessari cert finançament que, en una societat que envellaix, serà cada vegada més difícil. Així doncs, degut al repte que l'envelliment suposa per la viabilitat financera dels sistemes de pensions, la Comissió considera necessari incrementar la taxa d'activitat o augmentar la ocupació a través de la immigració. De la mateixa manera, assenyala que els Estats membres haurien de prosseguir en els esforços que han emprés en el marc de l'Estratègia Europea d'Ocupació i assolir una taxa d'activitat elevada en els treballadors d'edat amb l'objectiu de que la relació entre actius i passius sigui favorable. En el marc d'aquests esforços, la Comissió considera convenient limitar el recurs als règims de jubilació anticipada i animar als treballadors a que es mantinguin en el mercat de treball per damunt de l'edat habitual de jubilació, i aconseguir que els sistemes de pensions facilitin la jubilació gradual. En concret, hauria de permetre's un pas progressiu de la vida activa a la jubilació mitjançant la combinació de pensions i ingressos del treball i flexibilitzant l'edat de jubilació.

La Comissió també considera que els sistemes de pensions han de poder comptar amb la contribució dels règims del segon (sistemes de pensions professionals) i tercer pilar (sistemes de pensions privats).

Per últim, el darrer paràmetre que la Comissió considera és la modernització dels sistemes de pensions per respondre a les noves necessitats de la societat i les persones. Manifesta que els sistemes de pensions no responen plenament a les necessitats d'un nombre creixent de persones. Hi ha canvis en les estructures familiars i també en el paper de l'home i de la dona a la família i al mercat de treball. per això, haurien de modernitzar-se aquests sistemes a fi de tenir en compte els canvis de la societat i de respondre plenament a les necessitats d'una mà d'obra més mòbil i més flexible, és a dir, que no sigui per les formes de treball no tradicionals que es provoquin pèrdues

injustificades des drets de pensió i que els sistemes de pensions no obstaculitzin el treball per compte propi. En aquest sentit, cal reformar els sistemes de pensions de forma que s'eliminin les discriminacions per raó de sexe i eliminar les causes de desigualtat entre homes i dones en quant a drets de pensió i augmentar la transparència i previsibilitat dels sistemes de pensions, així com la seva adaptabilitat als canvis.

Seguint la línia dels objectius marcats per aquesta Comunicació de 2001 el 6 de març de 2003 es va presentar *L'Informe conjunto de la Comisión y del Consejo sobre la adecuación y la viabilidad de las pensiones*. L'informe es basa en els informes d'estratègia nacional que van presentar el setembre de 2002 els Estats membres. Es D'aquí que es realitza un anàlisi de les estratègies nacionals en l'àmbit de les pensions i presenta respostes dels Estats membres al repte de l'envelliment de la població, tenint en compte els tres objectius generals de l'adequació, la viabilitat i la modernització. Així, l'Informe presenta una sèrie de punts com a objectius que considera claus per fer front a l'impacte de l'envelliment demogràfic i sobre cada objectiu n'examina les estratègies de què disposen els Estats membres en compliment d'aquests objectius. Es tracta d'onze objectius en total basats en al Comunicació de 2001 anteriorment esmentada, i són els següents: 1) prevenir l'exclusió social de manera que s'asseguri que les persones d'edat avançada no es vegin redundes a la pobresa i puguin gaudir d'un nivell de vida digna, que es beneficiïn del benestar econòmic del seu país i participin activament en la vida pública, social i cultural; 2) proporcionar a totes les persones l'accés a sistemes de pensions adequades, públics o provats, per mitjà dels quals puguin adquirir drets de pensió que en la mesura del raonable, els permetran mantenir el seu nivell de vida després de la jubilació; 3) promoure la solidaritat intra i intergeneracional, garantint que les persones amb una edat superior a l'edat de jubilació tinguin uns ingressos dignes en relació a la resta de la població en conjunt; 4) elevar els nivells d'ocupació; 5) perllongar la vida activa; 6) reformar els sistemes de pensions de forma adequada, tenint en compte l'objectiu global de mantenir la viabilitat de les finances públiques. Al mateix temps, la viabilitat dels sistemes de pensions ha d'acompanyar-se de polítiques fiscals sanes que incloguin, en cas necessari, una reducció del deute. Les estratègies adoptades per assolir aquest objectiu poden incloure la creació de fons de reserva dedicats a les pensions; 7) perquè les disposicions i les reformes en matèria de pensions mantinguin un equilibri just, a fi d'evitar una fiscalització excessiva de la població activa i mantenir pensions adequades pels jubilats; 8) garantir que la gestió

dels sistemes privats de pensions sigui adequada i sana des del punt de vista financer: garantir, per mitjà de marcs apropiats reguladors apropiats i d'una bona gestió que els sistemes de pensions finançats amb fons públics i privats puguin proporcionar pensions amb l'eficàcia, mobilitat i seguretat necessàries; 9) adaptar-se a uns models de treball i carrera professional més flexibles: aconseguir que els sistemes de pensions siguin compatibles amb les necessitats de flexibilitat i seguretat en el mercat de treball que, sens perjudici a la coherència dels sistemes impositius dels Estats membres, la mobilitat dels mercats de treball dels Estats membres i entre aquests i les formes de treball no convencionals no obstaculitzin el treball per compte propi; 10) aconseguir una major igualtat entre homes i dones: reformar els sistemes de pensions a fi de garantir el principi d'igualtat de tractament entre homes i dones, tenint en compte les obligacions establertes a la legislació de la UE; 11) demostrar la capacitat dels sistemes de pensions per respondre als reptes: augmentar la transparència dels sistemes de pensions i la seva adaptabilitat als canvis perquè els ciutadans puguin seguir confiant-hi. Desenvolupar informació fidedigna i comprensible sobre les perspectives a llarg termini dels sistemes de pensions, especialment en quant a la provable evolució de la quantia de les pensions i de les cotitzacions. Buscar un consens el més ampli possible en quant a polítiques i reformes en matèria de pensions i millorar la base metodològica per realitzar un seguiment eficaç de les pensions.

Per tant, conformen una sèrie d'objectius ambiciosos que giren al voltant de les tres premisses basades en l'adequació de les pensions, la viabilitat financera i la modernització del sistema de pensions. Dins aquests objectius, pel que fa específicament a l'edat de jubilació, es posa èmfasis en la necessitat d'allargar la vida laboral i d'establir un sistema de trànsit progressiu de la vida activa a la jubilació mitjançant la combinació de pensions i ingressos del treball.

En fi, l'evolució de la política comunitària des de la primera Recomanació del Consell de 1982 fins els darrers documents exposats mostra una modificació en els objectius plantejats. Si bé al principi prevalia l'opció individual del treballador en la lliure decisió sobre la seva edat de jubilació, actualment es posa més atenció als efectes de l'edat de jubilació sobre l'equilibri financer del sistema i en el seu impacte sobre el mercat de

treball, degut als canvis demogràfics<sup>592</sup>. De manera que s'intenta promoure un sistema de jubilació flexible, orientat, en tot cas, cap al perllongament de la vida laboral més enllà inclús de les edats de jubilació ordinàries. Per tant, la política de la Unió Europea relativa a l'edat de jubilació es troba plenament en sintonia amb la passada Estratègia Europea d'Ocupació i actual Estratègia Europa 2020, és a dir, que els treballadors d'edat es mantinguin en actiu el màxim temps possible i retardin així la seva entrada a la jubilació.

### **1.3 El Pacte de Toledo com a gènesi de les reformes legislatives de la jubilació a l'ordenament jurídic espanyol**

La majoria de països industrialitzats han adoptat o estan adoptant iniciatives legislatives que afecten als seus sistemes de pensions de jubilació per tal de garantir la seva consolidació i la seva sostenibilitat en el futur i així proporcionar uns ingressos per la jubilació adequats i segurs. Les reformes dutes a terme pels diversos ordenaments jurídics s'han orientat a retardar l'edat a partir de la qual es pot accedir a la pensió de jubilació<sup>593</sup>.

A Espanya, la preocupació per les conseqüències de canvi demogràfic es va plasmar en les quinze recomanacions del Pacte de Toledo<sup>594</sup> de 1995 amb l'objectiu de flexibilitzar l'edat de jubilació i dotar de gradualitat i progressivitat l'accés a la pensió de jubilació.

Les recomanacions van donar lloc a una sèrie d'acords i reformes legislatives que incidien en la jubilació. La més destacada va ser la *Llei 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual i flexible*<sup>595</sup>. La Llei introdueix fórmules de flexibilització de l'edat de jubilació, com la jubilació flexible o la jubilació parcial, que possibiliten compatibilitzar la percepció d'una pensió

---

<sup>592</sup> DE LA MAZA ARROYO, S., CRUZ ROCHE, I., "La flexibilización de la edad de jubilación: aspectos económicos de la política social", *Temas laborales*, núm. 66, 2002. pàg. 101.

<sup>593</sup> Vid. CES, "La reforma de las pensiones de jubilación en Europa". *Observatorio de Relaciones Industriales*, núm. 63, 2003.; OIT, *World of Work Report 2012. Better jobs for a better economy*, International Institute for Labour Studies, Geneve, 2012. pàg. 60. L'Informe destaca que en els països desenvolupats s'han adoptat mesures per incrementar l'edat de jubilació (Canadà, Bèlgica, França, Grècia i Espanya).

<sup>594</sup> *Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social y la principales reformas que se deben acometer*. BOGC E, núm. 134, de 12 d'abril.

<sup>595</sup> BOE núm. 167, de 13 de juliol de 2002



de jubilació amb el desenvolupament d'un treball a temps parcial. També s'ofereixen incentius en forma d'augment de la quantia de la pensió de jubilació per aquells treballadors d'edat que decideixen mantenir-se en actiu més enllà i tot de l'edat ordinària de jubilació que està fixada en 65 anys.

Amb l'envelliment, doncs, la jubilació és la institució que es veu més afectada donat que és el principal instrument destinat a oferir seguretat econòmica durant la vellesa<sup>596</sup>. De fet, a Espanya, de les prestacions contributives, les pensions de jubilació configuren la despesa que més recursos absorbeix del pressupost del sistema de Seguretat Social. En dades d'agost de 2012, del total de 8.934.220 pensions contributives<sup>597</sup>, 5.338.390 són pensions de jubilació<sup>598</sup>. Per això, la jubilació sempre està present en les reformes de la Seguretat Social, com la reforma efectuada a través de *Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*<sup>599</sup> i la darrera i més recent *La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*<sup>600</sup> han introduït canvis considerables en relació a l'accés a la pensió de jubilació amb l'objectiu d'incentivar l'allargament de la vida laboral dels treballadors de forma que se'ls retardi el pas a la seva condició de pensionistes del sistema públic de la seguretat social. D'aquí que la consideració que la jubilació té una marcada incidència sobre les polítiques d'ocupació, en aquest cas, per tal d'influenciar i augmentar la taxa d'ocupació dels treballadors de més edat<sup>601</sup>.

Tal i com es pot observar, l'estratègia per fer front a l'envelliment de la població se centra en les persones grans, els principals beneficiaris del règim de pensions. L'objectiu de l'estratègia és elevar la taxa d'activitat dels treballadors d'edat avançada, especialment tenint en compte que a Espanya en particular els treballadors es jubilen aviat. Si bé l'edat legal ordinària per accedir a la pensió de jubilació està fixat en 65

---

<sup>596</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.P., GARCIA VALVERDE, M.D., "El envejecimiento de la población. Una realidad necesitada de atención", *Tribuna Social*, núm. 179, 2005. pàg. 12

<sup>597</sup> Les pensions contributives del sistema de la seguretat social espanyol inclouen les pensions per les contingències següents: incapacitat permanent, jubilació, viduïtat, orfenesa i en favor de familiars.

<sup>598</sup> Font: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Estadísticas, *Pensiones por CC.AA. y provincias. Total Sistema. Agosto 2012*.

<sup>599</sup> *BOE núm. 291, de 5 de desembre de 2007*

<sup>600</sup> *BOE núm. 184, de 2 d'agost de 2011*

<sup>601</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R., "Jubilación y políticas de empleo. Un análisis de la reforma de la jubilación en clave de empleo", Ponencia presentada a les *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social "Últimes reformes en matèria laboral, de Seguretat Social i en el procés laboral"*, Barcelona, 8 i 9 de març 2012. Pàg. 1

anys d'edat, a la pràctica la mitjana d'edat real de jubilació se situa al voltant dels 63 anys. A data del segon trimestre de 2012, la taxa de participació activa de les persones majors de 55 anys és de 22,50<sup>602</sup>. La tendència a jubilar-se anticipadament és conseqüència d'anys de proliferació de fórmules d'anticipació de l'edat de jubilació per fer front a períodes de crisis econòmiques on l'atur despuntava i es volia crear ocupació.

L'edat de jubilació es converteix així en un concepte cíclicament revisat atenent a diverses variables. Per una banda els efectes de la crisi econòmica i l'atur dels anys setanta i vuitanta van propiciar polítiques a favor d'anticipar l'edat de jubilació per tal que se substituís el jubilat pel treballador jove i així es reduís l'índex d'atur. En canvi, actualment, els pronòstics preocupants del futur finançament dels sistemes de pensions a causa de l'evolució demogràfica, posen de manifest la necessitat d'estimular als treballadors a no jubilar-se anticipadament, més aviat al contrari, s'estableixen incentius en ordre a incrementar la duració de les seves vides laborals.

Certament, les mesures per millorar la taxa d'activitat dels treballadors d'edat figuren com un element crucial per compensar la reducció del nombre de població activa. La demanda de treballadors majors pot, per tant, equilibrar la disminució de l'oferta de joves, de manera que calen polítiques que afavoreixin l'ocupació de les persones d'edat per mantenir el sistema de repartiment en les pensions. Així, la institució jubilatòria ha estat i és objecte d'un ús polític. Ara es pensa en allargar l'activitat dels treballadors que s'acosten a la jubilació prenent en consideració únicament l'interès financer del sistema, que, al capdavant afavoreix a tots els beneficiaris de la seguretat social<sup>603</sup>. De fet, es considera que les variacions en la taxa de participació en el mercat de treball es deu més a intervencions polítiques que en l'estructura de l'edat<sup>604</sup>. Així és com s'evidencia una relació entre la política d'ocupació i la política de pensions<sup>605</sup>.

És més, a resultes de la pressió que suposa l'envelliment demogràfic i l'actual crisi econòmica sobre el finançament del sistema de pensions s'està plantejant, cada vegada

---

<sup>602</sup> Font: INE, Taxa d'activitat per edat a Espanya, setembre 2012

<sup>603</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., LÓPEZ CUMBRE, L., "Jubilación y prolongación de la vida activa (las mil y una jubilaciones)", *RMTAS* número extraordinari, Seminario "Los ciclos vitales y de la Seguridad Social: Estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos sociológicos y económicos" Santander 2007. 2008. pàg. 387

<sup>604</sup> RECIO, E., *Gestionar la edad en la sociedad del conocimiento*. VIII Informe Randstad, ESADE, 2007

<sup>605</sup> ALONSO OLEA, M., TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª edició. Editorial Civitas, Madrid, 2002. pàg. 340

més, la necessitat d'apostar per un finançament privat de la jubilació que complementi el sistema de Seguretat Social públic, a Espanya representat pels plans i fons de pensions<sup>606</sup>.

Paral·lelament als canvis de l'edat de jubilació ha variat també la noció de jubilació al llarg d'aquests temps de canvis. Una primera postura clàssica enfoca el treball com una condemna i la jubilació com un acte d'alliberament i d'emancipació del treball alienant. D'aquí ve etimològicament el terme llatí *jubilare*, que significa motiu de celebració<sup>607</sup>. En contrast, una postura oposada defensa el valor creatiu del treball que permet a la persona desenvolupar la seva autonomia. En aquest sentit, la jubilació es concep com una expulsió d'una persona del mercat de treball, una expulsió en la qual la persona deixa de ser útil per la societat esdevenint part de la població passiva. Per últim, una tercera postura a mode de síntesis de les dues anteriors afirma que el debat sobre l'anticipació o la prolongació de l'edat ha de considerar-se com una discussió obsoleta, ja que en el fons ve determinada per la situació econòmica i en conseqüència de la conjuntura. Partint d'aquesta visió, si durant la crisi econòmica dels anys setanta la reducció de l'edat de jubilació es considerava un avenç social, la tendència demogràfica actual de l'envelliment de la població fomenta el perllongament de la permanència en actiu i rebutja les jubilacions anticipades. Aquesta és la concepció actual en funció de la qual, la jubilació és una política d'ocupació, en concret, de foment de l'ocupació<sup>608</sup>.

Actualment resulta incerta l'entrada i la sortida en el mercat de treball. I és que s'ha desinstitucionalitzat el model de cicle vital clàssic dividit en tres etapes de la societat industrial<sup>609</sup>. En efecte, tradicionalment, els sistemes de jubilació són els que han contribuït a l'ordenament i jerarquitització d'un cicle de vida dividit en tres etapes principals. La primera etapa de la joventut és la dedicada a la formació pel treball, seguidament el treball és l'etapa central que defineix el contingut social de la vida

---

<sup>606</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., "El espacio de las pensiones privadas: Los planes de pensiones", a MONEREO PÉREZ, J.L (Director), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: aspectos críticos*, Editorial Comares, Granada, 2010. pàg. 300

<sup>607</sup> COROMINAS, J., *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Editorial Gredos. 1976, pàg. 346.

<sup>608</sup> OJEDA AVILÉS, A., "La dimensión comunitaria de la jubilación", dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg 615, 616.

<sup>609</sup> BAZO, M.T., "La institución social de la jubilación y la personas jubiladas", *RMTAS*, núm. 2002, extra de jubilació flexible. Pàg. 245.

adulta, i la tercera etapa és la vellesa, associada a la inactivitat. És així com la societat moderna capitalista està ordenada en base a l'activitat productiva de la població adulta que comprèn el grup de persones d'entre els 16 als 65 anys. No obstant, el cert és que avui dia, el llindar dels 65 anys resulta obsolet en tant que amb l'evolució demogràfica, l'esperança de vida és alta i hi ha persones que arriben als 65 anys trobant-se en plenitud física i mental<sup>610</sup>. La Seguretat Social està basada en aquest cicle lineal de la vida, i el cicle ara s'ha allargat amb l'envelliment demogràfic.

Els canvis demogràfics i les tendències de la política d'ocupació evidencien que la vellesa és una construcció social<sup>611</sup>. No existeixen uns paràmetres per qualificar objectivament quan una persona és vella. Es pot dir que el vell biològic és quan es compleix determinada edat que la ciència qualifica com a accés a la vellesa, el vell psicològic és la noció d'un mateix a considerar-se vell, independent de l'edat, o el vell social que és ser considerat vell. En tot cas, doncs, la vellesa és una construcció social, és a dir, un problema social i cultural i no estrictament un problema biològic, mèdic o físic<sup>612</sup>.

Avui dia, doncs, el risc potencialment a cobrir amb la contingència de la jubilació, ja no pot identificar-se amb la vellesa cronològica, ni amb el cessament del treball a una edat determinada<sup>613</sup>. La referència a una jubilació única ha quedat desfasada ja que hi ha un ampli ventall de formes de jubilació, com es veurà al llarg del treball, podent ser, entre d'altres, contributiva o no contributiva, legal o convencional, voluntària o forçosa, temporània o extemporània, total o parcial<sup>614</sup>.

## **2. EL MARC LEGAL DE LA PROTECCIÓ DE LA VELLESA A TRAVÉS DE LA PENSIÓ DE JUBILACIÓ**

---

<sup>610</sup> GIRÓ MIRANDA, J; "El significado de la vejez" dins GIRÓ MIRANDA, J (coordinador) *Envejecimiento y sociedad. Una perspectiva pluridisciplinar*. Universidad de la Rioja, Logroño, 2004. pàg. 19, 20.

<sup>611</sup> BEAVOIR, S., *La vejez*, Editorial Edhasa, Capellades (Barcelona), 1983, pàg. 19.

<sup>612</sup> GIRÓ MIRANDA, J; "El significado..." *op cit.* 23.

<sup>613</sup> RIVERO LAMAS, J., "La jubilación como medida del fomento del empleo", *Civitas: Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 131, 2006, pàg. 535.

<sup>614</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., LÓPEZ CUMBRE, L., "Jubilación..." *op cit* pàg. 381

Seguidament, aquest apartat tercer contempla el tractament que rep la vellesa a la Constitució Espanyola de 1978, així com les vicissituds de la regulació de la jubilació dins l'ordenament jurídic espanyol.

## **2.1 La seguretat social i la tercera edat a la Constitució Espanyola**

L'article 1 CE proclama que "Espanya es constitueix en un Estat social i democràtic de Dret que propugna com a valors superiors del seu ordenament jurídic la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític". La proclamació d'Espanya com un Estat social i democràtic de Dret de l'article 1 CE és una fórmula que equival a la forma política de l'Estat del benestar, una configuració que es materialitza en un sistema de seguretat social que atorga un nivell de protecció igual per tots en el sentit de que assegura prestacions socials suficients davant les situacions de necessitat.

L'Estat social es concreta en diversos preceptes de la norma suprema, com en l'article 9.2 CE o els principis rectors de la política social i econòmica del Capítol III, Títol I. Segons l'article 9.2 CE "correspon als poders públics promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives; remoure els obstacles que n'impedeixen o en dificulten la plenitud i facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social". En referència a aquest precepte la jurisprudència constitucional a la STC 19/1982, de 5 de maig estableix, "el principio del Estado social y democrático de derecho del art. 1.1 (...) informa una serie de disposiciones como el mandato del art. 9.2, que prescribe a los poderes públicos «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud», y el conjunto de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, cuyo «reconocimiento, respeto y protección» informarán «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», según dice el art. 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes" (FJ 6).

Es tracta, no només de reconèixer a l'individu una sèrie de llibertats públiques i drets polítics com ho fa l'Estat liberal, sinó de reconèixer-li una sèrie de drets econòmics i socials a l'educació, al treball, a l'habitatge, a la salut i a la Seguretat social. Així, l'Estat del benestar intervé en el funcionament de l'economia, intervenció presidida per una idea bàsica que és la redistribució de la riquesa<sup>615</sup>. L'article 31 CE recull el principi redistribució dient "tothom contribuirà al sosteniment de les despeses públiques d'acord amb la seva capacitat econòmica". Aquest precepte es basa en un criteri de solidaritat. El principi de redistribució es fonamenta en dos instruments que són el sistema fiscal basat en la idea que qui més té ha de pagar més impostos a l'Estat, i la despesa social per mitjà de la qual l'Estat ha de gastar gran part del que recapta a proveir béns i serveis a tots els ciutadans. Per mitjà de la despesa pública es fan efectius els drets i econòmics i socials, com el dret a la seguretat social.

La idea de Seguretat Social és una institució que té per objecte garantir l'alleujament dels estats de necessitat que en determinats moments poden afectar a les persones, i així donar seguretat a la seva existència. L'Estat, doncs, està obligat a dispensar una protecció a les persones exposades a riscos com la malaltia, la invalidesa i la pèrdua del lloc de treball a què no poden fer front amb els seus propis mitjans,

#### ***a) L'assegurament d'un règim públic de seguretat social a la Constitució espanyola***

El text constitucional espanyol es refereix a matèries de la Seguretat Social en diferents preceptes, però és a l'article 41 CE on es fa una referència directa al sistema de Seguretat Social. Emmarcat dins el model constitucional de protecció social, el sistema de seguretat social es troba reconegut a l'article 41 CE, al seu primer paràgraf, quan estableix, "els poders públics mantindran un règim públic de Seguretat Social per a tots els ciutadans que garanteixi l'assistència i les prestacions socials suficients en les situacions de necessitats, especialment en cas de falta de feina".

Amb aquest mandat, s'imposa als poders públics l'obligació financera de mantenir el sistema de la seguretat social, així com també s'està acceptant que el sistema de

---

<sup>615</sup> APARICIO PÉREZ, M.A. (director), *Temas de Dret Constitucional (I). Introducció històrico constitucional, els principis estructurals, les institucions bàsiques de l'Estat i les fonts del dret*. Universitat de Barcelona Publicacions. Barcelona, 1996. pàg. 192 i ss.

Seguretat Social és anterior a la Constitució de tal manera que el legislador ordinari està obligat a preservar-lo. En efecte, els drets de les persones en matèria de seguretat social són de configuració legal, de forma que, d'acord APARICIO, “no estan garantizados directamente en el texto constitucional, sino por las leyes ordinarias dictadas en cumplimiento de las obligaciones que als poderes públicos impone el artículo 41 CE”. Així, més aviat l'article 41 CE és un precepte que s'expressa en forma de principi<sup>616</sup>.

Ara bé, del que no hi ha dubte és de que la Seguretat Social està protegida per una garantia constitucional, una tècnica de control de l'activitat del legislador ordinari que dóna una garantia als ciutadans. La redacció del precepte -41 CE- és el d'una garantia institucional, tal i com ho recorda la STC 37/1994, de 10 de febrer, ja que el que fa és convertir en obligatòria l'existència d'un règim públic de la seguretat social que no podrà ser suprimit pel legislador. El Tribunal entén que “el artículo 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer –o mantener – un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un Sistema de Seguridad Social” (FJ 3). Ara bé, la garantia institucional “no equivale al mantenimiento incólume del régimen establecido en la vigente Ley General de Seguridad Social” sinó que imposa “que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen” (FJ 4).

El límit imposat al legislador és no tocar el “reducto indisponible o núcleo esencial de la institución” de la Seguretat Social (STC 32/1981, de 28 d'abril , FJ 3). Pel Tribunal Constitucional, el legislador ha de respectar el contingut essencial dels drets, i en aquest respecte radica la garantia institucional pels ciutadans.

I és que determinar què és el que es protegeix per la garantia constitucional és significatiu en tant que el sistema de Seguretat Social és l'essència de l'Estat social i democràtic en què es constitueix Espanya, de conformitat amb l'article 1.1 CE<sup>617</sup>. Pel Tribunal Constitucional, “el orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que considera como

---

<sup>616</sup> En aquest sentit APARICIO expressa que l'article 41 CE no és pròpiament una regla de dret, sinó un principi, donat que juntament amb el supòsit de fet (l'obligació dels poders públics de mantenir un sistema de Seguretat Social) no hi apareix clarament la conseqüència jurídica. APARICIO TOVAR, J., “La Seguridad Social en la Constitución”, dins SEMPERE NAVARRO, A.V (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003. pàg. 789.

<sup>617</sup> APARICIO TOVAR, J., “La Seguridad...*op.cit.* pàg. 790

componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales” (STC 32/1981, FJ 3).

Com s’ha dit, la garantia institucional de la seguretat Social que l’article 41 CE proveeix a la seguretat social significa que “no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen” (STC 37/1994, FJ 4). Ara bé, tot i la obligació de l’Estat de respectar els trets estructurals del sistema públic de seguretat social, el Tribunal Constitucional ha precisat que aquesta obligació no predetermina el contingut del sistema, sinó que la llei ordinària pot incrementar o reduir els nivells de cobertura vigents en el moment de la promulgació de la Constitució. També es deixa llibertat al legislador alhora de determinar el principi de suficiència de les prestacions a què es refereix l’article 41 CE. Efectivament, el Tribunal afirma la llibertat del legislador “para modular la acción protectora del sistema, en atención a las circunstancias económicas i sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel” (STC 34/1994 FJ 3). De manera que les situacions de necessitat “habran de ser determinadas y apreciadas, sin duda, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan , y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales”. En aquest context el legislador “apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento” (FJ 17).

Bona part dels drets socials, com l’article 41 o 50 CE relacionat amb la protecció de la vellesa, estan situats en el capítol III del títol I de la Constitució, sota la rúbrica “dels principis rectors de la política social i econòmica”. La ubicació dels drets en l’articulat té una gran transcendència, ja que els que es beneficien implícitament de la tutela de la jurisdicció ordinària i de la que ofereix el recurs d’empara davant el Tribunal Constitucional són els que es troben a la secció primera del capítol II del títol I, coberts per la garantia que aporta l’article 53.2 CE que diu “qualsevol ciutadà podrà demanar la tutela de les llibertats i dels drets reconeguts en l’article 14 i en la Secció 1a Capítol Segon davant els Tribunals ordinaris per un procediment basat en els principis de preferència i sumarietat i, en el seu cas, a través del recurs d’empara davant el Tribunal Constitucional”. En canvi, el paràgraf 3 de l’article 53 diu “El reconeixement, el



respecte i la protecció dels principis reconeguts en el Capítol Tercer informaran la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics. Només podran ser al·legats davant la jurisdicció ordinària d'acord amb el que disposin les lleis que els desenvolupin". Aquest incís final limita la possibilitat d'invocar aquests principis només quan hagi existit un desenvolupament legislatiu<sup>618</sup>. En efecte, l'article 53.3 CE declara que els principis rectors de la política social i econòmica informen als poders públics, legislació positiva i la pràctica judicial, i necessiten de la mediació d'una llei que els desenvolupi per a poder ser al·legats en els tribunals.

Així doncs, en general, els articles constitucionals sobre Seguretat Social tenen reconegut un grau de protecció mínima en comparació als drets i llibertats públiques recollits en el Capítol II del Títol I, susceptibles d'empara davant del Tribunal Constitucional<sup>619</sup>. Com ha afirmat el Tribunal Constitucional a la STC 36/1991, de 14 de febrer, FJ 15, "los principios reconocidos en el capítulo III del título I, els principis reconeguts en el capítol III del títol I, malgrat que han d'orientar l'acció dels poders públics, per si mateixos no generen drets judicialment actuables".

### ***b) La menció de la "tercera edat" a la Constitució***

L'article 41 CE es refereix a "situacions de necessitat" en general, sense especificar quines, llevat de l'atur. Tanmateix hi ha uns quants més articles a la CE que es refereixen a aspectes que tradicionalment han format part de l'àmbit de protecció de la Seguretat Social, com la salut, les pensions de jubilació, la integració dels minusvàlids o la protecció de la família, la qual cosa planteja la necessitat d'aclarir la relació que hi ha entre tots aquests preceptes i l'article 41.

Les persones grans integren, juntament amb els joves, les dones i les persones minusvàlides, un dels col·lectius que per diverses raons requereixen una protecció específica en, almenys, determinats àmbits de les relacions laborals i de la protecció

---

<sup>618</sup> APARICIO PÉREZ, M.A., *Temas de Dret Constitucional (I). Introducció històrico constitucional, els principis estructurals, les institucions bàsiques de l'Estat i les fonts del dret*. Universitat de Barcelona Publicacions. Barcelona, 1996. pàg. 200

<sup>619</sup> DE PALMA, A., "Respuestas de la Administración al envejecimiento de la población" dins AAVV., *El envejecimiento de la población i la protecció jurídica de las personas mayores*. Editorial Cedecs, Barcelona, 2002. pàgs. 136, 137. En la mateixa línia, MONTOYA MELGAR, A., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "La protecció pública de la tercera edad y su complejo marco jurídico", *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 120, 2003. pàg 793

social. Per aquest motiu, al llarg de l'articulat de la Constitució s'hi troben determinats preceptes que pretenen protegir a aquests col·lectius<sup>620</sup> a fi de garantir-los certa protecció, tant des de la perspectiva estrictament laboral, com l'entrada en el mercat de treball o la seguretat social, vinculada a l'accés i gaudi d'unes prestacions de seguretat social adequades<sup>621</sup>. En tot cas, el tractament constitucional donat a cada un d'aquests col·lectius és diferent. En el cas de les persones grans, la protecció constitucional se centra en garantir, mitjançant pensions adequades i periòdicament actualitzades, la seva suficiència econòmica, així com proporcionar un sistema de serveis socials que atengui els seus problemes específics de salut, habitatge, cultura i oci.

En efecte, la tercera edat és l'etapa de la vida en què la persona necessita més atenció. El transcurs del temps condueix inevitablement a l'ancianitat, és a dir, el que ha viscut molt, i a la senilitat que és el desgast de salut física i mental. D'aquí que les polítiques per la protecció han identificat als ancians com un dels grups de població amb especials dificultats d'ocupació.

En efecte, la referència a la vellesa es troba a l'article 50 CE, que sota l'eufemística expressió de "tercera edat"<sup>622</sup>, proclama "els poders públics garantiran la suficiència econòmica als ciutadans durant la tercera edat, mitjançant pensions adequades i actualitzades periòdicament". Així mateix, afegeix el present precepte, "amb independència de les obligacions familiars, en promouran el benestar mitjançant un sistema de serveis socials que atendran els problemes específics de salut, habitatge, cultura i lleure".

---

<sup>620</sup> Al llarg de l'articulat de la Constitució s'hi troben preceptes que tenen com a objectiu protegir amb major o menor intensitat altres col·lectius desfavorits mencionats. Destaquen l'article 14 CE que proclama la igualtat davant la llei de tots els ciutadans i veda tota discriminació per raó de sexe o per qualsevol condició o circumstància personal o social; l'article 35.1 CE que reconeix el dret al treball de tots els espanyols; l'article 40 CE que conté un mandat als poders públics per a què promoguin les condicions favorables per al progrés social i econòmic, que duguin a terme una política orientada cap a la plena ocupació i que fomentin també una política que garanteixi la formació i readaptació professional; l'article 39 que ofereix una protecció social, econòmica i jurídica a la família, així com la protecció integral dels fills; i l'article 49 CE que estableix que els poders públics duren a terme una política de previsió, tractament i rehabilitació i integració dels disminuïts físics, sensorials i psíquics.

<sup>621</sup> DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., "La protección de los colectivos desfavorecidos: jóvenes, mujeres, minusválidos y personas de la tercera edad", dins SEMPERE NAVARRO, A.V (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003. pàg. 1427 i ss.

<sup>622</sup> La CE no utilitza el terme jubilació ni vellesa com hi feia la Constitució republicana de 1931 que a l'article 46 establí: "La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez (...)".

La raó que justifica l'existència de l'article 50 CE, tenint en compte la presència de l'article 41 CE, és doble segons DEL REY i GALA; en primer lloc, posar de manifest la transcendència i necessitat de protegir a les persones de la tercera edat i, en segon lloc, entendre que ha de tractar-se d'una protecció integral o global assolint no només a les prestacions de la seguretat social sinó també a qüestions relacionades amb l'habitatge, la cultura o l'oci de les persones grans<sup>623</sup>.

L'article 50 CE, igualment que l'article 41 CE, estan inserits dins el Capítol III del Títol I, titulat "dels principis rectors de la política social i econòmica", els quals, atès l'article 53.3 CE informen als poders públics, legislació positiva i la pràctica judicial, i necessiten de la mediació d'una llei que els desenvolupi per a poder ser al·legats en els tribunals.

Atenent a la literalitat de l'article 50, aquest precepte comprèn dues proposicions a desenvolupar. D'una banda es refereix a les pensions durant la tercera edat. De l'altra, fa referència a la complementarietat de l'actuació dels poders públics i la institució familiar i la determinació dels serveis socials<sup>624</sup>.

Primerament, pel que fa a les pensions, en virtut de l'article 50 el sistema de seguretat social ha de procurar a les persones de la tercera edat prestacions econòmiques "adequades i periòdicament actualitzades" en ordre a garantir-los el benestar social i també la suficiència econòmica<sup>625</sup>. Les pensions de la tercera edat que esmenta aquest precepte es refereixen tant a la pensió de jubilació com a d'altres pensions que estan també relacionades amb la vellesa, com la pensió de viduïtat que afecta amb més gran mesura a les persones grans.

Aquestes pensions dels que són beneficiaries les persones grans, disposa el precepte constitucional, han de garantir la "suficiència econòmica" de les persones de la tercera edat. Constitucionalment queda garantit un nivell mínim de prestació. L'expressió

---

<sup>623</sup> DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., "La protección de los colectivos...*op cit.* 1432

<sup>624</sup> MALDONADO MOLINA, J.A., *La protección de la vejez en España*. Tirant lo blanch. València, 2002. pàg. 158.

<sup>625</sup> MONTROYA MELGAR, A., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, "La protección pública de la tercera edad y su complejo marco jurídico", *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 120, 2003. pàgs 800-801.

“suficiència econòmica” és, però, un concepte jurídic indeterminat, de forma que determinar què s’entén exactament per suficiència econòmica resulta infructuós i susceptible de caure en la relativització. En tot cas, el Tribunal Constitucional ha establert que “el concepto de <<pensió adequada>> no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de personas” (STC 134/1987, de 21 de juliol FJ 5)<sup>626</sup>.

Així doncs, el Tribunal Constitucional no obliga a que es mantinguin totes i cadascuna de les pensions inicials en la quantia prevista. El que s’ha de mantenir és el sistema en conjunt, prenent en consideració també el principi d’irreversibilitat de les conquestes socials que va formular el Tribunal Constitucional a la STC 81/1982, de 21 de desembre. En aquesta sentència el Tribunal recordava el caràcter social i democràtic de l’estat de dret i els deures de l’article 9.2 CE<sup>627</sup>, i deia que “no se puede privar al trabajador, sin ninguna razón suficiente, de las conquistas sociales ya conseguidas” (FJ 3).

També és important precisar el terme “suficiència” de les prestacions que eludeix l’article 50 CE. En aquest sentit, per a determinar el paràmetre “suficiència” es relacionen els articles 41 i 50 CE amb l’article 35.1 CE que reconeix el deure de treballar i el dret al treball, a la lliure elecció de professió o ofici, a la promoció a través del treball i a una remuneració suficient. En l’àmbit laboral el concepte de “remuneració suficient” s’ha assimilat al salari mínim interprofessional (SMI). Conseqüentment, el salari mínim interprofessional és el paràmetre de referència per adequar les prestacions a la suficiència que proclama la Constitució. En tot cas, la suficiència es predica tant del nivell contributiu com del no contributiu. En l’esfera contributiva, les prestacions seran suficients si estan relacionades amb les rendes del treball a substituir, mentre que en l’esfera no contributiva, la suficiència fa referència a una renda social mínima per

---

<sup>626</sup> En el mateix sentit, STC 134/1987, de 21 de juliol, FJ 5, STC 97/1990, de 24 de maig, FJ 3.

<sup>627</sup> APARICIO PÉREZ, M.A., *Temas de Dret Constitucional...op cit.* pàg. 202.

aquelles persones que no disposen d'uns ingressos professionals suficients de forma que no tenen una renda de substitució<sup>628</sup>.

En segon lloc, la segona proposició de l'article 50 CE estableix que els poders públics promouran el benestar de les persones grans a través d'un sistema de serveis socials que atendran els problemes de salut, habitatge, cultura i oci. Aquesta és una proposició que sorgeix de la tendència actual a proporcionar una "cobertura integral de la vellesa". És a dir, històricament, la contingència que es protegia amb la vellesa era únicament les conseqüències econòmiques que comportava la vellesa i que es mitigaven a través de la pensió de jubilació. En canvi, avui dia, s'intenta oferir una cobertura integral de la vellesa en el sentit que estableix MALDONADO, "preocupándose no sólo de sus repercusiones económicas, sino de su integración social, su papel en la sociedad y los problemas de salud específicos que esta situación conlleva". És en aquesta línia on cal enquadrar l'article 50 CE que comprén un mandat per atendre tant les necessitats econòmiques a través de les prestacions, com les necessitats socials mitjançant els serveis socials i l'assistència social i també necessitats mèdiques de les persones grans per mitjà d'una assistència sanitària específica, la geriatria<sup>629</sup>.

D'aquesta manera, un sistema de pensiones, com expressen OLEA i TORTUERO, "no es sino una aproximación primera al problema de la vejez, que tiene también aspectos sanitarios, asistenciales, comunitarios, culturales de complejidad extremada"<sup>630</sup>. Una complexitat que cada vegada és fa més palesa degut al fenomen de l'envelliment poblacional.

Es considera que la perspectiva constitucional de l'article 50 CE segueix reflectint-se en la normativa legal, si bé s'ha vist desbordada per les noves necessitats del mercat de treball, davant l'aparició de noves estratègies com la de l'envelliment actiu que pretén aconseguir l'allargament de la vida laboral més enllà dels 65 anys, així com potenciar el manteniment de la capacitat de treball i la empleabilitat dels treballadors de més edat.

---

<sup>628</sup> MALDONADO MOLINA, J.A, "La jubilación..." *op cit.* 879-881

<sup>629</sup> *Idem* pàg. 886

<sup>630</sup> ALONSO OLEA, M., TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª edició. Editorial Civitas, Madrid, 2002. pàg. 301.

Estratègies, que són, segons DEL REY i GALA, “difícilmente subsumibles en la lógica del artículo 50 de la Constitución”<sup>631</sup>.

En efecte, el sistema constitucional de protecció social a través dels articles 41 i 50 CE, garanteix la suficiència econòmica als ciutadans de la tercera edat mitjançant pensions adequades i periòdicament actualitzades i el seu finançament. Però les possibilitats financeres del sistema disminueixen davant fenòmens socials com l’envelliment de la població<sup>632</sup>. Per fer-hi front, a nivell internacional, europeu i estatal es promou la necessitat de fomentar l’allargament de la vida laboral com a estratègia davant els eventuais problemes de finançament del sistema de seguretat social. Fet que ha portat a portar a identificar a les persones de la tercera edat ja no només amb l’article 50 CE sinó també en determinats casos, amb l’article 35.1 CE que consagra el dret al treball en relació a l’article 14 CE que estableix el dret a la igualtat i a la no discriminació, el que traduït significa la prohibició de discriminació per raó d’edat en el treball, afavorint així a la consigna de la permanència en actiu dels treballadors d’edat avançada.

En conclusió, la protecció que s’atorga a les persones de la tercera edat avui en dia està encaminada no només a proporcionar pensions i serveis socials suficients, sinó també a permetre’ls-hi un pas gradual entre la vida activa i la jubilació i promoure una presència social activa.

### ***c) La distribució competencial en matèria de seguretat social***

Pel que fa a la distribució competencial en matèria de seguretat social, les competències es distribueixen de manera desigual entre l’Estat i les Comunitats Autònomes. L’article 149.1.17 CE assenyala que correspon a l’Estat la competència exclusiva en matèria de Seguretat Social en quant a “la legislació bàsica i règim econòmic, sens perjudici que les Comunitats Autònomes n’executin els serveis”<sup>633</sup>. Per tant, a l’Estat li correspon tota la competència legislativa i reglamentària bàsica sobre la seguretat social, així com

---

<sup>631</sup> DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., “La protección...op cit. pàg. 1430

<sup>632</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., La jubilación en el sistema laboral y de protección social” dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. Pàg. 351.

<sup>633</sup> Efectivament, a Catalunya així es reflexa a l’article 165 de l’Estatut d’Autonomia de 2006, sobre seguretat social, establint una competència compartida en matèria de seguretat social respecte dels “principis d’unitat econòmica patrimonial i de solidaritat financera”.

també tota la competència legislativa i reglamentària sobre el règim econòmic de la seguretat social. De forma que, com manifesta DE LA VILLA, “la competencia exclusiva del Estado no es solo legislativa en sentido material sino también ejecutiva en la medida de lo necesario para configurar un régimen unitario que impida...diversas políticas territoriales de seguridad social<sup>634</sup>”.

Per legislació bàsica s’entén que és la legislació fonamental i no la legislació de bases, sinó la legislació important o fonamental, les qüestions d’ordre central. Com estableix la jurisprudència constitucional, la legislació bàsica és aquella que té “una regulació normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se le asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia» (STC 22/1982, de 8 de juliol FJ 2)<sup>635</sup>.

En quant a l’expressió règim econòmic, s’hi inclouen totes les institucions legalment previstes a la LGSS, els actes de gestió recaptatòria o del patrimoni de la seguretat social (STC 124/1989), infraccions i sancions que recauen directament sobre l’activitat econòmica de la seguretat social, referides a la percepció dels ingressos o a la realització de les despeses (STC 124/1989), i l’aplaçament i fraccionament dels pagaments, reduccions i subvencions (STC 195/1996, de 28 de novembre).

A les Comunitats Autònomes, els hi correspon la competència legislativa per desenvolupar les bases estatals<sup>636</sup>. Segons la STC 124/1989, de 7 de juliol el Tribunal considera que "del art. 149.1.17.<sup>a</sup> de la Constitución no puede extraerse la apresurada conclusión de que en materia de régimen económico de Seguridad Social el Estado retenga sólo potestades normativas. Que ello no es así se deduce sin dificultad de un análisis sistemático, histórico y teleológico del precepto constitucional. El designio

---

<sup>634</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., “El modelo constitucional...op cit. pàg. 77.

<sup>635</sup> En el mateix sentit, les SSTC 32/81 de 28 de juliol, 32/83 de 28 d’abril, 170/89 de 10 d’octubre, 102/95 de 26 de juny.

<sup>636</sup> Així ho expressa l’Estatut d’Autonomia de Catalunya de 2006 a l’article 165, pel qual, “Correspon a la Generalitat, en matèria de seguretat social, respectant els principis d’unitat econòmica patrimonial i de solidaritat financera de la seguretat social, la competència compartida, que inclou: El desplegament i l’execució de la legislació estatal, llevat de les normes que configuren el règim econòmic”.

perseguido con el acantonamiento del "régimen económico" dentro de la competencia exclusiva del Estado no ha sido otro, con toda claridad, que el de preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de "un régimen público", es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 de la Constitución)" Així que les Comunitats Autònomes ostenten la competència legislativa i reglamentària sobre el nucli no bàsic de la seguretat social i la competència administrativa sobre aquest sempre i quan se salvaguardi la unitat del sistema, el seu funcionament econòmic uniforme, la titularitat estatal de tots els recursos econòmic i la igualtat de tots els ciutadans en l'exercici dels seus drets i obligacions. De forma que, de conformitat amb la doctrina del Tribunal Constitucional, la inexistència de transferència de serveis no és condició que obstaculitzi per l'assumpció de la titularitat de les competències estatutàries en matèria de Seguretat

## **2.2 La previsió d'un sistema de pensions de jubilació a l'ordenament jurídic espanyol**

En els termes jurídics actuals, jubilar-se significa ser beneficiari d'una pensió de jubilació que és una prestació econòmica reconeguda al treballador en les condicions, quantia i forma legalment establertes quan cessa, total o parcialment, en el treball a causa de l'edat i acredita el període cotització fixat. La pensió per causa de jubilació és concebuda com una renda de substitució destinada a compensar la carència d'ingressos professionals d'una persona quan aquesta acaba la seva vida laboral activa<sup>637</sup>.

El risc cobert per la seguretat social amb la jubilació és la vellesa que s'equipara a tercera edat, íntimament lligada amb el pas del temps. De fet, la vellesa és, de tots els riscos coberts per la seguretat social consistents en defectes de renda, el més essencial i el que compta amb una major incidència social.

A diferència d'altres prestacions que poden donar-se o no de manera imprevisible, la jubilació que té lloc durant l'etapa de vellesa en la persona és previsible perquè tard o d'hora es produirà l'abandonament del món laboral. Certament, la pensió per causa de jubilació constitueix la prestació més important del sistema de la Seguretat Social

---

<sup>637</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R, GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*. Editorial Tecnos. Quarta edició. Madrid, 1991. pàg. 267



espanyol, tant per la considerable despesa que suposa a l'Estat<sup>638</sup> com pel llarg període d'anys durant el qual els beneficiaris gaudeixen de la prestació. A més a més el fenomen de l'envelliment pel qual s'inverteix la piràmide de la població fa que el període d'anys durant el qual els jubilats perceben la pensió encara s'allargassi més donades les expectatives de vida actuals.

#### ***a) La introducció de la jubilació en termes històrics***

Històricament, la primera manifestació a Espanya de la protecció de la vellesa es va produir el 1873 quan la Compañia de Ferrocarriles del Norte va instituir les pensions de vellesa pels seus treballadors. En general però, a finals del segle XIX els treballadors grans havien de recórrer a tècniques inespecífiques de protecció de la vellesa com la beneficència pública o la caritat cristiana<sup>639</sup>. La situació va canviar l'any 1908 amb la creació de l'*Instituto Nacional de Previsión* que va néixer amb la voluntat de difondre i promocionar la previsió social entre les classes treballadores, mitjançant la *Ley de 27 de febrero de 1908, del Instituto Nacional de Previsión* que va donar lloc al naixement d'una assegurança voluntària o de vellesa, és a dir, un règim de jubilació de llibertat subsidiada. Anys més tard, es va superar aquesta assegurança de vellesa amb la instauració del que seria la primera assegurança social obligatòria, el *Retiro Obrero* que es va implantar a través del *Decreto de 11 de marzo de 1919. El Retiro Obrero Obligatorio* de 1919 es va dissenyar sobre un model en molts aspectes assistencial en tant que limitava la cobertura als treballadors amb uns ingressos anuals que no superessin un nivell de rendes baix, estipulada en 4000 pessetes<sup>640</sup>. A les acaballes de la guerra civil espanyola, la *Ley de 1 de septiembre de 1939, que sustituye el regimen de capitalización en el retiro obrero por el de pensión fija, aumentando la pensión y convirtiendo las cajas colaboradoras en delegaciones del Instituto Nacional de*

---

<sup>638</sup> El pressupost de la Seguretat Social de l'any 2008 aprovat per la llei 51/2007, de 26 de desembre ascendeix a 114.997.775,80 milions d'euros . El 76,55% d'aquest pressupost es destina a pensions – el 74,82% a pensions contributives i un 1,83 restant a pensions no contributives- . I es preveu que de la xifra de la totalitat de pensions causades a Espanya, el 58.7% corresponen a pensions de jubilació, el 26,8% a pensions de viduitat, el 10,6 % a pensions per incapacitat, el 3,1% a pensions d'orfandat i un 0,4% a f. Família. Per tant, més de la meitat del gruix de pensions es destinen a pensions per jubilació. Dades extretes dels Pressupostos de la Seguretat Social per l'exercici 2008. *Informe económico-financier*. Ministeri de Treball i Assumptes Socials.

<sup>639</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “Desarrollo histórico de la pensión de jubilación”, dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 223.

<sup>640</sup> MALDONADO MOLINA, J. A., *La protección...op cit*. pàg. 142

*Previsión (BOE del 9)* va transformar el *Retiro obligatorio* en el *Subsidio de vejez*, amb la necessitat de corregir el retir obrer obligatori i desenvolupar el *Fuero del Tarabajo*<sup>641</sup>. Amb el subsidi de vellesa es va incrementar el límit de rendes, es va abandonar el sistema de quota fixa instaurat pel retir obrer per fixar la contribució en un percentatge del salari i es va substituir el sistema de capitalització per un règim de repartiment.

Durant el règim franquista se segueix i es posa en funcionament el programa iniciat per la Segona República de crear un autèntic sistema de Seguretat Social, impulsant el *Seguro obligatorio de enfermedad (SOE)*, i el *Seguro de vejez e invalidez (SOVI)* que substitueix el subsidi de vellesa en el *Decreto de 18 d'abril de 1947*. No obstant, la insuficiència econòmica d'aquestes prestacions va propiciar l'aparició de diverses institucions de Mutualisme Laboral, com a mecanisme complementari de previsió<sup>642</sup>. Es tracta d'un règim de pensions diversificades en les diverses branques professionals i a l'empara de diferents Reglamentacions de Treball. L'Ordre Ministerial (OM) de 24 d'octubre de 1946 va crear el *Servicio de Mutualidades Laborales*, i el Decret de 10 d'agost de 1954 i l'OM de 10 de setembre de 1954 van aprovar el *Reglamento General del Mutualismo Laboral*. Com s'observa en l'evolució històrica dels mecanismes de previsió social, aquests no obeïen a cap idea preconcebuda o model coherent d'organització, sinó que eren normes inconnexes que no seguien cap ordre<sup>643</sup>.

Des dels anys quaranta comença a circular i estendre's per tota Europa la influència britànica pel model de seguretat social descrit a l'Informe Beveridge<sup>644</sup> que té per objectiu ideal la cobertura per part de l'Estat a tots els ciutadans, i no només als assalariats, de totes les contingències seguint la màxima "freedom from want", tot proporcionant protecció social des del bressol fins la tomba.

---

<sup>641</sup> GONZÁLEZ LABRADA, M., "Regulación de la pensiones de jubilación a partir de la Constitución de 1931" dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 279.

<sup>642</sup> ALONSO OLEA, M., TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*. 23ena edició. Editorial Civitas. Madrid, 1992. pàgs. 342 i ss..

<sup>643</sup> GARCIA NINET, J.I., VICENTE PALACIO, A., "La protección por vejez en la Ley de Bases de 1963" dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 312.

<sup>644</sup> *Social Insurance and Allied Services*. Report by Sir William Beveridge. Presented to Parliament by Command of his Majesty. November 1942.

A Espanya va arribar aquest sistema de Seguretat Social als anys seixanta. En aquest context es va iniciar la reforma del sistema de previsió social que va culminar amb l'aprovació de la *Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social* que consolida un llarg procés d'intents de coordinació i unificació de les assegurances socials, i constitueix els fonaments de l'actual sistema de Seguretat Social . La Llei segueix les pautes marcades per les mutualitats laborals però segueix essent un règim d'assegurança fragmentat que depèn dels diversos nivells de renda<sup>645</sup>. Aquesta llei, però, no es va articular fins l'any 1966. Efectivament, l'any 1966 es va aprovar la primera Llei de Seguretat Social a Espanya. Tot i que haver canviat la nomenclatura per Seguretat Social, a la pràctica, seguia havent-hi una llei d'assegurances socials i l'assistència social era d'abast molt limitat.

L'any 1972 s'aprova la *Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social*<sup>646</sup>, que va ordenar la seva refosa amb la Llei de 1966, donant lloc al text refós de Llei General de Seguretat Social per mitjà del *Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*<sup>647</sup>. La Llei de 1972 estava dirigida a intentar ampliar les bases del sistema. Si abans es cotitzava a través de bases tarifades, és a dir, una base sobre la qual s'aplicava un percentatge i s'obtenia una quota, a partir de la llei de 1972 la base és dependent del salari.

Així, la Llei General de Seguretat Social de 1974 no va instaurar *ex novo* les pensions de vellesa, sinó que va aplicar als treballadors emparats per règims anteriors. Però va ser la primera en utilitzar el terme jubilació per referir-se a la contingència de vellesa. En el seu article 149 s'especifica la percepció d'una pensió com a conseqüència del cessament en l'activitat laboral per edat.

L'any 1994, i com a conseqüència de les reformes des 1974 es va aprovar un altre text refós, que és el vigent actualment. És el *Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad*

---

<sup>645</sup> MALDONADO MOLINA, J. A., *La protección...op cit.* pàg. 144

<sup>646</sup> BOE núm. 149, de 22 de juny de 1972.

<sup>647</sup> BOE núm. 173, de 20 de juliol de 1974.

*Social*<sup>648</sup>(LGSS en endavant). En el vigent redactat de la LGSS, el terme jubilació apareix referit a la prestació econòmica que es rep previ compliment de requisits concrets legalment establerts.

Juntament amb la LGSS, convé també tenir en consideració la *Orden de 18 de enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez (jubilación) en el Régimen General de la Seguridad Social*<sup>649</sup> que conté un règim de vellesa detallat.

### ***b) Elements per causar la pensió contributiva de jubilació***

La LGSS distingeix, a efectes de la situació de jubilació, entre la modalitat contributiva, a la que dedica la Secció primera del Capítol VII del Títol II, en concret, els articles 160 a 166, ambdós inclosos, i la modalitat no contributiva que està recollida i regulada en els articles 166 a 170 corresponents a la Secció segona d'aquest mateix capítol. La configuració jurídica de les pensions no contributives va formar-se amb l'aprovació de la *Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas*<sup>650</sup>

Dins el braç contributiu, la pensió per jubilació depèn quant a quantia de les cotitzacions que el beneficiari i els empresaris pels quals hagi treballat hagin aportat a la Seguretat Social. El que es té en compte en la modalitat contributiva és el fet causant que equival al fet de deixar de treballar a certa edat i tenir cotitzacions suficients, més que no pas la situació de necessitat. En canvi, en la modalitat no contributiva, la pensió de jubilació parteix de la situació de necessitat, és a dir, que l'individu hagi arribat a 65 anys i que li faltin rendes, independentment de que hagi deixat de treballar. De manera que, a banda de les pensions de jubilació contributives vinculades al treball, que exigeixen una cotització prèvia que determinarà la quantia de la prestació, s'articulen les pensions de jubilació no contributives per aquells subjectes que no acrediten la cotització necessària i es troben en situació de necessitat.

---

<sup>648</sup> BOE núm. 154, de 29 de juny de 1994

<sup>649</sup> BOE núm. 22, de 26 de gener de 1967

<sup>650</sup> BOE núm. 306, de 22 de desembre de 1990

Així doncs, alhora d'examinar els requisits per causar dret a la pensió de jubilació en el règim general de la Seguretat Social cal distingir d'antuvi entre la pensió de jubilació contributiva i la pensió de jubilació no contributiva. Entre aquests dos nivells, el contributiu es pot considerar com la cobertura nuclear de qualsevol sistema de seguretat social. Quantitativament és la contingència que més es produeix i que més incidència té a la societat actual. És, doncs, específicament amb la jubilació contributiva en el règim general en què se centrarà a continuació l'estudi.

El punt de partida per a explicar la contingència de jubilació es troba a l'article 160 LGSS que es presenta sota la rúbrica de "concepto" referint-se a la noció de jubilació en la seva modalitat contributiva. No obstant el cert és que aquest precepte no defineix la jubilació sinó que allò que defineix en un principi és el contingut de la prestació econòmica per jubilació. Així, afirma l'article 160 LGSS que "la prestación económica por causa de vejez, en su modalidad contributiva, será única por cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena".

Si bé l'article 160 LGSS estableix que la prestació "serà única per a cada beneficiario", a la realitat l'oració és una trampa del llenguatge perquè es refereix únicament al Règim General de la seguretat social. Com és sabut, en el sistema de Seguretat Social es distingeixen el Règim General i els Règims Especials. El Règim general, en virtut de l'article 9 i 97 LGSS, comprèn els treballadors per compte aliena, remetent-se per a la seva definició a l'article 1 de l'Estatut dels Treballadors (ET en endavant) el qual els defineix a partir de quatre elements essencials: que desenvolupen una prestació voluntària de servei per la que reben una retribució per compte d'un tercer i sota la seva direcció i dependència. Així com també són inclosos en el seu camp d'aplicació el col·lectiu d'assimilats descrits a l'article 97.2 LGSS. Per la seva banda, integren Règims Especials els col·lectius següents, en virtut de l'article 10 LGSS: els treballadors autònoms, els treballadors del mar, els funcionaris públics, els empleats de la llar i els estudiants. El sentit dels règims especials com a excepcions al règim general obeeix a motius històrics, econòmics i tècnics. Amb tot, la tendència del legislador és fer desaparèixer progressivament els règims especials i integrar-los en un sol sistema. De manera que pot ser possible que una persona gaudeixi de dues pensions dins el Sistema

de Seguretat social per diferents règims, el règim general i algun règim especial, sempre tenint en compte els límits màxims de quantia fixats.

No és fins al final del precepte on es descriuen els dos elements definidors de la contingència de jubilació: “cuando alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo”. Quan assolida l’edat establerta, cessi o hagi cessat en el treball”. Antigament aquest article 160 LGSS estava redactat diferentment. Es deia, “cuando el trabajador cese a causa de ...”, és a dir, hi havia d’haver un motiu per a cessar del treball. En canvi, amb l’actual redactat potser que el treballador ja hagi cessat de treballar i estigui esperant que li arribi l’edat legal establerta per accedir a la pensió. Per això el precepte determina “que cese o haya cesado” arribada l’edat requerida. El canvi de redactat va fer-se l’any 1965.

Per tant, és en aquesta frase on es troba la definició jurídica de jubilació formada per dos elements: el cessament voluntari en el treball i el compliment de l’edat establerta, dos requisits previs per poder accedir a la pensió de jubilació en la seva modalitat contributiva.

Ara bé, aquests dos requisits han estat progressivament desconfigurats pel mateix sistema de la seguretat social, com es veurà a continuació, fins al punt que les excepcions s’han convertit en la regla general. És així com a causa de la introduïda flexibilitat, en comptes de compliment de “l’edat” de jubilació cal parlar “d’edats” de jubilació. Per altra banda, la voluntarietat que caracteritza el cessament del treball ha estat diluïda rere polítiques d’ocupació que, atenent a la situació conjuntural del moment, a voltes han fomentat l’anticipació de les edats de jubilació per redistribuir el volum de treball i reduir l’atur o, contràriament, en el present, impera la tendència a retardar l’edat pensionable<sup>651</sup>.

### **3. ANTECEDENTS DE L’APROVACIÓ DE LA LLEI 27/2011**

---

<sup>651</sup> CAMÓS VICTORIA, I., “Los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad social”, dins AAVV., *Tratado de jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007, pàgs. 1609-1610. En el mateix sentit, RIVERO LAMAS, J., a “La jubilación como medida del fomento del empleo”. *Revista española de derecho del trabajo*. Núm. 131, 2006, pàg 531 i ss.

L'aprovació de la Llei 27/2011 ve precedida per una sèrie de reformes legislatives que alteren el règim de la jubilació i en modifiquen els seus elements per adequar-lo a les polítiques d'ocupació establertes.

### **3.1 L'establiment d'un sistema de jubilació gradual i flexible a través de la Llei 35/2002, de 12 de juliol**

Durant les darreres dècades la jubilació ha estat el centre d'atenció de la política d'ocupació en el sentit d'intentar aconseguir dotar d'una major flexibilitat a l'accés a la jubilació, un accés progressiu i gradual. El debat va culminar amb la *Ley 35/2002 de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible*<sup>652</sup>. En aquest subapartat s'estudien les modalitats de jubilació anticipada, parcial i flexible que preveu la llei i que representen manifestacions de flexibilitat.

#### **3.1.1 La necessitat de flexibilitzar l'edat d'accés a la pensió de jubilació**

El moment previst per la Llei a l'article 161.1 LGSS perquè es produeixi el fet causant en la pensió de jubilació, una vegada complerts els requisits exigits, com són els d'alta a la Seguretat Social, i en tot cas, la carència genèrica de quinze anys i específica de dos anys en els darrers quinze anys, és el del cessament del treball, havent complert amb l'edat ordinària de jubilació, que s'ha mantingut en els 65 anys des dels inicis del segle passat.

En efecte, el Reial Decret d'11 de març de 1919 va establir en el retir obrer, una pensió inicial de 365 pessetes a l'any, a partir dels 65 anys d'edat. L'edat de jubilació seguia rígida i unitàriament establerta a 65 anys des de 1919, sense que el beneficiari pogués optar a més opcions. Les úniques possibilitats de jubilar-se a una edat diferent dels 65 anys d'edat en el règim general era per avançar l'edat en el contracte de substitució i relleu, lligats necessàriament a noves contractacions o la jubilació anticipada de mutualistes laborals que limitava el seu àmbit subjectiu d'aplicació.<sup>653</sup> Per tant, des de 1919 s'havia optat per un sistema de pensions de vellesa rígid, caracteritzat per

---

<sup>652</sup> BOE núm. 167 de 13 de juliol de 2002

<sup>653</sup> CALVO GALLEGO, J., "La jubilación flexible", AAVV, *Tratado de jubilación*. Editorial iustel, Madrid 2007, pàg. 1140.

l'establiment d'una edat de jubilació preterminada i independent de la voluntat de les persones. Per tant, 65 anys ha estat l'edat normal de jubilació i el caràcter rígid de l'edat de jubilació no s'altera per les excepcions existents que permeten a determinades activitats una edat ordinària de jubilació menor a la general de 65 anys, com són els supòsits excepcionals en els quals el Govern pot rebaixar aquesta edat en determinades activitats penoses o perilloses d'acord amb l'article 161.2 LGSS. En aquests casos, l'edat de jubilació inferior a 65 anys en aquestes regulacions especials segueix partint de la idea de la fixació rígida d'una determinada edat per l'accés a la pensió de jubilació donat que tan sols canvia la data de l'edat ordinària d'accés a la pensió de jubilació.<sup>654</sup>

L'edat i la jubilació apareixen com a conceptes interconnectats. I a la vegada, l'edat de jubilació està lligada també i molt íntimament a l'esperança de vida ja que no és el mateix ser una persona gran l'any 1919 que ser-ho l'any 2007. A l'Espanya de principis del segle XX, l'esperança de vida se situava entre els 35 i 40 anys, fet que provocava que pocs treballadors poguéssin accedir a la jubilació ja que es requerien 65 anys. No obstant, la taxa de mortalitat, gràcies als avenços mèdics, socials i econòmics, ha anat caient contínuament i a principis del segle XXI, l'esperança de vida gira entorn els 80 anys.<sup>655</sup>

El risc protegit cobert per la pensió de jubilació és la protecció de la subsistència de les persones que arriben a la vellesa. A principis del segle XX, en la mesura que l'esperança de vida era molt reduïda no es va plantejar que el fet d'arribar a aquestes edats fos protegible perquè, era suficient cobrir les contingències que se succeïen durant la vida laboral. Per això, es diu que al llarg de la història, la vellesa restava subsumida a d'altres contingències, i la protecció de la vellesa es feia mitjançant les anomenades "tèniques inespecífiques de protecció de la vellesa", com l'estalvi, la beneficència, la mutualitat o l'assegurança privada, ja que d'acord amb FERNÁNDEZ ORRICO, "no se protegía al anciano por el hecho de su vejez, sino porque se trataba de un anciano enfermo o inválido o pobre, lo que hoy día llamaríamos un anciano dependiente".<sup>656</sup>

---

<sup>654</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., "La flexibilidad de la edad de jubilación (I)", *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2002. pàg. 126

<sup>655</sup> Font: INE, taules de mortalitat. A tall d'exemple gràfic, a Barcelona l'any 1900-1901 hi havia una esperança de vida de 31'6 anys, mentre que l'any 2001 l'esperança de vida és de 83 anys. Font: Agència de Salut Pública de Barcelona. Ajuntament de Barcelona.

<sup>656</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "Una respuesta a la viabilidad del sistema de pensiones públicas: la prolongación voluntaria de la vida laboral" *Aranzadi Social*, núm. 20, 2006. pàg. 2. També



Avui, el risc social protegible és la vellesa concebuda com una situació de necessitat lligada al desgast personal que suposa l'edat avançada que provoca la sortida de la vida activa i la consegüent pèrdua d'ingressos.<sup>657</sup> Ara bé, l'actual millora de la qualitat de vida fa que a voltes les persones a 65 anys puguin trobar-se en plenes capacitats físiques i mentals. De fet, segons la consideració de CAMÓS, “las normas en materia de Seguridad Social al referirse a la *edad pensionable* no hacen mención alguna a la edad de ancianidad o vejez, sino que se utiliza este concepto para poder trazar una separación entre los individuos laboralmente activos i los inactivos”.<sup>658</sup> Per això, l'edat pensionable rígida no permet equilibrar la capacitat i el desig d'aquells que volen continuar treballant un cop passada l'edat ordinària de jubilació i el desig dels treballadors que vulguin abandonar la vida activa un cop complerta l'edat pensionable.

La longevitat cada vegada major de la població significa que a partir dels 65 anys es viuen més anys, i si els treballadors es jubilen als 65 anys o abans i tot provoca que un bon gruix de la població sigui passiva, cobri una pensió de jubilació que necessita de població activa per a nodrir-se. Si a més se s'afegeix la dada que Espanya té una baixa de fecunditat més baixa de la Unió Europea, els sistemes de pensions es poden trobar amb greus dificultats alhora d'abonar les pensions. Per aquests motius, els nous objectius de la política de vellesa propiciats ja des de la OIT tendeixen a afavorir el perllongament de la vida activa.

Davant l'envelliment poblacional, durant la dècada dels anys cinquanta i els setanta els països europeus es van inclinar cap al foment la permanència dels treballadors a la vida laboral activa tot incentivant la recol·locació o requalificació d'aquests treballadors. En el si dels sistemes de Seguretat Social, es comença a debratre's la necessitat de flexibilitzar l'edat d'accés a la jubilació. Ben entrada la dècada dels anys setenta i vuitanta, però, amb l'arribada de la crisi econòmica a nivell mundial i el consegüent increment de la desocupació, la política dels Estats dona un gir radical. En front a taxes d'atur molt acusades, predominava la tesis de que l'expulsió del mercat de treball dels

---

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La jubilación total anticipada”, *Estudios financieros*, núm. 240, 2003. pàg. 89.

<sup>657</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La flexibilidad...*op cit.* pàg. 127.

<sup>658</sup> CAMÓS VICTORIA, I., *Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*” Tirant lo blanch, València, 2003. pàg. 65.

treballadors més grans donava més oportunitats pels treballadors joves, pel propi mercat, reduïnt la taxa d'aturats. El resultat d'aquesta tendència són polítiques que afavoreixen l'abandonament del mercat de treball abans de l'edat ordinària de jubilació.

Els processos de reconversió i de requalificació de la mà d'obra propicien mesures de jubilació anticipada.<sup>659</sup> Ho explica LÓPEZ CUMBRE, “la práctica empresarial utiliza el mecanismo de la jubilación, y más concretamente medidas de prejubilación para redimensionar sus plantillas, transformando un derecho subjetivo al descanso –cómo históricamente había sido asumido el derecho subjetivo el derecho a la jubilación-, en un retiro obligatorio prematuro”, i així la vida laboral dels treballadors s'escurçava considerablement.<sup>660</sup> Fruit d'aquesta pràctica, actualment l'edat real de jubilació dels treballadors espanyols se situa al voltant dels 63 anys<sup>661</sup>, de forma que l'edat real de jubilació no coincideix amb l'edat legal ordinària que està fixada a 65 anys, esdevenint la norma en una excepció i l'excepció de jubilar-se abans de l'edat legal en norma.

Als anys noranta es repren la inquietud sobre la flexibilitat de l'edat de jubilació per encarar els reptes que suposa el procés d'envelliment demogràfic demogràfics pels sistemes de seguretat social. Des d'instàncies supranacionals es recalca la idea de fomentar les mesures de perllongament de la vida laboral activa.

Així, front a un sistema rígid es propugna la necessitat de flexibilitzar l'accés a la pensió de jubilació. En general, flexibilitat en el sistema de pensions es tradueix en llibertat d'elecció de l'edat per accedir a la jubilació. Es tracta d'oferir un ventall d'opcions d'accés a la jubilació, des d'un retir prematur dins un arc d'edat determinat fins a una solució més radical que permet accedir a la jubilació a qualsevol edat exigint únicament uns determinats anys de cotització. Hi caben tot tipus de fórmules<sup>662</sup>. Es permet que un treballador, des d'una determinada edat i dins una edat límit pugui elegir lliurement la seva edat de jubilació, adaptant-se a les necessitats de l'individu<sup>663</sup>.

---

<sup>659</sup> SÁNCHEZ VERA, P., “Empleo, flexibilidad de la jubilación e ideología. Breve cronología del debate en España” *RMTAS, extra de jubilación flexible*, 2003. pàg. 221

<sup>660</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., “El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible”, *RMTAS*, núm. 37, 2002. pàg. 15.

<sup>661</sup> Font: MISSOC

<sup>662</sup> LÓPEZ CUMBRE., “Jubilación flexible e la Unión Europea”, *RMTAS, extra de jubilación flexible*, 2003, p. 81

<sup>663</sup> Seguint la interessant descripció d'ALARCÓN sobre la jubilació flexible, aquesta es caracteritza pel caràcter voluntari o forçós de la jubilació, pel caràcter unitari o diversificat de l'edat de jubilació atenent

Destaquen en aquesta línia les recomanacions derivades d'organitzacions internacionals com la OIT i sobretot de la Unió Europea. La pretensió comunitària a incentivar al foment de la vida en actiu dels treballadors majors es plasma a la Recomanació del Consell 82/857/CEE, adoptada amb l'objectiu de proposar la jubilació flexible com a possibilitat d'escollir lliurement l'edat de jubilació a partir d'un límit d'edat o de cotització o com a opció d'anticipar o retardar l'edat de jubilació. També la Resolució del Consell 93/C/188/01, de 30 de juliol de 1993 relativa als règims flexibles de jubilació destaca la positiva contribució aportada a la vida socioeconòmica pels treballadors d'edat avançada i manifesta la seva voluntat de fomentar una transició flexible a partir de la vida laboral.

A nivell internacional, cal tenir en compte les normes internacionals com la Recomanació núm. 162 de la OIT, sobre els treballadors d'edat, de 23 de juny de 1980. La norma a l'article 21 recomana que es flexibilitzi l'edat d'admissió a la prestació de vellesa, que als Estats que adoptin mesures que permetin una transició progressiva entre la vida professional i el retir i que en tot cas es garanteixi que el pas d'un treballador a la jubilació sigui lliure.<sup>664</sup>

Així doncs, la flexibilitat en el sistema de jubilació es caracteritza per dues notes, la gradualitat i la flexibilitat. La gradualitat fa referència a la possibilitat de reduir la jornada de treball, tot compatibilitzant un treball a temps parcial amb la part proporcional d'una pensió de jubilació, per així donar lloc a un pas menys traumàtic entre treball i retir i a la vegada perllongar el moment de que se cessi definitivament del treball. Segonament, la flexibilitat significa o bé poder accedir a la jubilació a una edat abans de la ordinària o tenir la possibilitat de seguir treballant tot i haver complert l'edat

---

a les diverses professions de les persones que es jubilaran, per la possibilitat o no de que tinguí cada individu d'anticipar o retardar l'edat de jubilació establerta com a ordinària en cada una de les professions, així com per la possibilitat o no de comptabilitzar la pensió de jubilació amb el desenvolupament d'una activitat laboral per compte pròpia o aliena, i, finalment, pel caràcter reversible o irreversible de la situació concreta de jubilació que es tinguí, és a dir, si és possible jubilar-se i després tornar a treballar, suspent la percepció de la pensió. ALARCÓN CARACUEL, M.R., "El concepto de jubilación flexible", *Temas Laborales*, núm. 66/2002, pàg 123

<sup>664</sup> En aquest sentit, sobre les disposicions de la OIT respecte els treballadors d'edat, analitzades a l'apartat primer del capítol segon del present treball, vegeu: ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., "La normativa internacional sobre los trabajadores de edad: jubilación i prestaciones de vejez" *Revista técnico-laboral*, núm. 88, vol. XXII, 2001 i CAMÓS VICTORIA, I, "La protección de la vejez en el ámbito de la OIT" *Relaciones laborales*, núm. 18, 2001.

pensionable. En qualsevol cas, s'intenta afavorir a aquesta possibilitat de perllongar la vida en actiu més enllà de l'edat ordinària de jubilació i fer front així a la pèrdua definitiva d'oportunitats de treballar a conseqüència del compliment de l'edat ordinària de jubilació<sup>665</sup>.

A Espanya, com a conseqüència d'aquestes orientacions i de la inquietud per assegurar la sostenibilitat del sistema de pensions de la Seguretat Social, es va redactar el conegut com a *Pacte de Toledo* que es va aprovar en el ple del Congrés dels Diputats, a la seva sessió del 6 d'abril de 1995. Es va ratificar el text aprovat per la Comissió de Pressupostos el dia 30 de març de 1995, sobre la base de l'informe emès per la Ponència constituïda per l'anàlisi dels problemes estructurals del sistema de Seguretat Social i de les principals reformes que caldria escometre.<sup>666</sup> Representa el compromís de tots els grups polítics amb representació parlamentària a garantir la viabilitat futura del sistema de protecció social tot adaptant-lo a les realitats. Després s'una àmplia revisió de l'evolució del sistema de pensions i els seus reptes principals, a la part VIII del Pacte, es proposa una sèrie de recomanacions, quinze en total, que són línies d'actuació per consolidar el sistema de pensions. A la seva recomanació desena fa esment a l'edat de jubilació. Suggestint que aquesta ha de ser, textualment, “flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad”. Es pretén que l'accés a la pensió de jubilació no sigui un impediment perquè el pensionista tingui una presència social activa. Per això, la recomanació aconsella, en termes financers i socials, i sens perjudici de mantenir l'edat ordinària de jubilació als 65 anys, “facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen”. Per aquesta finalitat, el Pacte de Toledo aposta per una regulació que exoneri, total o parcialment, en funció de la jornada, de l'obligació de cotitzar en aquells supòsits en què el treballador opti per seguir en actiu, això sí, amb la consegüent suspensió proporcional de percebre la pensió. Una altra dels objectius continguts a la Recomanació 10<sup>a</sup> és mantenir els sistemes de jubilació anticipada lligats als contractes de relleu i de substitució, ja prevists a la legislació vigent.

El Pacte de Toledo va donar lloc a l'Acord de Consolidació del Sistema de Seguretat Social, de 9 d'octubre de 1996, entre el Govern i els sindicats majoritaris. L'Acord se

---

<sup>665</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La flexibilidad...*op cit.* pàg. 129-131

<sup>666</sup> Publicat en el *BOGC de 12 d'abril de 1995. Sèrie E, núm. 134.*

centra en reconèixer la conservació de la jubilació anticipada, tot i que lligada únicament a situacions de pèrdua del treball, crisi de l'empresa o pèrdua del subsidi assistencial. Per altra banda, remet a un estudi posterior la idea de desincentivar les jubilacions anticipades, així com les mesures positives incentivadores del treball.

L'acord de 1996 es va convertir en la *Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social*<sup>667</sup> que comença a desenvolupar les mesures del Pacte de Toledo. La Llei compta entre les reformes que introdueix en els articles 138 i 143 LGSS, un accentuament de la proporcionalitat entre temps cotitzat i base de cotització i enduriment de la jubilació anticipada.

En aquest sentit, distingeix, com ja feia l'Acord de 1996, entre les jubilacions anticipades de caràcter voluntari i les jubilacions anticipades a que es veuen forçats els treballadors a causa de reestructuracions de l'empresa i que, un cop esgotades les prestacions per desocupació han d'acceptar anticipar la jubilació a costa de reduir la seva quantia de la pensió de jubilació. Així, es preveu pels qui tinguessin la condició de mutualista l'1 de gener que puguin accedir a la pensió de jubilació partir dels 60 anys, reduint-se la quantia de la pensió en un 8% per cada any que falti per complir 65 anys, que és l'edat ordinària de jubilació, essent el percentatge del 7% de reducció de la quantia de la pensió en cas que el treballador antic mutualista acrediti 40 o més anys de cotització i sol·licités la jubilació anticipada com a conseqüència de l'extinció del contracte de treball per una causa no imputable a la lliure voluntat del treballador<sup>668</sup>. Així mateix la Llei 24/1997 faculta al Govern per a què, a través d'un desenvolupament reglamentari, adequi les condicions per raó del caràcter voluntari o forçós de l'accés a la jubilació<sup>669</sup>.

Seguint la via iniciada per l'Acord de 1996, un altre acord significatiu per establir un sistema de jubilació flexible és l'Acord per la millora i desenvolupament del sistema de protecció social de 9 d'abril de 2001 entre el Govern, CC.OO, CEOE i CEPYME. L'acord, a l'apartat IV l'acord es refereix a "jubilación flexible" i defensa la incentivació al perllongament de la vida laboral mitjançant fórmules de jubilació

---

<sup>667</sup> *BOE núm. 169 de 16 de juliol de 1997*

<sup>668</sup> Per lliure voluntat del treballador, entén la Llei 24/1997 a l'article 7.1, que es "la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma."

<sup>669</sup> El desenvolupament reglamentari es va dur a terme mitjançant el Real Decreto 1641/1997.

flexible. Així, es proposa dotar a la pensió de jubilació dels caràcters de flexibilitat i gradualitat permetent mantenir-se en actiu i retardar la jubilació, exonerant del pagament de cotitzacions per contingències comunes als treballadors de 65 o més anys, i la possibilitat de que la base reguladora de la pensió de jubilació s'incrementi superant el 100% de la base reguladora. També es planteja poder comptabilitzar una pensió de jubilació amb un treball.

A l'apartat V, en el marc de les Recomanació 9<sup>a</sup> del Pacte de Toledo i de l'apartat j) de l'Acord de 1996 es ressalta que “resulta necesario profundizar en los criterios de contributividad, de manera que se logre una mayor proporcionalidad entre el esfuerzo de cotización y el nivel de prestación alcanzado, en aras a lograr una mayor equidad en las pensiones y dar una mayor estabilidad al sistema, todo ello sin perjuicio del reforzamiento de la solidaridad”, recomanació que es tradueix, d'acord amb l'apartat V, en revisar el sistema de càlcul de la base reguladora de la pensió de jubilació, de manera que es tingui en compte, de forma progressiva, l'esforç realitzat pel treballador al llarg de la seva vida laboral”<sup>670</sup>.

L'Acord també es fa ressò, de forma col·lateral, de la dependència a l'apartat VIII, conscients les parts firmants que el nombre de ciutadans depenents, sobretot ancians, donat l'augment de l'esperança de vida, anirà en augment. De forma que es necessitarà l'atenció adequada de les persones que requereixen atencions especials així com de les persones que les assisteixin. Potser en un futur no serà suficient percebre una pensió de jubilació, sinó que es requeriran més serveis d'indole socio-sanitari<sup>671</sup>.

En tot cas, l'Acord de 2001 se situa en el context comunitari, com s'estableix en l'apartat IV, “en los países de nuestro entorno político-geográfico y, concretamente, en el ámbito de la Unión Europea se están estableciendo medidas en orden a que la jubilación esté dotada de caracteres de flexibilidad y gradualidad, coordinando tales medidas con la repercusión que, cada vez con mayor incidencia, tiene la demografía en la evolución de los sistemas de pensiones”. Així l'Acord de 2001 pren com a referència l'entorn europeu econòmic, polític i social.

---

<sup>670</sup> DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., *La jubilación gradual i flexible*. Tirant lo blanch, València, 2004. pàg. 12.

<sup>671</sup> DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C.,...*op cit.* pàg. 13.

En el marc comunitari, l'Acord de 2001 segueix la línia de la Comunicació de la Comissió al Consell, al Parlament Europeu i al Comité Econòmic i Social sobre "*Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado*",<sup>672</sup> de 3 de juliol de 2001 o les recomanacions de la Cimera de Barcelona del Consell Europeu de març de 2002.

Pel que fa a la Comunicació de la Comissió de 2001 té com a finalitat garantir els sistemes de pensions. els objectius que es proposa és mantenir la capacitat dels sistemes de pensions de complir els seus objectius socials, és a dir, aportar ingressos segurs i adequats als jubilats i garantir unes condicions de vida dignes a totes les persones grans. També té com a finalitat garantir la viabilitat financera dels sistemes de pensions i promoure la capacitat de resposta dels sistemes de pensions davant els canvis i les necessitats de la societat i contribuir a la millora de la flexibilitat del mercat de treball. D'entre les mesures destaca la de garantir que els sistemes de pensions incentivin eficaçment la permanència en el mercat de treball dels treballadors de més edat, no incitar als treballadors a jubilar-se anticipadament i no penalitzar el perllongament de la vida laboral més enllà de l'edat normal de jubilació i aconseguir que els sistemes de pensions facilitin la jubilació gradual.

Per la seva banda, a les Recomanacions de la Cimera del Consell Europeu a Barcelona, al març del 2002 es va posar de manifest la necessitat d'adoptar mesures per tal que al 2010 augmentés en 5 anys l'edat mitjana en què es produeix el cessament efectiu en l'activitat per part dels treballadors a la Unió Europea. Per fer-ho efectiu, es recomana la reforma dels sistemes de pensions dels Estats membres en el sentit de configurar una jubilació gradual i flexible que incentivi l'elevació voluntària de l'edat real de jubilació de conformitat amb l'esperança de vida actual. I així, al mateix temps, es vol facilitar la transició gradual de la plena activitat al retir i estimular la participació activa de la gent gran a la vida pública, social i cultural<sup>673</sup>.

---

<sup>672</sup> COM(2001) 362 final

<sup>673</sup> *Conclusiones de la presidencia. Consejo Europeo de Barcelona*. 15 i 16 de març de 2002. [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressdata/es/ec/70829.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/es/ec/70829.pdf)

El desenvolupament legal i reglamentari de les mesures de la flexibilització de l'edat es realitza amb reformes puntuals de la LGSS, a través del *Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible*<sup>674</sup>. De fet, la Recomanació 10<sup>a</sup> del Pacte de Toledo va plasmar-se a la disposició addicional 26<sup>a</sup> LGSS, en uns termes bastant ambigus, però la seva aplicació pràctica<sup>675</sup> es va donar amb el *Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible*.<sup>676</sup> La norma considera com a jubilació flexible la possibilitat de comptabilitzar la pensió de jubilació amb un treball a temps parcial. Però, segons relata LÓPEZ CUMBRE, l'expectativa generada per aquesta normativa “pronto se relativiza al comprobar que la definición de la jubilación flexible coincide plenamente con la de otra figura, existente en la legislación española desde 1984, la de la jubilación parcial (art. 166 LGSS)”<sup>677</sup>.

Fruit de l'Acord de 2001 s'aproven les Lleis de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, *Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*<sup>678</sup> i *Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*<sup>679</sup>, la creació d'un fons de reserva a través de la per la *Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social*<sup>680</sup> i especialment, la *Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible* que substitueix el *Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible* i introdueix canvis més substancials en el caràcter fixe de l'edat de jubilació.

---

<sup>674</sup> BOE núm. 313, de 31 de desembre de 2001.

<sup>675</sup> DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., “La regulación de la jubilación gradual y flexible: análisis del contenido de la Ley 35/2002, de 12 de julio y de los RR.DD. 1131 y 1132/2002, de 31 de octubre”. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2003. pàg. 666

<sup>676</sup> L'article 1 del Reial Decret Llei 16/2001, sota la rúbrica de *jubilació flexible*, disposava que s'afegia una nou apartat a l'article 165 de la LGSS pel qual “las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. 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”.

<sup>677</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., “El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible”, *RMAS*, núm. 37, 2002. pàg. 15.

<sup>678</sup> BOE núm. 313, de 31 de desembre de 2001

<sup>679</sup> BOE núm. 313, de 31 de desembre de 2001

<sup>680</sup> BOE núm. 234, de 30 de setembre de 2003



Així doncs, la incorporació a l'ordenament jurídic de la Seguretat Social de les mesures recollides a l'Acord Social de 9 d'abril de 2001, de 16 de desembre va tenir lloc a través del *Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible*, que, després de la seva tramitació parlamentària com a projecte de llei, va desembocar a la *Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible*. A la vegada, aquesta Llei va ser desenvolupada pel *Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial*, i el *Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible*. Aquestes normes reglamentàries tenen com objectiu possibilitar l'aplicació de les mesures legals de la nova regulació de la pensió de la Seguretat Social per jubilació.

La Llei 35/2002 incorpora a l'ordenament jurídic de la Seguretat Social tot un conjunt de mesures dirigides a dotar de flexibilitat l'accés a la pensió de la Seguretat Social per jubilació de manera que s'hi pugui accedir progressiva i gradualment, si bé apostant decididament per la permanència en actiu dels treballadors més enllà de l'edat ordinària de jubilació. I així aconseguir que accedeixin a la jubilació més tard a través d'un increment de la quantia de la seva corresponent pensió.

La regulació de la Llei 35/2002 és novedosa, si bé en part incorpora i substitueix la regulació del *Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social*<sup>681</sup>.

Aquests dos objectius bàsics, la flexibilitat en l'accés a la jubilació i el perllongament de la vida activa, s'emmarquen en les orientacions de la Recomanació 10<sup>a</sup> del Pacte de Toledo, així com de les directrius derivades d'organitzacions internacionals com la OIT i sobretot de la Unió Europea.

---

<sup>681</sup> BOE núm. 272, de 13 de novembre de 1997

En general, La voluntat d'incidir en la fase més avançada de la vida laboral dels treballadors, com emfatitzen DEL REY i GALA, “no sólo tiene una lectura estrictamente “laboral” (...), sino también – y sobre todo- una lectura de “sistemas de pensiones” o de “Seguridad Social”<sup>682</sup>. Hi ha la doble finalitat d'afavorir als treballadors d'edat avançada així com la viabilitat del sistema de pensions. Així es desprèn de la pròpia exposició de motius de la Llei 35/2002, quan afirma que les modificacions en la pensió de jubilació pretenen no “impedir 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 la experiencia y los conocimientos de los trabajadores de más edad”. Per tant, per consideracions econòmiques relatives a la situació financera de la Seguretat Social, les mesures per allargar la vida laboral dels treballadors pretenen reduir el cost elevat que suposa pel sistema de Seguretat Social les pensions de jubilació, especialment tenint en compte les perspectives sobre l'envelliment de la població. I també, doncs es tenen en compte consideracions socials en atenció a la major esperança de vida, considerant perjudicial pels treballadors la seva expulsió del mercat de treball en un temps en què estan en condicions de realitzar una activitat professional.

En efecte, en termes econòmics, tal i com estableixen DESDENTANO i DURÁN, la jubilació representa un cost important per la Seguretat Social i en els sistemes contributius de repartiment aquest cost té una especial incidència, perquè la pèrdua d'actius no només incrementa la despesa, sinó que limita els recursos necessaris pel finançament dels compromisos de l'abonament de pensions.<sup>683</sup> És per això que la regulació de l'edat de jubilació presenta una gran complexitat en tot sistema de Seguretat Social, donat que es tracta de conjugar el dret al descans després d'una llarga vida laboral i el repartiment del treball, amb l'enorme cost econòmic que suposa l'accés a la pensió de nous jubilats<sup>684</sup>.

---

<sup>682</sup> DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., “La regulación de la jubilación gradual y flexible: análisis del contenido de la Ley 35/2002, de 12 de julio y de los RR.DD. 1131 y 1132/2002, de 31 de octubre”. *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2003. pàg. 666

<sup>683</sup> DESDENTANO BONETE, A., DURÁN HERAS, A., “Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control de gasto” ,*RMTAS, extra de jubilación flexible*, 2003. pàg. 81

<sup>684</sup> RICO LETOSA, S., “Flexibilización del requisito de la edad en la pensión de jubilación contributiva (Breve comentario al Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección social y al Real Decreto Ley 16/2001). *Relaciones laborales*, núm. 2, 2002. pàg. 416.

A continuació es descriuran les novetats de la Llei 35/2002, desenvolupada pels RR.DD 1131/2002 i 1132/2002, per tal d'incorporar i fer efectiu un sistema de jubilació flexible a l'ordenament jurídic espanyol. En paraules extretes de l'Exposició de Motius de la mateixa Llei 35/2002, la reforma “introduce una serie de modificaciones legislativas para conseguir la flexibilidad de la edad de jubilación”, amb el propòsit d'aconseguir “la prolongación en la actividad de los trabajadores de mas edad”.

### **3.1.2 La jubilació anticipada**

Una de les grans novetats introduïdes és l'extensió de la jubilació anticipada als treballadors que no haguessin tingut la condició de mutualista laboral amb anterioritat a l'1 de gener de 1967.

En efecte, abans de l'entrada en vigor del RD Llei 16/2001, de 27 de desembre, existien tres modalitats per anticipar l'edat d'accés a la pensió.

En primer lloc, els supòsits d'anticipació de l'edat de jubilació com a mecanisme llogat al foment de generació de treball. Però eren jubilacions lligades a contractes de relleu o als contractes de substitució<sup>685</sup>.

En segon lloc, l'establiment d'una edat inferior en certs règims especials de l'article 161.2 LGSS i posteriorment la jubilació de persones amb discapacitat. Es tracta de fixar una edat inferior sense que tingui efecte a la quantia de la pensió, com a conseqüència de realitzar activitats considerades perilloses, penoses, tòxiques o insalubres.

En darrer terme, com s'ha apuntat, l'excepció que es donava a la DT 3<sup>a</sup> LGSS pels treballadors que tinguessin la condició de mutualistes l'1 de gener de 1967, si bé es tractava d'una opció destinada a la seva consumació quan l'any 2008 tots els subjectes inclosos en el seu àmbit haguessin assolit de forma natural definitivament l'edat de 65 anys.<sup>686</sup> Així, a banda de l'edat reduïda a certs sectors i la jubilació amb un contracte de relleu, la única possibilitat que existia d'anticipar l'edat de jubilació estava limitada a

---

<sup>685</sup> És el cas de la jubilació als 64 anys a través d'un contracte de substitució, regulada pel Reial Decret 1994/1985 o el supòsit de jubilació parcial regulat a l'article 12.6 ET regulador del contracte a temps parcial i el contracte de relleu.

<sup>686</sup>CALVO GALLEGO, J., “La jubilación...op cit. pàg. 1153

les persones que haguessin estat afiliats a la Seguretat Social abans de l'1 de gener de 1967.

En aquest sentit, i d'acord amb la Disposició Transitòria 3<sup>a</sup> LGSS, es preveia que els treballadors, que amb anterioritat a l'1 de gener estiguessin afiliats a una Mutuïtat de treballadors per compte aliena podien accedir a la jubilació anticipada a partir dels 60 anys, havent d'estar en el moment del fet causant d'alta o en situació assimilada i complir els requisits de cotització exigits amb caràcter general per l'accés a la pensió de jubilació.

Si es complien tots aquests requisits, la quantia de la pensió patia una reducció, ja que s'aplica sobre la base reguladora un coeficient, que fins l'1 de gener de 2002 era del 8% per cada any que el treballador li manqués per complir els 65 anys, excepte que l'accés a la jubilació no fos deguda a una causa imputable al treballador i aquest acredités un període mínim de 40 anys de cotització. En aquest cas, el coeficient reductor era del 7%<sup>687</sup>.

Els coeficients reductors dels que resultarà una reducció de la quantia de la pensió depenen de si el cessament en el treball és una causa imputable al treballador. Alguns autors, com puntualitza PANIZO ROBLES, critiquen el fet de vincular la quantia de la pensió amb la involuntarietat en el cessar de l'activitat laboral ja que això "constituye una incitación al uso fraudulento del premio por el cese en la actividad o un instrumento favorable para los intereses de gestión empresarial" donat que serà l'empresari que podrà servir-se del mecanisme que estimi més convenient per "poner en marcha los mecanismos extintivos formales, que sirven como certificación de la involuntariedad en la extinción de la relación laboral"<sup>688</sup>.

---

<sup>687</sup> La Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social, en determinados casos especiales (BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1998), va introduir algunes modificacions i especifica que quan el sol·licitant de la pensió es trobi d'alta en el Règim de treballadors per compte propi o en un altre Règim Especial, i per aplicació del mecanisme de còmput recíproc de pensions, es reconegui la pensió, l'interessat ha d'acreditar que al menys una quarta part de les cotitzacions acreditades al llarg de la seva activitat corresponen a Règims per compte aliena, excepte que el total d'aquestes cotitzacions sigui igual o superior a 30 anys, cas en què només es requereixen 5 anys de correspondència amb cotitzacions en Règims de treballadors per compte aliena (article únic.2.b)

<sup>688</sup> PANIZO ROBLES, J.A., "Las modificaciones en la regulación de la pensión de Seguridad Social por jubilación (los nuevos mecanismos de la jubilación gradual i flexible" *Estudios Financieros* núm. 237 60/2002. pàg. 71

La Llei 35/2002 procedeix a modificar la quantia de la pensió tot establint uns nous coeficients reductors de l'import de la pensió que estan relacionats amb el període de cotització de l'interessat sempre i quan l'extinció de la relació laboral no sigui imputable al jubilat i s'acrediti un període de cotització de 30 anys. Així doncs, es modifica per l'article 4 de la Llei 35/2002 la Disposició Transitòria 3<sup>a</sup> LGSS sobre l'aplicació de legislacions anteriors per causar dret a la pensió de jubilació. Segons la nova normativa es preveu que quan l'extinció de la relació laboral sigui imputable al treballador, sigui quin sigui el període de cotització acreditat el coeficient reductor és de 8%. El coeficient reductor també és de 8% si l'extinció de la relació laboral no és imputable al treballador, i el treballador acredita un període de cotització de 30 anys o menys. Ara bé, si l'extinció de la relació laboral es deguda a una causa no imputable al treballador, el coeficient reductor serà del 7'5% si el treballador acredita entre 31 i 34 anys complets de cotització, del 7% si s'acrediten entre 35 i 37 anys complets de cotització, del 6'5% entre 38 i 39 anys complets de cotització, i del 6'5% acreditant 40 o més anys de cotització. En general, doncs, les modificacions de la jubilació anticipada dels mutualistes per compte aliè anteriors a l'1 de gener de 1967, afecten, única i exclusivament a una extinció involuntària del contracte de treball, quedant el coeficient reductor modificat en funció dels anys complets de cotització acreditats pel treballador.

Ara bé, com s'ha ressaltat anteriorment, una de les innovacions més rellevants que introdueix la Llei 35/2002 és la impossibilitat de que es pugui accedir de forma anticipada a la pensió de jubilació encara que no es tingui la condició de mutualista. A aquest efecte, l'article 3 de la Llei 35/2002 afegeix a l'article 161 LGSS un nou apartat que permet als no mutualistes accedir a la jubilació anticipada sempre i quan tinguin complerts 61 anys d'edat reals, que es trobin inscrits a l'Oficina del Servei Públic d'Ocupació, com a demandant de treball durant almenys els 6 mesos immediatament anteriors a la data de sol·licitud de la jubilació<sup>689</sup>, que s'accedeixi a la pensió de jubilació des d'una situació d'alta o d'assimilació a l'alta i que s'acrediti un període mínim de cotització efectiva de 30 anys complets sense tenir en compte les pagues extraordinàries. També s'exigeix que la relació laboral prèvia a l'accés a la jubilació s'hagi produït per una causa no imputable a la lliure voluntat del treballador, entenent

---

<sup>689</sup> La regulació exclou de l'àmbit de la seva aplicació als funcionaris públics.

per lliure voluntat del treballador, i seguint ells termes de la redacció anterior de la Llei 24/1997, la inequívoca manifestació de voluntat de qui decideix posar fi a la relació laboral no existint cap raó objectiva que ho impedeixi<sup>690</sup>.

Ara bé, hi ha uns supòsits específics en què no es requereixen tots els requisits assenyalats per accedir a la jubilació anticipada, com són trobar-se inscrit coma demandant de treball i el cessament involuntari, requisits que no seran exigibles en aquells casos en què l'empresari, en virtut de l'obligació adquirida mitjançant acord col·lectiu, hagi abonat, com a mínim, al treballador després de l'extinció del contracte de treball, i durant almenys els dos anys immediatament anteriors a la sol·licitud de jubilació anticipada, una quantitat que, en còmput global, no sigui inferior al resultat de multiplicar per 24 la suma de la quantia mensual de la prestació que hagués correspost al treballador en concepte de prestació contributiva per desocupació i l'import mensual de la quota satisfeta pel treballador en el conveni especial subscrit per ell. Amb aquesta regulació, com apunten DEL REY i GALA, es pretén amb la nova regulació que “la jubilación anticipada suponga el el menor obstáculo posible para los procesos de prejubilación, considerador, por otra parte, como una vía irreversible hacia la jubilación del trabajador”. És a dir, s'intenta establir una connexió entre els acords de prejubilació voluntaris i l'accés a la jubilació anticipada, per tal que se salvin els obstacles que suposaven la inscripció com a demandant de treball i, especialment, el cessament involuntari del treball, tot facilitant-se de fet l'accés a la jubilació anticipada en aquets casos, ja que abans només era possible a través de la via de la jubilació anticipada per mutualistes<sup>691</sup>.

Relacionat amb l'extinció de la relació laboral de les persones d'edat hi ha la via de l'expedient de regulació. De fet, sovint la decisió de jubilar-se anticipadament no respon a una lliure decisió del treballador, sinó com a conseqüència d'expedients de regulació de treball que tramita l'empresari juntament amb els representants dels treballadors davant l'autoritat laboral per obtenir l'autorització administrativa que habilita l'extinció de contractes de treball en els casos d'acomiadaments col·lectius. Els treballadors s'acullen voluntàriament a aquest sistema de prejubilacions. En aquest sentit,

---

<sup>690</sup> El RD 1132/2002 desenvolupa a la seva disposició transitòria primera les causes per les quals el treballador pot accedir anticipadament a la jubilació, segons si el treballador procedeix d'una activitat laboral, o bé de la percepció d'una prestació o subsidi per desocupació.

<sup>691</sup> DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., “La regulación...*op cit.* pàg. 675.

l'expedient de regulació de treball pot provocar que els treballadors vegin reduïda la quantia de la seva pensió, excepte que el treballador subscrigui un Conveni especial, davant el qual, el treballador ha de suportar la càrrega financera derivada de l'abonament de les corresponents cotitzacions.<sup>692</sup> En aquesta línia, la Llei 35/2002 incorpora la Disposició addicional 31<sup>a</sup> a la LGSS mitjançant el seu article 7 on es preveu la obligatorietat de que l'empresa financi el conveni especial en determinats expedients de regulació quan es tracti d'empreses no inmerses en un procediment concursal, que afectin a treballadors amb 55 o més anys i que no tinguessin la condició de mutualista l'1 de gener de 1967. Es disposa que fins als 61 anys el conveni especial és finançat per l'empresari, i a partir dels 61 anys el treballador pot optar per accedir a la jubilació anticipada o pagar a càrrec seu les cotitzacions del conveni. La finalitat de la present mesura és, doncs limitar l'ús abusiu dels expedients de regulació de treball per part de l'empresari per reduir despeses<sup>693</sup>.

Per últim, és necessari per a poder accedir a la jubilació anticipada a 61 anys, segons la disposició final de la Llei 35/2002 que incorpora un nou apartat 3 a la disposició addicional 8<sup>a</sup> LGSS, que la pensió sigui reconeguda pel Règim General, pel Règim Especial de la Minería del Carbó o pel Règim Especial de Treballadors del Mar, ja que, poden acollir-se al procediment per l'accés a la jubilació anticipada amb coeficients reductors els treballadors enquadrats en el Règim General, en el Règim Especial de la Minería del Carbó, així com els treballadors per compte aliè del Règim Especial de Treballadors del Mar, segons especifica la Disposició final primera.1 de la Llei 35/2002 i article 1 del RD 1132/2002).<sup>694</sup> Juntament a aquests, l'article 1.5 RD 1132/2002 preveu que també podran accedir a la jubilació anticipada els beneficiaris de la prestació per desocupació quan aquesta prestació s'extingeixi per esgotament del termini de duració o per passar a ser pensionista de jubilació, els beneficiaris del subsidi de prejubilació i els treballadors majors de 52 anys que no reuneixin els requisits per accedir a aquest subsidi, una vegada esgotada la prestacions per desocupació i quan continuïn inscrits a les oficines del servei públic d'ocupació.

---

<sup>692</sup> PANIZO ROBLES, J.A., "Las modificaciones...*op cit.* pàg. 81

<sup>693</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "La jubilación total...*op cit.* pàg. 89

<sup>694</sup> Es deixa a fora de l'accés a la jubilació anticipada als treballadors enquadrats en els Règims Especials d'Autònoms, Agrari, Empleats de la Llar, així com als treballadors per compte pròpia del Règim Especial del Mar.

Una vegada s'ha causat el dret a la jubilació anticipada es procedeix a calcular la pensió, primer com si el treballador tingués 65 anys, després aplicant-hi els coeficients reductors. En l'aplicació dels coeficients el criteri és similar al procediment destinat als mutualistes, ja que es pot sol·licitar la pensió a qualsevol edat entre els 61 i 64 anys, operant una reducció de la quantia de la pensió per cada any o fracció d'any que, en el moment del fet causant, li falti al treballador per complir els 65 anys. Així, es preveu a l'article 3 de la Llei 35/2002 i també a l'article 2.1 del RD 1132/2002 que amb 30 anys complerts de cotització acreditats s'aplica el 8% de reducció a la pensió, entre 31 i 37 anys s'aplica el 7'5% de reducció, entre 35 i 37 s'aplica el 7% de reducció, entre 38 i 39 s'aplica el 6'5% i amb 40 i més anys de cotització acreditats, s'aplica el 6% de reducció de la pensió.

Per altra banda, cal també esmentar que la Llei 35/2002 incorpora una nova modalitat de jubilació anticipada establerta a la Disposició Addicional primera de la Llei 35/2002 que afegeix un segon paràgraf a l'article 161.2 LGSS. És una mesura dirigida al col·lectiu de persones minusvàlides, amb, almenys, un grau de minusvalidesa igual o superior al 65% que es preveu que es desenvoluparà al corresponent Reial Decret que s'acordi a proposta del Ministre de Treball i Assumptes Socials<sup>695</sup>. Es un tipus d'avançament de l'edat de jubilació similar a l'establert a la reducció d'edat de jubilació perillositat, toxicitat i penositat, on no es contempla una penalització per la reducció respecta a la quantia de la pensió, computant-se com a cotitzat el període entre l'edat real de jubilació i els 65 anys referit al percentatge que s'aplica a la base reguladora. És una mesura que té en compte que a vegades el treball dels discapacitats suposa un desgast i un esforç superior al de la resta de treballadors<sup>696</sup>

Així doncs, pel que s'ha pogut observar, tot i que l'esperit de la Llei 35/2002 és incentivar el perllongament de la vida laboral dels treballadors d'edat avançada, la Llei en realitat no desincentiva les jubilacions anticipades sinó que n'augmenta l'àmbit subjectiu dels que poden acollir-s'hi i modifica, de forma favorable als interessos dels treballadors, els coeficients reductors de la quantia de la pensió de jubilació que els hi

---

<sup>695</sup> La regulació es va fer efectiva al *Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía (BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003)*

<sup>696</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "La jubilación total...op cit. pàg. 110



correspongui.<sup>697</sup> Com expressa CAMÓS, “es difícilmente compatible un sistema com el vigent en Espanya, en què els supòsits de anticipació de l'edat de jubilació i de jubilacions anticipades són nombroses amb la tendència cada vegada més accentuada de establir un retir flexible i progressiu. El legislador espanyol, a la llum dels més recents canvis normatius operats demostra una desorientació manifestada clarament en el fet de voler, a la vegada, mantenir encara vigents i ampliar els diversos i múltiples supòsits de jubilació anticipada amb un tímid intent de fomentar la permanència en actiu més allá de l'edat ordinària de jubilació”<sup>698</sup>.

### 3.1.3 La jubilació parcial

La jubilació parcial va ser introduïda a l'ordenament jurídic espanyol a través de la *Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificació de determinats articles de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores*<sup>699</sup> com mesura de foment de l'ocupació i per això tradicionalment ha estat lligada al contracte de relleu<sup>700</sup>. De manera que, com diu GARCÍA-PERROTE, “la mezcla y el mantenimiento simultáneo de una situación de jubilación (parcial) y de trabajo (parcial) es, así, la auténtica seña de identidad de la jubilación parcial”<sup>701</sup>. En altres paraules, la jubilació parcial necessita que la jubilació no sigui completa i que el contracte de treball del jubilat parcial no sigui a jornada completa.

Fins al moment, la jubilació parcial ha estat reformada diverses vegades<sup>702</sup>, però a la pràctica la jubilació parcial ha tingut poc èxit<sup>703</sup> degut a la complexitat de la seva

---

<sup>697</sup> FERRADANS CARAMÉS, C., “El contrato de relevo y la jubilación parcial en un contexto de fomento de la prolongación de la vida activa de los trabajadores” *Civitas: Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 130, 2006. pàg. 335.

<sup>698</sup> CAMÓS VICTORIA, I., *Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*. Tirant lo blanch, València, 2003. pàg. 79, 80, 82

<sup>699</sup> BOE, núm. 186, de 4 d'agost de 1984.

<sup>700</sup> RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R., “La jubilación flexible y la jubilación parcial”, *Tribuna Social*, núm. 152-153, 2003, pàg. 27.

<sup>701</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La jubilación parcial y el contrato de relevo” dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 1017.

<sup>702</sup> El Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad (BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1998), va ampliar de 62 a 60 anys l'edat d'accés a la jubilació parcial i va ampliar la reducció de jornada entre un mínim del 30% a un màxim del 77% a diferència del rígid 50% establert anteriorment, la *Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes del mercado de trabajo para el*

articulació i el cost addicional que comporta per l'empresa el manteniment de dos treballadors ocupin el mateix llocs<sup>704</sup>.

La jubilació parcial contemplada per l'article 12 ET<sup>705</sup> no tenia una regulació pròpia, fins que arrel de la Llei 35/2002 es recull aquesta modalitat de jubilació a l'article 166 LGSS. Amb tot, l'article 166.4 LGSS preveu la necessitat de desenvolupament reglamentari que es va dur a terme amb el RD 1131/2002.

El propòsit del RD 1131/2002, d'acord amb el que estipulava el Pacte de Toledo, introduir una major flexibilitat en l'accés a la jubilació, tot dotant-la de gradualitat i progressivitat, així com evitar una ruptura brusca entre la vida activa i el pas a la jubilació. Les modificacions que aporta el RD 1131/2002 dirigides a la consecució d'aquest propòsit eliminen algunes rigideses de la regulació anterior<sup>706</sup>.

En efecte, amb la reforma de la Llei 35/2002 i el desenvolupament del RD 1131/2002, el concepte de jubilació parcial deixa d'estar limitat al compliment dels 65 anys, i es contemplen per primera vegada les dues formes de jubilació parcial que comprèn l'article 166 LGSS. D'una banda, els treballadors que reuneixin totes les condicions exigides per tenir dret a la pensió de jubilació, excepte l'edat, poden accedir a la jubilació parcial a partir dels 60 anys, amb la necessitat de que se celebri un contracte de relleu al mateix temps. Per altra banda, i com a fou ja introduït per la *Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*<sup>707</sup>, la jubilació parcial a la que poden accedir els treballadors que hagin complert l'edat ordinària de jubilació i sense necessitat de la celebració simultània d'un contracte de relleu. Així ho

---

*incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE núm. 164, de 10 de juliol de 2001)* va introduir uns límits de reducció de jornada més flexibles, d'entre el 25% i el 85% ; la *Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 131, de 31 de desembre de 2001)*, que va obrir la possibilitat de compatibilitzar un treball a temps parcial amb l'accés a una pensió de jubilació més enllà dels 65 anys i sense condicionar-la a la celebració d'un contracte de treball.

<sup>703</sup> Segons les dades que proporciona LÓPEZ CUMBRE, a partir de 1984 el nombre de contractes de relleu que se subscriuen és baix: 275 l'any 1984, 1944 l'any 1985, 904 l'any 1987, 1473 l'any 1988, 1565 l'any 1989, 2283 l'any 1990, 2611 l'any 1991, 2182 l'any 1992, 1582 l'any 1993, 219 l'any 1994, 238 l'any 1995 i 223 l'any 1996. LÓPEZ CUMBRE, L., "Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo, La jubilación al servicio del reparto de empleo", *Tribuna Social*, núm. 85, 1998. pàg. 69.

<sup>704</sup> PUMAR BELTRAN, N., "La jubilación parcial como manifestación de flexibilidad", *Temas Laborales*, núm. 82, 2005. pàg. 141.

<sup>705</sup> L'article 12 ET regula el contracte de jubilació parcial i el contracte de relleu.

<sup>706</sup> GARCIA NINET, J.I., "Jubilación parcial y jubilación flexible y contrato de relevo. Nuevos intentos de utilización de esta modalidad contractual. Reparto del empleo e incentivo a la prolongación de la vida laboral a tiempo parcial" *Tribuna Social*, núm. 147, 2003. pàg. 7.

<sup>707</sup> *BOE núm. 313, de 31 de desembre de 2001*

recull l'article 9 del RD 1131/2002 que considera la jubilació la jubilació parcial com aquella que s'inicia, després del compliment dels 60 anys, de forma simultània o no amb un contracte de treball a temps parcial, d'acord amb els articles 166 LGSS i 12.6 ET. A aquests efectes, es tindran en compte les bonificacions o anticipacions d'edat que, en el seu cas, corresponguin<sup>708</sup>. No hi ha dubte que amb aquestes dues possibilitats de jubilació parcial, abans dels 65 anys i després, es pretén flexibilitzar i ampliar al màxim les possibilitats del treballador que s'aproxima a l'edat de jubilació o que ja ha complert l'edat ordinària de jubilació. s'intenta aconseguir que la jubilació parcial s'utilitzi més i així retardar l'accés a la pensió de jubilació<sup>709</sup>.

Són beneficiaris de la jubilació parcial, de conformitat amb l'article 10 del RD 1131/2002, els treballadors per compte aliè, integrats en qualsevol Règim de la Seguretat Social que tinguin, com a mínim 60 anys i a més reuneixin la resta de condicions exigides per tenir dret a la pensió contributiva de jubilació de la Seguretat social<sup>710</sup>. Són els requisits establerts a l'article 161.1.a) LGSS, segons el qual, s'exigeix tenir 65 anys i també comptar amb un període de cotització de 15 anys, dels quals, almenys 2, han d'estar compresos en el període dels 15 anys immediatament anteriors en el moment en què s'entengui causada la pensió. D'aquestes condicions, doncs, s'excepciona l'edat, la qual haurà de ser, com a mínim, cinc anys inferior a la que s'exigeixi amb caràcter general, és a dir, 60 anys.

Es preveu que el treballador concertarà, previ acord amb la seva empresa, de forma que és una novació contractual, un contracte a temps parcial, reduïnt la jornada de treball i

---

<sup>708</sup> Els 60 anys que s'exigeixen, doncs, poden ser reals o resultat de les bonificacions i anticipació de l'edat contemplats en els Règims Especials dels treballadors del mar, de mineria del carbó, treballadors ferroviaris o personal de vol, així com en determinades categories d'artistes i professionals taurins. En aquests casos, l'edat de 60 anys és substituïda per la que correspongui en aplicació dels coeficients reductors de l'edat de jubilació, o per la que resulta de reduir en cinc anys la que estigui establerta com a edat ordinària de jubilació per aquests col·lectius.

<sup>709</sup> DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., *La jubilación gradual i flexible*. Tirant lo blanch, València, 2004. pàg. 97.

<sup>710</sup> La Disposició final 1<sup>a</sup> de la Llei 35/2002 modifica l'apartat 3 de la Disposició Addicional 8<sup>a</sup> LGSS i preveu que podran accedir a la jubilació parcial els treballadors per compte pròpia inclosos en els Règims Especials dels treballadors del mar, agraris i autònoms en els termes i condicions que s'estableixin reglamentàriament. I el desenvolupament reglamentari que preveu l'article 166 LGSS és el RD 1131/2002 que, de fet, limita l'accés a la jubilació parcial als treballadors per compte aliè ja que no hi ha hagut aquest desenvolupament reglamentari, tenint en compte les dificultats tècniques que comporta el reconeixement i constatació de la dedicació parcial respecte de les activitats per compte propi. A la pràctica, doncs, queden exclosos de l'accés a la jubilació parcial els treballadors autònoms. PUMAR BELTRAN, N., "La jubilación parcial...op. cit. pàg. 151.

conseqüentment el salari, entre un mínim d'un 85% i un màxim d'un 85% d'aquells, en els termes prevists per l'article 12.6 ET. Els percentatges indicats s'entendran referits a una jornada de treball d'un treballador a temps complet comparable.

Respecte a les condicions que ha de complir el contracte a temps parcial que subscriu el treballador que accedeix a la jubilació parcial, ja sigui abans dels 65 anys o amb 65 o més anys, l'article 12.6 ET<sup>711</sup> estableix els límits de la jornada de treball i del salari entre un mínim d'un 25% i un màxim d'un 85%. Aquests percentatges s'entenen referits sempre a una jornada de treball d'un treballador a temps complet comparable, la definició de la qual es troba al segon paràgraf de l'article 12.1 ET, on es disposa que "se entenderá por *trabajador a tiempo completo comparable* a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal". Per altra banda, la reducció que suposa la jornada de treball del treballador que es jubila parcialment, pot efectuar-se des d'un contracte a temps complet, així com també des d'un contracte a temps complet anterior, tot i que amb una jornada més reduïda que la que es realitzava<sup>712</sup>.

Per poder reconèixer la pensió de jubilació parcial, quan el treballador hi accedeixi a una edat inferior als 65 anys, sense tenir en compte les bonificacions o anticipacions de l'edat de jubilació que correspongui, l'empresa haurà de concertar simultàniament un contracte de relleu amb un treballador en situació de desocupació o que tingui anteriorment concertat un contracte de duració determinada, amb el propòsit de substituir la jornada de treball deixada vacant pel treballador que es jubila parcialment. En contrast, en els supòsits que s'accedeixi a la jubilació parcial amb 65 anys d'edat, sense que tampoc es tinguin en compte les bonificacions o anticipacions de l'edat de jubilació que correspongui, no serà precís que se celebri simultàniament un contracte de relleu, sempre i quan concorrin la resta de requisits exigits (art. 10 RD 1131/2002). Per

---

<sup>711</sup> L'apartat 6 de l'article 12 ET va ser modificat per l'article 7.1 de la Llei 12/2001, de 9 de juliol, on hi figuren les condicions que ha de reunir el contracte a temps parcial del treballador que accedeix a la jubilació parcial.

<sup>712</sup> En tot cas, s'ha de tenir en compte que en reduir la jornada sobre un treball anterior, tant a temps complet com a temps parcial, els límits de referència han de ser els d'un treballador temps complet comparable i la jornada que es redueix no pot ser inferior al 15% d'una jornada a temps complet comparable. FERNÁNDEZ ORRICO, F.C., dins SEMPÈRE NAVARRO, A.V (director) *Pensiones por jubilación o vejez*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004. pàg. 384.

tant, serà potestatiu celebrar un contracte de relleu, però en tot cas, no serà condicionant per poder optar a la jubilació flexible i parcial.

En tot cas, la celebració del contracte de relleu haurà de reunir els requisits previstos a l'article 12.6 segons els qual, el contracte ha de celebrar-se a jornada parcial o completa, ser a temps indefinit o temporal, l'horari laboral del treballador rellevista podrà completar el del treballador rellevista o ser simultani amb el del treballador jubilat parcialment siguin simultanis, i el lloc de treball del rellevista podrà ser el mateix que el del treballador substituït o un de similar. El contracte de relleu ha de formalitzar-se per escrit en un model oficial i hi haurà de constar el nom, l'edat i circumstàncies professionals del treballador substituït i les característiques del lloc de treball que desenvoluparà el treballador rellevista, segons disposa l'article 12.6.c) ET introduït per la Disposició addicional 1ª RD 1131/2002.

Pel que fa a la necessitat de manteniment tant del contracte a temps parcial com del contracte de relleu, segons estableix la Disposició addicional 2ª RD 1131/2002, si durant la vigència del contracte de relleu, i abans de que el treballador substituït compleixi l'edat que li permet accedir a la jubilació ordinària o anticipada, es produeix el cessament del treballador rellevista l'empresari ha de substituir-lo per un altre en situació de desocupació o que tingui a l'empresa una relació per un temps determinat.

En cas que el treballador jubilat parcialment sigui acomiadat improcedentment abans de complir l'edat que li permet accedir a la jubilació ordinària o anticipada i no es procedeixi a la seva readmissió, l'empresa ha d'oferir al treballador rellevista l'ampliació de la seva jornada de treball. De no ser acceptada per part del treballador, l'empresa haurà de contractar a un altre treballador desocupat o contractat per l'empresa amb contracte de duració determinada. Si la jornada de treball del rellevista fos superior a la jornada deixada vacant, l'ampliació de la jornada a què s'acaba de fer referència tindrà com a límit la jornada a temps complet establerta en el conveni col·lectiu d'aplicació, o en defecte seu, la jornada ordinària màxima legal.

En aquest sentit, les noves contractacions han de fer-se en la modalitat de contracte de relleu, tant si es tracta de substituir al rellevista com si es tracta de substituir al treballador que havia reduït inicialment la seva jornada de treball.

El fet causant de la pensió de jubilació parcial s'entén produït el dia del cessament de la jornada de treball que es tingué amb anterioritat, sempre que en aquesta data, s'hagi subscrit el corresponent contracte a temps parcial i, si és necessari, també el contracte a temps parcial (art. 11 RD 1131/2002).

De conformitat amb l'article 12 RD 1131/2002, la quantia de la pensió de jubilació parcial serà el resultat d'aplicar el percentatge de reducció de jornada a l'import de pensió que correspongués, d'acord amb els anys de cotització que acrediti el treballador en el moment del fet causant. La pensió és calculada de conformitat amb les normes generals de Règim a la Seguretat Social de què es tracti, però sense l'aplicació del coeficient addicional del 2% a què es refereix l'article 163 LGSS.

Per determinar el percentatge aplicable a la base reguladora de la pensió de jubilació parcial, quan s'hi accedeixi abans dels 65 anys, no s'aplicaran coeficients reductors en funció de l'edat.

Així doncs, la finalitat de la jubilació parcial és un mitjà per aconseguir un millor repartiment del treball, així com propiciar el manteniment dels treballadors d'edat a l'activitat, encara que sigui amb un contracte de jornada més reduïda<sup>713</sup>. De forma que no és només una mesura per adelantar l'edat de jubilació combinada amb el repartiment de treball, sinó també serveix com a incentiu de la jubilació gradual després dels 65 anys<sup>714</sup>.

### **3.1.4 La jubilació flexible**

La jubilació flexible, introduïda per la Llei 32/2002 en el seu primer article i incloent-lo en un apartat 1 de l'article 165 LGSS, està dirigida a aquella persona que, comptant ja amb l'edat mínima de jubilació, una vegada causada la pensió de jubilació, opta per compatibilitzar la pensió amb un treball a temps parcial, amb subjecció als límits de l'article 12.6 ET. En aquests casos, disminueix la quantia de la pensió en proporció inversa a la reducció aplicable a la jornada de treball respecte a un treballador a temps

---

<sup>713</sup> PANIZO ROBLES, J.A., "Jubilación parcial y contrato de relevo". *Revista de Estudios Financieros*, núm. 223, 43/2001, pàg. 85.

<sup>714</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., *La jubilación parcial*. Editorial Bomarzo. Albacete, 2004. pàg. 23.

complet comparable<sup>715</sup> en els termes assenyalats a l'article 12.1 ET.<sup>716</sup> Es compara amb un treballador diferent al jubilat de forma flexible, d'acord amb FERNÁNDEZ ORRICO perquè la jubilació del treballador jubilat flexiblement “no proviene de una situación personal de activo a la que se pudiera posteriormente los límites de reducción, a diferencia de la jubilación parcial que proviene de una situación personal de activo del trabajador que accede a la misma”. De forma que no hi ha un punt de referència a la reducció, el pensionista que es jubila no es pot comparar a un treballador<sup>717</sup>.

Podria pensar-se que es tracta d'un mecanisme molt similar al de jubilació parcial però que totes dues modalitats arriben a un mateix resultat, el de compartir activitat laboral i pensió de jubilació simultàniament. No obstant, el seu punt de partida és diferent, essent l'activitat laboral a la jubilació parcial i la pensió de jubilació a la jubilació flexible. De forma que respecte a la jubilació flexible no és possible accedir-hi si no es reuneixen els requisits exigits per a jubilar-se, inclosa l'edat sigui ordinària o anticipada. Mentre que respecte a la jubilació parcial només és possible accedir-hi des d'una situació de trobar-se laboralment actiu i estar d'alta a la Seguretat Social<sup>718</sup>.

El desenvolupament normatiu dels termes del funcionament de la jubilació flexible es troba al RD 1132/2002. Especifica que el camp d'aplicació de la jubilació flexible són tots els Règims de la Seguretat Social excepte els funcionaris civils de l'Estat, el Règim especial de les Forces Armades i al Règim especial al servei de l'Administració de Justícia.

---

<sup>715</sup> Aquest concepte de jubilació flexible està desenvolupat a l'article 5.1 del RD 1132/2002, pel qual “Se considera como situación de jubilación flexible 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 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, 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, en los términos señalados en el apartado 1 del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores antes mencionada”.

<sup>716</sup> Segons el tenor literal de l'article 12.1, paràgraf segon ET, “se entenderá por *trabajador a tiempo completo comparable* a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal”.

<sup>717</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Una respuesta a la viabilidad...*op cit.* pàg. 7

<sup>718</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Una respuesta a la viabilidad...*op cit.* pàg. 7

La jubilació flexible té com a base la disposició Addicional 6<sup>a</sup> LGSS<sup>719</sup> que estableix la facultat del Govern que podrà atorgar desgravacions o deduccions de cotitzacions socials en aquells supòsits en què el treballador opti per mantenir-se en actiu, una vegada assolida l'edat de 65 anys, amb una suspensió proporcional en la percepció de la pensió.

Així, la nota característica de la jubilació flexible és la compatibilitat de la percepció de la pensió de jubilació amb un treball a temps parcial. L'article 6 RD 1132/2002 preveu que el pensionista, abans d'iniciar el treball a temps parcial, haurà de comunicar aquesta circumstància a l'entitat gestora. D'acord amb l'article 6.3 RD 1132/2002, la pensió, en l'import corresponent a l'activitat a temps parcial, des de la data d'inici de les corresponents activitats i l'obligació de reintegrament del que s'ha percebut indegudament, sens perjudici de les sancions que procedeixin d'acord amb el que preveu la LISOS<sup>720</sup>.

En quant al règim d'incompatibilitats, l'article 7 RD 1132/2002 precisa que la pensió de jubilació flexible serà incompatible amb les pensions d'incapacitat permanent que poguessin correspondre per l'activitat desenvolupada, amb posterioritat al reconeixement de la pensió de jubilació, sigui quin sigui el règim en què es causi. Pel contrari, la percepció de la pensió de jubilació flexible serà compatible amb les prestacions d'incapacitat temporal o de maternitat, derivades de l'activitat efectuada a temps parcial.

Respecte dels efectes de les cotitzacions efectuades durant els períodes de suspensió parcial de la jubilació i realització de treball a temps parcial, l'article 8 del RD 1132/2002 disposa que les cotitzacions fetes durant la suspensió parcial de la percepció de la pensió de jubilació, tindran efectes per la millora de la pensió una vegada s'hagi produït el cessament en el treball, aplicant unes regles. La primera segons la qual es procedirà a calcular de nou la base reguladora, mitjançant el còmput de les noves cotitzacions i aplicant les regles que estiguin vigents en el moment del cessament de l'activitat. Les noves cotitzacions es computaran pel seu valor real no aplicant-se per

---

<sup>719</sup> DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., La jubilación gradual...*op cit.* pàg. 156

<sup>720</sup> *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* ( BOE núm. 189, de 8 d'agost de 2000).



tant regles favorables com les previstes pel cas de la jubilació parcial.<sup>721</sup> Si l'aplicació el que estableix la regla dóna com a resultat una reducció de l'import de la base reguladora anterior, es mantindrà aquesta última, si bé aplicant a la quantia de la pensió les revaloritzacions que hi hagin hagut des de la data de la determinació de la base reguladora fins al cessament en el treball. una altra regla estableix que les cotitzacions efectuades donaran lloc a la modificació del percentatge aplicable a la base reguladora, en funció del nou període de cotització acreditat<sup>722</sup>.

Finalment cal esmentar que durant la percepció de la pensió de jubilació flexible, els seus titulars mantindran la condició de pensionista a efectes del reconeixement i percepció de les prestacions sanitàries (art. 9 RD 1132/2002).

En definitiva, la jubilació flexible és una mecanisme que pretén fomentar la reincorporació del treballador ja jubilat, augmentar la taxa d'activitat del col·lectiu de treballadors d'edat avançada, a fi de que suposi un estalvi pel sistema de seguretat social en tant que es deixarà d'abonar la part de pensió corresponent i a la vegada el jubilat estarà prestant serveis a temps parcial, fent més gradual menys traumàtic el pas definitiu a la situació de jubilació total i definitiva<sup>723</sup>.

### **3.1.5 Mesures de foment a la permanència en el mercat de treball dels treballadors d'edat avançada**

La reforma legislativa de la Llei 32/2002 pretén un objectiu d'afavorir que els treballadors es mantinguin en actiu i allarguin la seva vida laboral més enllà de l'edat ordinària de jubilació. La finalitat és augmentar la taxa d'activitat d'aquests col·lectiu de treballadors d'edat avançada i així fer front als reptes d'una societat envellida. Com a mesures de foment de la contractació i permanència en el mercat de treball dels treballadors d'edat avançada la Llei proposa tres alternatives: el subsidi de desocupació a favor dels treballadors amb 52 anys o més, la millora de la quantia de la pensió de

---

<sup>721</sup> DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., La jubilación gradual...*op cit.* pàg. 157

<sup>722</sup> També es preveu que en el cas que el treballador morís durant la situació de jubilació flexible, a efectes de càlcul de les prestacions de mort i supervivència que corresponguin, "los beneficiarios podrán optar por que aquéllas se calculen desde la situación de activo del causante o, en su caso, desde la situación de pensionista del mismo. En este último supuesto, se tomará como base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia la que sirvió para la determinación de la pensión de jubilación, aplicándose las revalorizaciones habidas desde el momento en que se determinó la correspondiente base reguladora". (art. 9 RD 1132/2002).

<sup>723</sup> DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., La jubilación gradual...*op cit.* pàg. 155

jubilació amb 65 anys o més fins i tot superant el 100% de la base reguladora, i l'exoneració de cotitzacions socials, a favor dels treballadors amb 65 anys o més.

Primerament, pel que fa al subsidi d'ocupació a favor de treballadors amb 52 anys o més, l'article 5 de la Llei 35/2002 modifica el període de percepció d'aquest subsidi assistencial. A l'anterior legislació el subsidi s'extingia quan el beneficiari complia l'edat que li donés dret a qualsevol pensió contributiva, de manera que si s'era mutualista el subsidi s'extingia a partir de 60 anys i si no s'era mutualista fins els 65 anys<sup>724</sup>. La Llei 35/2002, doncs, dóna una nova redacció l'article 216.3 LGSS i estableix que el subsidi de desocupació s'extingeix per regla general quan es compleixin 65 anys i quan es tracti de treballadors de sectors que tenen reduïda l'edat de jubilació, fins a l'edat en què puguin accedir a la jubilació. Això significa que en no extingir-se el subsidi per desocupació per majors de 52 anys pel mer fet de que el beneficiari compleixi l'edat a la que pugui tenir dret a una pensió de jubilació en la seva modalitat contributiva, es permet que el treballador desocupat pugui millorar la seva pensió de jubilació, sempre i quan aconsegueixi reincorporar-se a un lloc de treball i cotitzar per bases de cotització superiors durant els anys immediatament anteriors a la jubilació<sup>725</sup>.

En segon lloc, en referència a la quantia de la pensió de jubilació amb 65 o més anys, cal tenir en compte les normes de la Seguretat Social relatives al càlcul de la pensió de jubilació. La quantia de la pensió s'obté de l'aplicació d'un percentatge sobre la base reguladora la qual depèn de les cotitzacions acreditades<sup>726</sup>. Amb 35 anys de cotització acreditats el percentatge arriba al 100% de la base reguladora. De manera que encara que s'acreditessin més de 35 anys de cotitzacions, la quantia de la pensió no variava perquè ja s'havia assolit el 100% de la base reguladora per calcular la quantia de la pensió. Doncs bé, la novetat de la Llei 35/2002 continguda a l'article 10 radica en la possibilitat de superar el 100% de la base reguladora en els casos en què s'accedeixi a la pensió de jubilació a una edat superior als 65 anys. En aquests supòsits es preveu que el percentatge aplicable a la base reguladora respectiva és el resultat de sumar un 2% addicional al 100% per cada any que, en la data del fet causant de la pensió, s'hagi

---

<sup>724</sup> PANIZO ROBLES, J.A., "Las modificaciones en la regulación...*op cit.* pàg. 104

<sup>725</sup> RICO LETOSA, S., "Flexibilización...*op. cit.* pàg. 437

<sup>726</sup> L'article 162 LGSS estableix la forma de càlcul per trobar la base reguladora en cada cas i l'article 163 LGSS es refereix als percentatges per calcular la quantia pensió de jubilació.

cotitzat des del compliment dels 65 anys, sempre que en aquesta última data l'interessat tingué acreditats 35 anys de cotització.

Un altre mecanisme d'estimular la permanència en actiu dels treballadors d'edat avançada que incorpora la Llei 35/2002 a través de l'article 112 bis LGSS introduït per l'article 11 Llei 35/2002, és l'exoneració de cotitzacions socials, a favor dels treballadors per compte aliè o propia, majors de 65 anys que perllonguin voluntàriament la seva activitat més enllà de l'edat ordinària de jubilació i que comptin amb 35 o més anys de cotització.

En el cas dels treballadors per compte aliè que hagin complert els 65 anys, es beneficia a l'empresa en tant que se l'eximeix de la recaptació conjunta de les cotitzacions a la seguretat social, desocupació, fons de garantia salarial i formació professional (Disposició addicional 21<sup>a</sup> LGSS inclòs per l'article 11.2 de la Llei 32/2002) corresponents a l'empresa i també del treballador per contingències comunes, excepte per incapacitat temporal derivada de les mateixes, respecte dels treballadors per compte aliè contractats per temps indefinit en el Règim General o en qualsevol altre Règim Especial, amb l'excepció dels inclosos en els Règims Especials Agrari i d'Empleats de la Llar, sempre que acreditin 35 o més anys de cotització a la seguretat social.

Quant als treballadors per compte pròpia, segons la Disposició Addicional 32<sup>a</sup>.1 LGSS incorporada per l'article 13 de la Llei 35/2002, també se'ls aplica l'exoneració de quotes de la seguretat social, a excepció de la contingència d'incapacitat temporal derivada de contingències comunes, sempre que tinguin 65 o més anys d'edat, que acreditin 35 o més anys cotitzats i que es trobin enquadrats en el Règim Especial de Treballadors Autònoms.

L'exoneració comprén únicament les contingències comunes possiblement perquè, a aquestes altures de la vida laboral dels treballadors, que compten amb 65 anys o més, reuneixen suficientment la carència exigida per poder accedir a qualsevol de les prestacions<sup>727</sup>.

---

<sup>727</sup> RICO LETOSA, S., "Flexibilización...*op. cit.* pàg. 435

L'exoneració de cotitzacions socials a favor dels treballadors amb 65 o més anys és un tipus de mesura destinada a minorar les càrregues socials, essencialment de l'empresa per tal que les empreses tinguin interès en el manteniment en el treball d'aquests treballadors<sup>728</sup>, essent així una mesura de foment a la contractació dels treballadors d'edat avançada.

## **3.2 El llarg debat legislatiu, jurisprudencial i doctrinal sobre la jubilació forçosa per raó d'edat**

Tradicionalment la jubilació s'ha concebut com un dret del treballador. La incorporació a l'Estatut dels Treballadors de 1980 de la disposició addicional cinquena en la qual s'establia un límit màxim d'edat per treballar, fixat en els 69 anys, va donar lloc a un intens debat sobre la jubilació forçosa i la seva utilització en el marc de polítiques d'ocupació. El subapartat fa un repàs al desenvolupament de la regulació de la jubilació forçosa i l'abundant jurisprudència que ha generat, fins als nostres dies, quan el debat encara dura arran de la validació del TJCE de la disposició de l'ET que permet establir edats de jubilació en convenis col·lectius.

### **3.2.1 La jubilació voluntària versus la jubilació forçosa**

L'article 49 ET enumera les causes extintives generals del contracte de treball, dins les quals hi destaca la causa "por jubilación del trabajador"(art. 49.1.f) ET), i s'entén que es refereix tant a la jubilació voluntària com la forçosa. Front a la jubilació voluntària que és una extinció unilateral del contracte de treball per part del treballador<sup>729</sup>, la jubilació forçosa és una categoria d'extinció del contracte de treball per voluntat unilateral de l'empresari que és qui té la facultat de posar fi al contracte per aquesta causa, perquè

---

<sup>728</sup>PANIZO ROBLES, J.A., "Las modificaciones en la regulación...*op cit.* pàg. 107

<sup>729</sup> MELLA considera que la jubilació voluntària encaixa amb la forma de dimissió per part del treballador. MELLA MÉNDEZ, L., La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: notas sobre su naturaleza jurídica", dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 1359 pàg. 1332, 1338-1345. Contràriament, NOGUEIRA assenyala que la jubilació com a causa extintiva en la jubilació voluntària es configuraria com una resolució causal basada en la obtenció de pensió i exercici d'aquest dret, i no com un supòsit de dimissió. NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad", dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 1359 pàg. 1450.

així ho preveu una norma col·lectiva. Per aquest motiu es parla de jubilació forçosa, perquè és imposada per l'empresari quan el treballador compleix una determinada edat i sense comptar amb la voluntat del treballador.

El mer compliment d'una edat determinada per part del treballador no extingeix el contracte de treball automàticament, sinó que la causa extintiva se supedita a la voluntat de l'empresari. En efecte, l'empresari és lliure per decidir o no l'extinció i, en tot cas, el moment en què es produeix aquesta extinció. De manera que l'empresari té llibertat per decidir extingir o no el contracte quan el treballador compleix l'edat assenyalada en el conveni. A més, convé assenyalar que l'exercici d'aquesta facultat extintiva de l'empresa no prescriu, així que pot exercir-se la facultat posteriorment al moment que es compleix l'edat de jubilació. Així doncs, amb les clàusules de jubilació forçosa dels convenis col·lectius es pretenen protegir els interessos de l'empresari, tant quan s'opta per l'extinció com per la continuïtat en actiu del treballador a l'empresa<sup>730</sup>.

En les reglamentacions laborals originàries del segle XX - la Llei del Contracte de Treball de 1931 o de 1944- no s'eludia a l'extinció del contracte de treball a causa de l'edat del treballador. Solament s'assenyalava l'edat del treballador com una ineptitud sobrevinguda al treballador que li impedia desenvolupar normalment el seu treball. Aquestes disposicions van servir a la jurisprudència per determinar l'edat com a causa d'extinció de la relació laboral. Així, en defecte de previsió legal sobre la jubilació es van anar adoptant ordenances i reglamentacions per corregir aquesta mancança, algunes prenent la forma de jubilació voluntària del treballador quan assolía l'edat fixada, i d'altres com a jubilació forçosa –la majoria- , on la jubilació era un dret de l'empresari i un deure pel treballador.<sup>731</sup>

L'Ordre Ministerial d'1 de juliol de 1953<sup>732</sup> va acabar amb les diferents reglamentacions del treball que planaven dispersades en l'ordenament jurídic i va establir un règim general, uniforme i mínim respecte la jubilació com a causa d'extinció

---

<sup>730</sup> MELLA MÉNDEZ, L., *La extinción del contrato...* op cit. pàg. 1338-1345

<sup>731</sup> MELLA MÉNDEZ, L., *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002 pàgs. 21-25.

<sup>732</sup> BOE d'1 de juliol de 1953

contractual<sup>733</sup>. La jubilació s'observava sempre com un dret del treballador, que podia exercitar-lo quan reunís les condicions i requisits establerts en les disposicions que el regulaven, deixant la possibilitat de l'empresari d'extingir el contracte de treball per ineptitud.<sup>734</sup> Es tractava d'una norma imperativa<sup>735</sup>, tal i com va establir la jurisprudència<sup>736</sup>, indisponible per tant per un conveni col·lectiu i que també impedia que es pactés la jubilació forçosa en un contracte individual. En principi, doncs, en la legislació laboral anterior a 1980, l'edat no era causa d'extinció del contracte de treball.

Amb la promulgació de la *Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores*<sup>737</sup> (ET en endavant), separant-se dels seus precedents, es va optar per la idea de jubilació forçosa, a imatge i semblança de la jubilació dels funcionaris, pels quals la jubilació forçosa per raó d'edat és una figura clàssica<sup>738</sup>. La jubilació forçosa es va plasmar a la Disposició Addicional cinquena de l'Estatut dels Treballadors<sup>739</sup>. En virtut d'aquesta disposició s'establí una edat màxima laboral -69 anys-, fet que suposava limitar la capacitat de treball pels treballadors per compte aliè. Es pretenia així completar el cicle de vida laboral que s'inicia a l'edat de 16 anys acord amb l'article 6.1 ET, i que es tancaria a una edat concreta, com a màxim, als 69 anys. A més a més, el segon paràgraf de la disposició permetia que en la negociació col·lectiva es poguessin pactar lliurement edats de jubilació. Per així fer front a les corresponents prestacions i al

---

<sup>733</sup> L'article 1 de l'Ordre Ministerial de 1953 establí que "la jubilación por edad es siempre un derecho del trabajador, quien podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan".

<sup>734</sup> Afirma l'article 1 de l'Ordre Ministerial d'1 de juliol de 1953 establí "*La jubilación por edad es siempre un derecho del trabajador, quien podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones i requisistos establecidos en las disposiciones que lo regulan*". I afegia que "*este derecho reconocido al trabajador es compatible con las facultades de organización i dirección que a las empresas confiere la ley*". Amb aquest últim incís es referia a la possibilitat que l'empresa tenia d'extingir el contracte de treball en cas d'ineptitud del treballador en arribar a una edat determinada.

<sup>735</sup> MORALES VÁLLEZ, C.E., "La jubilación forzosa", *Tribuna Social*, núm. 197, 2007. pàg. 30.

<sup>736</sup> STS de 30 de juny de 1966 i de 23 d'octubre de 1967.

<sup>737</sup> BOE núm. 64, de 14 de març de 1984.

<sup>738</sup> ESTEVE SEGARRA, A.,...*op cit.* pàg. 19.

<sup>739</sup> Seguint el tenor literal de la Disposició Addicional cinquena de l'ET de 1980, "*La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos*".

mercat de treball, és a dir, a la necessitat de crear llocs de treball i reduir els índex d'atur<sup>740</sup>.

### 3.2.2 La controvertida Diposició Addicional 5ª ET de 1980

El rerafons de l'establiment de la jubilació forçosa per raó d'edat és el context econòmic dels anys setanta i vuitanta. L'economia espanyola travessava una crisi econòmica que va comportar que les taxes d'atur es disparessin alarmantment. El problema de l'ocupació va esdevenir un problema social que va centrar l'atenció del Govern. Per tal de donar solució al problema i reduir l'atur es van instrumentar mesures de repartiment del treball, entre les quals hi havia la jubilació forçosa. D'aquesta manera, en paraules de ESTEVE, “ hasta el momento, la jubilación tanto desde una perspectiva laboral (como causa de extinción), como desde una perspectiva de protección social (como pensión), respondía a intereses fundamentalmente individuales. En cambio, en la década de los 80 los intereses de la colectividad cambian el ámbito y el fundamento de la jubilación forzosa”.<sup>741</sup> El pressupòsit clàssic de la jubilació, entesa com un dret subjectiu, individual del treballador topa amb les funcions socials de política d'ocupació. En aquest sentit, TAPIA, molt crític amb l'establiment de la jubilació forçosa, estableix que la regla de jubilació forçosa “resultaba i resulta coherente únicamente con una ideología que no duda en eliminar cualesquiera libertades, incluso fundamentales, para atender a los intereses económicos de quienes dominan en los sistemas de economía de mercado”.<sup>742</sup> Contràriament RIVERO considera que la jubilació obligatòria o forçosa no suposa un obstacle per la qualificació de la jubilació com un dret individual, perquè “no significa que el derecho a la jubilación desaparezca por el efecto combinado de la habilitación legal y la regulación colectiva” sinó que més aviat” tal derecho resulta simplemente limitado”.<sup>743</sup> En tot cas, a partir dels anys setanta la jubilació laboral s'ha utilitzat constantment com un instrument de la política de l'ocupació, confluint així la dimensió individual i del dret a la jubilació i la dimensió col·lectiva regida per les necessitats socials i del mercat de treball. .

---

<sup>740</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 25 ena edició. Editorial Tecnos, Madrid 2004, pàgs. 448-449

<sup>741</sup> ESTEVE SEGARRA, A.,...*op cit.* pàg. 19.

<sup>742</sup> TAPIA HERMIDA, A., “Despido (jubilación forzosa) por convenio colectivo. (Comentario a la STJCE, Gran Sala, de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*. Núm. 10, 2008. pàg. 135

<sup>743</sup> RIVERO LAMAS, J., “La jubilación como medida del fomento del empleo”, *Civitas: Revista espanyola de Derecho del Trabajo*, núm. 131, 2006. pàgs. 533, 549-550.

La Disposició addicional cinquena va ser objecte d'una qüestió d'inconstitucionalitat plantejada d'ofici pel Magistral de Treball número 9 de Madrid davant el Tribunal Constitucional en considerar que la disposició vulnerava els articles 14 i 35 CE. La qüestió d'inconstitucionalitat va promoure's en el marc d'un procés d'acomiadament en què es va considerar que l'establiment forçós de cessar en l'activitat professional en el moment de complir 69 anys suposa limitar el dret al treball consagrat a l'article 35 CE d'aquells treballadors que desitgin continuar en actiu superada aquesta edat, de forma que suposa una discriminació per raó d'edat d'aquests treballadors. La qüestió d'inconstitucionalitat va ser resolta pel Tribunal Constitucional a la sentència 22/1981, de 2 de juliol. Aquesta sentència no es va centrar en la possible confrontació entre la jubilació forçosa i la prohibició de discriminació per raó d'edat que pot derivar-se de l'article 14 CE, sinó que va posar en relació el principi general d'igualtat amb el dret del treball de l'article 35 CE. Així, el principi d'igualtat proclamat a l'article 14 CE se sotmet a l'article 35 CE que reconeix el dret de tots els espanyols al treball, conjuminació que porta concloure que tots els espanyols tenen el dret al treball sense que prevalgui cap tipus de discriminació per raons socials. En base a aquests paràmetres el Tribunal examina la constitucionalitat de la disposició addicional cinquena de l'ET i conclou que, si bé és vàlid establir un límit mínim d'edat per tenir accés al mercat laboral a fi i efecte de protegir als joves i facilitar-los la incorporació al món del treball, tal i com estableixen els articles 6 i 7 ET, no és possible determinar cap edat màxima per finalitzar la vida laboral, "como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años i de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral", estableix a la resolució de la sentència. Per tant, no és constitucional la interpretació d'aquesta norma que fixa un límit d'edat per treballar -69 anys-, i que implica fixar un límit a la capacitat pel treball.

Això no obstant, el Tribunal sí que admet expressament que es pugui establir la jubilació forçosa, quan estigui vinculada a la política d'ocupació, que es respecti la possibilitat de que el treballador completi els períodes de carència per la pensió de jubilació. En aquesta línia el Tribunal estableix que el dret del treball "no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente" (FJ 8). L'aspecte individual ve



determinat pel dret de tots a un lloc de treball si es compleix amb els requisits necessaris de capacitat i en el dret a la continuïtat en el treball, és a dir, a no ser acomiadat sense una justa causa. Per altra banda, la dimensió col·lectiva el dret al treball implica un mandat als poders públics a dur a terme una política de plena ocupació, ja que del contrari l'exercici del dret al treball per part d'una població comporta la negació d'aquest dret a una l'altra part de la població. En aquest sentit, la política d'ocupació basada en la jubilació forçosa és una política de repartiment o redistribució de treball i com a tal, suposa la limitació del dret al treball d'un grup de treballadors per garantir el dret al treball d'un altre grup. En tot cas, aquesta limitació suposa un sacrifici personal i econòmic que ha de ser compensat. I la compensació és assegurar, com diu el Tribunal, que “el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación” (FJ 9).

En definitiva, resulta legítim constitucionalment determinar una edat màxima per treballar en el marc d'una política d'ocupació. En conclusió, seria constitucional la fixació d'una edat màxima per treball sempre que “se asegurase 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” (FJ 9). Per tant, la jubilació es posa al servei de la política d'ocupació, configurant-se, d'acord amb CAMÓS, com un punt de trobada entre la concepció tradicional de la jubilació que considera la jubilació com un dret del treballador que pot exercir en qualsevol moment i la concepció moderna que se serveix de la jubilació com un instrument dels poders públics que poden establir un límit d'edat a partir del qual el treballador es veu obligat a abandonar la seva activitat professional.<sup>744</sup>

Admesa la possibilitat d'establir una edat màxima per treballar, posteriorment el Tribunal Constitucional a la sentència 58/1995, de 30 d'abril va resoldre una qüestió d'inconstitucionalitat sobre el paràgraf segon de la Disposició addicional cinquena de l'ET, en virtut del qual, es permetia a la negociació col·lectiva la fixació d'una edat de

---

<sup>744</sup> CAMÓS VICTORIA, I., “La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social”, dins SEMPERE NAVARRO, A.V (Dir.), *Pensiones por Jubilación o Vejez*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004. pàgs. 104-105

jubilació forçosa. L'argumentació de la sentència gira al voltant del paper que li correspon al conveni col·lectiu en la matèria i les relacions entre l'autonomia individual i l'autonomia col·lectiva. Segons CORREA, aquesta sentència constitueix un dels pronunciaments principals sobre la naturalesa jurídica i eficàcia de la negociació col·lectiva, així com de la seva posició en el sistema de fonts del Dret del Treball.<sup>745</sup>

Convé recordar que l'article 37.1 CE reconeix "el dret a la negociació col·lectiva del treball entre els representants dels treballadors i la força vinculant dels convenis". El Tribunal reconeix que la negociació col·lectiva és un instrument essencial per l'ordenació de les condicions de treball i estableix que es tracta d'una facultat emanada no de la Llei sinó del propi text constitucional en aquest article 37.1 CE.

El Magistrat de Treball número 11 de Madrid que va plantejar la qüestió d'inconstitucionalitat considerava que aquest paràgraf era contrari a la CE, que el mitjà per establir la jubilació forçosa –el conveni col·lectiu- no és l'instrument idoni, ja que afecta a un dret fonamenta com és el dret al treball reconegut a l'article 35.1 CE. El Magistrat afirma que la facultat negociadora dels representants dels treballadors i empresaris no compren "el derecho que se juzga personalísimo de permanecer en un puesto de trabajo".

En aquest sentit, en aquesta sentència el Tribunal reconeix que el tema de la regulació per la negociació col·lectiva dels drets individuals és una de les qüestions més complexes i delicades del Dret del Treball. I seguidament assenyala dos principis per solucionar els problemes de les relacions entre autonomia col·lectiva i autonomia individual, i de l'autonomia col·lectiva i els drets individuals. En primer lloc, estableix que la negociació col·lectiva no pot anul·lar l'autonomia individual. En segon lloc, afirma que és precís que la negociació col·lectiva incideixi en els drets individuals, ja que, de no fer-ho, no tindria virtualitat<sup>746</sup>. Segons el Tribunal, el fet que per mitjà de la negociació col·lectiva incideixi en àmbits de llibertat individual no és incompatible amb

---

<sup>745</sup> CORREA CARRASCO, M., "La jubilación forzosa y las fuentes del derecho del trabajo". *Civitas: Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 126, 2005. pàg. 49.

<sup>746</sup> En aquest sentit, és convenient destacar el paper considerable que té de la negociació col·lectiva en l'àmbit de les relacions laborals. D'acord amb les paraules de CORREA, " (...) la Constitución reconoce la virtualidad ordenadora de la negociación colectiva como expresión del poder social que representa la autonomía colectiva y, en consecuencia, aquélla se erige en fuente material del Derecho del Trabajo (...)". CORREA CARRASCO, M., "La jubilación forzosa y las fuentes del derecho del trabajo". *Civitas: Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 126, 2005. pàg. 51.

la llibertat personal, perquè a vegades actua com a garantia bàsica de situacions individualitzades i contribueix decisivament tant en la millora de condicions de treball i de vida dels treballadors com en el benestar social general.

I en la relació dels drets individuals a la negociació col·lectiva en el cas de la jubilació forçosa, és una relació que s'articula com un joc de límits<sup>747</sup>. En efecte, segons el Tribunal, el paràgraf segon de la disposició addicional cinquena de l'ET no és inconstitucional, en la mesura que la llei estableix l'extensió dels drets individuals i l'àmbit d'actuació de la negociació col·lectiva. De manera que és el legislador qui pondera els interessos entre la permanència en el lloc de treball o la jubilació forçosa, i opta per permetre que “mediante el convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual” això sí, “en la medida en que no es establece sin compensación por el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación” (FJ 7).

Així doncs, es va declarar la constitucionalitat del paràgraf segon de la DA 5<sup>a</sup>, sempre i quan la jubilació forçosa s'acompanyés d'una compensació es limita el dret individual a una compensació pel jubilat, la qual, com establia la STC 22/1981, es concreta a la pensió de jubilació.

### **3.2.3 El canvi a la Disposició addicional 10<sup>a</sup> ET de 1995**

Continuant amb la tendència derivada del Tribunal Constitucional de vincular la fixació d'edats de jubilació forçosa com una mesura de política d'ocupació, que afavoreixi el relleu intergeneracional, d'enjovenir les plantilles, el *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*<sup>748</sup> va incloure en el seu articulat una disposició addicional desena que estableix la possibilitat de que es fixi un límit màxim d'edat per treballar com a instrument de política d'ocupació<sup>749</sup>. La disposició conté era el resultat del control

---

<sup>747</sup> ESTEVE SEGARRA, A.,...*op cit.* pàg. 38

<sup>748</sup> BOE núm. 75, de 29 de març de 1995

<sup>749</sup> La Disposició Addicional desena, sota el títol “Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación” establia: “En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a)Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la

constitucional de l'anterior disposició addicional 5<sup>a</sup>, és a dir, essencialment la STC 22/1981 que va declarar la inconstitucionalitat de la disposició addicional 5<sup>a</sup> que establia en tant que establia la incapacitat per treballar als 69 anys de forma directa i incondicionada i la STC 58/1985 que va declarar constitucional l'habilitació concedida al conveni col·lectiu pel paràgraf segon de la disposició addicional 5<sup>a</sup> per establir mesures de jubilació forçosa. Tenint presents aquests antecedents, la disposició addicional 10<sup>a</sup> disposa que la jubilació forçosa pot utilitzar-se com a mesura de treball, facultant al Govern per fixar una edat màxima laboral i permetent a la negociació col·lectiva pactar edats de jubilació.

No obstant aquesta disposició, a la dècada dels anys noranta, la política social i econòmica va canviar d'orientació, i amb el canvi, les aspiracions en matèria de jubilació són unes altres. En contra dels postulats de la jubilació forçosa lligada a una política d'ocupació per permetre el relleu intergeneracional, es passa a defensar la necessitat de flexibilitzar l'edat de jubilació, tot afavorint el perllongament de la vida activa del treballador en edat avançada i la compatibilitat entre la pensió de jubilació i la continuïtat de la vida professional. A Espanya, el canvi de rumb a Espanya es troba reflectit en el text de l'*Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse*, aprovat pel ple del Congrés dels Diputats el 6 d'abril de 1995 <sup>750</sup>, i més conegut com a "Pacte de Toledo". En la seva Recomanació desena en relació a l'edat de jubilació, el pacte estableix literalment la necessitat que "La edad de jubilación debe ser flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad". En aquest sentit, la recomanació aconsella en termes financers i socials "facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen".

La nova política d'ocupació tendeix a perllongar el cicle de vida activa a fi de millorar les taxes d'activitat i així fer front a les conseqüències derivades del nou panorama demogràfic i econòmic que s'augura a nivell mundial i en especial a Europa. En aquest sentit la nova direcció que pren la regulació de la jubilació es plasma a l'àmbit de la

---

contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.  
b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva"

<sup>750</sup> BOE núm. 75, de 29 de març de 1995

Unió Europea la *estrategia europea de empleo* (EEE), un acord pres a la Cimera Europea de Luxemburg sobre el treball de 1997, que té com a objecte coordinar les polítiques nacionals en matèria de treball. L'objectiu de l'estratègia és reduir significativament l'atur a escala europea en els anys pròxims, i per aconseguir-ho es proposa limitar el recurs als règims de jubilació anticipada i animar als treballadors per a que continuïn en el mercat laboral més enllà de l'edat habitual de jubilació<sup>751</sup>.

Degut a aquesta nova orientació de la jubilació i també per l'escàs ús i eficàcia de les mesures de foment per mitjà de convenis col·lectius que a la pràctica promoguin la substitució de treballadors jubilats forçosament i que per tant estiguin vagament recolzades en raons de política d'ocupació<sup>752</sup>, el legislador decideix suprimir la possibilitat de pactar edats de jubilació forçosa en el marc de la negociació col·lectiva. Així, la disposició addicional desena de l'Estatut dels Treballadors de 1995 va ser derogada per la disposició derogatòria única del *Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*, que amb certes modificacions va incorporar 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*<sup>753</sup>. A l'exposició de motius de la llei s'accentua el canvi d'orientació en la regulació de la jubilació, i textualment disposa "la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, que estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales". Arrel de la derogació expressa relativa a l'establiment d'una jubilació obligatòria en els convenis col·lectius, es retorna, doncs, a la jubilació voluntària.

Ara bé, amb l'entrada en vigor del Reial Decret-Llei 5/2001, de 2 de març, una de les qüestions que se susciten per part de la doctrina i la jurisprudència és determinar les

---

<sup>751</sup> Així es plasma a la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado* (COM (2001) 362 final) que concreta els objectius de l'*Estrategia Europea de Empleo (EEE)*.

<sup>752</sup> RIVERO LAMAS, J., "La jubilación como medida...*op cit.* pàg. 538. En el mateix sentit, CAMÓS VICTORIA, I., "La pensión de...*op cit.* pàg. 108

<sup>753</sup> BOE núm. 164, de 10 de juliol de 2001

conseqüències de la derogació de la disposició addicional 10<sup>a</sup> en el sentit de si es manté o no la possibilitat de pactar en el marc de la negociació col·lectiva clàusules de jubilació forçosa. I és que, si bé amb la derogació de la disposició addicional 10<sup>a</sup> ET resulta clar que se suprimeix la possibilitat que fins aleshores tenia el Govern d'utilitzar la jubilació forçosa com a instrument de política d'ocupació, no és tan clar que aquesta possibilitat també es prediqui dels convenis col·lectius.

Per un sector jurisprudencial i doctrinal la derogació afecta únicament a l'habilitació al Govern per establir edats de jubilació forçosa com a política d'ocupació, però no s'estén als convenis col·lectius en la mesura que per aquests no era necessària l'habilitació legal donat que la facultat de l'autonomia col·lectiva emana de la Constitució i no de la Llei<sup>754</sup>. Per una altra part, la derogació de la disposició addicional 10<sup>a</sup> impedeix que els convenis col·lectius estableixin establir edats de jubilació forçosa<sup>755</sup>, donat que l'habilitació legal era necessària perquè els convenis col·lectius poguessin regular aquesta matèria<sup>756</sup>.

Aquesta contradicció va ser resolta pel Tribunal Suprem en les sentències de 9 de març de 2004, (Ar. 841 i 873) en el marc d'un recurs de cassació per la unificació de doctrina, se centra en aquest plantejament, d'establir si la derogació de la disposició addicional desena que estableix un límit màxim d'edat per treballar de l'Estatut dels Treballadors de 1995 suposa la prohibició de que els convenis col·lectius continguin clàusules de

---

<sup>754</sup> En aquest sentit es va pronunciar la STSJ de Catalunya, de 29 d'octubre de 2002, la qual estableix que els convenis col·lectius poden regular una matèria deslegalitzada ja que no necessiten l'autorització expressa de la llei, donat que la seva eficàcia ve directament de la norma suprema; la STSJ de Catalunya, de 6 de febrer, de 2002 que considera que la jubilació forçosa és matèria pròpia del contingut dels convenis col·lectius, d'acord amb la regulació continguda a l'article 85.1 ET; o la STSJ de la Comunitat Valenciana, de 21 de novembre de 2002, segons la qual, la prohibició legal originària de negociar edats de jubilació forçosa del treballador, va ser derogada per la Disposició Addicional 5<sup>a</sup> a la seva versió de 1980, i per això no es pot ressuscitar aquesta prohibició.

<sup>755</sup> Segueixen aquesta línia jurisprudencial la STSJ Castilla la Mancha, de 24 d'abril de 2002 o la STSJ de Madrid, de 17 de desembre de 2002 les quals apunten que després de la derogació de la Disposició addicional 10<sup>a</sup> ET, ha desaparegut l'habilitació legal que permetia pactar aquests tipus de clàusules, i que a més les clàusules vigents en els convenis col·lectius esdevenen nul·les.

<sup>756</sup> DESDENTADO BONETE, A., DURÁN HERAS, A., "Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto", *RMTAS*, exemplar dedicat a la Jubilació flexible, núm. 1, 2002, pàg. 60. Per una exposició detallada dels arguments en contra i a favor de la doctrina sobre la possibilitat de que la negociació col·lectiva estableixi clàusules de jubilació forçosa amb la derogació de la disposició addicional 10<sup>a</sup>, MELLA MÉNDEZ, I, "Sobre la posibilidad de seguir pactando en convenio colectivo edades de jubilación tras la derogación de la DA 10<sup>a</sup> ET", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2002, pàgs. 207 i ss.

jubilació forçosa o simplement es tracta d'una simple deslegalització de la matèria que no impedeix que els convenis segueixin regulant en el futur edats de jubilació.

El Tribunal, un cop ha valorat els arguments a favor i en contra, entén que després de la mencionada derogació, no és factible que mitjançant la negociació col·lectiva es puguin establir determinades edats de jubilació forçosa per diverses raons.

Per començar, el Tribunal estableix que la disposició addicional 10<sup>a</sup> ET derogada impedia que es poguessin considerar discriminatòries les clàusules de jubilació forçosa establerta en els convenis col·lectius perquè comptaven amb una habilitació legal i es basaven en una justificació objectiva i raonable. Seguidament, l'argumentació donada pel Tribunal es refereix a la limitació del dret al treball, límit que pertany a l'àmbit de reserva de llei com es desprèn de l'article 53.1 CE. En aquest sentit el Tribunal disposa “en la actualidad no existe norma con rango legal que autorice, por razones justificadas y razonables, la limitación del derecho al trabajo y el desconocimiento del principio de igualdad”. De manera que si no existeix una norma que autoritzant la negociació col·lectiva queda sense marc habilitant per establir limitacions al dret al treball. I és que el Tribunal constata que han desaparegut les raons que van justificar la norma que autoritzava l'establiment de la jubilació forçosa, donat que la situació social i laboral actual és molt diferent a la dels anys vuitanta, i aquest canvi ha provocat que, a partir del Pacte de Toledo, es vagi plasmant un rotund gir d'orientació en la política social i econòmica que es dirigeix cap a la flexibilització de l'edat de jubilació de forma gradual i flexible. Aquesta tendència se segueix en l'àmbit europeu, en especial a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que estableix l'eradicació de la discriminació per diversos motius, entre els quals hi ha l'edat. La sentència fa un resum de la directiva i recalca el contingut del seu article 6.1 que estableix que no hi ha discriminació en les diferències de tractament per motiu d'edat quan les mesures adoptades “están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”. La Directiva va ser transposada a l'ordenament jurídic espanyol per la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de

*medidas fiscales, administrativas y del orden social*<sup>757</sup> en base a la qual s'han reforçat els articles 4.2 i 17 ET i conseqüentment, la prohibició de discriminació, entre altres motius, per raó d'edat. En efecte, derogada la Disposició adicional 10<sup>a</sup>, els convenis que entrin en vigor després d'aquesta derogació els hi és aplicable els articles 4.2 i 17 ET ET, en tant que el primer estableix el dret dels treballadors “a no ser discriminados (directa o indirectamente) para el empleo, o una vez empleados.. por razones (..) edad dentro de los límites marcados por esta Ley..”, i el segon precepte disposa que “se entenderán nulos y sin efecto (...) las cláusulas de los convenios colectivos... que contengan discriminaciones.. desfavorables por razón de edad”

El Tribunal utilitza l'exposició de motius de la Llei 12/2001 i emfatitza la idea que contenia el preàmbul en funció del qual la jubilació forçosa establerta per la disposició adicional 10<sup>a</sup> era un instrument d'una política de treball per un temps i realitat que difereix de l'actual. Així doncs, la norma legal, en aplicació de l'article 14 CE i de la normativa comunitària prohibitiva per l'actuació de la negociació col·lectiva en l'establiment d'edats de jubilació forçosa són els articles 4.2 i 17 ET que impedeixen la discriminació directa o indirecta per raó d'edat.

els motius exposats, el Tribunal sentència que la derogació de la disposició adicional 10<sup>a</sup> no suposa la resurrecció de l'Ordre Ministerial de l'1 de juliol de 1993, de manera que ha desaparegut el marc habilitant de la negociació col·lectiva, cosa que impedeix a la negociació col·lectiva establir edats de jubilació forçosa. Tanmateix, l'impediment no és d'aplicació als convenis negociats amb anterioritat a la desaparició d'aquesta disposició adicional 10<sup>a</sup>. D'aquesta manera, el Tribunal distingeix entre les clàusules d'aquest tipus ja existents en convenis col·lectius vigents i la possibilitat de fixar noves clàusules de jubilació forçosa. En aquest sentit el Tribunal entén que la derogació de la disposició adicional 10<sup>a</sup> ET no influeix sobre la vigència dels pactes de jubilació forçosa que poguessin contenir els convenis col·lectius vigents en el temps que es va derogar la disposició, perquè els pactes es van celebrar vàlidament en el seu moment seguint una determinada política d'ocupació, en paraules del Tribunal, “temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los Convenios en cuuestion, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciias entre los recíprocos derechos de las partes

---

<sup>757</sup> BOE núm. 313, de 31 de desembre de 2002



negociadoras, debe salvaguardarse” Aquesta conclusió es fonamenta en el que disposa la Disposición transitoria 2ª del Codi Civil, segons el qual “los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas”. Per tant, es pot continuar aplicant la clàusula del corresponent conveni col·lectiu tot i estar derogada la norma habilitant, sense que s’incorri en discriminació del principi d’igualtat<sup>758</sup>.

### **3.2.4 La reintroducció de la jubilació forçosa a través de la Llei 14/2005, d’1 de juliol**

Quatre anys després de la derogació de la disposició addicional, per tercera vegada, en vistes als problemes derivats de l’impacte de dita derogació, va recuperar-se legalment la jubilació forçosa a la negociació col·lectiva per mitjà la *Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación*<sup>759</sup>. La mesura troba la seva justificació al preàmbul de la llei. En aquest sentit, es recalca a l’Exposició de Motius de la Llei, que “recientes sentencias del Tribunal Supremo han interpretado, en síntesis, que, dada la ausencia de una norma legal habilitante de la negociación colectiva en esta materia, no es actualmente posible establecer en los convenios colectivos cláusulas con esta finalidad. Esta interpretación jurisprudencial ha supuesto que, a día de hoy, se haya producido cierta inseguridad jurídica que está motivando problemas en la negociación colectiva en determinados ámbitos”

Així, a l’Estatut dels Treballadors es torna a incloure una disposició addicional 10ª que preveu la possibilitat que en els convenis col·lectius s’estableixin clàusules que possibilitin l’extinció del contracte de treball pel compliment per part del treballador de

---

<sup>758</sup> ALBIOL MONTESINOS, A., “Jubilación forzosa y convenio colectivo”. dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 1359 i ss. L’autor tracta de quan pot estimar-se vigent el conveni col·lectiu negociat a l’empara de la disposició addicional 10ª ET, que després va ser derogada, i, conseqüentment fins a quin moment l’empresari podria actuar vàlidament la clàusula de jubilació forçosa. Conclou que la postura del TS d’entendre que la derogació de la disposició addicional 10ª ET va tenir vocació *ad futurum* però que la derogació no afectava als convenis vigents quan va entrar en vigor la reforma, va portar a minimitzar el seu abast en poder defensar la vigència d’aquestes clàusules convencionals de jubilació forçosa en un major número de supòsits dels que segurament desitjava el legislador de 2001.

<sup>759</sup> BOE núm. 157 de 2 de juliol de 2005

l'edat ordinària de jubilació sempre i quan aquesta mesura es vinculi a objectius coherents amb la política d'ocupació.

El primer paràgraf de la nova disposició adicional 10<sup>a</sup> assenyala que “en los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social”. L'edat ordinària de jubilació es refereix a l'edat general de 65 anys o a l'edat fixada per sectors professionals concrets. Així queda suprimida la possibilitat de que en els convenis col·lectius puguin “pactar-se lliurement edats de jubilació” que s'establia anteriorment a la derogada disposició adicional 10<sup>a</sup>. El propòsit del legislador és eliminar jubilacions forçoses per sota dels 65 anys.

A banda del compliment de l'edat ordinària de jubilació, l'extinció forçosa del contracte de treball queda subjecte a que “el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva”, segons estableix la Llei 14/2005. De forma que el conveni col·lectiu pot disposar l'extinció forçosa del contracte d'aquell treballador amb 65 anys d'edat i que compti amb 15 anys de cotització. En cas que el treballador no tingues cobert el període mínim de cotització que són 15 anys i l'empresari que extingeixi el contracte per raons d'edat, el supòsit serà d'acomiadament, que podrà ser impugnat i declarar-se nul en tractar-se d'una decisió empresarial extintiva de discriminació per raons d'edat<sup>760</sup>.

Per últim, a fi i efecte de que es puguin establir lícitament en un conveni col·lectiu clàusules que comportin l'extinció del contracte per compliment de l'edat ordinària de jubilació per part del treballador, la nova disposició adicional 10<sup>a</sup> exigeix que “esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la

---

<sup>760</sup> ALBIOL MONTESINOS, A., “Jubilación forzosa y convenio colectivo”. dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 1365.

transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”.

Una qüestió que suscita la disposició adicional 10ª és quin règim s’aplica als convenis col·lectius anterior a l’entrada en vigor d’aquesta Llei 14/2005. En virtud de la Disposició Transitòria única de la Llei, “las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva”. I a continuació afegeix, “Lo dispuesto en el párrafo anterior –és a dir, la validesa atorgada a clàusules anteriors, no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor”.

La Sentència del Tribunal Suprem de 10 d’octubre de 2005, resolta en unificació de doctrina, és la primera en pronunciar-se sobre aquesta qüestió després de la publicació de la Llei 15/2005. El Tribunal, tenint en compte el que disposa la Disposició transitòria única de la Llei, expressa, “sin entrar ahora en los problemas que esta disposición puede plantear a la vista de las garantías que establece el artículo 9.3 CE, lo cierto es que la nueva ley y el problema de retroactividad que se contiene en su transitoria única, no puede afectar a pleitos con juicios ya celebrados y pendientes de resolver en un recurso extraordinario, como es el de los autos, ya que lo contrario supondría una modificación del objeto del proceso, con la consiguiente indefensión para las partes, lo que está prohibido al juez que debe resolver el acuerdo con los términos en los que se planteó la demanda, razón por la cual dicha Ley, a criterio de la Sala Social del Tribunal Supremo, no es de aplicación a los procedimientos pendientes”<sup>761</sup>.

D’aquesta forma, en relació amb l’aplicació de la norma, tots els convenis anterior al 3 de juliol, data d’entrada en vigor de la Llei 14/2005, es consideraran a la llum de la

---

<sup>761</sup> En el mateix sentit, les Sentències del Tribunal Suprem de 13 i de 20 d’octubre de 2005.

retroactivitat inclosa a la nova Llei, tant a l'hora d'una possible interpretació i impugnació com davant un procés individual impugnatori de decisió empresarial d'extingir la relació laboral. En canvi, els convenis subscrits o prorrogats en aquesta data i posteriors s'hauran de valorar a la llum de la nova Disposició addicional 10<sup>a</sup> ET. En tot cas, s'exclou de la retroactivitat d'aquelles situacions jurídiques que siguin adquirits fermes, que equivalen a les que han generat litispendència, ja que, com diu el Tribunal a la citada sentència, “en tanto en cuanto aplicar a dicha situación la nueva normativa supondría tanto como modificar el objeto del proceso creando la consiguiente indefensión”.

En última instància, la finalitat de la disposició transitòria única que dóna validesa a les clàusules dels convenis anteriors a l'entrada en vigor de la Llei 14/2005, consisteix en restablir l'equilibri intern del conveni, construït sobre renúncies de les parts socials negociadores i que ha estat aparentment trencat amb la declaració de nul·litat d'aquestes clàusules sobre jubilació forçosa. La voluntat del legislador ha estat donar validesa a les clàusules negociades en el període transcorregut des de la derogació de la versió anterior de la disposició addicional fins a la seva reimplantació el juliol de 2005<sup>762</sup>.

La nova disposició addicional 10<sup>a</sup> exigeix que la mesura extintiva es vinculi a “objetivos coherentes de la política de ocupación expresados en el convenio colectivo”, i fins i tot, n'enumera alguns, com “la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”. L'al·lusió a aquests objectius és un requisit necessari perquè una extinció del contracte basada en una clàusula d'aquest tipus pugui considerar-se com a no discriminatòria.

S'estableix una connexió entre la prohibició de discriminació per raó d'edat i les polítiques d'ocupació i de mercat de treball, seguint la influència del dret comunitari, en especial, la *Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la*

---

<sup>762</sup> CABEZA PEREIRO, J., “Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005, 1 de julio”, *Actualidad laboral*, núm. 8, abril 2006. pàg. 900.

ocupación<sup>763</sup>, adoptada en base a l'article 13 TCE<sup>764</sup> i transposada a l'ordenament jurídic espanyol a través de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*<sup>765</sup>. La Directiva prohibeix a tota la Unió Europea qualsevol discriminació directa o indirecte per diferents motius, entre els quals hi apareix l'edat. Així, segons l'article 1 del text, la Directiva té per objecte establir un marc general per lluitar contra, en d'altres, la discriminació per raó amb la finalitat de que en els Estats membres s'apliqui el principi d'igualtat de tractament.

No obstant, en el seu article 6.1 i sota el títol de “justificación de diferencias de trato por motivos de edad”, la Directiva permet que els Estats membres introdueixin diferències de tractament directes per raó d'edat que no es consideraran discriminatòries, sempre que aquestes diferències estiguin “justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”. Amb aquest precepte, d'acord amb CABEZA, “se justifica una diferencia de trato, supuestamente perjudicial para quienes la soportan, basada exclusivamente o fundamentalmente en la edad de los destinatarios de la medida<sup>766</sup>” és doncs, una justificació de discriminacions directes, justificació que fins al moment era només aplicable a les discriminacions indirectes.

El mateix article 6 de la Directiva sintetitza en què poden consistir aquestes diferències de tractament, directament basades en l'edat, però considerades legítimes, que es refereixen a una fixació d'una edat per accedir al treball o en l'establiment de condicions especials de treball i de formació vinculades a l'edat<sup>767</sup>. Són mesures relacionades amb les condicions d'ocupació i treball, els condicions mínimes referides a l'edat, experiència professional o antiguitat per accedir al treball o a determinats avantatges, edats màximes per la contractació lligades a les necessitats de formació o a

---

<sup>763</sup> Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 303/16, de 2 de diciembre de 2000

<sup>764</sup> L'article 13 TCE disposa, “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”

<sup>765</sup> BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 2003

<sup>766</sup> CABEZA PEREIRO, J., “Nuevos debates...op cit. pàg. 893.

<sup>767</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas laborales*, núm. 59, 2001, pàg.104

períodes d'activitat raonable prèvia al jubilació, i condicions d'edat per accedir a beneficis dels règims professionals.

L'article 6 no invoca com a mesura possible, la fixació d'una edat màxima per treballar o d'extinció obligatòria del contracte. De fet, una qüestió fonamental per molts Estats membres és establir si els empleadors poden establir edats de jubilació en clàusules contractuals. Sembla clar que, en aplicació de la Directiva, aquestes mesures poden constituir un tractament desfavorable a menys que es justifiquin de manera objectiva de conformitat amb l'article 6, de manera que les edats de jubilació han de ser objectiva i raonablement justificades per una finalitat legítima, i els mitjans per aconseguir aquesta finalitat han de ser apropiats i necessaris, així que s'ha de passar un test de proporcionalitat<sup>768</sup>.

En aquest context i en relació a la Llei 14/2005, cal emmarcar la sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees de 16 d'octubre de 2007, C-411/2005, *Palacios de la Villa*, ha resolt una petició de decisió prejudicial plantejada pel Jutjat del Social núm. 33 de Madrid el marc d'un procés en el què un treballador havia demandat a la seva empleadora per l'extinció automàtica del contracte de treball en complir 65 anys, d'acord amb el conveni col·lectiu aplicable i ha examinat la compatibilitat amb la prohibició de discriminació per raó d'edat de la Directiva 2000/78/CE de la Llei 14/2005 que permet establir clàusules convencionals de jubilació forçosa, a més, amb efectes retroactius. La sentència analitza si la Disposició transitòria única de la llei 14/2005, que reconeix la validesa de les clàusules dels convenis col·lectius amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei en les que s'hagués pactat la jubilació del treballador sempre que es garantís que complís amb els requisits per tenir dret a la pensió de jubilació en la seva modalitat contributiva, sense exigir el requisit general que pel futur estableix la disposició addicional 10<sup>a</sup>, el de vinculació a la política d'ocupació, suposa una discriminació per raó d'edat als efectes de la Directiva 2000/78/CE. en altres paraules, la disposició transitòria única de la Llei 14/2005 no exigeix l'extinció de la relació laboral per complir-se l'edat de jubilació estigui motivada per la política d'ocupació que apliqui l'Estat membre de que es tracti, mentre que els convenis col·lectius que es negociïn després de l'entrada en vigor de la mencionada Llei només

---

<sup>768</sup> O'CONNOR, C., *Age discrimination and European Law*, European Commission, Employment and Social Affairs, Brussels, april 2005, pàg. 7, 8.

poden contenir clàusules de jubilació forçosa si es compleix, a més del requisit de que el treballador de que el treballador tingui pret a pensió, la condició de que amb aquesta mesura de jubilació forçosa es persegueixin objectius relacionats amb la política nacional d'ocupació i expressats en el mateix conveni.

Així, la disposició addicional 10<sup>a</sup> ET per mitjà de la qual es pot establir la jubilació forçosa en un conveni col·lectiu resultaria justificada a l'article 6.1 de la Directiva en tant que exigeix, en la mateixa línia que la directiva, un vincle entre la jubilació i un objectiu legítim en matèria de política d'ocupació. En canvi, si el conveni col·lectiu ha entrat en vigor abans de la data de publicació de la Llei 14/2005, la disposició transitòria única d'aquesta llei manté vigent el conveni col·lectiu, i el fet és que en els convenis col·lectius anteriors a l'entrada en vigor de la mateixa Llei no es requeria el requisit general que pel futur estableix la disposició addicional 10<sup>a</sup>, és a dir, la vinculació a la política d'ocupació<sup>769</sup>.

La qüestió a decidir pel Tribunal és si aquesta norma, la disposició transitòria única genera una discriminació per raó d'edat contrària al dret comunitari, per admetre clàusules de jubilació forçosa no vinculades a mesures de política d'ocupació.

Per dilucidar la qüestió el Tribunal primer examina si la Directiva 2000/78/CE s'aplica al supòsit de la fixació d'una edat de jubilació. Tenint en compte el 14è considerant de la Directiva, s'estableix que “la presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación”. El Tribunal entén que aquest considerant es limita a precisar la competència dels Estats membres per determinar l'edat d'accés a la jubilació, sense que s'exclouï que la Directiva pugui aplicar-se a les mesures nacionals que estableixen els requisits per l'extinció d'un contracte de treballa després de complir-se l'edat de jubilació. I considera que en tant que la normativa objecte del litigi afecta a la duració de la relació laboral, s'inclou dins l'àmbit de la Directiva 2000/78/CE.

Admesa l'aplicabilitat de la Directiva en el supòsit el Tribunal analitza, en base als articles 2 i 6 de la Directiva, en relació a si s'oposen a una normativa, la qüestió de si la prohibició de discriminació per raó d'edat s'oposa a una normativa nacional que només

---

<sup>769</sup> RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M., “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008, pàg. 11.

estableix com a requisit per la jubilació forçosa complir el límit d'edat a efectes de jubilació, fixat en 65 anys i reunir les condicions per l'accés a la prestació de jubilació en la seva modalitat contributiva.

En virtut de l'article 2 de la Directiva que entén per principi d'igualtat de tractament, l'absència de tota discriminació directa o indirecta basada en qualsevol dels motius de l'article 1 de la Directiva, entre els quals despunta la discriminació per raó d'edat. I una discriminació directa, segons l'article 2.2 de la Directiva es produeix quan “una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 de la referida Directiva”. Sensdubte, en el supòsit de fet, queda clar que la jubilació forçosa per mitjà de la qual es preveu l'extinció automàtica del contracte de treball quan el treballador compleixi l'edat de jubilació establerta constitueix una discriminació directa pels treballadors que compleixin aquesta edat, en comparació amb la resta de persones actives del mercat. Ara bé, el problema és si aquesta diferència de tractament pot estar legitimada per l'article 6 que estableix que les diferències de tractament per raó d'edat no es consideraran una discriminació prohibida en el sentit de l'article 2 de la Directiva “si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”. Es planteja doncs, si la normativa nacional qüestionada pot estar justificada, objectiva i raonablement, per una finalitat legítima, essent un mitjà adequat i necessari.

En aquest sentit, la sentència assenyala que la disposició transitòria única que permet la inclusió de clàusules de jubilació forçosa en els convenis col·lectius va ser adoptada a instàncies dels agents socials, en el marc d'una política nacional destinada a afavorir l'accés a l treball mitjançant una millor distribució intergeneracional, així com resoldre la inseguretats jurídica pels agents socials confirmant la possibilitat d'establir una edat límit de jubilació en aplicació als convenis col·lectius.

En aquest context, la disposició transitòria única “tiene por objeto regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo” tal i com indica el propi conveni col·lectiu objecte del litigi que es referix a l'objectiu “de fomentar el



empleo”, un objectiu d’interès general, la promoció de la contractació que constitueix, segons declara el Tribunal un objectiu legítim de política social o d’ocupació dels Estats membres.

Per tant, aquest objectiu justifica “objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional”, conforme al que exigeix l’article 6.1 de la Directiva, que els Estats membres puguin establir una diferència de tractament per raó d’edat. Ara bé, el que cal verificar és si els mitjans emprats per aconseguir aquest objectiu legítim són “adecuados y necesarios”.

A aquest efecte, el Tribunal recorda la doctrina la STJCE C-144/04, de 22 de novembre de 2005, assumpte *Mangold*, segons la qual els Estats membres, i en el seu cas, els agents socials a nivell nacional disposen d’una àmplia facultat d’apreciació, tant per fer prevaler un objectiu sobre altres en matèria social i laboral, com per definir les mesures que permetin aconseguir aquest objectiu<sup>770</sup>. Afegeix que la pròpia Directiva reconeix que les disposicions específiques relatives a l’edat de jubilació “pueden variar según la situación de los Estados miembros”(20è considerant), de manera que les autoritats laborals poden optar per perllongar la vida activa dels treballadors o preveure la seva jubilació anticipada en funció de consideracions de caràcter polític, econòmic, social, demogràfic o pressupostari i de la situació concreta del mercat de treball d’un Estat membre determinat. De la mateix manera, les autoritats competents a nivell nacional, regional o sectorial poden modificar els mitjans que s’utilitzen per aconseguir un objectiu legítim d’interès general. Per això, estableix la sentència “el hecho de que, en el presente caso, la jubilación forzosa se haya vuelto a reconocer en España años después de haber sido derogada carece, por lo tanto, de pertinencia”. Així que, la sentència estima que sembla raonable que les autoritats d’un Estat membre considerin que una mesura com la continguda a la disposició transitòria única i el conveni col·lectiu aplicat, pugui ser adequada i necessària per assolir l’objectiu legítim invocat en el marc de la

---

<sup>770</sup> L’Assumpte *Mangold* delimita l’abast del principi de discriminació per raó d’edat. s’estableix que “la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación”. En efecto, a tenor de su artículo 1, esta Directiva únicamente tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de (...)edad», mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”. En aquest cas, el TJCE enten que l’article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE s’oposen a una normativa nacional que permet sense cap límit celebrar contractes de treball de durada determinada amb treballadors de més de 52 anys.

política nacional de treball que consisteix en afavorir la plena ocupació tot facilitant l'accés al mercat de treball. A més, el Tribunal considera que aquesta mesura no menysté les expectatives dels treballadors afectats, donat que es té en compte ni només l'edat sinó també l'accés a una pensió de jubilació que es fixa en un nivell que no pot considerar-se inadequat. A més, a través de la negociació col·lectiva, les parts socials poden tenir en compte no només la situació global del mercat de treball sinó les característiques pròpies dels llocs de què es tracti.

En base a aquestes consideracions, el Tribunal sosté que “no puede sostenerse de una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal sea incompatible con las exigencias de la Directiva 2000/78”. I conclou que la prohibició de tota discriminació per raó d'edat que s'aplica a la Directiva 2000/78 ha d'interpretar-se en el sentit que no s'oposa a una normativa, com al controvertida en el litigi principal, que considera vàlides les clàusules de jubilació forçosa establertes en els convenir col·lectius que exigeixin, com a únics requisits, que el treballador hagi assolit el límit d'edat a efectes de jubilació, fixat en 65 anys per la normativa nacional, i que compleixi amb la resta de condicions en matèria de seguretat social per accedir a la prestació de jubilació en la seva modalitat contributiva, sempre que aquesta mesura, malgrat basar-se en la edat, estigui justificada objectiva i raonablement, en el marc del dret nacional, per una finalitat legítima relativa a la política d'ocupació i el mercat de treball, i que els mitjans empleats per aconseguir aquest objectiu d'interès general no resultin inadequats i innecessaris a tal efecte. Així doncs, es desprén que la jubilació forçosa és un supòsit de diferència per raó d'edat i ha de ser justificat per no incórrer en discriminació.

La jurisprudència constitucional recent també ha examinat les clàusules de jubilació forçosa des del punt de vista de la discriminació per raó d'edat. Convé recordar que si bé el Tribunal Constitucional ja havia analitzat la problemàtica de la constitucionalitat de la limitació de la capacitat per treballar per raó d'edat i de la jubilació forçosa del treballador en relació a la política d'ocupació, no ho va fer des del punt de vista de la possible col·lisió de la jubilació forçosa amb la discriminació per raó d'edat. A la STC 22/1981 que va considerar raonable la fixació d'una edat màxima per treballar si la mesura responia a polítiques d'ocupació va centrar-se en la relació del principi general d'igualtat amb el dret del treball de l'article 35 CE i no analitzant la qüestió des de la discriminació d'edat com a supòsit inclòs dins l'article 14 CE. I la STC 58/1985 que va

admetre explícitament les clàusules convencionals e jubilació forçosa tampoc va argumentar-se entorn del tema de la discriminació per raó d'edat sinó sobre el paper del conveni col·lectiu en matèria de les relacions entre autonomia col·lectiva i autonomia individual. El que s'entreu d'aquesta doctrina constitucional, és que, en paraules de RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, “el tratamiento constitucional de la jubilación forzosa, desde el derecho del trabajo y el papel del convenio colectivo, muestra que el tema de la discriminación por razón de edad no entraba entonces en juego, pues su consideración es mucho más reciente y la diferencia de trato por edad no se extendió a la rigurosa tutela antidiscriminatoria que el Tribunal Constitucional ha aplicado, especialmente la discriminación por razón de género o en el gice de los derechos fundamentales”<sup>771</sup>.

En canvi, doncs les darreres sentències s'examina el tema de clàusula de jubilació forçosa en base a la possible discriminació per raó d'edat. En efecte, tot i no estar mencionada a l'article 14 CE, l'edat s'ha reforçat com una de les causes de discriminació especialment reprovables, tenint en compte els compromisos internacionals assumits per Espanya, en particular la influència del Dret comunitari a través de l'article 13 TCE i sobretot la Directiva 2000/78/CE<sup>772</sup>.

En aquest sentit, convé fer esment a sentència del Tribunal Constitucional 280/2006, de 9 d'octubre de 2006. El motiu de la demanda d'empara de la sentència és que el recurrent al·lega que se li ha vulnerat el seu dret a no ser discriminat en el manteniment del treball per raó d'edat i de residència, posant en relació a art. 14 CE amb l'article 35.1 CE. El recurrent argumenta que si s'admet la validesa de la clàusula de jubilació forçosa establerta en el conveni, es provocaria una discriminació per raó d'edat, en tant que estaria privat del seu lloc de treball contra la seva voluntat. Com comenta la sentència, podria haver-se analitzat la imposició d'una jubilació forçosa i la consegüent privació per treballar des del punt de vista del dret del treball (art. 35.1 CE), però la demanda d'empara no denuncia pròpiament la vulneració del dret del treball que no és susceptible d'empara en si mateix, sinó la desigualtat per edat que es considera que vulnera l'article 14 CE. En principi, la incorporació en el conveni col·lectiu d'una clàusula de jubilació forçosa suposa una forma clara de desigualtat entre els treballadors. ara bé, no tota situació de desigualtat genera de forma obligatòria una

---

<sup>771</sup> RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M., “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm.2, 2008. pàg. 5

<sup>772</sup> CABEZA PEREIRO, J., “Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005, 1 de julio”, *Actualidad laboral*, núm. 8, abril 2006. pàg. 900.

situació de desigualtat. Tal i com recull la sentència 22/1981, de 2 de juliol, no tota desigualtat de tractament suposa una infracció del mandat de l'article 14 CE, sinó només aquelles que “introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que ofrezca o posea una justificación objetiva o razonable para ello”. Per tant, el Tribunal considera que “la cuestión reside en definir las precondiciones de constitucionalidad que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para el trabajador afectado”, i que, conforme ha reflexat el Tribunal Constitucional en les seves sentències 22/1981, de 2 de juliol i 58/1995, de 30 d'abril, les següents: en primer lloc, “El cese forzoso por esa causa sólo es posible si en virtud de la normativa de Seguridad Social procede la percepción de pensión de jubilación” és a dir, el límit màxim d'edat només serà efectiu si el treballador ha completat els períodes de carència per la jubilació i compleix la resta de requisits per accedir a la pensió corresponent. I en segon lloc, “la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se garantizara una oportunidad de trabajo a la población en paro”, per la qual cosa no pot suposar en cap cas “una amortización de puestos de trabajo”. Per tant, el Tribunal Constitucional ha entén que sempre que concorrin els condicionaments indicats anteriorment no es vulnerarà l'article 14 CE. De manera que el conveni col·lectiu com a norma jurídica s'integra dins un sistema de fonts amb uns normes de major rang jeràrquic, fet que comporta que ha de respectar els drets fonamentals recollits a la Constitució, i, en concret, el dret a la igualtat i a la no discriminació. Ara bé, no tota discriminació és contrària a l'article 14 CE, de manera que els convenis col·lectius poden recollir la jubilació forçosa com a expressió derivada de l'exercici del dret constitucional a la negociació col·lectiva previst a l'article 37.1 CE, sempre i quan es respectin els requisits assenyalats anteriorment que són, en definitiva, la justificació objectiva i raonable de la mesura per tal de no vulnerar el principi de no discriminació<sup>773</sup>.

---

<sup>773</sup>Igualment, el Tribunal en aquesta sentència 280/2006 es pronuncia a favor de la vigència de les clàusules que existien en el moment d'entrada en vigor de la norma que deroga el seu contingut, és a dir, afirma la vigència de la jubilació forçosa fixada via negociació col·lectiva tot i existir una norma que la deixava sense habilitació legal. El tribunal afegeix que la clàusula únicament seria vàlida si existís una vinculació entre aquest instrument i les polítiques d'ocupació. aquesta afirmació es basa en la inexistència de diferències respecta a l'autonomia col·lectiva entre la Disposició Addicional 10<sup>a</sup> redactada en el Text Refós de l'Estatut dels Treballadors, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 1/1995, de 24 de març, i el seu precedent, la Disposició Addicional 5<sup>a</sup> de la Llei 8/1980, de 10 de març, de l'Estatut dels Treballadors. Per tant, la validesa de la clàusula depèn de la vinculació entre la jubilació forçosa i la política d'ocupació. ara bé, en línia amb el que exposava el Tribunal Suprem, el Tribunal Constitucional precisa que, com a excepció a la regla que confirma la validesa de les clàusules anteriors a la Llei 14/2005, s'hi

En la mateixa línia, la STC 341/2006, d'11 de desembre, relatiu a una suposada vulneració del dret a la igualtat degut al cessament d'un treballador per jubilació en virtut d'un conveni col·lectiu, per complir 65 anys, com en el supòsit de la STC 280/2006. El Tribunal afirma que la confluència d'un compromís en el conveni col·lectiu que afavoreix l'estabilitat en el treball durant la seva vigència, condueix a concloure que en present cas, igualment que a la mencionada STC 280/2006, "la decisión empresarial discutida no vulnera el artículo 14 CE al no constituir una discriminación por razón de edad, sino que es consecuencia de la aplicación de una cláusula convencional sobre jubilación forzosa que no merece ningún reproche desde el punto de vista constitucional". Per tant, es denega l'empara en tant que la mesura de jubilació forçosa és un instrument de la política d'ocupació dirigida a garantir una oportunitat de treball estable. A més, segons el tribunal més, no consta que el trabajador jubilado no se haya visto adecuadamente compensado por ello debido a la falta de cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para acceder a la correspondiente pensión de la Seguridad Social" (FJ 2).

En definitiva, a l'actualitat, malgrat que la possibilitat d'una clàusula que assenyali una edat determinada de jubilació en els convenis col·lectius implica l'existència d'una discriminació per raó d'edat, si es justifica objectiva i raonablement amb mitjans adequats en ordre a posar en marxa polítiques d'ocupació que permetin la incorporació en el mercat de treball de treballadors desocupats, la clàusula pot considerar-se vàlida. Conseqüentment, la jubilació no és un deure, sinó un dret del treballador que voluntàriament decideix accedir a la jubilació assolida l'edat determinada de 65 i complint certs requisits, amb una excepció, els convenis col·lectius, que estan autoritzats a establir la jubilació forçosa sempre i quan es vinculi a polítiques d'ocupació.

En tot cas, la reintroducció de la jubilació forçosa a través de la Llei 14/2005 pot observar-se com un fre a la tendència actual en relació a la jubilació consistent en l'establiment d'un sistema de jubilació gradual i flexible que tendeixi a fomentar la

---

troben les situacions jurídiques que haguessin assolit fermesa abans de l'entrada en vigor de la Llei 773. Ara bé, en línia amb el que exposava el Tribunal Suprem, el Tribunal Constitucional precisa que, com a excepció a la regla que confirma la validesa de les clàusules anteriors a la Llei 14/2005, s'hi troben les situacions jurídiques que haguessin assolit fermesa abans de l'entrada en vigor de la Llei.

permanència en actiu dels treballadors d'edat avançada, en ordre a retenir en el mercat de treball als treballadors d'edat avançada, i millorar així la taxa d'ocupació per pal·liar els problemes demogràfics i fer possible un creixement econòmic equilibrat. Amb la consideració de les jubilacions forçoses com a lícites, d'acord amb la Disposició addicional 10<sup>a</sup> ET, el dret individual a la jubilació ha esdevingut una imposició col·lectiva<sup>774</sup>. De manera que, d'acord amb RIVERO, a partir de l'aplicació, de nou, de clàusules de jubilació forçosa, tot i comptar amb el condicionant de la inclusió d'uns "objetivos coherentes con la política de ocupación", serà més difícil que el treballador, privat de tota capacitat per decidir sobre la seva continuïtat en la relació laboral, pugui continuar treballant, ja sigui a temps complert o parcial. Així que, la promoció prevista tant a nivell comunitari com estatal, per aconseguir un allargament de la vida laboral es veu obstacilitzat, juntament amb les jubilacions anticipades i les prejubilacions existents, per la possibilitat de les clàusules de jubilació forçosa<sup>775</sup>.

### **3.3 La Llei 40/2007, de 4 de desembre, de mesures en matèria de Seguretat Social**

La reforma de la Seguretat Social operada a través de la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*<sup>776</sup> representa un pas més en l'intent de reforma del sistema de Seguretat Social, que compta amb nombrosos antecedents, per tal d'adequar-lo a les noves realitats socials de benestar de la societat espanyola, marcada pel procés d'envelliment demogràfic, la incorporació creixent de les dones en el mercat de treball, i el fenomen de la immigració. La Llei 40/2007 reafirma la necessitat de mantenir i reforçar determinats principis sobre els que es recolza el sistema de Seguretat Social espanyol, a fi de garantir l'eficàcia del sistema i el perfeccionament dels nivells de benestar del conjunt dels ciutadans. Per això manté i reforça els principis d'unitat de caixa, de solidaritat i de garantia de suficiència tot

---

<sup>774</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., "La jubilación. Entre derecho y a obligación". dins LÓPEZ CUMBRE, L. (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 39, 40..

<sup>775</sup> RIVERO LAMAS, J., "La jubilación como medida del fomento del empleo", dins LÓPEZ CUMBRE, L., (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 1092, 1093.

<sup>776</sup> BOE núm. 291, de 5 de desembre de 2007.

millorant i estenent la intensitat protectora<sup>777</sup>. En matèria de jubilació, la Llei 40/2007 conté transcendents reformes de conformitat amb els principis assenyalats. I, en aquesta línia, s'intensifica la contributivitat del sistema entre les cotitzacions realitzades.

### **3.3.1 Rerefons i objectiu de la llei**

És una constant dins l'àmbit estatal, i també a l'entorn dels països europeus, la necessitat de reforma dels sistemes de Seguretat Social per adaptar-los progressivament als canvis socials, demogràfics i econòmics de la realitat.

Tant és així que el sistema de Seguretat Social espanyol en les dos últimes dècades ha estat modificat en diverses ocasions. Les reformes efectuades en matèria de Seguretat Social en les darreres dècades es concreten en dues iniciatives polítiques – el Pacte de Toledo de 1995 i la seva renovació parlamentària l'any 2003-, tres acords socials entre el Govern i interlocutors socials – *Acord sobre consolidació i racionalització del sistema de la Seguretat Social* (1996), *Acord per la millora i el desenvolupament del sistema de protecció social* (2001), *Acord sobre mesures de Seguretat Social* (2006) i tres reformes a nivell de la legislació en Seguretat Social – Llei 24/1997, de 15 de juliol, Llei 35/2002 de 12 de juliol, Llei 53/2002, de 30 de desembre-. L'última reforma de la Seguretat Social és, doncs, l'operada a través de la Llei 40 /2007, de 4 de desembre.

Les reformes del sistema de Seguretat Social responen a la necessitat de fer front als nous reptes sociodemogràfics de la societat actual com són una societat envellida, una esperança de vida llarga, una baixa taxa de natalitat, un model social en transformació com s'evidencia en l'estructura familiar, la creixent incorporació de la dona en el mercat de treball, i un element nou a valorar com a és la vinguda d'immigrants i la seva incorporació en el mercat laboral espanyol. En major o menor mesures, tots ells conformen canvis que afecten al sistema de protecció social, i en concret al sistema de pensions.

Són reformes que tenen com a objectiu final assegurar la sostenibilitat i viabilitat futura del sistema de pensions. Segons les previsions realitzades per HERCE i ALONSO, en el

---

<sup>777</sup> SPINA CARRERA, M., “La jubilación en la Ley 40/2007 de 4 de diciembre”, *RMTAS*, núm. 74, 2008. pàg. 74 i ss.

diagnòstic del sistema de pensions espanyol “hi ha un punt decisiu que qualsevol orientació del debat ha de considerar: ens referim a l’any 2015, a partir del qual es produiran, segons les nostres previsions, dos desenvolupaments clau per a la seva caracterització com a tal. Fins a aquest any, el sistema espanyol de pensions contributives presentarà superàvit i acumularà un fons de reserva que podria arribar a representar el 3’7% del PIB en aquest any. A partir de llavors, el sistema de pensions, probablement, començarà a generar dèficits substancials i el 2022 s’haurà acabat el fons de reserva de les pensions prèviament acumulat”<sup>778</sup>.

A Espanya, les primeres veus que reclamen de reformar el sistema de seguretat social es van fer sentir durant la crisi econòmica que va travessar el país a principis dels anys setanta.<sup>779</sup>

Durant el llarg període que es va iniciar després de la segona guerra mundial, entre els anys 1953 i 1975, les economies industrialitzades van viure una etapa de prosperitat. A Espanya, després dels *feliços seixantes*, l’economia espanyola va acusar, l’any 1971, una disminució del ritme de creixement. El relleuament de l’economia espanyola va iniciar-se després d’aquest any 1971, any a partir del qual el creixement del PNB és molt fort. Una de les conseqüències que va tenir aquest procés alcista va ser l’augment del cost de vida i l’acceleració de la demanda la causada per l’augment de la retribució monetària mitjana per hora treballada., és a dir, del cost salarial. Cap als anys 1971 i 1972 sembla que es pot inferir que són més aviat els increments dels costos salarials que van lleugerament per davant dels increments del valor del producte. A partir de 1973 amb una conjuntura molt favorable per a les empreses, els increments del producte en valor van per davant dels costos salarials, en part, fenomen produït per la sobtada puja de preus de les primeres matèries al llarg dels anys 1973 i 1974. I és així, com a partir de 1974 s’inicia un procés inflacionari: augmenta la demanda per la bona conjuntura, cosa que tendeix a afavorir l’augment dels preus industrials paral·lelament a l’augment del cost de vida, amb una expansió de la demanda tant a nivell de l’Estat espanyol com a nivell internacional que fa incrementar els salaris i les primeres matèries. A tot això destaca l’increment sobtat del petroli a causa de la guerra de Yom Kippur, la primera matèria per excel·lència que afecta a tot el sistema productiu. En definitiva, es forma

---

<sup>778</sup> HERCE, J.A, ALONSO MESEGUER, J., *La reforma de les pensions davant de la revisió del Pacte de Toledo*. Servei d’Estudis “la Caixa”. Col·lecció estudis econòmics, núm. 19. Barcelona, 2000. pàg. 11.

<sup>779</sup> CULLELL I NADAL, J.M, FARRÉ-ESCOFET, E., *Capitalisme i crisi econòmic*. Edicions 62, Barcelona, 1975. pàgs. 67, 75-77



una forta taxa d'inflació que fa que al 1974, el Ministre d'Economia espanyol proclamés una greu situació de l'economia espanyola. I l'objectiu prioritari de la política econòmica davant la crisi és la lluita contra l'atur per l'elevat cost social que comporta. Es tracta, doncs, d'un llarg període de crisi a l'economia espanyola que s'inicia als anys setanta i que s'allarga fins ben entrat als anys noranta<sup>780</sup>.

L'augment de l'atur es va disparar, i, com a conseqüència, va produir-se un descens en l'afiliació a la Seguretat Social. La consegüent reducció dels ingressos va provocar un dèficit al finançament dels sistemes de pensions que es vaticinava que seria durador. Davant d'aquest dèficit de finançament de les pensions que s'augurava, fins i tot, com recorda GALIANA va posar-se en marxa una forta campanya, promoguda per sectors financers que advocaven per la implantació d'un sistema de pensions de capitalització<sup>781</sup> enfront al sistema de solidaritat intergeneracional i repartiment que caracteritza el sistema de seguretat social espanyol.<sup>782</sup>

En aquest context, extrapolable en bona part a la resta de països d'Europa, l'augment alarmant de taxes de desocupació, el descens estrepitos de la natalitat, paral·lel a l'envelliment de la població, susciten el dubte sobre si en el futur els sistemes de seguretat social resultaran viables i podran assegurar les pensions als pensionistes venidors. I estar dotat d'un consolidat sistema seguretat social és un fonament clau de l'Estat del benestar.<sup>783</sup>

---

<sup>780</sup> RONCAGLIA, A., *Elements fonamentals d'economia política*. Eumo editorial. Universitat de Vic. Capellades, 1997. pàgs. 450-453

<sup>781</sup> GALIANA MORENO, J.M, "Consideraciones sobre las medidas de reforma de la seguridad social del acuerdo de 13 de julio de 2006", dins *Foro de Seguridad Social*, maig de 2007, pàg. 54.

<sup>782</sup> En un sistema de repartiment, com es caracteritza el sistema públic de pensions contributives espanyol, les prestacions que generen les diferents contingències es financen amb les contribucions a la seguretat social del conjunt de la població activa. Per oposició, en un sistema de capitalització les aportacions a la seguretat social que realitza un treballador es destinen a un fons individual i les prestacions que rebí aquest treballador es nodriran amb aquest capital.

<sup>783</sup> En efecte, tal i com exposa CASTELLS, són dos els objectius, a simple vista contradictoris que, caracteritzen l'Estat del Benestar a través de les polítiques keynesianes i el pacte social: el creixement econòmic i la redistribució de la renda, la continuïtat en l'acumulació del capital i la millora de les condicions de vida de les capes més necessitades de la població. És el que es denomina equació keynesiana. Són polítiques macroeconòmiques i polítiques de rendes, que comporten un cert grau de pacte social, les dos columnes sobre les quals ha descansat l'Estat del Benestar de la postguerra i que han possibilitat d'equació de Keynes. Des de primers dels anys setanta, la crisi econòmica fa que l'Estat del benestar entri també en crisi, lligat com està a les polítiques econòmiques i fiscals, i causa que els pilars que sostenen l'Estat del Benestar defalleixin i calgui replantejar-los. En primer lloc, l'atur mostra que té un origen clàssic i per tant cal ajustar els salaris reals a la productivitat i no és d'origen keynesià segons el qual cal regular la demanda, expandir-la i així aturar-la. En segon lloc, la recessió econòmica incideix negativament sobre l'equilibri fiscal de l'Estat del Benestar. CASTELLS, A., "Los límites del Estado del

A aquestes circumstàncies de dubte sobre el futur del sistema de pensions, cal sumar-hi que, en particular a Espanya, tradicionalment el sistema de seguretat social espanyol no ha disposat de recursos suficients en bona part degut a les *bases tarifades* que es van aplicar fins l'any 1972 per determinar la quota de cotització i que distaven dels salaris reals.<sup>784</sup> Tal i com consideren ALARCÓN I GONZÁLEZ ORTEGA, les bases tarifades són un mètode insatisfactori perquè es tracta de tarifes fixades periòdicament per l'Estat iguals per tots els treballadors d'una mateixa categoria professional, independentment del salari real de cada un.<sup>785</sup> Igualment, també ha estat un sistema que ha presentat dificultats en la gestió per la coexistència d'una pluralitat d'ens i una multiplicitat exagerada de Règims Especials. Altres dolences van afectar també el sistema, en concret, l'establiment de les pensions no contributives arrel de la Constitució, que, juntament la recessió econòmica causada per la crisi econòmica a nivell internacional, van precipitar novament a posar en dubte la viabilitat del sistema.<sup>786</sup> Durant el 1992 ja va començar a circular el missatge que la Seguretat Social i el Sistema de Pensions estaven a punt de fer fallida.

Com a conseqüència de la inquietud per assegurar la sostenibilitat del sistema, un grup parlamentari va presentar al Parlament espanyol una iniciativa que instava a la Comissió de Pressupostos del Congrés a elaborar un Informe sobre quines reformes requeria el sistema de Seguretat Social per fer front als reptes apuntats. La iniciativa va desembocar en un acord entre les diferents forces polítiques el 30 de març de 1995, *l'Informe de la ponència per el análisis de los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse*, conegut popularment com *Pacte de Toledo*, que va ser aprovat pel ple del Congrés dels diputats el 6 d'abril de 1995.<sup>787</sup> Per mitjà del Pacte es va forma un consens polític per la defensa del manteniment del sistema públic de pensions.

---

Bienestar Tradicional", dins *Crisis economica y Estado de Bienestar*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1989, pàgs 55-83.

<sup>784</sup> La Llei 24/1972 de Finançament i Perfeccionament de la Seguretat Social va canviar aquest sistema tot identificant la base de cotització amb el salari real de cada treballador. Actualment, la base de cotització, segons l'article 109 LGSS, està constituïda, "per la remuneració total, sigui quina sigui la seva forma o denominació, que tingui dret a percebre l treballador o que efectivament percep, per raó del treball que realitzi per compte aliè".

<sup>785</sup> ALARCÓN CARACUEL, A.R, GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social. Cuarta edición renovada*. Editorial Tecnos. Madrid 1991. Pàgs. 164, 165.

<sup>786</sup> GALIANA MORENO, J.M, "Consideraciones sobre las medidas...*op cit.* pàg. 54.

<sup>787</sup> Publicat en el BOGC de 12 d'abril de 1995. Sèrie E, núm. 134.

El Pacte de Toledo partia d'una sèrie de variables que afecten al sistema de seguretat social com són l'envelliment de la població, les taxes d'ocupació i els cotitzants, la taxa d'activitat i l'immigració, les transformacions socials la seva estructura familiar, i les circumstàncies pròpies del sistema de seguretat social. En base a aquestes variables, es van proposar un seguit de Recomanacions, que es van concretar en quinze, dirigides a reestructurar el sistema de seguretat social espanyol, reforçar-lo per adaptar-lo als canvis en la situació socio-econòmica, millorar les prestacions i assegurar la seva viabilitat econòmica a mitjà i llarg termini. Les mesures, doncs, apuntaven cap als següents objectius: separació i aclariment de fonts de finançament; dotació d'un fons de reserva; millora de les bases de cotització; finançament dels règims especials perquè l'acció protectora sigui semblant a l'aportació contributiva, millora dels mecanismes de recaptació, simplificació i integració de règims especials; integració de la gestió per fer-la més eficaç; evolució de les cotitzacions per reduir les cotitzacions per sota del màxim; reforçament del principi contributiu i equitat; flexibilitzar l'edat de jubilació; manteniment del poder adquisitiu de les pensions; reforçament del principi de solidaritat; millora de la gestió; ordenar la previsió social complementaria de sistemes d'estalvi i protecció social; per últim, fer un seguiment de l'evolució del sistema de la seguretat social per adequar-la als condicionants socials i econòmiques.

Respecte a la contingència de la jubilació, doncs, destaca la Recomanació 10<sup>a</sup> que apunta cap a un sistema de jubilació “flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad”.

El pacte polític de Toledo va obrir la porta a nous acords socials per desenvolupar i posar en pràctica el mateix Pacte. El primer és *l'Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de la seguridad social* de 9 d'octubre de 1996. L'acord entre partits i sindicats va donar lloc a la *Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social*<sup>788</sup>, que va iniciar el desenvolupament de les mesures previstes al Pacte de Toledo, excepte les de gestió. L'Acord recollia temes del Pacte de Toledo i els hi donava forma legal. En aquest sentit, defensava la separació de fonts de finançament, la constitució d'un Fons de Reserva i el reforçament del principi de proporcionalitat de les pensions de jubilació perquè la seva quantia

---

<sup>788</sup> BOE núm. 169 de 16 de juliol de 1997

correspongui a la cotització realitzada. En aquest sentit, a fi potenciar la contributivitat la Llei 24/1997 va passar de 8 a 15 anys de cotització que cal que s'acreditin per tenir dret a la pensió de jubilació<sup>789</sup>, seguint les pautes iniciades per la *Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social*<sup>790</sup>. Per últim, un altre objectiu de l'acord de 1996 era garantir el manteniment del poder adquisitiu de les pensions, les mínimes incloses, que preveia que hauran de revisar-se de manera automàtica d'acord amb les variacions de l'Índex de Preus al Consum (IPC) a les lleis de Pressupostos Generals de l'Estat corresponents.

Més endavant, en un segon moment, *l'Acuerdo por la mejora y desarrollo del sistema de protección social*, de 9 d'abril de 2001 va aplegar un conjunt de mesures per reformar el sistema i consolidar-lo. Propugnava la millora de la pensió dels treballadors expulsats del mercat laboral que causin la jubilació anticipada, la millora de les pensions més baixes del sistema, com la pensió de viduïtat i les pensions mínimes, i la creació d'un fons de reserva, el manteniment en l'ocupació dels treballadors majors de 55 anys proveïnt bonificacions a la cotització; i finalment, incentivació al perllongament de la vida laboral mitjançant fórmules de jubilació flexible com la jubilació parcial. Producte d'aquest acord van adoptar-se les Lleis de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, la *Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*<sup>791</sup> i la *Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*<sup>792</sup>, la creació d'un fons de reserva a través de la per la *Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social*<sup>793</sup> i especialment, la *Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible*<sup>794</sup> que substitueix el *Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un*

---

<sup>789</sup> A través de l'article 4 de la Llei 24/1997, en relació al període de cotització exigible per l'accés a la pensió, es dona una nova redacció al paràgraf b) de l'apartat 1 de l'article 161 del text refós de la LGSS, aprovat per Reial Decret Legislatiu 1/1994, de 20 de juny. És l'actual redacció que estableix que cal tenir cobert “*un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho*”.

<sup>790</sup> A l'article segon.1 de la Llei 26/1985 s'estableix que “*el período mínimo exigible para causar el derecho de jubilación será de quince años, de los cuales, al menos dos, deberán estar comprendidos dentro de los ocho inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho*”.

<sup>791</sup> *BOE núm. 313, de 31 de desembre de 2001*

<sup>792</sup> *BOE núm. 313, de 31 de desembre de 2001*

<sup>793</sup> *BOE núm. 234, de 30 de setembre de 2003*

<sup>794</sup> *BOE núm. 167 de 13 de juliol de 2002*

*sistema de jubilación gradual y flexible* i que introdueix un sistema de jubilació gradual i flexible que propiciï la permanència en actiu dels treballadors d'edat.

Les circumstàncies socials on es mou la Seguretat Social van evolucionar d'ençà del Pacte de Toledo, la taxa de desocupació no era tant alertant, i la Seguretat Social va arribar al superàvit de caixa. En efecte, en aquests anys la realitat financera del Sistema Públic de Seguretat Social manté un superàvit, molt lluny de les situacions de dèficit creixent que es van anar produint a la primera meitat dels anys noranta. Les causes que expliquen aquest superàvit, segons assenyala MARAVALL són diverses: la progressiva execució de les mesures acordades en el Pacte de Toledo i els Acords successius, l'evolució del número de cotitzants i el número de pensionistes, així com la notable millora econòmica del nostre país, que ha permès la incorporació de la dona en el treball i la integració laboral de nombrosos immigrants i també la incorporació de nous pensionistes que és menys intens que en els últims anys pel fet que han entrat a la jubilació les generacions nascudes entorn a la guerra civil i la postguerra, en què hi va haver una sensible disminució de naixements.<sup>795</sup>

El nou horitzó, lluny dels negres auguris que es vaticinaven la fallida de la sostenibilitat de sistema en els anys noranta va donar lloc a una renovació parlamentària del Pacte de Toledo, duta a terme l'any 2003 amb l'objectiu clar de fer més sostenible econòmicament el sistema, garantir la viabilitat futura del sistema públic de pensions a través d'una sèrie de mesures que adaptin el sistema a la realitat social i econòmica. La renovació afavoreix la separació i la clarificació de les fonts de finançament així com de les fonts de reserva, i es demana un augment en la contribució. Per altra banda, es manté el poder adquisitiu de les pensions i es milloren les pensions més baixes, adaptant-se als canvis econòmics socials, com la viduïtat, la orfandat.

És en aquest període de canvi de perspectiva que es va iniciar un procés de concertació social, concepte que s'utilitza amb una freqüència creixent, i que serveix per denotar un procés d'adopció de decisions de govern on hi participen grans organitzacions d'interessos.

---

<sup>795</sup> MARAVALL, H., "La Reforma de la Seguridad Social en el marco del diálogo social", *Revista de Derecho Social*, núm. 35, 2006, pàgs. 250, 251.

Els començaments de la concertació social a Espanya es troben en la transició política i la crisi econòmica que van impulsar l'inici de mecanismes d'acord entre els principals agents socials, sindicats i empresaris, amb la presència en alguns casos del govern. Gairebé sempre eren pactes de concertació salarial, que fixaven màxims de pujada i els mecanismes de revisió o ajust en relació a l'índex de preus al consum. Així va ser, com diu SUBIRATS que “las relaciones entre Estado y sociedad tomaban nuevos caminos i lazos más estrechos, los intereses mejor organizados asumían un protagonismo relevante en el proceso político, i nuevos eran también los caminos para la agregación de intereses o la toma de decisiones. Así fue redescubriéndose el concepto de corporativismo (...) que después de la experiencia fascista parecía definitivamente enterrado”.<sup>796</sup>

La importància creixent de la presa d'acords en base a aquest procés de diàleg social està en bona part influenciat per la Unió Europea que compta amb una estratègia europea d'ocupació a través del diàleg social. Les autoritats comunitàries emfatitzen la participació dels interlocutors socials en aquest àmbit del dret del treball per aconseguir així una negociació col·lectiva europea sobre l'ocupació, inexistent per el moment. Així mateix, la Unió Europea fomenta el paper privilegiat dels interlocutors socials dins els Estats membres per assolir pactes sobre ocupació, utilitzant mètodes de *soft law* com el mètode obert de coordinació.<sup>797</sup> I, com diu HERRADOR, “el impacto del diálogo social europeo en España ha sido y seguirá siendo importante, en cuanto que las organizaciones sindicales y empresariales han ido asumiendo e incorporando como propias las directrices y los distintos aspectos acordados entre los agentes sociales europeos sobre cuestiones relacionadas con los campos de la Economía social y del trabajo”.<sup>798</sup>

---

<sup>796</sup> SUBIRATS, J., “La concertación social en España. Su incidencia en el ámbito local”, dins *Crisis económica y Estado de Bienestar*. Instituto de estudios Fiscales. Madrid, 1989, pàg. 459-461. Segons l'autor, referint-se al neocorporativisme, a les nostres societats s'haurien anat consolidant un conjunt de pràctiques i estructures que permetrien arribar a punts d'acord i d'equilibri entre les demandes conflictives dels interessos socials organitzats -empresaris i treballadors-, basant-se en la seva incorporació als mecanismes institucionals públics.

<sup>797</sup> OJEDA AVILÉS, A, “Promoción del empleo y diálogo social en el Ordenamiento Comunitario”, *RMTAS* núm. 52, 2004.

<sup>798</sup> HERRADOR BUENDÍA, F. M, “La influencia comunitaria europea en el diálogo social español”, *RMTAS*, núm. 26, 2000. pàg. 78.

La concertació social, en la definició proveïda per MONEREO, “constituye un proceso político que conlleva un encuentro entre diferentes formas de poder político (...) con la posibilidad de llegar a acuerdos entre los interlocutores sociales y el Gobierno o otro poder público con funciones de Gobierno”<sup>799</sup> s’ha de diferenciar concertació i diàleg social. El diàleg social presenta algunes debilitats, com diu ESCUDERO, sobre cada una d’elles. Però per l’autor el diàleg social tripartit presenta algunes debilitats, com el seu caràcter lliure i no exigència real, així com pel seu caire aleatori i la possibilitat de ser instrumentalitzat, com a mecanisme dels poders públics per enfortir la seva legitimitat, social i política, i, la seva imatge. Un altre debilitat del diàleg social es troba en el seu caràcter no vinculant, de manera que el diàleg d’aquestes característiques pot tenir “unas connotaciones más de oportunidad política, económica y social, más que de legalidad”. Com el mite de Sísif el caràcter del diàleg social es “laborioso, inestable, incierto, y de un éxito fugaz o efímero”<sup>800</sup>.

A Espanya, el procés de concertació social es va materialitzar a través de la *Declaración por el Diálogo Social* subscribita el juliol de 2004 pel Govern, les Organitzacions Sindicals i les Organitzacions Empresarials. S’observa el diàleg social com una eina per consolidar Espanya com un Estat Social i Democràtic de Dret. En aquesta línia, la Declaració, sota la rúbrica “competitividad, ocupación estable y cohesión social”, assenyala la necessitat que el Govern i els interlocutors socials arribin a acords socials sobre matèries de transcendència socioeconòmica.<sup>801</sup> En aquest sentit, les parts firmants consideren la Seguretat social com un àmbit on es fa necessari el diàleg social, especialment des de les recomanacions enunciatades al Pacte de Toledo. La Declaració subratlla les que la situació financera actual de la Seguretat Social s’ha vist afavorida per circumstàncies estructurals com són l’increment de l’activitat econòmica i la incorporació de les dones espanyoles en el mercat de treball, la creixent activitat econòmica així com per d’altres circumstàncies de caire conjuntural entre les quals

---

<sup>799</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., *Concertación y diálogo social*. Editorial lex nova. Valladolid, 1999, pàgs. 22. L’autor assenyala que les formes de concertació social són molt variades i flexibles (formes més o menys institucionalitzades de diàleg i negociació tripartita, que poden cristal·litzar en acords o pactes socials, en legislació negociada –resultat vertical- i en acords i convenis col·lectius marc coordinats i vinculats amb el procés de negociació política –resultat horitzontal-. S’ha de diferenciar diàleg social de concertació social. pàgs. 22-24.

<sup>800</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El diálogo social: reflexiones sobre su significación y alcance, sus debilidades y riesgos”. *Relaciones laborales* núm.3/2008, pàgs. 87-104

destaquen la incorporació d'immigrants com a cotitzants al sistema de seguretat social espanyol, i també el menor nombre de jubilacions derivat de la reducció de naixements com a conseqüència de la guerra civil i de la postguerra. Ara bé, tenint en compte la previsió demogràfica que apunta a un envelliment progressiu de la població, el sistema de protecció social pot veure's trasbalsat. D'aquí que les parts firmants de la Declaració, seguint la línia de les recomanacions del Pacte de Toledo, assenyalin la necessitat de reforçar la contributivitat, l'increment del Fons de Reserva, assegurar un equilibri de solidaritat intergeneracional per així tenir un equilibri financer, garantir els nivells de cobertura. La protecció social ha de respondre a les noves realitats, sobretot a l'atenció a les situacions de dependència que afecta a persones jubilades i per extensió, a les seves famílies.

Fruit del compromís contret per les parts firmants a través de la mecànica del diàleg social, d'analitzar les qüestions que afecten a la seguretat social per tal d'adaptar el sistema a les demanes que reclama la realitat actual, i seguint els acords presos al respecte firmats pel Govern amb els Agents Social, en un procés de concertació social,<sup>802</sup> especialment, la renovació del Pacte de Toledo de 2003, va sorgir l'anomenat *Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social*, que té el seu origen en la Declaració pel Diàleg Social, i que es va firmar el 13 de juliol de 2006, pel govern, sindicats i patronal. L'acord afecta, d'una banda, a l'estructura del sistema i als ingressos de la Seguretat Social, i, d'altra banda, a l'acció protectora de diverses prestacions econòmiques contributives i no contributives, en concret, a les pensions de jubilació, mort i supervivència (viduïtat i orfandat) i incapacitat permanent. L'objectiu d'aquest acord és aconseguir un sistema de protecció social més solidari i eficient, que garanteixi els nivells de cobertura, tenint en comte l'equilibri financer i la compatibilitat de la Seguretat Social amb la creació d'ocupació i riquesa productiva. Defensa, seguint la línia iniciada pels acords precedents, la separació de fons, el reforçar el principi de

---

<sup>802</sup> LÓPEZ GANDÍA, J, "El acuerdo de 2006 sobre medidas en materia de seguridad social (luces y sombras) dins *Revista de Derecho social*, núm. 35, juliol-setembre 2006. pàg. 234 Per l'autor, gairebé totes les reformes de la Seguretat des dels anys noranta són fruit de la concertació social, i com a tal, les mesures en aquesta "forma neocontractualista y neoliberal de gobernar" considera que "tienen una permanente legitimación social". En aquesta forma de governança, l'Estat traça les pautes per tal que els agents socials assumeixin la responsabilitat de governar, i perquè així, aquests agents socials li atorguin al Govern les plusvalies polítiques derivades de l'acord, i del consens social, i no en canvi, les despeses d'impopularitat que puguin suposar, donat que sempre es presenten com a sacrificis necessaris, ja que així ho han declarat les parts firmants, les quals sembla que obtenen una certa presència i legitimitat constitucional, propera al neocorporativisme.



contributivitat i la creació d'un Fons de Reserva per garantir les pensions en cas de crisis.

La separació de les fonts de finançament de la Seguretat Social és una tendència que va iniciar-se al 1989 a través dels Pressupostos Generals de l'Estat<sup>803</sup> i que va culminar en el Pacte de Toledo de 1995 a la seva Recomanació primera segons la qual “la financiación de las prestaciones de naturaleza contributiva dependerá básicamente de las cotizaciones sociales y la financiación de las prestaciones no contributivas y universales (sanidad y servicios sociales entre otras) exclusivamente de la imposición general”. Així doncs, es tracta de separar entre les prestacions contributives que es finançaran amb les cotitzacions dels subjectes obligats i les prestacions no contributives que seran finançades pels recursos pressupostaris. Algun autors, com ALARCÓN, critiquen la separació de fonts que s'està impulsant, ja que creu que l'adopció d'aquest principi de separació financera és “formalmente contradictorio con el de solidaridad financiera y unidad de caja” que caracteritzen el sistema de seguretat social, en el sentit que la filosofia que subjau al nou principi financer es basa en la idea de que la solidaritat ha de quedar arraconada en el braç no contributiu, finançat mitjançant impostos, mentre que el braç contributiu ha d'autofinançar-se mitjançant les cotitzacions socials, havent d'expulsar del seu si els elements de solidaritat que posseïa fins el moment de pregonar-se el principi de separació de fons<sup>804</sup>. Pel principi de solidaritat, tots els ingressos, ja siguin derivats de cotitzacions o impostos han d'anar a un mateix fons, la “caixa única” i a partir d'aquí es reparteixen els recursos a totes les prestacions, contributives o no contributives. Per la seva banda, LÓPEZ GANDÍA considera que els esmentats mecanismes que preveu l'acord, més enllà de la seva eficàcia per fer front a una crisis profunda i de llarga durada del sistema de seguretat social per la pressió demogràfica, sembla més “un recordatorio de la posibilidad de esta presión para justificar la línea de tendencia” de separació de fonts de finançament i creació d'un Fons de Reserva “cuando no el comienzo de una posible capitalización futura colectiva de una parte de la pensión”<sup>805</sup>.

---

<sup>803</sup> Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1988).

<sup>804</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La financiación de la Seguridad Social” a PARDELL VEA (coord.), *La reforma de las pensiones de 1997*. ACI- Marcial Pons. Madrid, 1998 pàgs. 15-20. Pàg. 21

<sup>805</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “El acuerdo de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social (luces i sombras), *Revista de Derecho Social*, núm. 35. 2006. pàg. 235.

Pel que fa al reforç de del principi de contributivitat, es plasma en aquest Acord de 2006 en l'exigència exigeixen 15 anys efectius de cotització que es tradueix a 5475 dies en el seu equivalent real per dies/quota per l'accés a la pensió de jubilació. En aquest sentit, es pot copsar un accentuament del reforç de la contributivitat en tots els acords precedents al del 2006. Tal i com afirma LÓPEZ GANDÍA, l'Acord se situa a la perspectiva “ de un trade off permanent que se arrastra desde el comienzo de las reformas del sistema de Seguridad Social desde 1985 consistente en la adopción de medidas que suponen recortes y sacrificios derivados de endurecimientos contributivos, dado además el planteamiento o la visión estrictamente contributiva de la Seguridad Social a la que se va reduciendo como un axioma incuestionable”<sup>806</sup> .

D'altres mesures que esmenta l'acord és que per l'accés a la jubilació parcial s'exigeixen requisits més rigorosos. D'altra banda, també es millora l'acció protectora tot establint un complement de mínims en la pensió d'incapacitat permanent total per menors de 60 anys, un mínim en les pensions d'incapacitat permanent total derivada de malaltia comuna, la millora en les pensions de viduïtat amb base reguladora superior al 70%, la cotització per desocupació per majors de 52 anys.

Atès l'envelliment demogràfic que presenta la realitat i, seguint les directrius que marca la Unió Europea i Organitzacions Internacionals com la Organització Internacional del Treball, s'atorguen incentius al perllongament voluntari de l'edat de jubilació per tal que vagin en augment els treballadors que decideixin voluntàriament treballar més enllà de l'edat de jubilació ordinària, independentment dels anys de cotització que acreditin. L'al·licient perquè les treballadors allarguin la seva vida laboral pren la forma d'un increment econòmic en la pensió de jubilació que pot superar en un 2 o 3 % la quantia màxima fixada per la pensió que s'atorga amb 35 anys de cotització. Un altra mesura perquè es prorrogui l'edat de jubilació són les bonificacions ja existents als majors de 60 anys amb cinc anys d'antiguitat, que amb el present acord s'estenen als treballadors majors de 59 anys amb contracte indefinit, tant del Règim general com de Règims Especials assimilats. L'acord també afecta a la jubilació parcial i a la jubilació

---

<sup>806</sup> LÓPEZ GANDÍA, J, “El acuerdo de 2006...*op cit.* pàg. 233.

anticipada, amb la reducció de l'edat de jubilació en els treballs penosos, i la pensió de viduïtat per les parelles de fet.

Per altra banda, es realitzen adaptacions per adequar l'ús de les prestacions a les noves situacions laborals i socials. En aquest sentit, es modifica el període de carència per l'accés a la incapacitat permanent de menors de 31 anys, de la mateixa manera que també pateixen una modificació el càlcul del complement de gran invalidesa en la incapacitat permanent i la consideració d'anys cotitzats pel càlcul de la incapacitat permanent derivada de malaltia comuna.

Un altre aspecte a destacar de l'Acord és reforma en l'estructura del sistema de seguretat social ja que es convergeixen el Règim Especial agrari (REASS) i el Règim Especial d'empleades de la llar (REEH). Amb aquesta proposta es pretén aprofundir en el procés de racionalització i simplificació de l'estructura del sistema mitjançant la integració en el Règim General i en el Règim Especial d'Autònoms de treballadors (RETA) fins ara inclosos en d'altres Règims Especials. Igualment, en aquest àmbit <sup>807</sup> es preveu abordar la modernització de la normativa que regula als d'aquets règims.

Finalment, les parts firmants de l'acord, es comprometen a proposar l'adopció de les mesures necessàries per assegurar la sostenibilitat del sistema. A aquest efecte, es crea una Comissió de Seguiment que informi sobre la evolució de la contribució i prestacions en els dos anys següents a l'adopció de l'acord.

En definitiva, l'Acord de 2006, va néixer, d'acord amb la seva pròpia introducció, de la necessitat que el model protector espanyol "s'adecue a la evaluación que está experimentando la sociedad española" i en aquest context la finalitat que persegueix amb les mesures proposades és "conseguir un sistema de protección más justo, solidario y eficiente". I, emfatitza "el valor del diálogo social y la búsqueda de acuerdos como instrumento adecuado para el diseño y puesta en marcha de medidas eficaces en materia socioeconómica".

---

<sup>807</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A, PÉREZ YÁÑEZ, R, "El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el Diálogo Social". *Relaciones Laborales*, núm 19/2006, pàg 1023.

És dins el procés de concertació social on s'ha d'emmarcar l'aprovació de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (LMSS en endavant) que procedeix de l'Acord de 2006, acord que a la vegada troba el seu origen a la Declaració pel Diàleg Social de 2004 firmat pels mateixos interlocutors socials de l'Acord de 2006.

Expressa directament el preàmbul de la LMSS “dar el adecuado soporte normativo a buena parte de los compromisos relativos a acción protectora incluidos en el referido Acuerdo”, referint-se a l'Acord de 2006, i que afectes substancialment “a incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación y supervivencia”. Igualment, la Llei pren com a referència les prioritats marcades en el Pacte de Toledo en la seva renovació parlamentària del 2003 i s'apunta així mateix a la consecució dels objectius fixats per la Unió Europea en l'estratègia de convergència oberta en ordre a garantir la sostenibilitat del sistema de pensions.

Per tant, la llei posa en marxa el camí iniciat pel Pacte de Toledo de 1995 i els acords i lleis que se'n deriven a fi d'assegurar la viabilitat futura del sistema basat en pensions. Per aquest fi, la llei es reafirma en la necessitat de “se reafirma la necesidad de mantener y reforzar determinados principios básicos en los que se asienta el sistema de la Seguridad Social como objetivo para garantizar la eficacia del mismo y el perfeccionamiento de los niveles de bienestar del conjunto de los ciudadanos”.

El principi de solidaritat, el principi d'unitat de caixa i el principi de contributivitat són els principis a què es refereix el preàmbul.

En aquest sentit, l'important principi d'unitat de caixa que es predica del sistema espanyol de Seguretat Social significa que la seguretat social es nodreix d'una font comuna que és el sistema tributari de l'Estat, a on hi van a parar les transferències anuals dels Pressupostos Generals de l'Estat i les cotitzacions socials que contribueixen al finançament del sistema. L'article 63.1 LGSS que reconeix el principi d'unitat financera i disposa “La Tesoreria General de la Seguridad Social es un Servicio común con personalidad jurídica propia, en el que, por aplicación de los principios de solidaridad financiera caja única, se unifican todos los recursos, tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias (...)”. Tots aquests recursos es dipositen en una “caixa comuna” de la Tesoreria General de la Seguretat Social i integren el

pressupost d'ingressos del sistema de seguretat social. d'aquesta caixa en sortiran de maneta solidària els recursos per fer front a les despeses del sistema, de tots els règims i de totes les prestacions <sup>808</sup>. Per tant, si el pressupost d'ingressos i despeses de la Seguretat Social està equilibrat, el sistema de seguretat social no tindrà dèficit ni superàvit i els prestacions tindran una cobertura suficient <sup>809</sup>. Així que “caixa comuna” i “solidaritat financera” són dues cares del mateix principi. En aquest sentit se situa un dels objectius de la Llei 40/2007, aconseguir un l'equilibri financer del sistema, i entre les mesures per assolir-lo destaca l'exigència d'una major correspondència entre cotitzacions i prestacions o la creació d'ocupació, que generaran més ingressos al sistema. Aquestes mesures que pretenen mantenir i reforçar els principis de solidaritat i unitat de caixa es reflecteixen, per exemple, en el previst per la llei en relació a la jubilació. Amb la finalitat d'incrementar la correlació entre cotitzacions i prestacions, la Llei 40/2007 estableix que per acreditar el període mínim exigít per accedir al dret a la pensió, es computaran únicament els dies efectius de cotització i no els corresponents a les pagues extraordinàries (art. 3). D'aquí que el principi de contributivitat es veu reforçat perquè caldran més dies per acreditar el període de carència exigít per accedir a la pensió de jubilació. Per altra banda, la política de foment de l'ocupació que preconitza la Llei se centra en la jubilació en el sentit que s'incentiva el perllongament voluntari de la vida laboral dels treballadors d'edat avançada tot establint la percepció d'una quantitat a tant alçat, quan el pensionista tingui dret a la pensió màxima o d'un percentatge addicional sobre la base reguladora de la pensió, quan no s'arribi a aquesta quantia màxima (art. 3 LMSS). La permanència en actiu es traduirà en més ingressos i menys despeses per la seguretat social.

---

<sup>808</sup> El principi d'unitat de caixa no només suposa la unitat de tots els règims i competències, sinó que també té com a objectiu garantir que la Tresoreria General de la Seguretat Social sigui la única titular dels recursos del sistema i la única competent per recaptar-los, sense perjudici de quina sigui l'entitat destinatària final, per així garantir la igualtat de tots els espanyols en el camp de la Seguretat Social. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional, a la sentència 124/1989, de 7 de juliol, considera el principi de caixa única com a imprescindible per comprendre l'article 149.1.17CE que reserva a l'Estat el “règim econòmic de la Seguretat Social”, una reserva que té el propòsit de preservar la unitat del sistema espanyol de Seguretat Social. El Tribunal diu “en el momento de aprobarse la Constitución había sido ya creada la Tesorería General de la Seguridad Social para hacer efectivos los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja, y este dato resulta relevante para la correcta interpretación del artículo 149.1.17 CE”, un precepte que “trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas” (FJ 3).

<sup>809</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La financiación de la Seguridad Social” a PARDELL VEA (coord.), *La reforma de las pensiones de 1997*. ACI- Marcial Pons. Madrid, 1998 pàgs. 15-20. Pàg. 17

Així doncs, Llei intenta reforçar aquests principis de solidaritat, caixa única i contributivitat través de mesures diverses que apunten, entre els punts més destacats, cap a la millora de prestacions, l'establiment d'una major correlació proporcional entre les aportacions realitzades i les prestacions obtingudes, l'eliminació de situacions no equitatives, la modernització del sistema de seguretat social per adaptar-lo a les noves realitats socials i familiars, i l'allargament voluntari de la vida laboral. La Llei pretén així corregir desviacions de despesa mitjançant el control de la despesa pública social i generació d'estalvis pel sistema, com també corregir situacions de necessitat mal ateses a través de la millora de les prestacions, eliminació de les situacions inequitatives, supressió de disfuncions ocasionades pels canvis operats en el règim jurídic de certes prestacions en anteriors reformes.

Tots aquests objectius tenint en compte, d'acord amb el que declara el preàmbul, "en el contexto de las exigencias que se derivan de la situación sociodemográfica", caracteritzada per "el envejecimiento de la población, la incorporación creciente de las mujeres en el mundo del trabajo, y el fenomeno de la inmigración".

Per mitjà de la present llei bàsicament es reformen tot el ventall de prestacions del nivell contributiu. La reforma afecta, substancialment i acord al propi preàmbul de la llei, a la incapacitat temporal, a la incapacitat permanent, a la jubilació i a la supervivència", una sèrie de compromisos que "impliquen modificacions en normes amb rang de llei. També de manera tangencial la llei afecta a la prestació per desocupació. Les prestacions que es regeixen per la nova normativa són els fets causants produïts a partir de l'1 de gener de 2008. Així ho explicita la Disposició final tercera en el seu apartat primer de la Llei.

Ara bé el cert és que La jubilació és, de les prestacions on recauen les modificacions per la LMSS, una de les principals afectades. No és estrany si es pren en consideració que la pensió per jubilació s'endú més de la meitat del pressupost anual de la Seguretat Social adreçat a les pensions, i que la crisi demogràfica que auguren reiteradament les estadístiques, amb una ampliació dràstica de població passiva front a la davallada de la població passiva, repercuteix en la solidaritat intergeneracional, principi financer bàsic que informa el funcionament del sistema de seguretat social. En efecte, en un sistema

contributiu finançat a través del repartiment, com és l'espanyol, l'indicador rellevant és l'equilibri del nombre d'actius en relació als passius.

Així doncs, quan es parla de crisis de pensions en el fons s'està parlant de jubilació, per l'impacte de despesa que suposa pel sistema i perquè a la jubilació es plasma clarament la pròpia configuració de la Seguretat Social, la seva base financera, el sistema de repartiment, la solidaritat entre actius i passius, front al sistema de capitalització<sup>810</sup>.

En definitiva, la jubilació, emprant l'expressió que utilitza CAVAS es pot considerar la "mèdula espinal" de tot sistema de pensions perquè és el lloc de recepció del conjunt de la població activa així com per què l'allargament de l'esperança de vida a partir de l'edat de jubilació i el caràcter revaloritzable de les pensions que es reconeixen, a més del creixent envelliment de la població i l'impacte de l'arribada de les generacions del *baby boom*<sup>811</sup>.

D'aquí que assegurar la viabilitat del sistema de pensions significa inevitablement remetre's i preguntar-se sobre la institució de la jubilació, pensar i repensar la protecció de la vellesa. És en aquest sentit cap a on apunta la reforma la LMSS, que pretén prevenir els problemes que el sistema ha d'encarar en matèria de jubilació i que es concreten, en termes generals, en una baixa taxa de natalitat simultània a una envelliment progressiu de la població que farà duplicar el barem de persones jubilades davant el percentatge de persones en edat laboral activa.

Així doncs, a la LMSS la jubilació pateix canvis, però no es fa un replantejament global de la prestació, sinó que es tracta de reformes puntuals<sup>812</sup>. No s'han transformat els aspectes nuclears de la jubilació com el càlcul de la pensió, tampoc s'ha optat per elevar l'edat legal de jubilació o augmentar el nombre d'anys de cotització, ni s'ha redissenyat la prestació de jubilació en la seva modalitat no contributiva per apropar-la a la

---

<sup>810</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., "La reforma de la jubilación en la Ley de medidas de Seguridad Social", *Revista de Derecho Social*, núm. 38/2007. pàg. 216

<sup>811</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., "La reforma...*op cit.* Pàg 1

<sup>812</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: "Una de cal i la otra de arena: endurecimiento de los requisitos de acceso a la jubilación y mejora de la incentivación a la permanencia en activo", *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, maig 2007, pàg 73, 74.

prestació contributiva<sup>813</sup>. En general, la LMSS segueix i intenta consolidar les mesures anunciades pel Pacte de Toledo en la seva renovació parlamentària destinades a incentivar el perllongament de la vida activa més enllà de l'edat ordinària de jubilació. En aquest sentit, la LMSS corregeix disfuncionalitats amb una base d'actuació: l'edat del potencial beneficiari en tant que pilar base que en l'actualitat marca els dissenys per la possessió d'una pensió de jubilació<sup>814</sup>.

Es tracta, doncs, de promoure i millorar la jubilació flexible aclamada ja en el Pacte de Toledo de 1995 i essencialment desenvolupada a la Llei 35/2002, de 12 de juliol, de mesures per l'establiment d'un sistema de jubilació gradual i flexible, per tal que els treballadors d'edat madura puguin restar en actiu més enllà que compleixin 65 anys i a la vegada limitar les jubilacions anticipades, causades pel generós sistema d'anticipació que preveia l'article 161.s LGSS, de les garanties dels drets adquirits dels mutualistes — Disposició Addicional tercera LGSS- i de la utilització de la jubilació anticipada com a mecanisme de regulació d'ocupació - article 161.3 LGSS, Disposició Addicional 10 ET en la redacció de la Llei 14/2005, de 1 de juliol, sobre les clàusules dels convenis col·lectius referides al compliment de l'edat ordinària de jubilació<sup>815</sup>.

Així es recull a l'Acord de 2006, on les parts firmants expressen el seu objectiu “de adecuar la jubilación a la realidad actual, adoptando medidas que, en línea con las orientaciones de la Unión Europea y otros Organismos Internacionales, procuren incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral, así como una mayor conexión entre los mecanismos de jubilación flexible con los requerimientos de los procesos productivos” En aquesta línia d'objectius, la reforma de la LMSS en matèria de jubilació respon essencialment a dues finalitats delimitades per reformes precedents: aconseguir una major correspondència entre contribució i prestació tot augmentant lleugerament els nivells de contributivitat i desincentivar mitjançant l'enduriment de les condicions i requisits de la jubilació anticipada i parcial la retirada anticipada del mercat de treball i procurar que l'edat real de jubilació s'apropi a l'edat legal o la superi.

---

<sup>813</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J, “La jubilación”, dins CAVAS MARTÍNEZ, F (dir) *La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*. Ediciones Laborum, 2007. pàg. 101

<sup>814</sup> MORENO DE LA VEGA Y LOMO, F,M “Jubilación y edad del potencial beneficiario: estado de la cuestión al hilo de la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social”. *Aranzadi Social*. Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2007. [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) 14/04/2008. pàg. 3

<sup>815</sup> PANIZO ROBLES, J.A “El acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (comentario de urgencia) *Tribuna Social*, núm 190-192, 2006. pàg 24



De fet, el fil conductor de totes les reformes de la Seguretat Social des dels anys noranta, com s'ha vist, i que també es posa de relleu a aquesta última reforma de la LMSS de 2007 és el reforçament del principi de contributivitat per fer front a l'evolució demogràfica. Sota la lògica contributiva, que s'intenta aconseguir una major proporcionalitat entre les cotitzacions realitzades i les prestacions obtingudes i per assolir-ho s'endureixen les exigències de les prestacions<sup>816</sup>.

### **3.3.2 Modificacions de la jubilació ordinària**

La novetat que la LMSS infón a la jubilació ordinària afecta al període mínim de cotització exigít per causar el dret a la pensió de jubilació.

El dret a causar la prestació de jubilació que es fa dependre del requisít d'un període de carència o cotització prèvia. Una carència genèrica al llarg de tota la vida laboral, fixada en 15 anys, i un període específic de cotització o carència específica de 2 anys en els últims quinze anys. Ara bé, el requisít de cotització prèvia s'ha relativitzat per via legal i jurisprudencial per la tesis dels "dies-quota" per mitjà del qual quan la llei exigeix un determinat número de dies de cotització "han de compatibilitzar-se cotitzacions sense distinció, per la qual cosa s'han incloure com a dies cotitzats els corresponents a les dues pagues extraordinàries<sup>817</sup>.

D'aquesta forma, per a determinar els dies de cotització computables a efectes de complir amb el període de carència exigít convé distingir entre els dies quota i els dies naturals de cotització com a conseqüència de la repercussió de les pagues extraordinàries, que fa que els número de dies naturals augmenti amb els que s'imputen a aquesta cotització.

La doctrina dels dies-quota és una construcció doctrinal erigida pel Tribunal Suprem a la sentència de 10 de juny de 1974 per afavorir el compliment dels períodes de carència

---

<sup>816</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., "La Reforma de la jubilación en la Ley de medidas de la Seguridad Social de 2007", *Revista de Derecho Social*, núm. 38, 2007 pàg. 216, 217.

<sup>817</sup> BLASCO LAHOZ, J.F, LÓPEZ GANDÍA, J, MOMPALER CARRASCO, M.A, *Curso de Seguridad Social (Régimen general y prestaciones no contributives)*, 5ª edició. Tirant lo blanch. València, 2000, pàg 249, 250.

en alguns casos. El Tribunal Suprem argumenta que “la Seguridad Social tiene el doble efecto de conceder el derecho a una prestación antiguamente llamada *periodo de carencia* y hoy día cotización efectiva, y regular la cuantía de las prestaciones habiéndose de computar todas las cotizaciones efectuadas o días-cuota y no solo las de los días naturales, por lo que la cotización de los días correspondientes a las gratificaciones extraordinarias de 18 de julio y Navidad según la reglamentación aplicable se debe aumentar a la de los días realmente trabajados y así a las primeras aprovechan también para ambos efectos, el de el cálculo de los días de cotización precisos para la concesión del derecho y el del cálculo de la cuantía de las prestaciones”<sup>818</sup>. En tot cas, el concepte de dia-cuota només és aplicable a les pagues extraordinàries de juliol i desembre i no a altres gratificacions de caire similar com poden ser les pagues de beneficis o altres pagues extraordinàries establertes en convenis col·lectius o contractes individuals<sup>819</sup>.

El problema que es planteja és si aquesta doctrina pot aplicar-se, no només per comptar el temps cotitzat, sinó també a efectes de percentatge final. La resposta del Tribunal Suprem ha estat negativa com s’ha reflectit en diverses sentències on el Tribunal exposa que la normativa que regula el percentatge es refereix a dies naturals de cotització, i per tant aquests dies són els únics que es poden tenir en compte a fi de dur a terme el còmput d’anys precís per l’aplicació del referit percentatge”.<sup>820</sup>

S’ha de tenir en compte, com assenyala el Tribunal Suprem, que “la finalitat que es persegueix amb la fixació d’aquest percentatge és la d’establir una proporció entre la quantia de la pensió de jubilació i el temps real de treball i cotització<sup>821</sup>, i si els càlculs

---

<sup>818</sup> STS de 10 de juny de 1974 (Ar. 3021), (FJ 1) També les STS de 22 d’octubre de 1980, de 12 de febrer de 1995, on el Tribunal Suprem reitera la tesis dels dies-cuota pel càlcul del període de carència.

<sup>819</sup> STS de 13 de febrer de 1997 (Ar. 936) En efecte, tribunal determina que a efectes de completar el període mínim de cotització per obtenir una prestació de la Seguretat Social en el seu nivell contributiu, concretament una pensió de jubilació, han de computar-se els dies corresponents a dues pagues extraordinàries, de juliol i Nadal, no essent computables els dies corresponents al pagament de beneficis.

<sup>820</sup> STS de 27 de gener de 1998 (Ar. 1144), FJ 4, de 4 de juliol de 1995 (Ar. 5473).

<sup>821</sup> L’argument d’aquestes sentències, com considera DESDENTANO és funcional: si la finalitat que persegueix i anys de cotització és la d’establir una proporció entre la quantia de la pensió de la jubilació i la carrera real de l’assegurança –el temps real de treball i cotització –, es considera que aquesta relació es veuria alterada si en els càlculs pertinents s’admetessin cotitzacions que no corresponguin a temps real i efectiu de treball. En aquest sentit, la mateixa STS de 10 de juny de 1974 va encarregar-se de fixar l’àmbit i l’abast de tal regla, precisant que la cotització per les gratificacions reglamentàries de 18 de juliol i Nadal s’aprofita per dos efectes. Per una banda, concedir el dret a la prestació, és a dir, ser tingudes en compte a l’objecte de la cobertura del període de carència precís a tal fi. I per altra costat, calcular la quantia de les bases tarifades, el que en definitiva incideix sobre el percentatge de la base

pertinents es fessin admetent cotitzacions que no responen a temps real i efectiu sinó al cobrament d'unes especials percepcions o gratificacions, es trencaria aquesta proporció i finalitat”<sup>822</sup>

Per tant, a efectes d'acreditar el compliment del requisit de carència general i específica, només es computen les cotitzacions efectivament realitzades o les assimilades a elles legal o reglamentàriament. Els dies-quota, per al càlcul del qual es tindrà en compte la reglamentació, ordenança laboral o conveni col·lectiu aplicable, es computen per acreditar tant el període genèric de cotització com l'específic, si bé no es pot tenir en compte a efectes de percentatge, només per la base reguladora<sup>823</sup>.

La jurisprudència del Tribunal Suprem va estendre la tesis dels dies-quota a Règims Especials, com el Règim dels Treballadors per compte pròpia o autònoms en el qual el Tribunal va traçar una analogia amb la Llei 26/1985 que dividia per catorze pagues la base reguladora, incloses dues pagues extraordinàries<sup>824</sup>.

La LMSS modifica el sistema de còmput del període mínim exigít per generar el dret a la pensió de jubilació contributiva. En aquest sentit, no s'amplia el període de carència que es manté en 15 anys de carència general i 2 en els últims 15 anys de carència específica, sinó que s'exclou d'aquest còmput la part proporcional corresponent a les

---

reguladora de la prestació, el que deixa fora del seu àmbit al percentatge. Però d'aquesta forma s'està reconeixent que el dia de la quota no és en realitat un dia de cotització. DESDENTANO BONETE, A., “La pensión de jubilación en la doctrina unificada del orden social”, dins AAVV., *Tratado de jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007, pàgs 1621, 1622.

<sup>822</sup> STS de 24 de gener de 1995 (Ar. 405), FJ 2

<sup>823</sup> CAMÓS VICTORIA, I., “Los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad social”, dins AAVV., *Tratado de jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007, pàgs 1621, 1622. També GARCÍA NINET, J.I, BALLESTER PASTOR, I., “La cuantía de la pensión de jubilación en el Régimen General”, dins AAVV, *Tratado de jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007, pàgs. 1667.

<sup>824</sup> STS de 4 de juliol de 1995 (Ar. 5473) referida als treballadors del RETA. A la sentència es planteja si el percentatge de la pensió de jubilació s'han de computar únicament els dies naturals o s'hi s'han de tenir en compte els dies-quota, és a dir, els dies que corresponen a les pagues o gratificacions extraordinàries a efectes del percentatge en el Règim Especial de Treballadors Autònoms. Determina el Tribunal que si bé és aplicable al RETA la tesis dels dies-quota d'acord amb sentències com la precursora STS de 10 de juny de 1974 (Ar. 3021) que computen els dies-quota a efectes de del càlcul del període de carència, no s'aplica aquesta tesis a efectes del percentatge - d'acord amb la STS de 24 de gener de 1995 (Ar. 405) - tampoc al Règim de Treballadors Autònoms en el qual “no hay percepción real de las pagas extraordinarias y para que la Disposición Adicional primera de la Ley 26/1985 prevea de forma expresa que el cálculo se realizará exclusivamente de los años de cotización efectiva del beneficiario”.

pagues extraordinàries, altrament dit, dies-quota, és a dir, les pagues de desembre i les de juliol establerts a l'article 31 de l'Estatut dels Treballadors.<sup>825</sup>

D'aquesta manera, la LMSS suprimeix la teoria dels dies-quota. En efecte, l'article 161 LGSS que estableix les condicions per accedir a la pensió de jubilació queda modificada per l'article 3.1.b) de la LMSS que estableix que per accedir a la pensió de jubilació cal "tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias".

En aplicació a dita modificació, se suprimeixen els dies assimilats per pagues extraordinàries per a assolir el període mínim de cotització. Conseqüentment, les pagues extraordinàries també es deixen de tenir en compte per aplicar les normes sobre el còmput recíproc de cotitzacions. A més, s'estableix un període transitori per incrementar de sis mesos en sis mesos el període mínim de cotització efectiva, passant així de requerir-se 4700 dies fins a 5475 dies de cotització. El període transitori s'adapta quan la persona sol·licitant, durant l'any anterior al fet causant, ha tingut un contracte a temps parcial.

Aquest nou sistema de còmput per acreditar el període mínim de cotització per tenir dret a la pensió de jubilació és una de les mesures per enfortir el principi de contributivitat, solidaritat i assegurar la viabilitat futura del sistema de pensions, Calen quinze anys efectius per reunir el període de carència, de manera que s'eleven els requisits de carència.<sup>826</sup> També amb aquest canvi es pretén una major equitat en el reconeixement de la pensió, ja que l'esforç contributiu es tradueix en superiors prestacions per qui ha cotitzat més. Per tant, s'introdueix aquesta mesura, com és una finalitat declarada de la

---

<sup>825</sup> Segons expressa textualment l'article 31 ET, " el trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores".

<sup>826</sup> Com en el Règim de les Classes passives de l'Estat pels funcionaris públics i militars, que no es computen les pagues extraordinàries per comptabilitzar el període de carència. Article 29 del text refós de la Llei de Classes Passives, aprovada pel Reial Decret Legislatiu 670/1987, de 30 d'abril, " para que el personal comprendido en este capítulo cause en su favor derecho a la pensión ordinaria de jubilación o retiro, deberá haber completado quince años de servicios efectivos al Estado". Abans de la modificació feta per l'article 52.4 de la *Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 1989* (BOE núm. 312, de 29 de desembre de 1988) per al 1989, els anys complets que es requerien per complimentar el període de carència i poder causar el dret a la pensió de jubilació eren nou anys.

LMSS en la seva mateixa Exposició de motius per “incrementar la correlació entre cotitzacions i prestacions” i evitar un tractament desigual no justificat en una quantia d’una pensió que depèn de l’esforç contribuïu<sup>827</sup>.

En definitiva, l’abandonament de la tesis jurisprudencial dels dies-quota provocarà que sigui més costós accedir a la jubilació perquè s’exigeix un major període de cotització. La més gran dificultat alhora d’accedir a la jubilació afectarà als col·lectius, com les dones o els treballadors precaris, que amb la cotització dels dies-quota podien assolir el període mínim per tenir accés a la jubilació i que amb la supressió d’aquesta tesis no podran reunir el període de carència mínim. Certament, tal i com comenta TORTUERO, l’efecte d’aquesta mesura de la supressió dels dies-quota en el còmput del període de carència tindrà un impacte escàs en el Règim General on el volum de treballadors que accedeix a la jubilació entorn dels 15 anys és del 1’3%. En canvi, la mesura afectarà intensament per exemple als treballadors del Règim Especial dels empleats i empleades de la Llar format majoritàriament per dones, en el qual el gruix de treballadors que accedeix a la jubilació acreditant al voltant dels 15 anys és de 18’8 format majoritàriament per dones<sup>828</sup>.

En qualsevol cas, l’article 3.6 LMSS dóna una nova redacció a la Disposició Transitòria quarta de la LGSS per tal d’aplicar de forma gradual el període mínim de cotització per l’accés a la pensió de jubilació de conformitat amb el nou mode de comptar aquest període. No serà fins al llarg de cinc anys, al 2013, que la reforma serà plenament efectiva<sup>829</sup>. La gradualitat en l’aplicació de la mesura vol reduir l’impacte que tindrà la mesura a la societat i les expectatives de les persones de cares a gestionar la seva jubilació.

---

<sup>827</sup> És cert que amb l’aplicació de la tesis dels dies-quota, aquella persona que hagués cotitzat 4685 dies, afegint-hi els 790 dies de més equivalents a les pagues extraordinàries, ja acreditava els 15 anys requerits de període de carència genèrica, i tenia dret a una base reguladora del 50%, exactament la mateixa base que una persona que hagués cotitzat els 5475 dies naturals -15 anys reals sense tenir en compte les pagues extraordinàries -. Per tant, el període de cotització mínim s’acreditava amb 4685 dies de cotització, quantitat resultant de multiplicar 5475 per 12 i dividir el resultat per 14.

<sup>828</sup> TORTUERO PLAZA, J.L: “Una de cal i la otra de arena: endurecimiento de los requisitos de acceso a la jubilación y mejora de la incentivación a la permanencia en activo”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, maig 2007, pàg 77.

<sup>829</sup> La Disposició Transitòria Quarta LGSS d’acord amb la redacció donada per la LMSS estableix que a partir de l’entrada en vigor de la Llei – l’1 de gener de 2008-, s’exigirà a efectes del període mínim de cotització: “durante los seis primeros meses 4700 días, durante el segundo semestre 4777, durante el tercer semestre 4854, durante el cuarto semestre 4931, durante el quinto semestre 5008, durante el sexto semestre 5085, durante el séptimo semestre 5162, durante el octavo semestre 5239, durante el noveno semestre 5316, durante el décimo semestre 5393. A partir del sexto año, se exigiran 5475 días”.

### **3.3.3 Modificacions de la jubilació anticipada**

Tot i les mesures recentment creades per perllongar la vida laboral dels treballadors més enllà dels 65 anys, són molts els que sol·liciten la pensió de jubilació anticipadament, de forma voluntària d'acord amb el que estableix la normativa o forçosament com a política d'ocupació. El cert és que accedir a la pensió de jubilació amb el compliment de l'edat ordinària s'ha convertit amb el transcurs dels anys en una excepció. Convé en aquest sentit prendre en consideració que a Espanya l'any 2006 l'edat real de jubilació se situava entorn als 63 anys mentre que l'edat legal ordinària de jubilació es de 65 anys.

Davant la tendència a Espanya a jubilar-se anticipadament i el que això té de negatiu per la viabilitat futura del sistema de pensions atesos els canvis demogràfics, les parts firmants de l'Acord de 2006 s'esforcen per perllongar la vida laboral a la vegada que intenten limitar la jubilació anticipada. Aquesta obsessió del legislador per restringir la jubilació a edats anticipades es plasma a la LMSS, de manera que la reforma d'aquesta modalitat de jubilació ha estat cautelosa encaminada a millorar la pensió de jubilació dels treballadors que accedeixen a la jubilació per aquesta via anticipada. Destaca, com s'explicarà detingudament a porteriori, la lleugera millora als coeficients reductors, l'afavoriment als pensionistes que es van jubilar anticipadament abans de la Llei 35/2002, i la consideració d'involuntaris als cessaments de l'activitat laboral com a conseqüència dels expedients de regulació pactats en els convenis col·lectius.

Per la LMSS s'ha afegit un nou article que preveu noves possibilitats per reduir l'edat de jubilació, el 161 bis a la LGSS, exclusivament relacionat amb la jubilació anticipada.

#### ***a) Reducció de l'edat de jubilació per activitats penoses, perilloses o tòxiques i per discapacitat***

*El recent article 161 bis 1 LGSS, preveu que es podrà rebaixar l'edat ordinària de jubilació, mitjançant Reial Decret, per l'activitat professional o per discapacitat. La Llei estableix que l'edat ordinària de jubilació “podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, 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”. Així mateix assenyala que l’edat ordinària de jubilació també podrà ser reduïda “en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 % en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 %, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas” (art. 3.3 LMSS).

L’accés anticipat a la jubilació en aquests supòsits no incideix a la quantia de la pensió, sinó només en l’edat de jubilació que pot rebaixar-se fixant una reducció de l’edat, com preseta el cas dels artistes i professionals taurins, o mitjançant l’aplicació de coeficients reductors de l’edat, de quantia variable que redueixen l’edat depenent del temps que en què s’ha desenvolupat l’activitat específica. Aquest mecanisme dels coeficients reductors s’aplica als treballadors del mar, mineria, tripulació de vols, ferroviaris i minusvàlids.

De fet, però, encara que la llei les anomena “jubilaciones anticipadas”, el terme no és exacte, donat que es tracta de supòsits de reducció de l’edat de jubilació ordinària, constitueixen una edat de jubilació pròpia <sup>830</sup> per uns treballs realitzats i no una anticipació de la jubilació respecte de l’edat ordinària.

Pel que fa a l’activitat professional, l’article 161 bis 1 LGSS és una redacció literal de l’antic article 161.2 LGSS/1994 que ja contemplava aquesta mateixa possibilitat mitjançant la qual, per Reial Decret, a proposta del ministre de Treball i Assumptes Socials es pogués rebaixar l’edat mínima de jubilació fixada a 65 anys pels grups o activitats amb treballs de naturalesa excepcionalment penosa, tòxica o insalubre i que

---

<sup>830</sup> Així s’expressen CAVAS MARTÍNEZ, F, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J, “La jubilación”, dins CAVAS MARTÍNEZ, F (dir) “La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social” Ediciones Laborum, 2007. pàg. 145. També en el mateix sentit, LÓPEZ GANDÍA, J., “La Reforma de la jubilación en la Ley de medidas de la Seguridad Social de 2007”, *Revista de Derecho Social*, núm. 38, 2007 pàg. 220

acusin elevats índexs de morbiditat o mortalitat es podrà rebaixar l'edat de jubilació sempre que els afectats acreditin el mínim d'activitat establert <sup>831</sup>.

El nou article 161. bis 1 LGSS es complementa amb la afegida Disposició Addicional quaranta-cinc -introduïda per la disposició Addicional segona LMSS seguint el que contempla l'Acord de 2006 <sup>832</sup> - on es preveu que reglamentàriament, s'establirà el procediment general per rebaixar l'edat de jubilació en el que es previngui la realització prèvia d'estudis sobre la sinistralitat del sector, penositat, perillositat i toxicitat de les condicions de treball, incidència de processos d'incapacitat temporal o permanent o requeriments físics en l'activitat. Aquest procediment que implica l'establiment de coeficients reductors d'edat de jubilació només s'aplicarà quan no sigui possible modificar les condicions de treball i comportarà ajusts a la cotització per garantir l'equilibri financer.

De la mateixa manera també es pot rebaixar l'edat ordinària de jubilació pel col·lectiu de persones discapacitades. Va ser la Llei 35/2002 que va incorporar amb la inclusió d'un segon paràgraf a l'article 161.2 LGSS una nova modalitat de jubilació anticipada dirigida al col·lectiu de persones minusvàlides amb un grau de minusvalia igual o superior al 65%. Així es disposava a la normativa anterior a la LMSS, en concret, a l'article 161.2 paràgraf segon, que en el cas de persones minusvàlides amb un grau de minusvalia igual o superior al 65% per discapacitat d'acord amb el Reial Decret a proposta del Ministre de Treball i Assumptes socials es pot rebaixar l'edat mínima de jubilació. El Reial Decret 1539/2003, de 5 de desembre va desenvolupar aquest segon paràgraf de l'article 161.2 LGSS, establint els coeficients reductors de l'edat de jubilació a favor dels treballadors que acreditin un grau important de minusvalia.

La LMSS manté la mateixa previsió a l'article 161 bis 1, però canvia terminologia, ja no es parla de persones "minusvalidas" sinó de persones "discapacitadas" i amplia la reducció de l'edat a aquelles persones que acreditin un grau de discapacitat igual o

---

<sup>831</sup> Els sectors on es preveu legalment aquesta possibilitat no són nombrosos: Minería del Carbó (Decret 298/1973, de 8 de febrer), minería no energètica (RD 2366/1984, de 26 de desembre), treballadors del mar (RD 2309/1970, de 23 de juliol), treballadors ferroviaris (RD 2621/1986, de 24 de desembre), artistes i professionals taurins (RD 2621/1986, de 24 de desembre), treballadors aeris (RD 1559/1986, de 28 de juny) i treballadors minusvàlids (RD 1539/2003, de 5 de desembre).



superior al 45% sempre i quan es determini reglamentàriament de forma generalitzada i apreciable una reducció de l'esperança de vida.

Aquest nou article estableix coeficients reductors pels treballadors amb discapacitat igual o superior al 45% quan es redueixi la seva esperança de vida i també pels col·lectius professionals amb les característiques descrites.

En tot cas, a diferència de la regulació anterior on no existia cap límit en l'aplicació dels coeficients reductors, s'estableix al mateix article 161 bis 1 que l'aplicació dels coeficients reductors no pot donar lloc a la jubilació abans dels 52 anys d'edat. Per aplicació dels coeficients reductors no es podrà accedir a la pensió de jubilació abans dels 52 anys, excepte en els règims especials que tenen establerts aquests coeficients reductors abans de l'entrada en vigor de la LMSS. Aquest límit, però, compta amb una excepció contingut a la Disposició Transitòria segona LMSS, segons el qual, dita limitació no afectarà als treballadors de règims especials que, en la data d'entrada en vigor de la LMSS, tinguessin reconeguts coeficients reductors de l'edat de jubilació, com són els treballadors del carbó i del mar. Ara bé, respecte els treballadors del mar convé prendre en consideració l'article 3 del Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre, por el que se establecen nuevos criterios para determinar la pensión de jubilación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar<sup>833</sup>. L'article estableix que la reducció de l'edat no pot ser superior a deu anys. De manera que la Disposició transitòria segona LMSS només afecta al Règim Especial de Minería del Carbó.

Els coeficients reductors no es tindran en compte per acreditar l'edat exigida per la jubilació parcial, qualsevol modalitat de jubilació anticipada i el percentatge addicional per les persones que es jubilen amb més de 65 anys. La reducció de l'edat de jubilació no es tindrà en compte per calcular el percentatge addicional per retardar l'edat de jubilació, tampoc per accedir a la jubilació parcial ni a les modalitats de jubilació anticipada. Aquesta previsió constitueix una diferència respecte a la legislació anterior en la qual l'edat requerida per accedir a aquesta modalitat d'anticipació a la pensió de

---

<sup>833</sup> BOE núm. 255, de 24 d'octubre de 2007

jubilació s'entenia substituïda per l'edat equivalent<sup>834</sup>, en els casos de reducció de l'edat de jubilació per treballs penosos, perillosos o tòxics .

Finalment, cal esmentar una especificitat continguda a la Disposició Addicional novena LMSS, per la qual, les persones declarades judicialment incapaces s'entendran que tenen un grau de discapacitat igual o superior a 65%.

Un cas especial és el que presenta el grup professional de bombers, un col·lectiu que en els darrers anys ha reclamat insistentment la reducció de l'edat de jubilació per considerar que es tracta d'una activitat perillosa, penosa i tòxica. Per aquest col·lectiu, l'article 161 bis 1, preveu el Govern presentarà un informe sobre la reducció de l'edat de jubilació. El govern estudiarà la possibilitat d'anticipar l'edat de jubilació amb el col·lectiu de bombers. A hores d'ara aquesta possibilitat s'ha fet efectiva per mitjà del *Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación y organismos públicos*<sup>835</sup>. Al Preàmbul de la norma es declara que dels estudis realitzats en relació amb el col·lectiu de bombers, se'n desprén que existeixen índex de perillositat i penositat en el desenvolupament de la seva activitat i que els requeriments psicofísics que es requereixen per ingressar en el cos de bombers i el desenvolupament de l'activitat no pot fer-se a partir d'unes determinades edats<sup>836</sup>. D'aquesta manera es compleixen els requisits legalment exigits per reduir l'edat d'accés a la jubilació d'aquest col·lectiu com a conseqüència de la realització de treballs de caràcter penós, tòxic, perillós i insalubre. D'aquí que l'article 2 del RD 383/2008 estableix una reducció de l'edat de jubilació pel col·lectiu de bombers tot disposant “la edad ordinaria de 65 años exigida para el acceso a la pensión de jubilación se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar a los años completos efectivamente trabajados como bombero el coeficiente reductor del 0,20”.

### **b) Jubilació anticipada amb coeficients reductors**

---

<sup>834</sup> PANIZO ROBLES, J.A., “La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social” *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 298, 2008. pàg 47

<sup>835</sup> *BOE núm. 81, de 3 d'abril de 2008*

<sup>836</sup> GARCIA NINET, J.I., “En torno a los ciclos vitales y de la Seguridad Social. Estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos jurídicos, sociológicos y económicos” *RMTAS número extraordinari, Seminario “Los ciclos vitales y de la Seguridad Social: Estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos sociológicos y económicos” Santander 2007. 2008.*

En relació a la jubilació anticipada amb coeficients reductors cal distingir entre els treballadors amb condició de mutualistes i els treballadors sense la condició de mutualistes.

Primerament, respecte els treballadors amb la condició de mutualista, convé recordar que el manteniment de la condició de mutualista, es a dir, els treballadors que estaven afiliats a una Mutualitat de Treballadors, a efectes del contingut i càlcul de la prestació de jubilació, es remunta a la LGSS de 1974 la qual va significar una ruptura amb el règim anterior. Aleshores es van introduir règims transitoris amb la finalitat de mantenir els drets en curs d'adquisició per mitigar l'impacte que podia ocasionar l'entrada en vigor de canvis substancials sobre el sistema vigent respecte les expectatives legítimes d'aquells que, en paraules de CAMÓS "habiendo estado en un régimen concreto durante un espacio considerable de años, con ocasión de las modificaciones establecidas en el régimen pudieran ver seriamente perjudicado su derecho a disfrutar de unas prestaciones de conformidad con las condiciones a las que se han sometido des de su incorporación, en muchos casos, lejana". I, certament, l'article 57 del *Reglamento General del Mutualismo Laboral* de 1954 disposava la possibilitat d'accedir a la jubilació anticipada a l'edat ordinària, això si, reduint-se la quantia de la pensió.

Quant als requisits d'accés a la jubilació anticipada pels treballadors amb condició de mutualistes la Disposició Transitòria tercera LGSS permet la jubilació anticipada a partir de 60 anys als treballadors que tinguessin la condició de mutualista l'1 de gener de 1967. en aquest cas, la quantia de la pensió es veurà reduïda en un 8% per cada any o fracció d'any que, en el moment del fet causant, li falti al treballador per complir l'edat ordinària de jubilació, és a dir, 65 anys.<sup>837</sup>

Respecte a aquests treballadors que accedeixen a la jubilació anticipada des de la condició de mutualistes, la LMSS, a l'article 5, altera els termes de la mencionada Disposició Transitòria tercera i preveu que en comptes d'un 8% de coeficient reductor aplicable a la pensió serà del 7'5% el percentatge de coeficient que s'aplicarà a les pensions causades pels mutualistes que es jubilin anticipadament per una causa no

---

<sup>837</sup> CAMÓS VICTORIA, I., *Ultimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*. Tirant lo blanch, València, 2003. pàg 90, 91.

imputable a la lliure voluntat del treballador, a partir dels 60 anys i acreditant 35 anys de cotització. Així els percentatges dels coeficients reductors dels mutualistes s'equiparen als dels treballadors no mutualistes que accedeixen a la jubilació anticipada a partir dels 61 anys, com s'especificarà seguidament. No obstant l'equivalència dels coeficients reductors tant pels mutualistes com pels que no acrediten la condició de mutualistes, es mantenen certs avantatges pels mutualistes en comparació als no mutualistes, com l'edat d'accés a la jubilació anticipada que per als treballadors que acreditin la condició de mutualistes segueix essent de 60 anys, mentre que pels que han cotitzat després de l'1 de gener de 1967 cal que compleixin 61 anys d'edat per accedir extemporàniament a la jubilació anticipada. Ni tampoc dels exigeix als mutualistes el requisit d'estar inscrits a l'oficina d'ocupació com a demandants d'ocupació durant els sis mesos anteriors a la jubilació, requeriment aplicable als no mutualistes que accedeixen a la jubilació anticipada.<sup>838</sup>

Una altre canvi que estableix el mateix article 5 LMSS és que les fraccions d'anys no es consideraran anys complets pel còmput dels anys de cotització, en contrast amb la legislació anterior que si entenia la fracció d'any com un any complet de cotització. Finalment, la LMSS disposa que es faculta al Govern per a què reglamentàriament desenvolupi reglamentari els supòsits de jubilació anticipada pels treballadors amb la condició de mutualistes, tot podent adequar les condicions d'accés a aquesta modalitat de jubilació en funció del caràcter forçós o voluntari d'aquest accés.

En segon lloc, respecte els treballadors sense la condició de mutualistes, arran de la Llei 35/2002 es va obrir la possibilitat d'accedir a la jubilació anticipada també per als

---

<sup>838</sup> A la STS de 24 de maig de 2006 (Ar. 3234), el Tribunal corrobora que no es necessari pels mutualistes el requisit de trobar-se inscrits a l'oficina d'ocupació, "El paràgraf segon de l'apartat primer de la *Disposició transitòria tercera de la LGSS, en la redacció donada per l' art. 4 de la Llei 35/2002* , que és la disposició legal a l'empara del qual es va produir la jubilació del demandant, només condiciona l'aplicació del coeficient millorat a què l'extinció contractual no sigui imputable a la lliure voluntat del treballador, però a diferència del que es preveu a l'article 161.3 de la mateixa LGSS per qui, sense haver pertangut al Mutualismo Laboral, vulguin jubilar-se a partir dels 61 anys d'edat i reuneixen determinats requisits, no s'exigeix a aquells –els antics mutualistes- la inscripció –ininterrompuda o no- com a demandants d'ocupació. Així doncs, sentència el Tribunal, pels jubilats anticipadament procedents del mutualisme laboral els és suficient haver estat en aquest sistema abans de l'1 de gener de 1967, haver cessa per causes independents de la voluntat del treballador i reunir els períodes de cotització corresponents per accedir a la pensió bonificada" (FJ 4). En idèntica interpretació les sentències STS de 3 de junio de 2005 (Ar. 3054), STS de 13 d'octubre de 2005 (Ar 3308), STS de 25 d'octubre (Ar. 3054), STS de 20 de enero de 2006 (Ar. 3991).

treballadors que no acreditessin la condició de mutualista l'1 de gener de 1967, extrapolant-ne els seus requisits d'accés, tot i que amb algunes diferències en referència a l'edat d'accés, acreditar un període de desocupació prèvia i el càlcul de coeficients reductors. D'aquesta manera, els que no acreditin la condició de mutualista poden jubilar-se anticipadament a partir dels 61 anys d'edat i reunint una sèrie de requisits, alguns d'ells modificats per la LMSS.

En aquest sentit, el nou article 161 bis 2 LGSS introduït per l'article. 3 LMSS, assenyala els requeriments que la llei demana per anticipar l'edat de jubilació per aquells treballadors que no tenen la condició de mutualista.

Primerament, és indispensable haver complert 61 anys reals, a diferència dels mutualistes que poden jubilar-se anticipadament a partir de 60 anys.

En segon lloc, és necessari disposar d'una demanda de treball, trobar-se doncs, inscrit a les oficines d'ocupació com a demandant de treball, almenys durant els sis mesos anteriors a la sol·licitud, requeriment, com s'ha observat anteriorment no exigint als mutualistes.

La tercera premissa a complir és l'acreditació d'un període mínim de 30 anys de cotització, sense tenir en compte les pagues extraordinaris. A aquests exclusius efectes, i com a novetat de la LMSS, es computarà el servei militar obligatori o prestació social substitutòria, amb el límit d'un any. De manera a que aquell treballador a qui li manqui un any per completar el període de carència de 30 anys de cotització, li seran computables aquests períodes per així poder accedir a la jubilació anticipada. Ara bé, els períodes, fins el màxim d'un any, només valdran per mesurar el període de carència i no a efectes del càlcul de la pensió.

Per últim, es requereix que s'hagi cessat en el treball com a conseqüència de l'extinció d'un contracte de treball per causa no imputable a la voluntat del treballador. En aquest sentit, especifica la norma, s'entendrà per lliure voluntat del treballador la inequívoca manifestació de voluntat de qui, podent continuar la seva relació laboral i no existint cap

raó objectiva que l'impedeixi, decideixi posar fi a aquesta relació laboral. Amb tot,<sup>839</sup> es considerarà involuntari el cessament per les causes previstes a l'article 208.1 LGSS.

Com s'ha esmentat, en els casos de jubilació anticipada la pensió és objecte d'una reducció per mitjà de l'aplicació per cada any que li manqui al treballador per complir els 65 anys.

Fora bo recordar que fins la Llei 24/1997 el coeficient reductor aplicable a la pensió de jubilació del treballador que es jubilava amb anticipació era del 8% fins que arribés als 65 anys, independentment dels anys de cotització que acredités i de si el cessament en el treball havia estat voluntari o involuntari. La situació va canviar, doncs, amb Llei 24/1997 que en el seu article 7 especifica que pels treballadors amb 40 o més anys cotitzats i que hagin cessat en la relació laboral per una causa no imputable a la lliure voluntat del treballador, el coeficient a aplicar és del 7%. Més endavant la Llei 35/2002 va modificar aquest coeficients redactors i determina que quan s'acreditin més de 30 anys de cotització i el cessament en el treball sigui involuntari el coeficient és, entre 31 i 34 anys de 7'5%, entre 38 i 39 del 6'5% i amb 40 anys o més de cotització, del 6%.

La novetat que ha portat la LMSS és la lleugera modificació del coeficient reductor que s'aplica a la quantia de la pensió en els casos que s'acreditin 30 anys de cotització i extinció no voluntària de la relació laboral. A tal efecte, el coeficient reductor ha passat del 8% a 7'5% per cada any que li falti al treballador per arribar als 65 anys, edat legal ordinària de jubilació, d'acord amb l'article 161 bis s LGSS. Anteriorment la normativa anterior s'establia un 8% de penalització amb 30 anys cotitzats i un 7'5 entre 31 i 34 anys de cotitzats.

Així, el coeficient reductor quan el cessament és involuntari, tant per mutualistes com per no mutualistes, amb la LMSS, ha quedat de la següent forma: entre 30 i 34 de cotització el coeficient reductor aplicable és del 7'5%, entre 35-37 anys cotitzats el coeficient reductor és de del 7%, entre 38 i 39 cotitzats el percentatge és del 6'5% i , per últim, quan s'acreditin 40 anys o més s'aplicara el coeficient reductor del 6'5%.

---

<sup>839</sup> L'article 208.1 LGSS disposa que es considera causa no imputable a la lliure voluntat del treballador: "quan s'extingeixi la relació laboral en virtut d'un expedient de regulació d'ocupació o de resolució judicial adoptada en el si d'un procediment concursal; per mort, jubilació o incapacitat de l'empresari individual, quan determinin l'extinció del contracte de treball, per acomiadament basat en causes objectives, per resolució voluntària per part del treballador, en els supòsits prevists en els articles 40, 41.3, 49.1.m i 50 ET; per expiració del temps convingut o realització de l'obra o servei aliè objecte del contracte sempre que aquestes causes no hagin actuat per denúncia del treballador."

Els dies-quota no es tenen en compte per aplicar les normes sobre el còmput recíproc de cotitzacions ni tampoc per acreditar els requisits de la Llei 47/1998<sup>840</sup> quan se sol·licita la jubilació anticipada amb condició de mutualista.

### ***c) L'accés a la jubilació anticipada en l'àmbit de la prejubilació***

En virtut de la Disposició Final Tercera LMSS “se considerará, en todo caso, que las jubilaciones anticipadas causadas entre 1 de enero de 2004 y la fecha de entrada en vigor de la presente Ley motivadas por ceses en la relación laboral producidos en virtud de expedientes de regulación de empleo tienen carácter involuntario.” Aquesta disposició tanca la polèmica que ha versat durant anys sobre si existeix voluntarietat o no en el cessament del treball en el supòsit de la subscripció de un contracte de prejubilació firmat pel treballador i l'empresa en el marc del conveni col·lectiu aplicable.

La prejubilació suposa la creació d'una situació pont que cobreix a un treballador que cessa en la seva activitat laboral abans del compliment de l'edat normal de jubilació i sense tenir dret a pensió per edat ja que l'ordenament jurídic no reconeix la prejubilació com a causa d'extinció del contracte de treball. Habitualment l'empresa espanyola utilitza la via d'expedient de regulació d'ocupació per formalitzar la prejubilació dels seus treballadors<sup>841</sup>.

Com s'ha mencionat, una de les qüestions menys clares per l'accés a la jubilació anticipada es planteja al voltant de si l'extinció del contracte de treball pactat en un expedient de regulació d'ocupació es considera voluntària o involuntària a efectes d'accedir, a prestació per desocupació o la jubilació anticipada en què s'apliquen coeficients reductors que són més beneficiosos si l'extinció contractual és de caràcter involuntari.

---

<sup>840</sup>

Aquests requisits són: menys de 30 anys de vida laboral (efectius); una quarta part de les cotitzacions (efectives) en activitats que permetin anticipar l'edat de jubilació. I amb 30 anys o més de vida laboral (Efectius), 5 anys (efectius) que permetin anticipar l'edat de jubilació.

<sup>841</sup> Informe 2/2000 del Consejo Económico y Social *Vida laboral y prejubilaciones*. Colección Informes CES, Madrid, 2001, pàg 50.

Fins el 1997, La Disposició Transitòria Tercera LGSS preveia la jubilació anticipada pels treballadors amb la condició de mutualistes sense especificar-ne la forma del cessament –voluntari o involuntari-<sup>842</sup>. La Llei 24/1997 introduí el requisit de la involuntarietat disposant una millora de la pensió en cas que l’extinció de la relació laboral fos per una causa no imputable al treballador i sempre i quan s’acreditessin 40 anys de cotització. La involuntarietat va ser recollida a la Llei 35/2002 com a requisit per accedir a la jubilació anticipada pels treballadors sense la condició de mutualista que a més complissin amb 30 anys de cotització tinguessin una edat mínima de 61 anys, i també pels mutualistes que es jubilessin anticipadament a fi i efecte que se’ls apliquessin els coeficients reductors previstos a l’article 161 LGSS.

El fet és que des de la Llei 24/1997, respecte els casos en que se cessava de l’activitat laboral en el marc d’un expedient de regulació en els quals el cessament s’engloba dins uns plans programats als que el treballador s’hi adhereix de forma voluntària, els treballadors en qüestió no podien acreditar el requisit de la involuntarietat i se’ls denegava l’accés a la jubilació anticipada. I en cas d’accedir-hi, veien com se’ls reduïa la pensió en aplicar-se els coeficients reductors donat que enlloc d’un 7% que s’aplicava si l’extinció contractual era involuntària, el coeficient que s’aplicava a la pensió de jubilació era del 8% en considerar-se voluntària l’extinció del contracte.

Aquesta era, en un primer moment, la línia jurisprudencial que seguia el Tribunal Suprem reflectida en diverses sentències en les quals argumenta que “la subscripció de un contrato de prejubilació anticipada representa un supuesto de extinción del contrato de trabajo, en virtud de una oferta incentiva de la empresa y la aceptación de la cual depende exclusivamente de la individualizada voluntad del trabajador”. Per tant, considera el Tribunal que el cessament en aquestes condicions de contracte de prejubilació “es una garantía de ocupación en el convenio colectivo y fruto de la

---

<sup>842</sup> En ús de la facultat reglamentaria que preveu la citada Disposició Transitòria, el *Real Decreto 1647/97, de 31 de octubre*, , por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social (BOE, de 13 de noviembre de 1997). a la Disposició Transitòria segona 2 afegeix que la reducció serà aplicable als treballadors la relació de la qual s’extingeixi per algunes de les causes que enumera l’article 208.a.1) LGSS així com l’article 1 del Reial Decret respecte a l’acreditació de la situació legal de desocupació.



negociación colectiva no se excluye ninguna forma de voluntariedad”, de manera que el cessament té caràcter de voluntari segons el criteri del Tribunal Suprem<sup>843</sup>.

Més endavant, però, la Disposició Addicional segona de la *Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social*<sup>844</sup> va modificar l'article 161.3 LGSS així com la Disposició Transitòria tercera LGSS en establir que el cessament en el treball es presumirà involuntari quan sigui degut a les causes previstes a l'article 208.1.1, dins les quals es preveu l'expedient de regulació d'ocupació.

Aleshores la interpretació del Tribunal Suprem respecte a la voluntarietat dels expedients de regulació va prendre un altre rumb, tal i com es mostra a la sentència de 24 d'octubre de 2006 (Ar. 4453) on el tribunal assenyala que el cessament en el treball que es produeix com a conseqüència d'un expedient de regulació d'ocupació autoritzat per l'Administració és involuntari, encara que els treballadors hagin estat individualitzats alhora d'acceptar la prejubilació en ordre a ser inclosos a l'expedient. Encara que l'opció per acollir-se a la prejubilació és voluntària, el cessament no ho és ja que en els supòsits d'expedients de regulació d'ocupació es produeixen, com diu el Tribunal “como consecuencia de una causa independiente de la voluntad del trabajador en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva que ha sido constatada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado”. Així, en aquest cas, l'extinció del contracte de treball no s'incardina en el

---

<sup>843</sup> STS de 25 de novembre de 2002 (Ar 1923), FJ 4, 5. En el mateix sentit s'expressen nombroses sentències del TS, entre d'altres: STS 30 de gener de 2003 (Ar. 1991), de 15 de gener de 2003 (Ar. 9598), de 17 de febrer de 2003 (3245), de 4 d'abril de 2003 (4838), de 24 d'octubre de 2003 (Ar. 9078), de 24 de juny de 2004 (Ar. 3490), de 15 de desembre de 2004 (Ar. 2499), de 20 de setembre de 2005 (Ar. 8607), de 17 de gener de 2006 de 2005 (Ar. 8607), de 17 de gener de 2006 (Ar. 2739), de 7 d'abril de 2006 (Ar. 4860). La interpretació jurisprudencial del TS en aquest sentit, tal i com resumeixen CAVAS i FERNÁNDEZ, és la següent: “1r) Las decisiones de los trabajadores de cesar e la empresa (Telefónica, Caja de Ahorros de Asturias, Companya Sevillana d'Electricitat, etc.), acogiendo al sistema de prejubilación establecido a la misma, deben incardinarse en la causa de extinción del contrato de trabajo de mutuo acuerdo extintivo de la relación de trabajo prevista en el artículo 49.1.a) ET; que la oferta sea individual o que se integre en un expediente de regulación de ocupación resulta accidental. 2n. La concurrencia de razones económicas y profesionales más o menos poderosas que impulsan al trabajador a aceptar el ofrecimiento de la empresa no desvirtua la bilateralidad característica de esta causa de extinción, que no se transforma por esto extinción por voluntad unilateral del empresario. 3r. en cuanto derivada de un acord extintivo de la relación de trabajo adoptado por voluntad conjunta del empresario y el trabajador, la jubilación anticipada de este después de considerarse forzosa sino voluntaria, y el tipo anual reductor del porcentaje de la pensión aplicable a la misma es, com sostiene el INSS, del 8% y no del 7%”. CAVAS MARTÍNEZ, F, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J, “La reforma de la jubilación”, *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)*. Editorial Bomarzo. Albacete, 2007. pàg. 173.

<sup>844</sup> BOE núm. 296, d'11 de desembre.

supòsit legal de mutu acord previst a l'article 49.1.a ET, sinó en el supòsit de l'article 49.1.i ET relatiu a l'extinció contractual per acomiadament col·lectiu fundat en causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció, consideració que remet a la regulació de l'article 51 ET sobre acomiadament col·lectiu. I, tal i com considera el Tribunal, "en el régimen actual de los despidos colectivos se viene admitiendo una práctica administrativa, en virtud de la cual los trabajadores afectados por un despido colectivo pueden determinarse: 1º) de forma directa y nominal en la propia resolución administrativa, 2º) por el empresario sin una aceptación previa de la designación por el trabajador y 3º) por el empresario con una aceptación previa del trabajador, que se acoge así a determinadas contrapartidas previstas en el plan social. En cualquiera de estos casos el cese es involuntario para el trabajador" (FJ 4). La voluntarietat o involuntarietat de la causa, doncs, "es el elemento decisivo en orden a la calificación del cese". per tant, segons dictamina el Tribunal, la jubilació anticipada en aquest cas de prejubilació no és voluntària, no perquè no hagi estat voluntaria l'opció a la jubilació anticipada, sinó perquè el cessament en el treball no ho és<sup>845</sup>.

L'Acord 2006 assumeix el compromís de que "se adoptaran las medidas normativas necesarias en orden a calificar como involuntaria la extinción de la relación laboral producida en el marco de los expedientes de regulación de ocupación (ERE) a los efectos de la aplicación de las reglas de Seguridad Social sobre jubilación anticipada". Es tracta, en fi, que es puguin aplicar els coeficients reductors més favorable incorporats l'any 2002 en el càlcul de la pensió. I és així com es plasma a la Disposició final tercera de la LMSS a l'apartat segon amb la previsió que les jubilacions anticipades motivades per cessaments en el treball en el marc d'expedients de regulació ostenten el caràcter d'involuntari. Aquesta disposició afectarà a totes les jubilacions procedents de ERE - expedient de regulació de treball- des de l'1 de gener de 2004 fins a la data d'entrada en vigor de la LMSS. Aquestes pensions es revisaran a instància dels interessats.

Per altra banda, si bé és necessari que el cessament de la vida laboral sigui per una causa no imputable a la lliure voluntat del treballador a fi de jubilar-se anticipadament, la Llei 35/2002 va introduir la possibilitat d'accedir a la jubilació en la seva modalitat anticipada voluntàriament en els supòsits de prejubilació a través d'un acord col·lectiu.

---

<sup>845</sup> En el mateix sentit, STS de 25 d'octubre de 2006 (Ar. 8262).

A la Llei 35/3003 es preveien uns supòsits específics en què no es requerien tots els requisits assenyalats per accedir a la jubilació anticipada, com són trobar-se inscrit com a demandant de treball i el cessament involuntari, requisits que no eren exigibles en aquells casos en què l'empresari, en virtut de l'obligació adquirida mitjançant acord col·lectiu, hagués abonat, com a mínim, al treballador després de l'extinció del contracte de treball, i durant almenys els dos anys immediatament anteriors a la sol·licitud de jubilació anticipada, una quantitat que, en còmput global, no fos inferior al resultat de multiplicar per 24 la suma de la quantia mensual de la prestació que hagués correspost al treballador en concepte de prestació contributiva per desocupació i l'import mensual de la quota satisfeta pel treballador en el conveni especial subscrit per ell.

En la mateixa línia de la Llei 35/2002, la LMSS reitera la possibilitat d'accedir a la jubilació anticipada en els mateixos termes, però introdueix algunes modificacions. Així, l'art. 3 de la Llei 40/2007 ha modificat l'art. 161bis de la LGSS sobre jubilació anticipada) i ha establert en el seu apartat segon que “Los requisitos exigidos en los apartados b y d no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social”.

Els requisits no exigibles en els supòsits d'acord col·lectiu o contracte individual de jubilació per accedir a la jubilació anticipada a què es refereix el precepte són: el d'antiguitat en la desocupació (trobar-se inscrits a les oficines d'ocupació com a demandants de treball) i el requisit de la involuntarietat (l'extinció d'un contracte de treball per causa no imputable a la voluntat del treballador). Dos són els canvis que afecten al paràgraf tot just esmentat, respecta a la regulació anterior.

En primer lloc, la regulació anterior continguda a l'article 161.3 LGSS disposava el “còmput anual”, expressió que amb la LMSS s'ha transformat a “còmput global” per

referir-se al conjunt dels conceptes que formen l'import mensual que es defineix tot seguit, de manera que es un mot més correcte que el de "còmput anual".

El segon canvi correspon a la introducció del "contracte individual de prejubilació" realitzat entre el treballador i l'empresari, que no apareixia a la legislació anterior, seguint a la tendència jurisprudencial que qualifica d'involuntari el cessament en el treball quan el treballador hagi acceptat firmar un contracte de prejubilació sense un previ expedient de regulació<sup>846</sup>. La novetat rau en què és la primera vegada apareix aquesta menció de contracte individual de prejubilació a la normativa sobre seguretat social. S'amplia la possibilitat d'accedir a la jubilació anticipada als treballadors jubilats prematurament per les seves empreses, sempre que s'haguessin prejubilat mitjançant acords individuals entre el treballador i empresari i no a través d'un expedient de regulació d'ocupació que implica un acord col·lectiu. La inclusió de la noció de contracte individual de prejubilació a la Llei 40/2007 respon a la finalitat d'ampliar la possibilitat als treballadors d'accedir a la jubilació anticipada emparada tant en un acord col·lectiu com en un contracte individual del treballador i de l'empresari, amb el compliment dels requisits citats.

En tot cas, la noció de contracte individual de prejubilació no apareix a l'Estatut dels Treballadors. De fet, aquests prejubilats, a efectes legals, no existeixen. No són treballadors, tot i que l'empresa d'on es van prejubilat segueix pagant-los una nòmina mensual, ni tampoc són jubilats perquè, tot i que no desenvolupen una activitat laboral, encara no han arribat a l'edat legal de jubilació de 65 anys. Així doncs, legalment són persones desocupades, però no cobren una prestació de l'Administració sinó de la seva empresa.

En la mesura que el contracte de prejubilació no està delimitat legalment, es fa necessari l'elaboració d'una norma laboral per part del Govern que reguli el contracte individual de prejubilació, de conformitat amb el que disposa la Disposició Final segona de la LMSS, segons la qual "se autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones que sean necesarias para la aplicación y desarrollo de esta Ley". Cal, doncs, un desenvolupament normatiu que precisi el contingut i abast del contracte de prejubilació individual per tal

---

<sup>846</sup> STS de 25 d'octubre de 2006 (Ar. 8262)

que l'establert a la LMSS sigui aplicable, és a dir, per tal de que, comptant amb un contracte individual de prejubilació es pugui accedir a la jubilació anticipada, amb la condició que el treballador percebes una quantitat en la forma descrita a l'article 161 bis 2 paràgraf segon de la LMSS.

#### ***d) Millores a les jubilacions anticipades anteriors a l'1 de gener de 2002***

La Disposició Addicional 41 LMSS estableix una millora de la pensió dels treballadors que, amb anterioritat a l'1 de gener de 2002, hagin accedit a la jubilació anticipada per tenir la condició de mutualistes i que “de la documentación obrante a la Administración de la Seguridad Social” se'n dedueixi que acrediten un mínim de 35 anys de cotització i que l'extinció del contracte de treball es produeixi per una causa involuntària, compresa en els supòsits de l'article 208.1.1 LGSS.

El sentit d'aquesta disposició és afavorir als treballadors que van accedir a la jubilació anticipada amb anterioritat a l'1 de gener de 2002 i que, per tant, no van poder utilitzar els nous i més beneficiosos coeficients reductors que es van establir a través de la Llei 35/2002, fet que genera una desigualtat per aquestes pensionistes prejubilats forçosament abans de l'1 de gener de 2002.<sup>847</sup> D'aquesta manera, la reforma té en compte les conseqüències greus que va tenir per la pensió dels treballadors immersos en jubilacions anticipades a causa de processos de reducció de plantilla i expedients de regulació d'ocupació.<sup>848</sup> Per això l'Acord de 2006 preveu que “s'adoptaran les mesures de millora de les pensions causades abans de l'1 de gener de 2002, per treballadors amb 60 o més anys que haguessin estat acomiadats i accedit a la jubilació anticipada, acreditant 35 o més anys de cotització a través de la incorporació a la pensió que s'estigui percebent d'una quantitat a tant alçat”.

La Llei preveu que l'increment de la pensió, d'entre 18 a 63 euros mensuals en atenció de l'edat del treballador, es reconeix amb efectes des de l'1 de gener de 2007 i es faràs

---

<sup>847</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J, “La reforma de la jubilación”, *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo*. Editorial Bomarzo. Albacete, 2007. pàg. 119. Els autors expliquen que la mesura de millora de les pensions en aquest supòsit s'ha questionat en quant a la seva correcció tècnica-jurídica ja que suposa l'aplicació d'una regulació posterior (vigent des de l'1 de gener de 2002) a fets ja consolidats i fermes produïts amb anterioritat.

<sup>848</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “La Reforma de la jubilación en la Ley de medidas de la Seguridad Social de 2007”, *Revista de Derecho Social*, núm. 38, 2007 pàg. 221

efectiu en 14 pagues. En virtut del previst legalment, amb 60 anys d'edat la quantitat de millora serà de 63 €, amb 61 anys la millora es concreta en 54€, amb 45 anys la pensió s'incrementa amb 45€ més i finalment, amb 63 anys l'augment arriba als 36 € i, finalment, amb 64 anys d'edat la pensió rep una millora de 18 €. Aquest increment afectarà al llindar màxim de pensions i als complements per mínims. Si s'ha aplicat normativa internacional també afectarà a l'import de l'increment.

Finalment, s'indica que L'INSS reconeixerà d'ofici o a instància de part aquest increment en el termini dels 3 mesos comptats a partir de l'entrada en vigor de la LMSS, d'acord amb la informació continguda a la base de dades de les prestacions i el fitxer general d'afiliació.

#### ***e) La cotització durant la percepció del subsidi per majors de 52 anys***

Una novetat que comporta la LMSS afecta a l'article 218.4 LGSS en referència a la cotització durant la percepció del subsidi per majors de 52 anys. A diferència de la normativa anterior per la qual la cotització dels majors de 52 anys depèn del límit mínim de cotització vigent a cada moment, i per tant, amb independència de la base de cotització que tenia l'interessat quan desenvolupava l'activitat, amb el vigent redactat s'afegeix que no obstant, quan correspongui cotitzar per la contingència de jubilació i el beneficiari sigui major de 52 anys, es prendrà com a base de cotització el 125 % de la base mínima de cotització". D'aquesta manera les cotitzacions que s'ingressen s'incrementen durant la percepció del subsidi d'atur per majors de 52 anys la pensió dels quals, consegüentment, es veurà també crescuda.

### **3.3.4 Modificacions de la jubilació parcial**

La jubilació parcial és la modalitat de jubilació que ha resultat més afectada amb la LMSS. Aquesta modalitat, introduïda a l'ordenament jurídic espanyol a través de la reforma laboral de 1984<sup>849</sup> va permetre comptabilitzar la pensió de jubilació amb un

---

<sup>849</sup> En aquest sentit s'expressa a la *Llei 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores* (BOE núm. 186/1984, de 2 d'agost), que incorpora aquesta nova modalitat de jubilació. De conformitat amb el seu preàmbul "La intensidad alcanzada por el paro juvenil aconseja perfeccionar las formas contractuales que permiten la integración progresiva de estos colectivos en el trabajo, a través de los contratos en prácticas y para la

treball a temps parcial amb la conseqüent reducció de la jornada de treball en proporció inversa a la reducció aplicable a la jornada del pensionista en relació a la d'un treballador a temps complet.

La jubilació parcial ha estat considerada com una alternativa a la jubilació anticipada total, jubilació que el legislador ha intentat evitar per la tendència consolidada a perllongar la vida laboral dels treballadors més enllà de l'edat ordinària de retir. En efecte, si bé és cert que la jubilació parcial, tot i que implica una despesa pel sistema de la Seguretat Social per tractar-se d'una pensió de jubilació, no és menys cert que a la vegada es tradueix en l'ingrés de cotitzacions per part del treballador rellevista.<sup>850</sup>

L'aparició de la jubilació parcial es va justificar per la lluita contra la desocupació que va fer estralls a la societat espanyola als anys setanta i vuitanta. Es pretenia aconseguir un creixement econòmic futur a través de la creació del major número de llocs de treball possibles que reduís el nombre d'aturats. D'aquí la importància cabdal contracte de relleu en la jubilació parcial com a mitjà per establir un intercanvi intergeneracional de treballadors i crear ocupació. Amb tot, la perspectiva va canviar anys més tard, quan la preocupació per l'atur va desinflar-se i va donar pas a una altra preocupació, en aquest cas futura, sobre l'evolució demogràfica que apunta a un envelliment progressiu de la població i el que això implica per la viabilitat del sistema de Seguretat Social que veu disparada la seva despesa. Des de diverses instàncies europea, estatal, es defensa la progressiva flexibilització de l'edat de jubilació i la recerca d'instruments que potenciïn la permanència en actiu un cop complerta l'edat ordinària de jubilació. En aquest context es produeix una nova regulació sobre el contracte de relleu que dona més autonomia a la jubilació progressiva i parcial. És la Llei 12/2001, de 9 de juliol, de mesures urgents de reforma del mercat de treball per l'increment d'ocupació i la millora de la seva qualitat que sorgeix de l'Acord per la millora i desenvolupament del sistema

---

formación los contratos a tiempo parcial y la nueva figura del contrato de relevo. Todas ellas son formas ampliamente utilizadas en los países occidentales, en los que también se observa una situación de paro juvenil preocupante, como medio para que los jóvenes encuentren la posibilidad de una etapa de adaptación al trabajo a la salida del sistema educativo y para que se creen puestos de trabajo que les permitan familiarizarse con la vida laboral y completar su formación a través del trabajo.”

<sup>850</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “La reforma de la jubilación en la Ley de medidas de Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 38/2007. pàg. 221. Precisament, segons defensen CAVAS MARTÍNEZ, F i FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La jubilación”, dins CAVAS MARTÍNEZ, F (dir) “la reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social” Ediciones Laborum, 2007. pàg. 137

de protecció social de 9 d'abril de 2001. Aquesta Llei elimina el terme final que la normativa anterior imposava al contracte del rellevat i que se situava a l'edat de jubilació contributiva i manté els beneficis de Seguretat Social del jubilat parcial a efectes de la quantia de la pensió. A més, disposa que la jubilació parcial pot sol·licitar-se un cop complerts els 65 anys d'edat que no exigeix l'estipulació d'un contracte de relleu. Així, es van flexibilitzar les condicions i exigències de l'accés a la jubilació parcial, ampliant les possibilitats de reducció de jornada –d'entre el 15% al 85%- i flexibilitzant els requisits per la contractació del treballador rellevista. La jubilació parcial apareix com un mecanisme gens costós per les empreses encara que costós per la Seguretat Social que obtenint només una cotització del 15% durant cinc anys ha de garantir una pensió vitalícia del 10%<sup>851</sup>. D'aquesta manera, la jubilació parcial, amb la regulació incorporada a la Llei 35/2002, presenta un atractiu molt superior a qualsevol altra modalitat de jubilació anticipada i, fins i tot, de la pròpia jubilació ordinària. En aquest sentit, CALVO manté que amb aquesta reforma operada a través de la Llei 35/2002 “se dotó a la jubilación progresiva de una verdadera carta de naturaleza, como a institución independiente, autónoma y no necesariamente conectada a un supuesto de jubilación anticipada y de reparto de ocupación”<sup>852</sup>.

No es d'estranyar, doncs, que la jubilació parcial ha notat un increment espectacular en els últims anys, Donat els incentius molt avantatjosos que ofereix tant per les empreses com pels treballadors que poden compatibilitzar una pensió de jubilació amb un salari a canvi de realitzar una jornada mínima. A mode d'il·lustració, de 6819 altes de jubilació parcial l'any 2002 es va passar a 30.833 altes el 2006<sup>853</sup>. Aquesta situació, de continuar i incrementar-se en el futur plantejaria problemes per la viabilitat i la sostenibilitat del sistema espanyol de pensions. D'aquí que va ser precisament aquesta modalitat de jubilació la que ocupa una major extensió dins de les modificacions que la LMSS conté respecte a les prestacions de la Seguretat Social.

En aquest sentit, l'Acord de 2006 que culmina amb la LMSS, pretén reformar la regulació de la Llei 35/2002 desenvolupada en el Reial Decret en tres aspectes:

---

<sup>851</sup> LÓPEZ CUMBRE, L.: De la jubilación flexible a la flexibilidad en la jubilación. Madrid, 2005. Pág.61.

<sup>852</sup> CALVO GALLEGU, FJ., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*. Editorial Mergablum. Sevilla, 2002, pàg 48, 59

<sup>853</sup> Font: INEM



equiparar l'edat als requisits de cotització previs amb els exigits a la jubilació anticipada, exigir uns requisits addicionals als treballadors que accedeixin a la jubilació parcial i traçar una correspondència de bases de cotització entre les que s'apliquen al jubilat parcial i la que correspon al treballador rellevista a la jornada deixada de realitzar pel jubilat parcialment<sup>854</sup>. A aquest efecte, s'estableixen requisits més restringits per accedir a la jubilació parcial, si bé s'aplicaran gradualment i només s'aplicaran als treballadors menors de 65 anys.

A la normativa anterior a la LMSS, la jubilació parcial compta amb dues formes contingudes als articles 12.6 ET i 166 LGSS, modalitats que es mantenen igualment amb la reforma duta a terme el 2007.

Una primera forma és accedir a la jubilació parcial havent complert 65 anys i amb la carència coberta per la jubilació ordinària, sense que sigui necessari que l'empresa celebri simultàniament un contracte de relleu amb un altre treballador. Segonament, és també possible accedir a la jubilació parcial si s'és menor de 65 anys, reunint la resta de requisits que exigeix la jubilació ordinària. En aquest cas és necessari que l'empresa que realitzi el contracte a temps parcial al pensionista celebri un contracte de relleu amb un treballador rellevista que és un desocupat inscrit com a demandant d'ocupació o un treballador de la mateixa empresa amb contracte de duració determinada.

La LMSS dedica el seu article 4 a modificar la jubilació parcial establerta a l'article 166 LGSS i l'article 12 ET, així com també és regulat al Reial Decret 1131/2002, de 31 d'octubre, pel qual es regula la Seguretat Social dels treballadors contractats a temps parcial, així com la jubilació parcial.

#### ***a) Majors de 65 anys***

En virtut de l'article 166.1 els treballadors majors de 65 anys, si reuneixen els requisits per causar la pensió de jubilació, podran accedir a la jubilació parcial sense necessitat de fer simultàniament un contracte de relleu. A banda de comptar amb l'edat ordinària de

---

<sup>854</sup> PANIZO ROBLES, J.A., "Jubilación parcial y anticipada. Realización de trabajos penosos, tóxicos y peligrosos". *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, maig 2007. pàg. 4, 5

jubilació cal que acreditin el període mínim de carència que es requereix per causar la jubilació, d'acord amb la nova Disposició transitòria quarta LGSS.

Ara bé, si l'empresa decideix celebrar un contracte de relleu per substituir el treballador que es jubila parcialment, aquest contracte haurà de regir-se pel previst a l'article 12.6 ET regulador del contracte de relleu.

La LMSS no modifica la regulació de la jubilació parcial per aquest col·lectiu que ja compta amb l'edat ordinària per jubilar-se. Tanmateix es veu afectat pel nou marge de reducció de la jornada de treball pel pensionista parcial que haurà d'estar compresa entre un mínim d'un 25% i un màxim d'un 75%, d'acord amb la regla general que estableix la LMSS amb caràcter general per tota jubilació parcial. Així doncs, el contracte celebrat a temps parcial ha de comptar amb una reducció de jornada i salari d'entre un 25% i un 75% de la jornada a temps complet comparable. Aquest percentatge es refereix a la jornada d'un treballador a temps complet comparable<sup>855</sup>. El límit màxim de jornada de 75% és l'únic requisit que se'ls exigeix a aquests treballadors majors de 65 anys que accedeixen a la jubilació parcial, a diferència dels treballadors menors de 65 anys que, a banda del marge legal de reducció de jornada se'ls exigeixen altres requisits d'edat, antiguitat a l'empresa, anys cotitzats i contracte de relleu com s'observarà tot seguit.

#### ***b) Menors de 65 anys***

De conformitat amb l'article 166.2 LGSS, els treballadors a temps complet podran accedir a la jubilació parcial sempre que, simultàniament es faci un contracte de relleu amb una durada igual al temps que li falti al treballador substituït per al compliment dels 65 anys i reuneixin els requisits següents:

##### *i) Edat*

---

<sup>855</sup> A fi de determinar la noció de “treballador a temps complet comparable” disposa l'article 12.1 ET que s'entendrà com a tal a “un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal”

En el nou article 166.2 LGSS estableix dues edats diferenciades per accedir a la jubilació parcial, i és que cal tenir 61 anys d'edat o 60 anys si es tenia la condició de mutualista en data d'1 de gener de 1967, d'acord amb la Disposició transitòria tercera, supòsit que serà inassequible en termes biològics l'any 2013.

Per a comptar l'edat no es tindran en compte les bonificacions o anticipacions de l'edat de jubilació que poguessin ser d'aplicació a l'interessat, de manera que l'edat tant de mutualistes com de no mutualistes ha de ser real o efectiva, en contrast amb el que disposava la regulació anterior.<sup>856</sup>

L'exigència dels 61 anys necessaris per tenir accés a la jubilació parcial que es demana pels treballadors que reuneixen els requisits per causar la pensió contributiva de jubilació a excepció de l'edat, difereix de l'anterior regulació que preveia que els citats treballadors podien accedir a la jubilació parcial a partir dels 60 anys, de manera que s'equipara a l'edat exigida per la jubilació anticipada. Per aquest motiu, la Disposició Transitòria disset LGSS, incorporada per l'article 4.2 LMSS preveu que l'exigència del requisit de 61 anys d'edat es durà a terme de forma gradual, en funció dels anys transcorreguts des de l'entrada en vigor de la Llei, és a dir, a partir de l'1 de gener de 2008, i ofereix la següent escala partint de 60 anys reals el 2008, a raó de dos mesos més per any fins al 31 de desembre de 2013. El període transitori que es preveu és requerir 60 anys pel 2008, 60 anys i 2 mesos pel 2009, 50 anys i 4 mesos pel 2011, 60 anys i 6 mesos pel 2011, 60 anys i 8 mesos pel 2012, 60 anys i 10 mesos pel 2013 i finalment 61 pel 2014.

Es manté una especificitat a la Disposició transitòria disset LGSS fins el 31 de desembre de 2012, la possibilitat d'accedir als 60 anys sense tenir la condició de mutualista si el rellevista se'l contracta a jornada completa i per temps indefinit i pel jubilat, sempre i quan acrediti 30 anys cotitzats i 6 d'antiguitat a l'empresa. A partir de 2013 l'edat exigida per aquest supòsit serà de 61 anys.

---

<sup>856</sup> Conseqüentment, cal tenir en compte el que disposa el nou article 161 bis LGSS pel qual, referint-se a la jubilació anticipada per activitats perilloses o per discapacitat disposa "los coeficientes reductores de la edad de jubilación no seran tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el apartado 2 del artículo 163, a la jubilación regulada en la norma segunda del apartado 1 de la disposición transitoria tercera y a cualquiera otra modalidad de jubilación anticipada".

Per últim, per la mateixa Disposició transitòria disset LGSS es manté transitòriament la legislació anterior per les persones afectades per pactes o convenis col·lectius amb clàusules de jubilació parcial. El règim de jubilació parcial vigent a la data d'entre en vigor de la LMSS es pot seguir aplicant als afectats pels convenis o pactes col·lectius anteriors fins que acabi la seva vigència i, com a màxim, fins el 31 de desembre de 2009.

### *ii) Antiguitat*

L'antiguitat mínima a l'empresa és de 6 anys, de conformitat amb la nova redacció de l'article 166.2.b) LGSS, A tal efecte, es tenen en compte les successions de l'empresa i l'antiguitat a l'empresa o empreses en el mateix grup, en els termes indicats a l'article 44 ET, per així no discriminar als treballadors que han treballat els darrers sis anys en diferents empreses.

També per aquest requisit s'estableix un període transitori d'aplicació. Durant l'any 2008 es demanen 2 anys d'antiguitat a l'empresa, durant l'any 2009 seran 3 anys d'antiguitat, durant l'any 2010 seran 4 anys d'antiguitat, durant l'any 2011 seran 5 anys d'antiguitat i, per últim, durant l'any 2012 es requeriran 6 anys d'antiguitat d'acord amb la LMSS.

A la legislació anterior a la LMSS, solament es demanava una relació laboral a l'empresa prèvia a la jubilació parcial, amb independència de la seva durada. La no exigència d'un temps d'antiguitat específic a l'empresa podia donar peu a situacions abusives en els que, per exemple, un treballador a l'empresa sense solució de continuïtat passés a la jubilació parcial <sup>857</sup>.

### *iii) Reducció de jornada*

L'article 166.2. c) modifica la reducció màxima de la jornada, que passa d'un màxim del 85 % a la legislació anterior a un 75 % per la LMSS, establint-se un període

---

<sup>857</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F i FERNÁNDEZ ORRICO, F.J, "La jubilación", dins CAVAS MARTÍNEZ, F (dir) "La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social" Ediciones Laborum, 2007. pàg. 132.

transitori quan es formalitza un contracte de relleu. Pel que fa al límit mínim de reducció de jornada no s'ha modificat i es manté al 25%. Per tant, segons l'actual normativa, el treballador que es jubila parcialment ha de concertar amb l'empresa un contracte a temps parcial pel qual es redueixi la seva jornada de treball i el seu sou entre un 25% com a mínim i un 75 %.

L'exigència progressiva dels nous marges percentuals de reducció de jornada és el següent en virtut de la Disposició Transitòria disset LGSS: l'any 2008 el 85%, l'any 2009 el 82%, l'any 2010 del 80%, l'any 2011 del 78% i l'any 2012 ja serà del 75% la reducció de jornada requerida.

En tot cas, es mantindrà la reducció màxima del 85% quan el rellevista, és a dir, aquell treballador que gaudeix d'un contracte de relleu, sigui a jornada completa i indefinit.

#### *iv) Període de carència*

És necessari acreditar, segons marca l'article 166.2.c) LGSS, com a mínim 30 anys de cotitzacions efectives. Aquest requisit representa també una novetat en comparació al règim anterior de jubilació parcial, en el qual només feia falta complir el període de cotització mínim per accedir a la jubilació ordinària, per tant, 15 anys. Amb la LMSS, doncs es demanen 30 anys de cotització, el mateix període de carència que s'exigeix per la jubilació anticipada, per així equiparar ambdues modalitats de jubilació, anticipada i parcial, ja que, no tindria raó de ser que a un treballador acomiadat li exigissin 30 anys per accedir a la jubilació anticipada

Com assenyala l'article esmentat, els 30 anys de d'equivaler a cotitzacions efectives, de forma que no és computable la part proporcional corresponent a les pagues extraordinàries, de la manera com també es compta a partir de la LMSS el període mínim de cotització per causar la jubilació ordinària, suprimint els dies quota.

També pel nou període de carència es disposa un període transitori d'aplicació a la Disposició Transitòria disset. D'acord amb aquest nou període progressió fins arribar al requeriment de 30 anys de cotització que requereix la LMSS, durant l'any 2008 es requeriran 18 anys de cotització, durant l'any 2009 s'exigiran 21 anys, durant el 2010

seran 24 anys els anys de cotització demanats, durant l'any 2011 es necessitaran 27 anys de cotització i, finalment, l'any 2012 es requeriran ja els 30 anys de cotització.

*v) Contracte de relleu*

La jubilació parcial del treballador menor de 65 anys opera a través de tres elements: la pensió de jubilació, un contracte a temps parcial i un contracte de relleu. Quan s'accedeix a la jubilació parcial, és necessari la celebració d'un altre contracte, el contracte de relleu. El contracte de relleu, únicament obligatori quan el jubilat és menor de 65 anys, implica que el treballador que es jubila parcialment sigui substituït per un altre treballador. En aquest sentit, es defineix aquest tipus de contracte com un instrument de distribució o repartiment d'ocupació, en quant que la jornada abandonada per un treballador, com a requisit necessari per accedir a la jubilació de la Seguretat Social, en la modalitat de jubilació parcial, ha de ser coberta per un treballador.

Les modificacions operades a l'article 166 LGSS en relació a la jubilació parcial, obliguen, de la mateixa manera, a canviar en l'àmbit laboral el contracte de relleu en la mesura que la jubilació parcial amb els nous requisits inclosos amb la LMSS porta intrínsec la celebració d'un contracte de relleu quan el jubilat parcialment és menor de 65 anys. Per això, la Disposició Addicional vint-i-nou LMSS modifica l'article 12 ET que regula el contracte a temps parcial i el contracte de relleu. S'afegeix un nou apartat 7 al precepte 12 que defineix les regles que regiran pels contractes de relleu d'acord amb el que disposa el nou article 166 LMSS. L'article 12.6 ET estableix el règim jurídic del contracte de relleu i l'article 12.7 ET els requisits d'aquest contracte de relleu.

Conforme al nou articulat, el contracte de relleu, en relació al treballador rellevista, pot tractar-se tant d'un desempleat inscrit com a demandant de treball, com d'un treballador de la mateixa empresa amb un contracte de duració determinada.

La duració del contracte de relleu, en el cas del jubilat menor de 65 anys ha de ser indefinit, prorrogable anualment, i amb una duració de com a mínim fins la data en què el jubilat parcial compleixi 65 anys d'edat. Pel jubilat amb 65 anys o més, el contracte de relleu ha de tenir caràcter indefinit i anualment prorrogable. La jornada del

treballador rellevista, com a mínim ha d'ocupar la que deixa vacant el jubilat parcial, i tant pot celebrar-se a jornada completa com a temps parcial.

En darrer terme, una novetat fa referència al concepte de lloc que ha de ser un treball igual o similar. Ara bé, el concepte es flexibilitza i amb la nova regulació quan pels requeriments del treball realitzat, el jubilat parcial i el rellevista no puguin ocupar el mateix lloc o un de similar, les seves bases de cotització hauran de coincidir, com a mínim, en un 65%. Tal i com comenta CAVAS, amb aquesta mesura es pretén tancar la polèmica creada per la diversitat d'interpretacions a les que s'estava veient sotmès aquest apartat de l'article 12.6 ET, en considerar determinades direccions provincials de l'INSS que havia de complir-se el requisits d'homogeneïtat entre les bases de cotització dels dos treballadors a partir d'una exigència d'identitat o equivalència entre les categories professionals desenvolupades concebant el grup professional no de manera vertical sinó horitzontal, quan realment aquell precepte limitava a exigir que el lloc de treball del contractat fos el mateix que el del treballador substituït o un similar, entenent per tal desenvolupament de tasques corresponents al mateix grup professional o categoria equivalent (encara que el nivell retributiu del rellevista i, per tant, la seva cotització fos menor), criteri administratiu que diverses resolucions judicials havien declarat il·legal <sup>858</sup>.

### **3.3.5 La modificació de la jubilació flexible**

La jubilació flexible fou introduïda per la Llei 35/2002 de mesures per l'establiment d'un sistema de jubilació gradual i flexible i regulada pel Reial Decret 1132/2002, de 31 d'octubre, de desenvolupament de determinats preceptes de la Llei 35/2002. Es configura com una excepció a la incompatibilitat entre la pensió de jubilació i el treball del pensionista tal i com disposa l'article 165.1 LGSS.

La jubilació flexible és aplicable a tots els règims de la Seguretat Social, excepte els diversos Règims Especials dels funcionaris, d'acord amb la disposició addicional primera del Reial Decret 1132/2002

---

<sup>858</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., "La reforma de la Seguridad Social 2007", *Aranzadi Social*, núm. 19/2007 (Tribuna) Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2007

D'acord amb la definició donada per l'article 5 RD 1132/2002, es considera jubilació flexible, de la derivada de la possibilitat de compatibilitzar una vegada causada la jubilació amb un treball a temps parcial dins els límits de l'article 12.6 ET. Davant aquesta situació disminuirà la percepció de la pensió en proporció inversa a la reducció aplicable a la jornada de treball del pensionista en relació a la d'un treballador a temps complet comparable

Es distingeix la jubilació flexible de la jubilació parcial pel fet que a la jubilació flexible s'hi accedeix des de la condició de pensionista mentre que s'és un treballador en actiu quan es causa la jubilació parcial. Ara bé, els límits de jornada a la realització d'un treball a temps parcial són els mateixos pel jubilat parcial i pel jubilat flexible. Per tant, encara que pugui tractar-se d'un mecanisme molt similar per arribar al mateix resultat, compartir activitat laboral i pensió de jubilació reduïdes, el seu punt de partida és diferent: l'activitat laboral a la jubilació parcial i la pensió de jubilació a la jubilació flexible.

Així doncs, la modificació que ha incidit en la jubilació flexible derivada de la reforma de la LMSS és en relació a la nova redacció de l'article 12.6 ET sobre el contracte de relleu, i el nou marges de reducció de jornada que s'apliquen, en concret d'entre el 25% com a mínim al 75% com a màxim.

### **3.3.6 Incentius a la permanència en actiu més enllà de l'edat ordinària de jubilació**

La tendència actual és jubilar-se abans de l'edat ordinària de jubilació tot i les mesures que apunten des de la dècada dels 90 cap a la direcció contrària, a promoure la vida laboral activa per intentar equilibrar el sistema mitjançant el manteniment de les cotitzacions i alhora desincentivant el recurs de la jubilació a edats primerenques.

Una novetat que introdueix la LMSS sobre la jubilació ordinària fa referència als incentius a la permanència en actiu més enllà de l'edat ordinària de jubilació. Per mitjà de l'article 3 LMSS s'adhereix un nou redactat a l'article 163.2 LGSS pels treballadors que decideixen treballar més enllà de l'edat ordinària de jubilació, especialment tenint en compte que estadísticament es confirma l'apogeu de les jubilacions anticipades i, especialment la jubilació parcial. La norma assenyala que "cuando se acceda a la



pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 161.1.b, se reconocerá al interesado un porcentaje adicional consistente en un 2 % por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión. Dicho porcentaje se elevará al 3 % cuando el interesado hubiera acreditado al menos cuarenta años de cotización al cumplir 65 años”.

La reforma corregeix alguns aspectes negatius de la Llei 35/2002 que va establir mesures de foment per la permanència en actiu més enllà dels 65 anys i que dificultaven que els incentius a l'allargament de la vida laboral fossin efectius. La Llei 35/2002 preveia que per cada any addicional de cotització a partir dels 65 anys i acreditant un període de cotització de 35 anys, per tant, amb el 100% de la base reguladora, aquesta s'incrementava un 2%, creixent respectivament la pensió de jubilació. Però aquest incentiu més aviat dificultava el perllongament de la vida laboral a partir dels 65 anys d'edat en la mesura que aquelles persones que ja gaudissin de la quantia màxima legal de la pensió, encara que treballessin més enllà dels 65 anys, acumulessin anys cotitzats i augmentés la base reguladora, no se'ls podia augmentar a pensió i, per tant, l'incentiu no els oferia cap avantatge.

L'Acord de 2006 canvia la perspectiva i assegura que “la pensión de jubilación a partir de los 66 años debe ser superior a la que correspondería a los 65 años de edad”. En aquest sentit, i amb la finalitat d'incrementar el número de treballadors que decideixen voluntàriament arribar a l'edat ordinària de jubilació o retardar-la, s'assenyala a dit Acord que el perllongament voluntari de la vida laboral més enllà de l'edat ordinària de jubilació ha d'incentivar-se “con independencia tanto de los años cotizados (si se superan los períodos de carencia), como de la base de cotización”.

Seguint les indicacions de l'Acord de 2006, la LMSS canvia l'incentiu de la Llei 35/2002 d'augmentar la base reguladora més enllà dels 100%. En base a la nova redacció de l'article 163.2 LGSS feta per l'article 3 LMSS, pel càlcul de l'import de la pensió s'atorgarà un percentatge addicional del 2% per cada any complet transcorregut des del compliment dels 65 anys i el fet causant. I si en la data del fet causant es van complir els 65 anys d'edat s'acrediten 40 anys de cotització el percentatge addicional serà del 3%. D'aquesta manera, si s'acredita el període mínim de cotització exigint de 15

anys de carència genèrica i la carència específica corresponent en almenys dos anys immediatament als anteriors als 15 anys, es percebrà un 2% adicional per cada any complet transcorregut des del compliment dels 65 anys fins a la data del fet causant de la pensió de jubilació. Aquest percentatge serà del 3% quan s'acreditin almenys 40 anys de cotització en el moment de complir-se 65 anys d'edat, i no està subjecte a cap termini màxim<sup>859</sup>

Dos són, doncs, les diferències respecte al règim anterior. Primerament s'incrementa un 3%, enlloc d'un 2%, el percentatge adicional de la base reguladora de la pensió per tal d'incentivar al treballador per a què arribi a 40 anys de cotització i així allargui la seva vida laboral. En segon lloc, no calen 35 anys de cotització per poder obtenir el benefici del 2% adicional, sinó que a partir dels 65 anys d'edat es tindrà dret a un percentatge adicional del 2% per cada any de més que se segueixi treballant i per tant, que es retardi la jubilació. Aleshores el 2% adicional s'afegeix a la pensió calculada d'acord amb la base reguladora i percentatge de conformitat amb els anys de cotització que s'acreditin. D'aquesta manera s'estimula al treballador que, independentment dels anys que dugui cotitzats, mentre compleixi el període mínim de cotització -15 anys- es mantingui en actiu més enllà dels 65 anys per així accedir a partir dels 66 anys a un 2% adicional, per cada any treballat de més, que s'aplica a la base reguladora pel càlcul de la seva pensió. Així l'incentiu juga únicament sobre l'edat en no exigir-se acreditar períodes de cotització més alts que el mínim requerit. Certament, l'exigència d'acreditar 35 anys de cotització limitava considerablement el col·lectiu que rebia la mesura, aplicable només per aquells que acreditaven llargues carreres d'assegurances. A banda d'aquest límit, la mesura també s'afrenta a la reduïda població que es manté en actiu més enllà dels 65 anys. De manera que la reforma en l'incentivació de la LMSS pretén ampliar el col·lectiu que rep la mesura.

El percentatge adicional, del 2 o el 3% per any segons la carència que s'acrediti, se sumarà al que correspongui pels anys de cotització. La suma d'ambdós s'aplicarà a la base reguladora per determinar la quantia de la pensió, que no podrà ser superior al límit

---

<sup>859</sup> Si s'acredita una base reguladora de 1000 euros, 30 anys cotitzats i se sol·licita la pensió de jubilació als 66 anys, percebrà el 90% de  $1000 + 2\%$  de  $1000 - 900 + 20 = 920$  euros al mes, enlloc dels 900 euros de la legislació anterior. I amb 40 anys cotitzats en complir 65 anys d'edat el percentatge adicional seria del 3% en comptes de 2%, per tant la pensió de jubilació en . L'exemple ofert s'eleva a 930 euros.

màxim assenyalat cada any, establert a l'article 47 LGSS que disposa textualment que "el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social para cada beneficiario no podrá superar la cuantía íntegramensual que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado"<sup>860</sup>.

Quan en el càlcul de l'import de la pensió, la pensió finalment reconeguda superi el límit màxim sense aplicació del percentatge adicional o aplicant-lo parcialment, es tindrà dret a cobrar, juntament amb la pensió màxima, aquesta quantitat a través de multiplicar-se el límit màxim pel percentatge adicional no utilitzat per determinar la quantia de la pensió, arrodonint a la unitat per excés. En tot cas, la suma anual d'aquesta quantitat i la pensió màxima no pot superar la base màxima de cotització vigent a cada moment, també en l'import anual. Aquesta quantitat es reporta per mesos vençuts i s'abona en 14 pagues.<sup>861</sup>

Queda palesa que la intenció d'aquesta mesura és superar l'inconvenient que suposava amb l'anterior legislació per aquelles persones que en el càlcul de la seva pensió tant sense aplicar el percentatge adicional o aplicant-lo superaven el límit màxim de la pensió que els quedava congelat a aquest límit, sense possibilitat d'incrementar la quantia persones per tant, per a qui l'incentiu del 2% resultava buit, Amb la nova redacció, es corregeix aquesta disfunció en l'incentiu de retard de la jubilació ordinària pels beneficiaris amb pensions altes i es permet, encara que de forma velada, superar el límit de pensions anuals.

El benefici d'increment de la pensió de jubilació no resulta d'aplicació en els casos de jubilació parcial ni de jubilació flexible. Per tant, el benefici de l'incentiu té com a destinataris els qui continuïn en actiu a temps complet o parcialment més enllà dels 65 anys, i també els qui tornin a treballar a temps complet després dels 65 anys d'edat.

---

<sup>860</sup> Per l'any 2008, segons l'article 42 de la *Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008* (BOE núm. 310 de 27 de desembre de 2007), l'import a percebre de les pensions públiques no podrà superar durant l'any 2008 la quantia íntegra de 2.336,41 euros mensuals, sens perjudici de les pagues extraordinàries que puguin correspondre.

<sup>861</sup> Per il·lustrar-ho, si un treballador accedeix a la jubilació a 68 anys i acredita 18 anys de cotització tindria dret a una pensió del 106% de base reguladora d'acord amb els percentatges adicional que li pertoca. Però si ja aplicant el 102% obté una pensió de jubilació que coincideix amb el màxim previst a la Llei anual de pressupostos de l'Estat, aleshores el 4% restant que no s'ha utilitzat per calcular la pensió en superar el límit legal màxim, s'aplicarà al valor d'aquesta pensió màxima i la quantitat que en resulti es percebrà juntament a la pensió.

Però el percentatge addicional no serà d'aplicació quan el retard és parcial –jubilació parcial- ni tampoc quan un cop s'hagi accedit a la jubilació es reemprengui l'activitat laboral, ja sigui total o parcialment –jubilació flexible-.

En darrer terme, per la Disposició Addicional vintena LMSS s'estableixen bonificacions en forma d'exoneració de cotitzar per tal d'incentivar la permanència en el mercat de treball de les persones majors de 65 anys. A tal efecte, es disposa que els treballadors amb 65 anys i que acreditin 35 anys o més anys de cotització efectiva a la Seguretat Social, els empresaris dels quals siguin beneficiaris de les bonificacions regulades a l'article 4.1 de la Llei 43/2006, de 29 de desembre, per la millora del creixement i de l'ocupació, i que continuïn en el lloc de treball, “únicamente deberan de cotizar la correspondiente aportación por la cotización a la incapacidad temporal derivada de las contingencias comunes”. De fet, la present disposició recull el mateix incentiu previst amb anterioritat a la LMSS, per bé que la Llei 35/2002 va introduir l'exempció de l'obligació de cotitzar a la Seguretat Social per les contingències comunes, excepte per incapacitat temporal derivada de les mateixes, pels treballadors per comte aliena amb contractes de treball indefinits, així com de socis treballadors o de treball de les cooperatives, en els quals concorrin les circumstàncies de tenir 65 anys i acreditar 35 o més anys de cotització efectiva a la Seguretat Social <sup>862</sup>.

L'exoneració de quotes, com afirma CAMÓS, és sobretot un premi per qui, una vegada acreditat el màxim d'anys de cotització previstos amb el sistema anterior per accedir al 100% de la base reguladora, decideixen mantenir-se en actiu, possibilitant-los aquesta permanència mitjançant una considerable reducció en les quotes tant empresarial com de la quota a càrrec del treballador, per quant quedarien exclosos de la mateixa o postergada la seva aplicació per qui compeltat l'edat de 65 anys desitgin mantenir-se en actiu sense haver complert els 35 anys de cotització efectiva.

---

<sup>862</sup> CAMÓS VICTORIA, I., *Ultimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación..* Tirant lo blanch, València, 2003. pàg 161.

### **3.4 la renovació del pacte de toledo de 2011, l'acord social i econòmic de 2011 i els compromisos europeus**

Tal i com indica la Recomanació 15 del Pacte de Toledo de 1995 així com l'apartat D) de la seva renovació parlamentària de 2003 i al preàmbul de la mateixa LMSS, la seguretat social s'haurà d'anar adaptant a les modificacions socioeconòmiques. En aquest sentit, la reforma de la Seguretat Social operada a través de la Llei 40/2007 conforma un pas més en matèria de jubilació, per adequar-la a les actuals directrius internacionals (OIT), comunitàries i estatals. D'aquí que quan es va aprovar la Llei 40/2007 ja es va presagiar que amb tota probabilitat no seria la darrera reforma que patiria el sistema de Seguretat Social espanyol.

En efecte, el Pacte de Toledo a la Recomanació 15<sup>a</sup> insta tant al Govern com al Parlament a realitzar “un seguimiento y una evaluación periodica de la evolución de las magnitudes que interveen en el equilibrio financiero del sistema para operar con las intervenciones que fueran requeridas en cualquier eventualidad”. Així mateix “ se propone que el Congreso de los Diputados cada cinco años cree una Ponencia que estudie el presente y futuro del sistema de Seguridad Social como garantía de continuidad del mismo”. En idèntica línia segueix la renovació del Pacte de Toledo l'any 2003. A l'apartat D) disposa que “la Comisión considera adecuado que tanto el Gobierno como el Parlamento habiliten instrumentos de carácter permanente que avaluen la evolución de las magnitudes y variables que influirán”. L'avaluació periòdica del sistema de pensions de la Seguretat Social queda igualment plasmada a la Disposició Addicional Divuitena de la LMSS per la qual “el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales emitirá, antes del 30 de abril de cada año, un informe sobre evaluación y estrategia de los sistemas de pensiones que será remitido a las Cortes Generales”.

El dret de la Seguretat Social és doncs, com diu CAVA “un sector permeable a los cambios van moldeando constantemente la realidad social y económica”<sup>863</sup>. I la realitat futura que se li presenta a Espanya caracteritzada per ser el segon país del món amb la població més envellida que comporta haver d'assumir el pagament de més pensions durant més temps juntament amb la disminució perllongada de les taxes de natalitat i la

---

<sup>863</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma de la Seguridad Social 2007”, *Aranzadi Social*, núm. 19/2007 (Tribuna) Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2007

situació de crisi econòmica global és el que, segons el seu preàmbul, ha impulsat una nova reforma de la regulació del sistema de Seguretat Social que s'ha materialitzat a la *Ley 27/2011, d'1 d'agost, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*<sup>864</sup>, una reforma que incideix, un cop més, sobre la pensió de jubilació al servei de la millora de la taxa taxa d'activitat dels treballadors de més edat. En aquest sentit, la reforma afecta a tots els elements de la institució de la jubilació: l'edat pensionable de jubilació, els anys de cotització que cal acreditar per accedir a la pensió, la forma de càlcul de la quantia de la pensió, el règim de compatibilitat de la jubilació amb el treball, les bonificacions i exempcions de cotització per treballadors d'edat, així com la inclusió dels treballadors de 50 o més anys en els acomiadaments col·lectius.

La Llei 27/2011, com les precedents reformes, és fruit del diàleg social entre els interlocutors socials i el Govern que va donar llum a l'Acord social i econòmic pel creixement, l'ocupació i la garantia de les pensions, subscrit el 2 de febrer de 2011. A la segona part de l'acord, amb l'objectiu de garantir la sostenibilitat a llarg termini del sistema de pensions es proposa dur a terme una sèrie de modificacions a la jubilació que s'inspiren i segueixen les recomanacions proposades a l'Informe d'Avaluació i Reforma del Pacte de Toledo, aprovat pel Ple del Congrés del Diputats l'11 de gener de 2011<sup>865</sup>. El Pacte es fa ressó, dins el marc de l'Estratègia Europea 2020, del Llibre Verd de la sobre les Pensions aprovat per la Comissió Europea *En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*<sup>866</sup> el qual es fixa com a objectiu aconseguir uns sistemes de pensions europeus adequats, sostenibles i segurs, tenint en compte la pressió que l'envelliment de la població origina sobre la despesa pública<sup>867</sup>. El Llibre Verd lloa les transformacions que han dut a terme els Estats membres durant la dècada 2000-2010 arran de l'Estratègia de Lisboa, a saber: ampliació del període de càlcul de les pensions; incentivar l'allargament de la vida laboral; restricció o tancament de les jubilacions anticipades; reforçament dels sistemes privats complementaris de pensions; accessibilitat i adequació de les pensions; i dotar de la dimensió del gènere en matèria de pensions. Així, el Llibre Verd considera que aquestes reformes han estat

---

<sup>864</sup> BOE núm. 184, de 2 d'agost de 2011

<sup>865</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 513, 31 de enero de 2011

<sup>866</sup> COM(2010) 365 final

<sup>867</sup> Vid. les projeccions del document de la COMISSIÓ EUROPEA, *Ageing report: economic and budgetary projections for the EU-27 member states, 2008-2060, European Economy núm. 2, 2009.*

beneficïoses i es planteja com adequar i fer sostenibles els sistemes per tal d'assegurar uns ingressos adequats a la persona jubilada sobre la base de la solidaritat intergeneracional i intrageneracional, així com per millorar l'equilibri entre el nombre d'anys de les vides dels ciutadans com a treballadors en actiu i com a ciutadans jubilats donat l'increment de l'esperança de vida.

Vist el Llibre Verd de la Comissió Europea, la renovació del Pacte de Toledo de 2011 insisteix en el camí de reforçar l'allargament de la vida laboral de les persones per mitjà de l'augment de l'edat de jubilació tot restringint al màxim l'abandó prematur del mercat de treball, tot i que també constata que no s'ha arribat a cap acord sobre a quina edat fixar l'edat legal de jubilació (Recomanació 12). També recomana reforçar el principi de contributivitat per enfortir les finances del sistema de Seguretat Social (Recomanació 11).

En vistes d'aquestes recomanacions, l'Acord Social i Econòmic de febrer de 2011 proposa augmentar l'edat ordinària de jubilació, com ja han fet altres països europeus<sup>868</sup> –Alemanya, Dinamarca i França<sup>869</sup>-. Es pretén passar dels 65 anys als 67 anys, de forma gradual a raó d'un mes per any dins el 2018 i de dos mesos per any des de 2019 a 2027, així com incrementar la cotització de 35 a 38 anys i sis mesos per poder accedir a la jubilació als 65 anys, també de manera gradual, amb una cadència de tres mesos cada any. I es considera la possibilitat de jubilar-se a partir dels 61 anys exclusivament en determinades situacions de crisi i sempre que es reuneixin determinats requisits. D'altra banda, a fi de reforçar la contributivitat del sistema i aconseguir una major proporcionalitat entre les cotitzacions efectuades per l'interessat i la quantia de la prestació el període de càlcul de la base reguladora és augmentat de 15 a 25 anys, de manera progressiva. Per últim, i amb la intenció de perllongar voluntàriament la vida laboral dels treballadors, s'estableixen nous incentius calculats per cada any addicional

---

<sup>868</sup> Sobre les reformes a Europa sobre la pensió de jubilació vegeu: LÓPEZ CUMBRE, L., "La reforma de la jubilación en países de nuestro entorno", *Boletín CEMICAL* núm. 37, maig de 2011; També: OCDE, *Panorama des pensions 2011. Les systemes de retraites dans les pays de l'OECD et du G20*, Éditions OECD, 2011

<sup>869</sup> En aquest sentit, i a mode il·lustratiu, a França el *Conseil constitutionnel* per la decisió núm. 2010-617 DC, de 9 de novembre de 2010, va desestimar el recurs contra la llei d'ampliació de l'edat de jubilació que va augmentar l'edat pensionable ordinària dels 65 als 67 anys. El recurs defensava que l'ampliació de l'edat de jubilació vulnerava l'exigència constitucional relativa a una política solidària nacional a favor dels treballadors jubilats. El *Conseil constitutionnel* declara que la finalitat del legislador és preservar el sistema de jubilació que funciona a través del sistema del repartiment, i, per tant no vulnera la Constitució.

treballat després de l'edat a partir de la qual pot accedir a la jubilació, 65 o 67 anys, en funció dels anys cotitzats.

#### **4. LES MODIFICACIONS DE LA LLEI 27/2011 SOBRE LA JUBILACIÓ I LA SEVA ESTRETA VINCULACIÓ AMB L'OCUPACIÓ**

La Llei 27/2011 sobre actualització, adequació i modernització del sistema de Seguretat Social té com a eix central de la reforma la pensió de jubilació amb l'objectiu d'allargar la vida laboral dels treballadors i reforçar la contributivitat. Constitueixen modificacions substancials de la pensió de jubilació en la mesura que la reforma afecta tots els aspectes de la contingència, com ara: les edats de jubilació, els períodes de carències que s'exigeixen en les diverses modalitats de jubilació, la forma de càlcul de la quantia de pensió, la compatibilitat de la pensió de jubilació amb el treball, els incentius per l'allargament de la vida laboral més enllà de l'edat ordinària de jubilació i les anomenades prejubilacions<sup>870</sup>. A continuació s'examinaran les principals reformes introduïdes per la Llei 27/2011 i els efectes que poden tenir sobre l'ocupació dels treballadors d'edat.

##### **4.1 L'augment de l'edat ordinària de jubilació i el correlatiu increment del període cotització**

La modificació més destacada de la Llei 27/2011 és l'increment de l'edat legal pensionable per accedir a la jubilació, de 65 anys a 67 anys. La intenció, tal com considera la Recomanació 12 del Pacte de Toledo renovat de 2011, és elevar l'edat real en la qual els treballadors abandonen el mercat de treball atesa l'evolució de l'expectativa de vida després dels 65 anys. I és que el mateix Pacte constata que l'edat real de jubilació al 2010 dels treballadors en actiu és fixada a 63 anys i 10 mesos. Tot i que ha augmentat lleugerament els darrers anys, tenint en compte que l'any 2004 era a 62,97, encara queda lluny de l'edat ordinària de jubilació, els 65 anys<sup>871</sup>.

---

<sup>870</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La jubilación ordinaria", *Temas Laborales*, núm. 112, 2011. pàg. 135

<sup>871</sup> Quadre annex 19 del Pacte de Toledo renovat de 2011: *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2011. pàg. 115



Segons la nova redacció de l'art. 161.1.a) LGSS que ofereix l'art. 4 punt u de la Llei 27/2011, és un requisit per causar el dret a la pensió contributiva de jubilació haver “cumplido 67 años de edad , o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias”. I aclareix “para el cómputo de los años y meses de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o un mes las fracciones de los mismos”. Així l'edat legal de la jubilació ordinària esdevé 67 anys. Ara bé, es manté l'edat de 65 anys per les carreres laborals llargues que comptin amb un ampli període de cotització, en concret, 38 anys i 6 mesos cotitzats. Correlativament a la fixació de 67 anys com a edat pensionable de jubilació es demanaran 38 anys i sis mesos de cotització, en comptes dels 35 anys que es requerien abans de la reforma com a punt de partida mínima com a període de cotització exigible per tenir dret al 100% de la base reguladora.

Ara bé, la nova edat de jubilació, 67 anys, s'aplicarà de forma progressiva tot començant l'any 2013 a exigir-se 65 anys i 35 anys i 3 mesos de cotització, segons la Disposició transitòria 20 LGSS. A partir d'aquesta aplicació paulatina, no serà fins el 2027 que l'edat ordinària legal de jubilació serà 67 anys i el període de cotització 38 anys i sis mesos. De forma que fins aquest moment futur, l'edat ordinària de jubilació seguirà essent 65 anys d'edat.

Aquesta elevació de l'edat ordinària de jubilació per sobre dels 65 anys és una mesura de gran impacte que pretén elevar la taxa d'ocupació dels treballadors d'edat d'acord amb la direcció que segueix la política d'ocupació vigent. Una vegada més, doncs, l'edat de jubilació està condicionada a la política d'ocupació. El cert és qüestionable que la mesura aprovada d'incrementar l'edat ordinària legal de jubilació, per si sola, elevi la taxa d'ocupació dels treballadors d'edat si no va acompanyada de l'efectivitat d'altres mesures d'ocupació que procurin el manteniment en el treball i l'inserció i reinserció laboral dels treballadors d'edat els quals són fàcilment marginats del mercat de treball i presenten una gran dificultat per reinserir-s'hi <sup>872</sup>. I és que, de fet, jubilar-se

---

<sup>872</sup> TORTUERO PLAZA, J.L., *La reforma de la jubilación: políticas de pensiones y políticas de empleo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010 pàg. 15

a edats abans de l'edat ordinària de jubilació és en ocasions un subterfugi per escapar-se d'un mercat de treball que expulsa als treballadors d'edat<sup>873</sup>.

## **4.2 Les modificacions de la forma de càlcul de la pensió i la integració de llacunes**

La reforma efectuada per la Llei 27/2011 ha modificat la forma de calcular la quantia de la pensió de jubilació. Mentre que a la regulació anterior la base reguladora de la pensió de jubilació contributiva era el quocient de dividir per 210 les bases de cotització de l'interessat durant els 180 mesos immediatament anteriors al mes previ al del fet causant, a partir dels nous termes que l'art. 4.3 de la Llei 27/2011 ha incorporat a l'art. 162.1 LGSS, s'estableix que “la base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será el cociente que resulte de dividir por 350, las bases de cotización del beneficiario, durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante”.

Amb la nova regulació el que es fa és ampliar el període de cotització i d'activitat per calcular la quantia de la pensió, de 180 mesos a 300, és a dir, de 15 anys de cotització es passa a exigir-ne 25 d'anys cotitzats. Aquesta nova forma de procedir per calcular la pensió significarà que, de forma general, i en paraules de GONZÁLEZ ORTEGA “una disminución de la cuantía media de la pensión de jubilación, con lo que ello supone de ahorro del gasto público que es la finalidad central que persigue la reforma”<sup>874</sup>. Sigui com sigui, tal com disposa la Disposició transitòria 5 de la LGSS, aquest augment es realitzarà de forma progressiva a raó d'un any des de l'any 2013 i fins el 2022.

Per altra banda, l'art. 4.4 de la Llei 27/200 incideix sobre la forma que s'han de computar les anomenades llacunes de cotització, situació que es dona quan en el període que s'ha de tenir en compte pel càlcul de la base reguladora hi haguessin mesos durant es quals no hagués existit l'obligació de cotitzar i per tant, hi hagués llacunes de cotització. En aquests casos, l'anterior regulació establí que aquestes llacunes

---

<sup>873</sup> GARCÍA ORTEGA, J., “Las nuevas edades de jubilación y sus efectos en la cotización y en la cobertura”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, junio 2012, pàg. 11 (en versió electrònica)

<sup>874</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La jubilación...*op cit.* pàg. 146

s'integrarien amb la base mínima d'entre totes les existents en cada moment pels treballadors majors de divuit anys.

En canvi, a la nova textualitat de l'art. 162.1, apartat 1.2, s'estableix que aquestes llacunes s'integraran d'acord amb les següents regles : "1.<sup>a</sup> Si durante los treinta y seis meses previos al período que ha de tomarse para el cálculo de la base reguladora existieran mensualidades con cotizaciones, cada una de las correspondientes bases de cotización dará derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización y hasta un máximo de veinticuatro, a partir de la mensualidad más cercana al hecho causante de la pensión, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. En ningún caso, la integración podrá ser inferior al 100 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración. 2.<sup>a</sup> Las veinticuatro mensualidades con lagunas más próximas al período al que se refiere la regla anterior, se integrarán con el 100 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración. 3.<sup>a</sup> El resto de mensualidades con lagunas de cotización, se integrarán con el 50 por 100 de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que es objeto de integración". En altres paraules, es prendrà com a referència per integrar una mensualitat cada mes de cotització real durant els 3 anys anteriors tinguts en compte per calcular la base reguladora, això si, amb un màxim de 24 mesos de llacunes més propers al període del còmput. A partir de les 24 mensualitats, les llacunes de cotització s'integraran, no amb el 50% de la base mínima, quan abans de la reforma s'integraven sempre amb el 100%. És doncs, com indica LÓPEZ GANDÍA "excesivamente gravoso (...). Hay que tener en cuenta que al aumentar a 25 los años para determinar la base reguladora, aun cuando se aplique gradualmente, el número de lagunas puede aumentar"<sup>875</sup>. Així, per les primeres 24 mensualitats amb llacunes més properes al moment del fet causant la reforma pot resultar beneficiosa, mentre que per les mensualitats amb llacunes que sobrepassin aquestes 24 mensualitats la llei 27/2011 es pot deteriorar de forma considerable la quantia de la pensió.

Així mateix, se simplifiquen els percentatges que s'han d'aplicar a la base reguladora

---

<sup>875</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., "La reforma de la Seguridad Social tras la Ley 27/2011 y normas posteriores". Ponència presentada a les *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social* "Últimes reformes en matèria laboral, de Seguretat Social i en el procés laboral", Barcelona, 8 i 9 de març 2012. pàg.17

amb la finalitat de reforçar el principi de contributivitat. Fins a la reforma de 2011, pels primers 15 anys cotitzats s'aplicava el 50% a la base reguladora; el 3% per cada any addicional de cotització, compres entre el 16 i els 25 anys; i el 2% per cada any addicional de cotització a partir del 25, sense que el percentatge aplicable a la base reguladora pogués superar el 100% de la base reguladora. A partir de l'art. 4.5 de la Llei 27/2011 es donen uns nous percentatges a aplicar a la base reguladora fixats a l'art. 163 LGSS, precepte segons el qual "1.º Por los primeros 15 años cotizados: el 50 por 100. 2.º A partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los meses 1 y 248, se añadirá el 0,19 por 100, y por los que rebasen el mes 248, se añadirá el 0,18 por 100, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por 100, salvo en el supuesto a que se refiere el apartado siguiente" . I, en cas que s'accedeixi a la pensió a una edat superior a l'edat que correspongui segons el nou art. 161.a) LGSS i es reuneixi el període mínim de cotització exigít en cada cas "se reconocerá al interesado un porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión" la quantia de la qual serà la que pertoqui segons l'escala següent: el 2% addicional fins a 25 anys cotitzats; el 2,75% entre 25 i 37 anys cotitzats i el 4% a partir d'acreditar 37 anys de cotització. És doncs, una mesura que exigeix més esforç contributiu i perjudica a qui té menys anys cotitzats<sup>876</sup>.

### **4.3 El nou règim dissuasori de la jubilació anticipada**

El Llibre Verd de la Unió Europea assenyala que cal restringir i penalitzar es jubilacions a edats anteriors a l'edat ordinària de jubilació. Per la seva banda, la Recomanació 12 del Pacte de Toledo de 2011 recomana limitar la jubilació anticipada a qui compti amb carreres laborals llargues i optin voluntàriament per jubilar-se, a col·lectius que realitzin activitats concretes i a discapacitats amb menys esperança de vida. També recomana simplificar les múltiples fórmules legals de jubilació anticipada. En sintonia amb aquestes recomanacions, la Llei 27/2011 assenyala en preàmbul "los sistemas de seguridad social la jubilación anticipada se ha convertido en una fórmula de regulación de empleo, por lo que su formulación legal debe cambiar, reservando el acceso anticipado a la pensión de jubilación para los casos en que se acrediten largas carreras

---

<sup>876</sup> *Ídem*. pàg. 20

de cotización”. En efecte, la Llei 27/2011 modifica de forma considerable la regulació de la jubilació anticipada per dissuadir-ne el seu accés, com es veurà a continuació.

En primer lloc, la reforma de 2011 manté les edats de jubilació anteriors als 65 anys pels treballs tòxics i penosos del Règim General i també la jubilació anticipada dels mutualistes (art. 161.1.bis 1 LGSS), ja que com que s'exigeix que hagin treballat abans de l'1 de gener de 1967 resten pocs anys en què resultarà aplicable aquest tipus de jubilació (Disposició transitòria 3<sup>a</sup> LGSS). En segon lloc, se suprimeix expressament la modalitat de jubilació anticipada als 64 anys per mitjà de la derogació del RD 1194/1985 perquè, de fet, aquesta modalitat havia perdut vigència. D'acord amb LÓPEZ CUMBRE, dita derogació “quizás sea (...) la respuesta a la indicación de la DF 4<sup>a</sup> LGSS en virtud de la cual el Gobierno deberá acomodar la legislación vigente sobre pensión de jubilación tanto en relación a lo previsto en el art. 166 LGSS”, precepte relatiu a la jubilació parcial que es comentarà en el proper subapartat<sup>877</sup>.

En tercer lloc, la reforma de 2011 modifica la jubilació anticipada amb coeficients reductors de l'art. 161 bis LGSS que va ser introduïda per la Llei 35/2002 i es caracteritzava per requerir tenir 61 anys, inscripció a l'Oficina d'ocupació durant sis mesos, 30 anys de cotització efectiva sense còmput de dies-quota i trobar-se en situacions legals de desocupació de l'art. 208 LGSS o en els supòsits de prejubilació. Doncs bé, a partir de l'art 4.5 de la Llei 27/2011 a l'art. 161 bis LGSS es distingeixen dos tipus de jubilacions anticipades amb coeficients reductors: la jubilació anticipada voluntària i la jubilació involuntària per crisi.

Per accedir a la jubilació anticipada involuntàriament per causa de crisi es requereix tenir 61 anys, estar inscrit a l'Oficina d'ocupació durant 6 mesos i acreditar 33 anys de cotització. Addicionalment es demana que el cessament s'hagi produït per una de les següents raons: per causes econòmiques, tècniques organitzatives o productives dels arts. 51 (acomiadament col·lectiu) o 52.c LET (acomiadament objectiu per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció); per causa d'extinció del contracte per resolució judicial derivada de l'art. 64 de la Llei concursal 22/2003, de 9

---

<sup>877</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., “La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma de 2011”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011. pàg. 187

de juliol<sup>878</sup>; per mort, jubilació, incapacitat de l'empresari persona física; o per extinció de la relació laboral per part de la dona víctima de violència de gènere. A diferència de l'anterior regulació, no s'inclouen totes les situacions legals de desocupació de l'art. 208 LGSS<sup>879</sup>.

Per determinat l'edat sobre la qual s'anticipa l'edat legal de jubilació es consideren cotitzats els anys que faltin a la persona interessada des de la data del fet causant i fins el compliment de l'edat que li correspongui.

Els coeficients reductor que s'apliquen a aquesta modalitat de jubilació anticipada involuntària són d'aplicació trimestral i tenen en compte els anys de cotització d'acord amb la següent escala: 1,875 % per trimestre o fracció de trimestres si s'han cotitzat menys de 38 anys i 6 mesos cotitzats i 1,625 % per trimestre o fracció de trimestre si s'han cotitzat 38 anys i sis mesos o més.

Quant a la jubilació anticipada voluntària, que abans de la reforma només era possible pels mutualistes, a partir de la Llei 27/2011 es crea aquesta modalitat de jubilació

---

<sup>878</sup> L'art. 64 de la Llei concursal fa referència a els expedients de modificació substancial de les condicions de treball de caràcter col·lectiu, inclosos els trasllats col·lectius, i de suspensió o extinció col·lectives de les relacions laborals en el marc d'un procediment concursal.

<sup>879</sup> Per l'art. 208 LGSS es consideren situacions legals de desocupació: "1) Cuando se extinga su relación laboral: a. En virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal. b. Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato de trabajo. c. Por despido. d. Por despido basado en causas objetivas. e. Por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3, 49.1.m y 50 del Estatuto de los Trabajadores.f. Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador.g. Por resolución de la relación laboral, durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción. 2) Cuando se suspenda temporalmente su relación laboral, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, o en el supuesto contemplado en la letra n), del apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores. 3) Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del artículo 203.3. 4) Igualmente, se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos, incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, en los períodos de inactividad productiva. 5.) Cuando los trabajadores retornen a España por extinguírseles la relación laboral en el país extranjero, siempre que no obtengan prestación por desempleo en dicho país y acrediten cotización suficiente antes de salir de España. 6) En los supuestos previstos en el apartado 4 del artículo 205, cuando se produzca el cese involuntario y con carácter definitivo en los correspondientes cargos o cuando, aun manteniendo el cargo, se pierda con carácter involuntario y definitivo la dedicación exclusiva o parcial."

anticipada voluntària per no mutualistes. Per accedir-hi cal: tenir 63 anys d'edat, dos anys més que la jubilació per crisi; i haver cotitzat 33 anys, igual que la jubilació per crisi. Els coeficients reductors d'aplicació són els mateixos que s'apliquen per la jubilació per crisi.

En definitiva, la Llei 27/2011 manté la figura de la jubilació anticipada i distingeix entre dues figures, la jubilació per crisi i la jubilació voluntària que abans només era possible pels mutualistes. Amb tot, els requisits per accedir en ambdues modalitats s'han endurit en la mesura en què es requereixen més anys de cotització – 33 anys en comptes de 30 com en la regulació anterior –, s'exigeix tenir 63 anys per accedir a la jubilació voluntària mentre que els supòsits per accedir a la jubilació involuntària per crisi són només els derivats de causes econòmiques, tècniques, organitzatives i productives o en fase consursal, jubilació o incapacitat e l'empresari, força major i extinció del contracte per ser víctima de violència de gènere. De manera que, a diferència de la regulació anterior, no s'inclouen la resta de supòsits de l'art. 208 LGSS que es consideraran voluntaris<sup>880</sup>. Així mateix s'endureixen els coeficients reductors respecte la regulació anterior ja que es fixen especialment en l'esforç contributiu del subjecte.

#### **4.4 Els canvis restrictius sobre la jubilació parcial**

L'art. 6 de la Llei 27/2011 es refereix a la jubilació parcial i, si bé la manté la possibilitat d'accedir a aquest tipus de jubilació que permet compatibilitzar el desenvolupament d'un treball a temps parcial amb la percepció d'una pensió de jubilació, en modifica determinats aspectes puntuals de l'art. 166 LGSS regulador de la jubilació parcial.

A la regulació anterior a la reforma actual per accedir a la jubilació parcial era necessari: tenir 61 anys o 61 si es tracta de mutualistes; acreditar 30 anys de cotització; celebrar un contracte de relleu si la jubilació parcial es concerta amb un treballador de menys de 65 anys, essent opcional el contracte de relleu si el treballador que es jubila parcialment té més de 65 anys; i que es redueixi la jornada de treball del jubilat parcialment entre un 75% a un 25%, o alternativament una reducció de fins un 85% si el

---

<sup>880</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., "La jubilación anticipada", *Boletín CEMICAL* núm. 39, maig 2011. pàg. 5

contracte de relleu sigui a jornada completa i de durada indefinida; la cotització a realitzar es determina en funció de la jornada; i la correspondència de les bases de cotització entre el rellevista i el rellevat ha de ser del 65% si es tracta d'un lloc de treball diferent.

La Llei 27/2011 manté els requisits de l'edat i de cotització prèvia de la regulació anterior. També manté l'obligació de celebrar un contracte de relleu però adaptant l'edat a partir de la qual és obligatori celebrar-lo a la nova edat ordinària de jubilació, entre els 65 i els 67 anys (Disposició addicional 12 Llei 27/2011).

Les modificacions de la reforma de 2011 sobre la jubilació parcial se centren en la cotització. I és que a partir de la reforma s'exigeix la cotització a jornada completa pel jubilat parcial encara que el seu contracte s'hagi transformat de contracte a temps complet a contracte a temps parcial. Es preveu que aquesta nova cotització s'aplicarà de forma paulatina i a partir del 2013 es requerirà com a mínim un 30% el qual s'anirà incrementant un 5% cada any fins arribar a la cotització de 100% l'any 2027. Un altre canvi que aporta la reforma també relacionat amb la cotització es troba en el fet que en els casos en què es requereixi la celebració simultània d'un contracte de relleu, la Llei 27/2011 especifica que caldrà que existeixi una correspondència entre les bases de cotització del treballador rellevista i del jubilat parcialment. En aquest sentit, la base de cotització el treballador rellevista no pot ser inferior al 65% en relació amb la base de cotització del jubilat parcial, es tracti o no del mateix lloc de treball. En aquest sentit, es flexibilitza la relació entre les funcions del rellevista i del rellevat, ja que no és necessari que coincideixin.

Allò que es pretén amb les modificacions que introdueix la Llei 27/2011 sobre la regulació de la jubilació parcial i que afecten bàsicament a qüestions de cotització és que la jubilació parcial no suposi cap tipus de cost afegit per la Seguretat Social. En conseqüència, en endurir-se els requisits de cotització l'accés a la jubilació parcial esdevé més inviable <sup>881</sup>, malgrat que la jubilació parcial es consideri una figura

---

<sup>881</sup> *Ídem*. D'acord amb l'autor LÓPEZ GANDÍA la reforma de 2011 contribueix dotar la jubilació parcial d'una visió negativa i precisa que "ésta una visión que no necesariamente debe compartirse. Es cierto que el número de jubilaciones parciales es elevado y que había ido creciendo antes de 2007, pero también lo es que no puede equipararse a la jubilación anticipada pues se trata de un programa de empleo complejo, no de una simple jubilación. No parece un porcentaje tan elevado que tenga un "impacto extraordinario



desitjable per allargar la vida laboral del treballador d'edat i fer del trànsit de la vida activa a la passiva més gradual.

#### **4.5 Les novetats en els incentius per l'allargament de la vida laboral: l'exoneració de cotitzar i les bonificacions a l'extensió voluntària de la vida laboral**

La mesura principal que la Llei 27/2011 contempla per fomentar l'allargament de la vida laboral dels treballadors i el retard voluntari de l'edat de jubilar-se és l'increment de l'edat pensionable ordinària de jubilació, dels 65 als 67 anys, mesura que s'aplicarà progressivament. L'augment de l'edat ordinària de jubilació suposa un allargament forçós de la vida laboral dels treballadors.

Amb tot, es mantenen els incentius en el retard voluntari de l'edat de jubilació. Aquests incentius consisteixen en: d'una banda, bonificacions del 100% de les cotitzacions a la Seguretat Social per contingències comunes, excepte per incapacitat temporal, quan un cop superada l'edat de jubilació dels 65 anys i acrediti 35 anys cotitzats, es perllongui la vida laboral. I en cas que si en complir 65 anys d'edat e treballador no acrediti 35 anys de cotització, l'exempció de les bonificacions s'aplicarà a partir que el treballador acrediti els 35 anys e cotització (art. 112 bis LGSS); i d'altra banda, es preveuen bonificacions que incrementen la quantia de la pensió de jubilació per aquells treballadors que allarguen la vida laboral després de l'edat de jubilació ordinària (art. 163.2 LGSS).

Amb la reforma de la Llei 27/2011 ambdós tipus d'incentius que premien l'allargament de la vida laboral que decideix el treballadors de forma voluntària es mantenen de forma molt similar.

---

en los gastos e ingresos” de la Seguridad Social. Es verdad que en la jubilación parcial no se aplican coeficientes reductores, pero también lo es que se sigue manteniendo la cotización al tener la empresa que contratar a un relevista, cosa que no ocurre en las jubilaciones verdaderamente anticipadas que además conllevan muchas veces, gastos previos en desempleo, que no se computan en las estadísticas oficiales. Bastaba con haber pulido la regulación de la jubilación parcial y haber cubierto algunas lagunas para evitar su uso desviado, más que su supresión indirecta”.

Primerament, en el cas de les bonificacions de les quotes de la Seguretat Social es mantenen en els termes previstos a la regulació anterior si bé tot adaptant-se a les noves edats de jubilació. Així, a resultes de l'art. 2 de la Llei 27/2011, els empresaris i treballadors quedaran exempts de cotitzar a la Seguretat Social en els mateixos termes que estableix l'art. 112 bis LGSS sempre que el treballador tingui 65 anys d'edat i 38 anys i 6 mesos de cotització o 67 anys d'edat i 37 anys de cotització. Si en complir aquestes edats el treballador no acrediti el número d'anys cotitzats que es requereixen en cada cas, l'exoneració s'aplicarà a partir de la data en la qual s'acreditin els anys de cotització. Per tant, el requisit de 35 anys s'eleva a 38 anys i sis mesos cotitzats a l'edat de 65 anys o 37 anys cotitzats a l'edat de 67 anys.

Segonament, en relació al percentatge addicional a aplicar-se a la quantia de la pensió quan el treballador allarga la vida laboral més enllà de l'edat de jubilació ordinària que estableix l'art. 161.1.a) LGSS, a través de la nova redacció que l'art. 4.5 de la Llei 27/2011 dóna a l'art. 163.1 LGSS el percentatge addicional per cada any complet cotitzat entre la data en què es va complir l'edat de jubilació ordinària i el fet causant de la pensió equivaldrà a: 2% addicional si s'acrediten 25 anys cotitzats; 2,75% entre 25 i 37 anys cotitzats; i el 4% a partir dels 38 anys cotitzats. La clau de la modificació de la reforma de 2011 envers l'anterior regulació es troba en valorar l'esforç contributiu, ja que, a la regulació anterior es reconeixia un percentatge addicional del 2% per cada any complet des de la data que es va complir l'edat ordinària de jubilació si s'acreditaven 35 anys de cotització i el 3% si el treballador acreditava 40 anys de cotització. Així, la Llei 27/2011 introdueix un escaló més de percentatge addicional en funció dels anys cotitzats. Certament és una mesura raonable haver establert un ventall més flexible de percentatges, ja que les dues bonificacions anteriors, una pels que havien cotitzat 15 anys i una altra pels que havien cotitzat 40 anys era una diferència força abismal que portava a qüestionar en quina mesura dit sistema de bonificacions animava a incentivar el perllongament de la vida laboral <sup>882</sup>.

Amb tot, tot i que s'hagi augmentat el percentatge de l'incentiu econòmic fins el 4%, en realitat, aquest incentiu està previst pels treballadors entre 65 o 67 anys que acreditin una llarga carrera de cotització, en concret, 38 anys de cotització. Per la resta de

---

<sup>882</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R., "Jubilación y políticas de empleo...*op cit.* pàg. 9

treballadors, ja s'ha retardat per imperatiu legal l'edat de jubilació ordinària fins els 67 anys<sup>883</sup>. I és que, el cert és que amb les modificacions introduïdes a la Llei 27/2011 si es produeix el perllongament de la vida laboral en la majoria des casos serà, amb tot probabilitat, de manera forçada i no a través d'aquets incentius al perllongament voluntari, en tant que l'augment de l'edat pensionable, juntament amb l'augment dels anys de cotització necessaris i les modificacions del càlculs de la base reguladora no faran possible plantejar-se altres opcions voluntàries<sup>884</sup>.

D'aquí que la reforma farà més difícil accedir a la jubilació, però el cert és que es fan necessàries mesures que incentivin que els treballadors d'edat es mantinguin en actiu, ja que, del contrari, la dificultat d'accedir a la jubilació no es traduirà automàticament en l'elevació de la taxa d'ocupació dels treballadors d'edat com pretén la política d'ocupació actual. La jubilació depèn del mercat de treball, de forma que, com alerta LÓPEZ CUMBRE, “si éste no responde y expulsa prematuramente a los trabajadores, dificultar el acceso a la jubilación contributiva sólo deparará un resultado y es que el Estado deberá incrementar sus recursos para la atención asistencial o no contributiva”<sup>885</sup>. Així les coses, si bé la jubilació és una institució instrumentalitzada al servei de la política d'ocupació, convenen mesures d'ocupació efectives per tal que es potenciï adequadament i voluntària el retard de l'accés a la jubilació en els treballadors d'edat.

D'aquí que, si bé és adequat que l'edat de jubilació s'hagi de fixar d'acord amb l'esperança de vida actual, també ho és que cal potenciar la jubilació flexible i el retard voluntari l'accés de jubilació i no de manera forçada, ja que no es pot homogeneïtzar tota professió i circumstàncies personals del subjecte.

---

<sup>883</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., MALDONADO MOLINA, J.A., “La reforma de la jubilación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, junio 2012 (versió electrònica), pàg. 14

<sup>884</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “La reforma de la Seguridad Social...*op cit.* pàg. 27

<sup>885</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., “La reforma de la Seguridad Social 2011: exigida por los mercados, necesaria para el Estado”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, junio 2012. (versió electrònica), pàg. 16

## **4.6 La restricció i posterior supressió de la jubilació forçosa en els convenis col·lectius**

Com és sabut, la Llei 14/2005, d'1 de juliol, sobre les clàusules dels convenis col·lectius que estableixen edats de jubilació forçosa, va tornar a introduir una Disposició addicional 10 a l'Estatut dels Treballadors, segons el qual “en los convenios colectivos se puedan establecer cláusulas que posibiliten, en determinados supuestos y bajo ciertos requisitos, la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación”. Aquesta clàusula que permet l'establiment la jubilació forçosa en el marc de la negociació col·lectiva va ser avalada pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea al cas *Palacios de la Villa* de 16 d'octubre de 2007, sempre que l'establiment de clàusules de jubilació forçosa en els convenis col·lectius persegueixi objectius legítims de política d'ocupació que justifiquin la mesura.

Així la regulació abans de la reforma de 2011 quant a la jubilació forçosa requeria a la Disposició addicional 10 LET dos requisits per tal que els convenis col·lectius poguessin incorporar clàusules de jubilació forçosa: que l'extinció del contracte de treball per jubilació forçosa ha de “vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo” i que el treballador afectat per l'extinció del contracte de treball per jubilació forçosa ha de 1) “tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo”; y 2) cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva”.

Doncs bé, a partir de la Disposició addicional 36 de la Llei 27/2011 es modifica la Disposició addicional 10 de la LET. I és que se substitueix el requisit de tenir cobert el període mínim de cotització o un altre de major que s'hagués pactat per conveni pel requisit consistent a tenir cobert “el período mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por 100 a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión” i complir la resta de requisits per tenir dret a la pensió contributiva de jubilació.

En definitiva, l'efecte d'aquesta mesura pot ser la reducció de l'abast de les clàusules de

jubilació forçosa a la negociació col·lectiva ja que s'exigeix que els treballadors obligats a jubilar-se puguin percebre com a mínim una pensió equivalent al 80% de la base reguladora de la prestació.

No obstant això, la mateixa Disposició adicional 36 introdueix una habilitació al Govern “para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta D.A.”, habilitació que, per tant, pot retardar la introducció d'aquesta mesura que pot limitar les jubilacions forçoses.

Ara bé, aquesta restricció a l'hora d'encabir clàusules de jubilació en la negociació col·lectiva s'ha d'actualitzar a la llum de la recent Llei 3/2012, de 6 de juliol, de mesures urgents per la reforma del mercat de treball que ha introduït noventats destacadas en matèria de convenis col·lectius. I és que, la Disposició Final quarta de la Llei 3/2012 ha establert que els convenis col·lectius ja no poden establir la jubilació dels treballadors que arribin a l'edat de jubilació. En efecte, el precepte disposa que “se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas”. És més, la mateixa disposició estableix un règim transitpri per l'aplicació d'aquesta mesura rigorós, i és que s'aplica als convenis col·lectius que se subscriu a partir de l'entrada en vigor de la Llei, el 8 de juliol de 2012, i també als convenis subscrits abans de l'entrada en vigor de la llei, quan finalitxi la seva vigència inicial pactada o si aquesta ja ha finalitzat abans que la llei entri en vigor, a partir d'aquest moment. Per tant, amb la supressió de la jubilació forçosa de la Llei 3/2012 es tanca el debat sobre la possibilitat i l'abast de la jubilació forçosa en els convenis col·lectius, fet que beneficia a la permanència en actiu dels treballadors d'edat.

#### **4.7 Les noves normes de compatibilització entre la pensió de jubilació i del treball**

La Llei 27/2011 introdueix canvis rellevants respecte al règim de compatibilitat entre el treball i la percepció de la pensió de jubilació. En aquest sentit la Disposició adicional

31 de la Llei 27/2011 incorpora un apartat 4 a l'art. 165 LGSS segons el qual “el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social”.

Així, arran de la Llei 27/2011, en general, la pensió de jubilació és compatible amb la realització de treballs per compte pròpia sempre que els ingressos no superin en còmput anual el Salari Mínim Interprofessional. La realització d'aquestes activitats econòmiques no determinarà l'obligació de cotitzar en el Règim Especial del Treballadors Autònoms (RETA), per la qual cosa no es generaran nous drets sobre les prestacions de la Seguretat Social. Aquesta nova disposició deroga tàcitament<sup>886</sup> *l'Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados*<sup>887</sup>, norma que va establir la incompatibilitat entre activitats per compte pròpia desenvolupades en el terreny de professions col·legiades i la percepció de pensions del sistema de Seguretat Social.

#### **4.8 La normativa específica pels expedients de regulació d'ocupació que afectin a treballadors majors de 50 anys en empreses amb beneficis i el conveni especial obligatori de l'art. 51.9 LET**

A l'ordenament jurídic espanyol no existeix l'establiment legal de criteris de selecció des treballadors afectats per en Expedient de Regulació d'Ocupació (ERO) i el cert és que els treballadors d'edat avançada són més vulnerables a trobar-se inclosos en un ERO en el context de reestructuracions empresarials per la seva proximitat a l'edat de jubilació, tot i tenir enormes dificultats per reinserir-se al mercat de treball una vegada desocupats. En efecte, els EROs recorren freqüentment a tècniques d'anticipació de l'edat de jubilació, talment com un estat a cavall entre les situacions de desocupació i

---

<sup>886</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., “Actualización del sistema de Seguridad Social (II): una visión sinóptica y global de la Ley 27/2011, *Aranzadi Social*, núm. 7, 2011. Recurs electrònic, pàg. 2

<sup>887</sup> *BOE núm. 125, de 26 de maig de 2011*

jubilació. És una prejubilació, que, com és sabut, no té reconeixement legal explícit en el sistema de seguretat social<sup>888</sup>.

És més, convé tenir en compte que el Tribunal Suprem admet que els expedients de regulació d'ocupació que afecten a treballadors d'una determinada edat no constitueix una elecció arbitrària i contrària al principi d'igualtat si existeixen raons objectives i comprovables per aquesta elecció i si la mesura és proporcionada a les circumstàncies concurrents. En paraules del TS a la sentència de 15 de juny de 2005 (RJ 2005/9367) segons la qual “la utilización, en este caso, del criterio de la edad, eligiendo una edad próxima a la de jubilación forzosa, no puede ser tildada de desproporcionada en relación con la finalidad que esa aligeración de plantilla persigue dentro del contexto general de reestructuración de la empresa para garantizar su viabilidad, pues se trata de prescindir de un porcentaje de trabajadores -sin duda importante- de los que necesariamente habría de prescindirse a corto y medio plazo, por lo que conectar la amortización de los excedentes de plantilla con aquellos trabajadores que se encuentran en una edad más próxima a la de jubilación forzosa parece una medida razonable desde esa perspectiva de crisis económica de la empresa -única que cabe considerar a la hora de ponderar la proporcionalidad de la medida en relación con la finalidad que con ella se persigue-, y ello porque el mantenimiento de las relaciones laborales de trabajadores próximos a la edad de jubilación repercutiría negativamente, a corto y medio plazo, en la delicada situación económica de la empresa que, una vez ajustada su plantilla, se vería obligada, casi inmediatamente, a sustituir a esos trabajadores, según fueran llegando a la edad de jubilación forzosa, con el coste económico añadido que comporta la formación e integración en la empresa de los nuevos trabajadores que se fueran incorporando” (FJ 5). Així les coses, els treballadors de més edat són susceptibles de trobar-se afectats per acomiadaments col·lectius.

Doncs bé, la reforma de 2011 incorpora dues noves mesures que poden dissuadir l'empresari a l'hora d'elegir els treballadors de més edat per incloure'ls en un ERO<sup>889</sup>.

En primer terme, la Disposició addicional 16 de la Llei 27/2011 estableix una normativa específica per aquells EROs d'empreses amb beneficis que afectin a treballadors de 50 o

---

<sup>888</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “Reestructuración de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria”, a MONEREO PÉREZ, J.L (Director), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: aspectos críticos*, Editorial Comares, Granada, 2010. pàg. 118

<sup>889</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R., “Jubilación y políticas de empleo...*op cit.* pàgs. 10-15

més anys. En aquest sentit, les empreses que realitzin acomiadaments col·lectius, d'acord amb el que estableix l'art. 51 LET, i que incloguin a treballadors de 50 o més anys han de efectuar una aportació a Tresor Públic, sempre que concorrin les circumstàncies següents: a) Que sean realizados por empresas de más de 500 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores. b) Que afecten, al menos, a 100 trabajadores en un período de referencia de tres años, con independencia del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados. c) Que, aún concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen y la razonabilidad de la decisión extintiva, las empresas o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo. A estos efectos, se considera que una empresa ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal como se define en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, sea positivo. d) Que los trabajadores de 50 o más años de edad afectados no hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo.”. Per tal de calcular l'aportació econòmica al Tresor Públic es tindran en compte l'import de les aportacions i subsidis per desocupació dels treballadors de 50 o més anys inclosos en un ERO, incloses les cotitzacions a la Seguretat Social. I l'import de l'aportació es calcularà en funció del nombre de treballadors de l'empresa, el nombre de treballadors de 50 o més anys afectats per l'acomiadament col·lectiu els beneficis de l'empresa.

Aquesta mesura respon a la crítica sobre la utilització que les empreses fan de la Seguretat Social en benefici propi. De forma que la mesura té l'objectiu d'equilibrar una possible utilització esbiaixada del sistema de la Seguretat Social<sup>890</sup>, és a dir, es pretén limitar l'assumpció de les despeses per desocupació dels treballadors d'edat -50 o més anys- immersos en un acomiadament col·lectiu.

En segon terme, es modifica el règim del Conveni especial amb la Seguretat Social que obligatòriament l'empresa ha de subscriure en els expedients de regulació d'ocupació.

---

<sup>890</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., “La posibilidad de adelantar...*op cit.* pàg. 192



És un conveni previst a l'art. 51.9 LET, segons el qual “cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no concursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social”. Es tracta d'un mandat per tal que les empreses no desviïn a la Seguretat Social les despeses de finançament de les pensions de treballadors de més edat acomiadats per mitjà d'un acomiadament col·lectiu. Alhora, també és un mecanisme que vol evitar que els treballadors acomiadats pateixin una disminució dràstica una vegada esgotin la prestació per desocupació <sup>891</sup>.

La Disposició addicional 6 de la Llei 27/2011 modifica la regulació del Conveni especial que preveu l'art. 51.9 LET per tal d'adaptar-la a les noves edats de jubilació contemplades a la Llei 27/2012. En concret, es modifica el règim jurídic d'aquests convenis especials respecte els EROs no concursals que afectin a treballadors no mutualistes de 55 anys o més d'edat. Doncs bé, la Disposició addicional 6 de la Llei 27/2011 estableix “Las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los casos de expedientes de regulación de empleo por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta el cumplimiento, por parte del trabajador, de los 61 años”. Així, en concordança amb la nova edat de jubilació anticipada per aquests treballadors no mutualistes que estableix la Llei 27/2011, es trasllada a l'empresa el cost del Conveni fins que el treballador compleixi 63 anys en comptes de 61 anys d'edat com preveia la regulació anterior a la reforma. En tot cas, aquesta mesura no serà aplicable fins el gener de 2013 i a més, l'empresa només ha de pagar aquestes cotitzacions fins els 61 anys si l'ERO es basa en causes econòmiques <sup>892</sup>.

En relació a la inclusió dels treballadors d'edat en procediments d'acomiadament col·lectiu també es fonamental portar a col·lació el *Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido*

---

<sup>891</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R., “Jubilación y políticas de empleo...*op cit.* pàg. 10

<sup>892</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., “El Convenio especial en EREs extintivos (Nota sobre el alcance de la Ley 27/2011)”, *Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 10, 2012. Recurs electrònic. pàg. 1

*colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada*<sup>893</sup> el qual preveu una sèrie de mesures per minimitzar l'impacte que suposa l'acomiadament als treballadors de més edat. Així, s'estableix que les empreses que duguin a terme un acomiadament col·lectiu de més de 50 treballadors han d'incloure un pla de recol·locació externa pels treballadors afectats per l'acomiadament a través d'empreses de recol·locació autoritzades. De forma especial, aquest pla ha de garantir als treballadors afectats de més edat una atenció continuada per un període mínim de sis mesos, que inclou accions d'intermediació, orientació professional i formació professional (art. 9 RD 1483/2012). Una altra mesura estableix la prioritat de permanència a l'empresa als treballadors més grans de determinada edat en el supòsit d'un procediment d'acomiadament col·lectiu, si així s'ha pactat en conveni col·lectiu o durant el període de consultes (art. 13 RD 1483/2012).

#### **4.9 Breu consideració sobre el progressiu plantejament del finançament privat de les pensions de jubilació**

La Recomanació 16 del Pacte de Toledo en la seva renovació de 2011 fa referència, amb un contingut més extens i detallat que les anteriors versions del Pacte, - de 1995 i 2003-<sup>894</sup>, al paper dels sistemes complementaris a les pensions públiques. I estableix que cal reforçar aquesta previsió social complementaria –i no substitutiva- de la Seguretat Social en el marc de la negociació col·lectiva. Es tracta de fons i plans de pensions del sistema d'ocupació que permetin una millor cobertura d'algunes contingències, com ara la jubilació. La Recomanació explicita que és important que els beneficis fiscals que impliquen els sistemes complementaris es distribueixin de forma més equilibrada arribin a les persones amb menys ingressos.

Sobre la base d'aquesta Recomanació 16 del Pacte de Toledo de 2011 la Disposició Addicional 19 de la Llei 27/2011, estableix que en el termini de sis mesos des de l'entrada en vigor d'aquesta llei, “el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados, un informe sobre el grado de desarrollo de la previsión social complementaria y sobre las medidas que podrían adoptarse para promover su desarrollo en España”. Es preveu,

---

<sup>893</sup> BOE núm. 261, de 20 d'octubre de 2012

<sup>894</sup> SUÁREZ CORUJO, B., “La protección social privada”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, junio 2012 (versió electrònica). pàg. 2

doncs, que es publicarà un estudi sobre el desenvolupament de la previsió social complementària. Malgrat que Espanya compta amb l'establiment de plans i fons de pensions privats des de fa més de vint anys, aquest sistema de pensions privat és un dels menys desenvolupats, en comparació amb els països de l'OECD. Representa al voltant del 7% del PIB en comparació amb la mitjana del 60% del PIB dels països que conformen l'OECD<sup>895</sup>.

Sense ànim d'entrar en el detall i descripció de la regulació i funcionament dels plans i fons de pensions de jubilació de caràcter privat, el cert és que, cada vegada més, davant de la qüestionada viabilitat financera del sistema públic de Seguretat Social, la protecció complementària de protecció social basada en el sistema de capitalització és més present a l'horitzó futur de les pensions. Els incentius fiscals que afavoreixen els plans de pensions privats apareixerien així com a reacció a la restricció de les pensions públiques<sup>896</sup>. Allò important, és, com estableix la Recomanació 16 del Pacte de Toledo de 2011, que tota persona, i no només els subjectes de rendes altes que són els titulars habituals d'aquests privats plans de pensions, pugui tenir accés a aquest tipus de protecció de finançament privat<sup>897</sup>.

I, en tot cas, convé no perdre de vista que és un sistema de protecció social "complementari" que no pot ni ha de substituir la protecció social pública que els poders públics estan obligats constitucionalment a dispensar als ciutadans. Al capdavall, d'acord amb ALARCÓN, la jubilació és un dret, en concret, "el derecho que tiene toda persona a descansar tras una larga vida entregada al trabajo en beneficio propio y de la sociedad y de que éste le garantice una subsistencia digna hasta el fin de sus días"<sup>898</sup>. Un dret a rebre una pensió durant la vellesa reconegut per l'art. 50 CE en funció dels quals "els poders públics garantiran, mitjançant pensions adequades i periòdicament actualitzades, la suficiència econòmica als ciutadans durant la tercera edat". Sigui quin sigui el panorama socioeconòmic, els poders públics estan obligats constitucionalment a mantenir un règim públic de seguretat social per fer front a les situacions de necessitat (art. 41 CE) i a prestar pensions als ciutadans de la tercera edat per a què puguin

---

<sup>895</sup> OECD, *OECD Perspectives: Spain Policies for a sustainable recovery*, OECD, October 2011. pàg. 12

<sup>896</sup> ESPING-ANDERSEN, G., PALIER, B., *Los tres grandes retos del Estado del bienestar*, Traducció de Pau Joan Hernández, Ariel, Barcelona, 2009. pàg. 107

<sup>897</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., "La reforma de la Seguridad Social 2011...*op cit.* pàg. 17

<sup>898</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La jubilación es un derecho", posted by elcorreo.es, 10 març 2010

subsistir (art. 50), ja siguin prestacions contributives com no contributives<sup>899</sup>. Per tant, és essencial assegurar la continuïtat i sostenibilitat del sistema de repartiment basat en la justícia intergeneracional que pressuposa el sistema de finançament de les pensions<sup>900</sup>. Traduït en el pla dels treballadors d'edat, és fonamental establir mesures d'ocupació eficaces que permetin a aquests treballadors mantenir-se en actiu d'acord amb l'esperança, qualitat i condicions de vida actuals i no solament restringir l'accés a la jubilació tal com ha suposat la Llei 27/2011.

---

<sup>899</sup> En aquest sentit, convé tenir en compte a la textualitat de DE LA VILLA, que declara, “la Ley 27/2011 incurre en la contradicción de imprimir imperiosamente un mayor grado de `contributividad` al sistema de seguridad social, sin liberarse empero de la carga de las prestaciones no contributivas”. DE LA VILLA GIL, L.E., “La reforma de la composición del sistema de seguridad social y del modelo de protección social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, junio 2012 (versió electrònica). pàg. 18

<sup>900</sup> ESPING-ANDERSEN, G., PALIER, B., *Los tres grandes retos...op cit.* pàg. 110

### **III. L'ABAST DE LA PROTECCIÓ NORMATIVA DAVANT LA DISCRIMINACIÓ PER RAÓ D'EDAT: UN OBSTACLE PER A L'OCUPACIÓ DELS TREBALLADORS D'EDAT**

Tal com es desprèn dels capítols precedents, la prolongació de la vida laboral ha esdevingut una de les solucions per combatre la despesa elevada a la qual s'hauran d'enfrontar els sistemes de protecció social com a conseqüència de l'envelliment de la població. Tota política d'ocupació actual s'enfoca a augmentar la taxa de participació dels treballadors d'edat que normalment tendeixen a tenir poca presència a la força de treball. Evitar que s'accedeixi a plans de jubilació anticipada i augmentar l'edat d'accés a la jubilació. Són les estratègies més recurrents per part dels Estats per aconseguir l'allargament de la carrera laboral dels treballadors d'edat.

Davant aquesta direcció de la política d'ocupació, un dels desincentius al perllongament de la vida activa és la discriminació basada en l'edat, una forma emergent de discriminació, que impedeix que els treballadors d'edat puguin participar en igualtat d'oportunitats en el mercat de treball. D'aquí que en les darreres dècades ha proliferat l'adopció de normes que defensen la igualtat de tractament en les relacions laborals i protegeixen als treballadors de la discriminació per raó d'edat.

Precisament, aquest capítol s'inicia amb una aproximació al concepte de discriminació per raó d'edat, continua amb l'anàlisi de l'abast de la protecció contra la discriminació per aquest motiu a través de l'escrutini de la normativa antidiscriminatòria comunitària i espanyola existent en vigor, així com de la jurisprudència que s'hi relaciona. Per últim, el darrer apartat versa sobre el tractament jurídic de la discriminació a Estats Units, donat que és el país mundialment pioner en aprovar la primera legislació que prohibeix la discriminació per raó d'edat avançada en l'àmbit laboral, una legislació que ha influenciat abastament les normes antidiscriminatòries de la Unió Europea i, per extensió, d'Espanya.

I és que, de fet, a la llum de les darreres reformes laborals que hi ha hagut a Espanya que han suposat una restricció de les mesures de polítiques d'ocupació tant actives i passives específiques pels majors de 45 anys, es pot considerar que la legislació

antidiscriminatòria per raó d'edat s'està erigint en una mesura d'especial rellevància en el context actual per tal de protegir i afavorir l'ocupació dels treballadors d'edat, tal com succeeix en el present d'Estats Units.

## **1. CARACTERITZACIÓ DE LA DISCRIMINACIÓ PER MOTIU D'EDAT A L'ÀMBIT LABORAL**

La discriminació per edat suposa un tracte distintiu basat en la característica de l'edat que prova en el subjecte discriminat un perjudici o desavantatge. En aquest sentit, i paraules del Tribunal Constitucional, la normativa que prohibeix la discriminació “persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana” (STC 19/1989, de 31 de gener, FJ 4).

Com exposa VALDÉS DAL-RÉ, la interdicció de la discriminació ha anat abandonant el seu caràcter de simple concreció del principi d'igualtat que implica un tracte desigual injustificat, per esdevenir una noció material que posa l'atenció en el resultat perjudicial que el tracte discriminatori té sobre determinats individus i col·lectius<sup>901</sup>. La discriminació col·loca a determinats subjectes en situació desavantajosa d'exclusió en l'accés a béns i serveis. Es passa d'un sistema formal de discriminació per un de material que, en paraules del mateix autor “abandona la atención sobre la motivación de la diferenciación para poner el acento en el resultado perjudicial para los sujetos víctimas de la marginación”<sup>902</sup>. És a dir, que la noció material considera que no es pot donar el mateix tractament als que no són socialment iguals i, per tant, cal pretendre la igualtat de resultats<sup>903</sup>.

En el context de la discriminació per edat, la significació material implica que la discriminació pel motiu de l'edat avançada en les relacions laborals s'observa en el

---

<sup>901</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno ius gentium”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2008. pàg. 56 i 57

<sup>902</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “Persona del trabajador, Constitución, Principio de igualdad”, a AA.VV, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005. pàg. 1322

<sup>903</sup> BARNARD, C., *EC Employment Law*, second edition, Oxford University Press, Oxford, 2000. pàgs. 205, 206.

sentit que nega o limita als treballadors d'edat l'accés o el manteniment al mercat de treball. I, com a conseqüència de tractaments discriminatoris per raó de l'edat, els treballadors d'edat se situen en una posició de desavantatge respecte als treballadors més joves. La discriminació per edat és, com diuen APARICIO i OLMOS, un concepte relacional, la pateixen la categoria dels treballadors grans en relació a altres treballadors més joves, de forma que es manifesta “en la posición de inferioridad, basada en condiciones sociales, que en relación a otros miembros de la colectividad padecen determinadas categorías de trabajadores”<sup>904</sup>.

En aquets punt, convé esmentar que des dels orígens del Dret del Treball, l'edat ha estat un element rellevant, ja que afecta la capacitat de la persona a l'hora de treballar. Ara bé, tal com argumenta RODRÍGUEZ-PIÑERO, no ha estat fins recentment que les diferències de tractament per raó d'edat en el treball s'han tractat des de la perspectiva de la discriminació. Amb anterioritat, l'edat no era considerada com un element susceptible de discriminació en el treball perquè es presumia que l'edat afectava a la capacitat de treball. De forma que l'establiment de diferències de tractament per raó d'edat en el treball s'explicava per l'afectació de l'edat sobre la capacitat de treball i no perquè l'edat es prengués d'entrada com a motiu discriminatori, sense que es prengui es consideri la capacitat del treball de la persona<sup>905</sup>.

Els Estats Units va ser el primer país en adoptar una llei que protegia a les persones d'edat contra les possibles discriminacions per raó de l'edat que poguessin patir en el curs de les relacions laborals. Va ser l'any 1964 a través de l'aprovació de la denominada *Age Discrimination in Employment Act*, encara vigent, que prohibeix la discriminació per raó de discriminació en el treball a les persones de 40 o més anys. D'aquí que es comença a protegir a les persones d'edat que han estat tractades desfavorablement en el treball, i per tant, excloses en comparació a treballadors més

---

<sup>904</sup> APARICIO TOVAR, R.J., OLMO GASCÓN, A.A., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, pàg. 43

<sup>905</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario”, dins CAMAS RODA, F (coordinador), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Editorial Bosch, 2009. pàgs. 16 i 17. Com expressa clarament l'autor: “Los límites de edad en la contratación o las diferencias de trato por razón de edad se han podido examinar desde la perspectiva de la simple razonabilidad del derecho a la igualdad, pero no como posible factor prohibido de discriminación, al no considerarse la edad como un estigma social <<arbitario>>, sino como una característica personal que puede afectar a la capacidad de trabajo y, por ello, a la permanencia en el empleo”.

joves, únicament per motiu de la seva edat avançada, és a dir, sense que s'hagi tingut en compte la seva capacitat per treballar al marge de l'edat.

Europa ha seguit els passos estatunidencs i de forma progressiva ha anat protegint legislativament als treballadors d'edat de la discriminació per motiu de l'edat. En especial, als països europeus la tutela antidiscriminadora s'observa com un factor complementari de l'eficàcia de les polítiques d'ocupació que fomenten l'ocupació dels treballadors d'edat avançada que ha esdevingut un col·lectiu desfavorit en el món del treball per raó de la seva edat avançada <sup>906</sup>.

### **1.1 L'edat avançada com a nova forma emergent de discriminació**

La discriminació per raó d'edat és actualment considerada un element col·lateral que es pren en consideració en compte quan s'aborda la necessitat d'augmentar la participació dels treballadors d'edat en el mercat de treball per pal·liar l'impacte de l'envelliment demogràfic mundial. Així, a la 89<sup>a</sup> Sessió de la Conferència Internacional del Treball de la OIT celebrada l'any 2001, el comitè havia publicat prèviament a la Sessió l'Informe VI, titulat *Social Security: Issues, challenges and prospects*, indica que els sistemes de seguretat social han de respondre als nous reptes demogràfics, com l'envelliment i els canvis en l'estructura familiar, alteracions que tenen implicacions en el finançament de la protecció social. manifesta l'Informe, "Ageing (...) will pose a major problem only if rapidly ageing societies cannot contain *overall social dependency*". Per fer-hi front planteja la necessitat d'incrementar la participació en el mercat de treball dels treballadors d'edat avançada.

En la mateixa línia segueixen les Assemblees Mundials de l'Envelliment organitzades per les Nacions Unides amb la participació de la OIT, la primera Viena l'any 1982 i vint anys més tard, al 2002 a Madrid, en les quals es proposa analitzar els reptes de futur sobre l'envelliment per tal de construir una societat per a totes les edats. En el document preparatori de la II Assemblea Mundial de l'Envelliment de Madrid celebrada l'any 2002, promogut per l'OIT es van fer diverses recomanacions encaminades a evitar la discriminació en el treball dels treballadors d'edat avançada, la transició gradual a la

---

<sup>906</sup> APARICIO TOVAR, L., OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, pàg. 12



jubilació, la formació, el manteniment de l'equilibri financer que garanteixi les pensions, o l'abast i les limitacions de la immigració com a solució a l'envelliment de les població<sup>907</sup>. El Pla d'Acció Internacional sobre l'Envelliment, fruit de l'Assemblea de Madrid i que segueix l'adoptat a la primera assemblea celebrada a Viena recomana la participació activa de les persones d'edat avançada en la societat i el desenvolupament permetent que continuïn en el mercat laboral.

Aquesta estratègia és l'anomenada *active ageing* (envelliment actiu). El terme *active ageing* va ser adoptat per l'Organització Mundial de la Salut a finals dels anys noranta i el que preveu és anar més enllà del missatge d'envellir amb salut i reconèixer altres factors a banda de la salut que afecten a la població de gent gran<sup>908</sup>. En paraules de l'Organització Mundial de la Salut (OMS), “years have been added to life; now we must add life to years”. En aquest sentit, l'envelliment actiu pretén incloure la gent gran en totes les esferes de la societat, maximitzar la seva qualitat de vida i el seu potencial, i el punt de partida és no discriminar per raó d'edat en el mercat de treball als treballadors d'edat avançada<sup>909</sup>.

Ara bé el panorama del mercat de treball en el món és descoratjador pels treballadors d'edat ja que la discriminació per raó d'edat hi és significativament present. Ho reflexa *l'Informe sobre el empleo en el mundo, 1998-1999*, de la OIT, que fa referència als treballadors d'edat acomiadats i denuncia que persisteix la discriminació per raó d'edat. Es tracta d'un tipus de discriminació que, combinada amb els canvis d'organització del treball, la política de Seguretat Social i l'entorn econòmic, agreuja la vulnerabilitat de molts treballadors d'edat com a conseqüència de la supressió de llocs de treball, els acomiadaments i les pressions perquè acabin abandonant el mercat laboral.

Una vegada desocupats, alerta l'informe “los trabajadores de edad tienen muy pocas probabilidades de encontrar un nuevo puesto de trabajo. De ahí que, al perder su empleo, muchos trabajadores acaben desmoralizándose y retirándose de la población activa”. Es demanen noves qualificacions i nous coneixements que els treballadors

---

<sup>907</sup> Es pot consultar el document a la web de la OIT: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gh/docs/gb/pdf/esp>, 12 de juliol de 2008

<sup>908</sup> Publicacions de l'Organització Mundial de la Salut, *Active ageing: from evidence to action*, World Health Organization, Ginebra, 2001, pàg. 13

<sup>909</sup> WALKER, A., “A strategy for active ageing”, *International Social Security Review*, Vol. 55, núm. 1, 2002, pàg. 124, 128.

d'edat no tenen. Per això, l'informe considera que és indispensable que els governs adoptin “una política de readaptación professional de los trabajadores de edad para evitar su jubilación involuntaria y prematura y su abandono del mercado de trabajo”. Si els treballadors gaudeixen d'una formació continuada durant tota la seva vida laboral probablement al final de la seva etapa laboral no sobran a l'empresa. I és que la formació és un factor de desigualtat que provoca un estat de vulnerabilitat en els treballadors d'edat avançada que no tenen un nivell de qualificació suficient<sup>910</sup>.

Així doncs, la discriminació per edat està emparellada amb l'envelliment creixent de la població, i la consegüent necessitat d'augmentar la taxa de participació laboral dels treballadors d'edat i allargar-los la vida laboral que es propugna des de diverses instàncies socials, polítiques i legislatives. És doncs per aquest estat actual d'envelliment de la població que l'edat, com a motiu de discriminació prohibit en què es pot basar una desigualtat és un motiu emergent a la legislació. La prohibició de discriminació, sempre lligada a una causa, tal i com apunta FERNÁNDEZ LÓPEZ, “se proyecta sobre realidades sociales concretas, que avanzan y se modifican. De ahí que sea necesario prever la evolución de estas sociedades y el nacimiento de nuevos motivos de victimización que deben prohibirse por lo que suponen de ataque directo a la dignidad de la persona humana”<sup>911</sup>. Així, les causes de discriminació configuren una llista oberta que és susceptible d'ampliar-se atenent a l'evolució de la realitat social.

La discriminació per raó de l'edat és, doncs, una d'aquestes causes registrades recentment. Es palesa a l'Informe de la OIT *La hora de la igualdad en el trabajo*, de 2003<sup>912</sup>, en el qual l'organització es fa ressó de la creixent rellevància que té a les societats actuals la discriminació basada en motius de l'edat avançada en el treball, un nou motiu de discriminació que se suma als considerats tradicionalment, com ara la raça, el sexe i la religió, i que té en compte que cap al 2050, el 33% de les persones que viuen en països desenvolupats i el 19% dels que viuen en països en desenvolupament

---

<sup>910</sup> GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA; *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011. pàg. 321

<sup>911</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.L., *Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto*, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, pàg. 15

<sup>912</sup> OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, Ginebra, 2003. pàg. 39 La OIT subratlla que el lloc de treball és un punt de partida estratègic per combatre la discriminació a la societat ja que, les persones víctimes de discriminació en el treball ho solen ser també en altres esferes de la societat.

tindran 60 anys o més. L'edat, afirma l'Informe, s'està convertint a arreu en un factor cada vegada més determinant per incorporar-se i reincorporar-se al mercat de treball<sup>913</sup>.

La discriminació per raó d'edat es basa en l'adopció d'estereotips negatius sobre les persones d'edat i el procés d'envelliment<sup>914</sup>. En l'àmbit laboral, mitjançant aquest tipus de discriminació s'homogeneïtza un grup en funció de la seva edat avançada<sup>915</sup> suposant que tot treballador d'edat disminueix el seu rendiment en el treball a causa del declivi físic i mental de les seves capacitats, si bé en realitat aquest declivi no afecta a tot tipus de treball ni a tots i cada un dels treballadors d'edat<sup>916</sup>. És així com la discriminació la discriminació per raó d'edat pressuposa l'aplicació d'unes característiques a un col·lectiu delimitat per l'edat, en comptes de fixar-se en les característiques individuals de la persona<sup>917</sup>. Aquesta assumpció respon a la fórmula de l'estereotip, que tant estés està a la societat, i que consisteix en establir una sèrie d'assumpcions sobre un col·lectiu de forma que quan l'estereotip és aplicat a una persona, es presumeix que aquesta es comportarà de la manera prefixada per l'estereotip. En altres paraules, a resultes de la discriminació per raó d'edat, l'edat avançada és considerada com a sinònim de la manca de capacitat.

El fet és que els treballadors d'edat avançada componen un conjunt divers de persones, i, consegüentment, no és adequat generalitzar aquest grup heterogeni i categoritzar-lo quan es fa referència a la seva capacitat en el treball, la motivació o l'ànim de formar-se, perquè aquests estereotips poden conduir a què els ocupadors discriminin per l'únic motiu de l'edat avançada als treballadors d'una certa edat a l'hora de contractar-los, acomiadar-los o formar-los. Tot i que, també és cert que la decisió dels ocupadors quan han de prendre decisions sobre contractar o acomiadar a treballadors d'edat també poden estar basades en altres factors diferents de la capacitat de treball que es presumeix dels treballadors d'edat, com pot ser el cost de contractar-los en relació a la

---

<sup>913</sup> *Idem*

<sup>914</sup> En els països angloparlants es disposa de paraula "ageism", un terme encunyat per Robert Butler al 1969, per fer referència en exclusiva a la discriminació per raó d'edat basada en estereotips negatius de la societat envers les persones d'edat i l'envelliment. La creença que tota persona a certa edat ja només li espera la malaltia i la incapacitat, que afecten a la seva habilitat per treballar. BUTLER, R.N., "Ageism", a MADDOX, G.L., *The encyclopedia of aging*, Springer, New York, 1995.

<sup>915</sup> SARGEANT, M., *Age discrimination and diversity. Multiple discrimination from an age perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011. pàg. 1 i 2

<sup>916</sup> SPIEZIA, V., "The greying population...*op cit.* pàg. 100

<sup>917</sup> MACNICOL, J., *Age discrimination: an historical and contemporary analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006. pàg. 6

seva productivitat, o també per les regles de protecció de l'ocupació dels treballadors d'edat que pot haver-hi en les legislacions dels Estats i que, per exemple, augmenta el cost d'acomiadament dels treballadors d'edat en comparació a l'establert pels treballadors més joves <sup>918</sup>.

Per exemple, segons la OECD, a Espanya les barreres que existeixen en la contractació i el manteniment en el treball dels treballadors d'edat són: les actituds negatives dels ocupadors envers els treballadors d'edat, a qui consideren massa protegits legislativament en el moment d'acomiar-los; els salaris dels treballadors d'edat que es consideren massa alts; i una protecció considerablement estricta per mantenir els treballadors d'edat <sup>919</sup>.

En general, doncs, es considera que el deteriorament físic i mental, que es produeix biològicament a les persones amb el pas del temps, disminueix de forma inevitable el rendiment laboral dels treballadors d'edat. Encara més, amb els canvis tecnològics sovint plana la creença que els treballadors tenen habilitats obsoletes i que són reticents a acceptar aquests canvis <sup>920</sup>. Tots aquests prejudicis apunten cap a el desavantatge dels treballadors d'edat per accedir i mantenir-se en el mercat de treball.

Sigui quina sigui la circumstància que preval que fa que hi hagi reticència quan es tracta de contractar a treballadors d'edat, és una evidència que a Espanya la taxa de contractació dels treballadors d'edat, d'entre 50 a 64 anys, va ser l'any 2004 d'un 8% en comparació al 20% de noves contractacions de treballadors més joves d'entre 25 a 49 anys <sup>921</sup>.

És més, d'acord amb una investigació realitzada per la Comissió Europea el novembre de 2009, el 58% dels europeus considerava que en el seu país la discriminació per edat era un fenomen generalitzat, en comparació al 42% que es va registrar l'any 2008. En el

---

<sup>918</sup> OECD, *Live longer, work longer. Ageing and employment policies*. OECD Publishing, Paris, 2006. pàg. 63

<sup>919</sup> *Idem*. pàg. 64

<sup>920</sup> JOLIVET, A., SHANHEON, L., *Employment conditions in an ageing world: meeting the working time challenge*, International Labour Office, Geneva, 2004, pàg 4.

<sup>921</sup> OECD estimates based on the European Union Labour Force Survey, 2004

mateix estudi de 2009, el 64% de la població preveu que la crisi financera produirà un augment de la discriminació per edat en el mercat de treball<sup>922</sup>.

En aquesta línia d'advertir sobre la discriminació per raó d'edat destaca l'Informe de l'OIT de 2007 *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*<sup>923</sup>. L'Informe manifesta que han aparegut noves formes de discriminació que se sumen a les ja arrelades basades en el gènere, la raça i la religió. I és que hi ha una sensibilització creixent al tractament injust que pateixen els treballadors d'edat, juntament amb els joves, les persones amb discapacitat, les persones que estan infectades pel VIH/SIDA. La discriminació per raó d'edat, segons l'Informe, obeeix a la creença que els treballadors d'est són lents, poc adaptables, amb una salut fràgil. En conseqüència, la seva contractació es creu més costosa i la seva productivitat disminueix progressivament degut al deteriorament de les seves capacitats físiques i mentals per l'edat. En contra d'aquesta creença l'Informe declara “es erróneo pensar que los trabajadores de más edad son menos productivos. Su productividad debe evaluarse atendiendo a la pertinencia de sus calificaciones y competencias en el trabajo que ocupan, así com a su acervo de experiencia laboral”. Així, no es descarta que treballadors que han treballat en males condicions i tinguin problemes de salut comptin amb un rendiment que declina, precisament per això aquests treballadors tenen “derecho a una protección especial”.

Segueix la mateixa línia l'informe de la OIT de 2011, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, que, tal com el títol indica, remarca que, malgrat els avenços continus en la legislació antidiscriminatòria, la crisi econòmica i social mundial ha incrementat el risc de discriminació que pateixen determinats grups en el mercat de treball, com els treballadors d'edat. I destaca que “en un entorno en que se aplican de modo generalizado medidas laborales destinadas a aumentar la participación de trabajadores de edad, por ejemplo, mediante la revisión de las disposiciones relativas a la edad de jubilación, es manifiesta la mayor sensibilización a la discriminación relacionada con la edad y el aumento de los casos notificados al

---

<sup>922</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *Discrimination in the EU in 2009*, Eurobarometer, November 2009. pàg. 71

<sup>923</sup> OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, 96ª reunió de la Conferència Internacional del Treball, Ginebra, 2007. pàg. 56

respecto”<sup>924</sup>. La discriminació per edat, doncs, segueix essent notablement visible en l'àmbit laboral des d'on es pretén allargar la vida laboral dels treballadors.

L'exclusió del treball dels treballadors d'edat pot ser conseqüència d'una discriminació flagrant, com la que consisteix en fixar límits d'edat per la contractació. Però també pot prendre formes més subtils, com la d'imputar a l'aspirant una manca presumpte de potencial per progressar professionalment o bé massa experiència. Altres formes de discriminació inclouen un accés limitat a la formació professional i condicions que pràcticament obliguen als treballadors a jubilar-se de forma anticipada. D'aquí que la discriminació pot produir-se a qualsevol etapa del treball, des de la selecció i la contractació, fins la formació i la remuneració, i avarca la segregació professional i el moment de la finalització de la relació de treball <sup>925</sup>.

El món del treball és doncs, l'àmbit principal que s'ha utilitzat per avaluar el nivell de discriminació per raó d'edat que existeix, així com n'és el punt de partida per aprofundir en el tractament jurídic de la no discriminació per raó d'edat. Perquè s'espera que si s'aconsegueix la igualtat en el sector del treball aquesta igualtat s'extrapolerà a d'altres esferes, com ara la social, l'econòmica i la política.

## **1.2 La internacionalització de la necessitat d'eradicar la discriminació per raó d'edat en el Conveni 111 i la Recomanació 162 de l'OIT**

A fi d'acotar més estretament el concepte jurídic de discriminació per raó d'edat en el si de l'àmbit laboral, és imprescindible recórrer a dos instruments legislatius internacionals adoptats per l'OIT que contemplen, si bé implícitament, la discriminació per raó d'edat: el Conveni 111 de 1958 i la Recomanació 162 de 1980. Ambdós suposen el reconeixement internacional de la normativa antidiscriminatòria<sup>926</sup>.

---

<sup>924</sup> OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse, Informe global con arreglo al seguimiento de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, Ginebra, 2011. pàgs. 55 i 56

<sup>925</sup> OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo...op cit.* pàg. 19 i ss

<sup>926</sup> CÁMARA BOTÍA, A., “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001. pàg. 75

### **a) El Conveni 111 de 1958 sobre la discriminació en matèria de treball i ocupació**

El primer és el Conveni 111 de 1958 relatiu a la discriminació en matèria de treball i ocupació. L'article 1.1 del Conveni requereix a tot Estat membre de l'organització que hagi ratificat el Conveni que elimini "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"<sup>927</sup>. Com s'observa, l'edat com a motiu de discriminació no es va incloure en aquest precepte que defineix i prohibeix ensems la discriminació en el treball i l'ocupació. Com tampoc es va incorporar l'edat com a motiu de discriminació prohibit expressament per l'OIT a la Recomanació 111 de 1958 sobre la discriminació en el treball i l'ocupació que completa el Conveni 111. Però l'article 1.1.b) del mateix Conveni 111 i també de la Recomanació 111 permet als Estats membres prohibir altres motius de discriminació a la legislació nacional diferents als considerats a l'article 1.1, precepte pel qual s'expandeix l'àmbit del Conveni a altres motius discriminatoris que considerin els Estats ratificants, com pot ser l'edat<sup>928</sup>.

Per tant, la discriminació en el treball té lloc quan es produeix una diferència de tractament que es basa en una característica personal d'un individu, com pot ser l'edat avançada, i es té en compte aquesta característica enlloc de tenir en compte si l'individu compleix amb el perfil requerit per desenvolupar la feina concreta. Aquesta diferència de tractament ubica a aquest individu tractat diferentment a causa de l'edat en una posició de desavantatge o limita el seu accés en el món del treball<sup>929</sup>.

El Conveni 111 cobreix tot tipus de discriminació, tant la discriminació directa com la indirecta, les dues classes de discriminació en què pot revertir la discriminació en el treball. És directa quan la normativa, les lleis o les polítiques exclouen o desfavoreixen explícitament a certs treballadors atenent a característiques personals, com l'edat. En són un exemple els anuncis d'ofertes de treball que exclouen o descoratgen als aspirants de certa edat. Per altra banda, hi ha discriminació indirecta quan unes disposicions i

---

<sup>927</sup> El Conveni 111 va ser ratificat per Espanya el 6 de novembre de 1967

<sup>928</sup> OIT, *Equality in employment and occupation*, International Labour Conference, 83rd Session, Report III(4B), Geneva, 1996. pàgs. 61 i 243

<sup>929</sup> TOMEI, M., "Discrimination and equality at work: a review of concepts", *International Labour Review*, Vol. 142, núm. 4, 2003. pàg. 402

pràctiques que aparentment són de caràcter neutral, perjudiquen als membres d'un col·lectiu determinat, com els treballadors d'edat, independentment que aquests compleixin o no els requisits exigits per ocupar el lloc de treball de què es tracti. És a dir, que l'aplicació d'una mateixa condició, un mateix tracte o una mateixa exigència a tothom per igual pot comportar uns resultats desiguals i afectar negativament a un col·lectiu determinat <sup>930</sup>. Per il·lustrar-ho, una oferta de treball emfatitza la necessitat que els aspirants al lloc de treball han de posseir qualitats físiques quan per aquell lloc de treball no és necessari tenir grans qualitats físiques, aleshores aquesta pràctica es pot considerar discriminació indirecta per raó d'edat <sup>931</sup> perquè descoratja als treballadors de més edat, sovint amb qualitats físiques menys favorables en relació a treballadors més joves, a accedir al lloc de treball. I constitueix discriminació indirecta encara que la voluntat de l'ocupador no hagi estat intencionadament desanimar als treballadors d'edat sinó que era una oferta de treball que ell considerava imparcial per tot tipus de treballador al marge de l'edat. En suma, la discriminació que prohibeix el Conveni 111 de la OIT és tant la directa com la indirecta, independentment, doncs, de la intenció de l'autor de l'acte discriminatori <sup>932</sup>.

De forma similar, l'article 5.2 del Conveni 111, l'article 5.2 permet que s'estableixin mesures especials de protecció que avantatgin a persones per raó de diverses categories, dins les quals s'inclou l'edat <sup>933</sup>. El precepte diu textualment “Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como (...) la edad (...), generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial”.

Relacionar amb aquesta norma cal mencionar el Conveni núm. 142, sobre el desenvolupament dels recursos humans, de 1975, mitjançant el qual els Estats es

---

<sup>930</sup> OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo...op cit.* pàg. 21 i 22

<sup>931</sup> GHOSHEH, N., *Age discrimination and older workers: theory and legislation in comparative context*, Conditions of work and employment series n° 20, International Labour Office, Geneva, 2008. pàg. 23; OIT, “Discriminación en la contratación?”, *Trabajo, la revista de la OIT*, núm. 59, abril 2007, pàg. 27

<sup>932</sup> OIT, *Equality in employment and occupation: General survey of the reports on the Discrimination (Employment and occupation) Convention (N° 111) and Recommendation (N° 111), 1958*, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 75th Session, Report III (Part 4B), Geneva, 1988. pàg. 22

<sup>933</sup> GHOSHEH, N., *Age discrimination and older workers...op cit.* pàg. 3



comprometen a adoptar i desenvolupar a la pràctica polítiques en l'àmbit de l'orientació i la formació professional, tot establint una estreta relació entre aquest àmbit i l'ocupació. A l'art. 5 del Conveni estableix que dites polítiques “deberán alentar y ayudar a todas las personas, en un pie de igualdad y sin discriminación alguna, a desarrollar y utilizar sus aptitudes para el trabajo en su propio interés y de acuerdo con sus aspiraciones, teniendo presentes al mismo tiempo las necesidades de la sociedad”. Dins la noció de discriminació pot entendre's inclosa la discriminació per raó d'edat avançada. Declara la mateixa OIT declara que el Conveni 142 és el que té un paper més significatiu per combatre les discriminacions en l'àmbit de l'ocupació <sup>934</sup>.

### ***b) La Recomanació 162 de 1980 sobre els treballadors d'edat avançada***

L'altre norma de l'OIT a tenir en compte per valorar la protecció internacional de la discriminació basada en l'edat és la Recomanació 162 de 1980 sobre els treballadors d'edat avançada. És l'instrument més significatiu de l'acció de l'OIT a favor dels treballadors d'edat. Es va adoptar a la Sessió de la conferència internacional de treball de 1980 que va celebrar-se precisament amb la intenció de completar els instruments existents referents a la igualtat d'oportunitats i de tractament dels treballadors d'edat.

En efecte, des de la seva creació l'any 1919, la OIT ha mostrat una atenció creixent pels problemes dels treballadors d'edat en el mercat de treball <sup>935</sup>. És una preocupació que es remunta als anys seixanta amb l'aprovació de la Recomanació núm. 122, de 1964, sobre política d'ocupació, adoptada amb la seva finalitat d'estimular el creixement econòmic, elevar el nivell de vida i resoldre el problema de desocupació. Per respondre a aquesta finalitat, la norma insta als Estats a dur a terme “una política activa destinada a fomentar

---

<sup>934</sup> OIT, *Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010. pàg. 52

<sup>935</sup> Ja la Resolució de l'Assamblea General de les Nacions Unides 3137 (XXVIII), de 14 de desembre de 1973 sobre qüestions de les persones d'edat i dels ancians, preocupada per la creixent magnitud dels problemes dels ancians, problemes que van acompanyats de canvis en la composició per edat de les societats i el consegüent augment en la proporció del sector de més edat en les poblacions d'un nombre cada vegada més gran de països, recomana l'adopció de mesures per “desarrollar programas (...) para el bienestar, la salud y la protección de las personas de más edad, y para su adiestramiento según sus necesidades, incluso medidas encaminadas a aumentar al máximo su independencia económica y su integración social con otros segmentos de la población”; “desarrollar progresivamente medidas de seguridad social para garantizar que los ancianos reciban ingresos adecuados”; “realzar la contribución de las personas de edad al desarrollo económico y social”; “desalentar las actitudes políticas y medidas discriminatorias en las prácticas de empleo basadas exclusivamente en la edad”; i “fomentar la creación de oportunidades de empleo para las personas de edad con arreglo a sus necesidades”. Es pot consultar el text a: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/286/62/IMG/NR028662.pdf?OpenElement>, 18 de juliol de 2008

el pleno empleo, productivo y libremente elegido” (art.1). Doncs bé, aquesta Recomanació 122 representa la primera vegada en la qual s’al·ludeix expressament a la necessitat de fer esforços per respondre a les necessitats particulars de certes categories de persones, com les persones d’edat, que puguin trobar dificultats especials originades en canvis estructurals i en qualsevol altre causa, o per qui sigui particularment difícil canviar de lloc de residència o d’ocupació (Art. 16)<sup>936</sup>.

Més endavant, a principis dels anys setanta, la OIT va adoptar una Recomanació sobre les implicacions socials i laborals d’automatització i altres desenvolupaments tecnològics, en la qual emfatitzava les esforços especials que s’haurien de fer per protegir els treballs dels treballadors grans. És la Recomanació núm. 150, sobre l’orientació professional i la formació professional en el desenvolupament dels recursos humans, de 1975, que estableix que haurien d’adoptar-se mesures per proporcionar a determinats grups de la població “orientación y formación profesionales efectivas y adecuadas a fin de que gocen de igualdad de oportunidades en el empleo y puedan integrarse mas fácilmente en la sociedad y la economía” . I un d’aquests grups que tenen dificultats per trobar un treball durador són “los trabajadores de edad” (art. 2.b, 15)<sup>937</sup>.

---

<sup>936</sup> CAMÓS VICTORIA, I., “La protección de la vejez en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, vol. II, 2001. pàg. 301

<sup>937</sup> Entre les mesures que contempla la Recomanació núm. 150 específicament pels treballadors d’edat avançada per remeiar les dificultats amb que topen en el treball, destaquen: determinar o modificar en allò possible aquelles condicions de treball que són susceptibles d’accelerar el procés d’envelliment físic i mental; proporcionar als treballadors d’edat avançada l’orientació i la formació professionals de que precisin, especialment en relació amb actualitzar els seus coneixements i qualificacions i proporcionar-los informacions adequades, elevar el seu nivell d’instrucció general i de qualificació professional amb el concurs d’especialistes en formació per adults per equiparar-los amb els joves millor instruïts i capacitats que ingressen o treballen ja en la mateixa ocupació; informar-los oportunament sobre els mitjans de perfeccionament disponibles i iniciar i prosseguir aquest perfeccionament en el moment adequat, és a dir, abans de que s’introdueixin noves tècniques i mètodes de treball; posar a la seva disposició un altre treball, en la seva pròpia especialitat o en una altra diferent, en què puguin utilitzar les seves qualificacions i coneixements, en la mesura del possible sense perdre ingressos; adonar-se que no estan privats de la formació professional per límits d’edat màxima d’admissió a aquesta formació, fixats sense atendre a la realitat; elaborar mètodes especials de formació professional adaptats a les necessitats dels treballadors d’edat avançada; prendre les mesures necessàries per posar a la seva disposició instructors competents en quant a les seves qualitats tècniques i pedagògiques que imparteixin una formació complementària adaptada a les necessitats dels treballadors d’edat avançada; incitar als treballadors d’edat avançada a aprofitar els serveis d’orientació i de formació professionals o les oportunitats de trasllat que puguin ajudar-los a superar els seus problemes: informar al públic en general, i especialment al personal d’orientació i formació professionals al personal dels serveis de treball i altres serveis socials competents als empleadors i als treballadors d’edat avançada, que puguin veure’s precisats a realitzar i de la conveniència d’ajudar-los a aquests esforços. A l’article 50.2 diu que també hauria d’adoptar-se mesures per desenvolupar mètodes de treball, eines i equips adaptats a les necessitats especials dels treballadors d’edat avançada o per donar-los la formació necessària per utilitzar aquests mètodes i equips. (art. 50.1)

Però, sens dubte, l'instrument més significatiu de l'acció de l'OIT a favor dels treballadors d'edat és la Recomanació 162. Dita Recomanació defineix treballadors d'edat com aquells que són susceptibles de trobar dificultats en l'ocupació i en l'accés al treball a causa de la seva edat avançada (art. 1.3), si bé no els delimita en una edat concreta, sinó que deixa als Estats membres la llibertat de definir amb major precisió a quins treballadors s'aplica, per grups d'edat determinats (art.1.2) .

La finalitat de la Recomanació 162 és garantir la protecció del dret dels treballadors d'edat a la igualtat de tractament. I, a aquest efecte, la Recomanació insta als Estats a promoure una política d'ocupació que promogui la igualtat d'oportunitats i de tractament pels treballadors independentment de la seva edat. Per aquesta finalitat, estableix que hauria d'adoptar mesures per impedir la discriminació respecte dels treballadors d'edat en matèria de treball i d'ocupació (art. 3) i per facilitar un trànsit gradual i flexible entre la vida laboral i la jubilació.

I és que la norma fa palès que en molts països desenvolupats sovint s'ha encoratjat, amb l'esperança que així es creïn més llocs de treball pels treballadors joves, a qui els és difícil l'entrada en el món del treball. No obstant, els problemes de la desocupació dels joves no hauria de solucionar-se en detriment d'un altre grup de població, com els treballadors joves <sup>938</sup>. És per aquest motiu que la Recomanació estableix el principi segons el qual els problemes dels treballadors grans haurien de ser tractats en el context d'una estratègia global per la plena ocupació que doni atenció a tots els grups de població i que assegurí que els problemes d'ocupació no es traslladen d'un grup a un altre.

D'aquesta forma la Recomanació 162 fa una crida als Estats membres a adoptar una política nacional que, d'una banda promogui la igualtat dels treballadors de totes les edats i fomenti mesures per prevenir la discriminació contra els treballadors d'edat avançada especialment respecte a l'accés als serveis d'ocupació i orientació professional, l'accés al treball de la seva elecció que tingui en compte les seves capacitats professionals, experiència i qualificacions, l'accés a la formació professional

---

<sup>938</sup> Publicacions de la OIT, *An inclusive society for an ageing population: The employment and social protection challenge*. Paper contributed by the ILO to the Second World Assembly on ageing. Madrid, 8-12 d'abril de 2002. Pàg. 7

i al perfeccionament i actualització de la formació, a la seguretat en el manteniment en el treball, a la remuneració per un treball d'igual valor, a les mesures de seguretat social i a les prestacions socials i a les prestacions socials i a les (art. 5). Per altra banda, la Recomanació requereix als Estats membres a adoptar una política nacional que apunti cap a la millora de les condicions de treball de l'ambient del treball en totes les etapes de la vida laboral i que ideï mesures dissenyades per possibilitar als treballadors grans que continuïn treballant sota condicions satisfactòries (art. 11).

Amb tot, convé recordar que les Recomanacions, a diferència dels Convenis, no necessiten ser ratificades pels Estats perquè no creen obligacions vinculants pels Estats, sinó que proporcionen orientacions que poden -sense constituir una obligació legal- ser utilitzades a l'hora de desenvolupar polítiques nacionals <sup>939</sup>.

De fet, en el preàmbul, la Recomanació 162 ja recorda que el Conveni núm. 111 i Recomanació que l'acompanya núm. 111, sobre la discriminació en matèria de treball i d'ocupació, de 1958, no inclouen l'edat entre les causes de discriminació enumerades però preveuen la possibilitat d'ampliar la llista d'aquestes causes, de manera que pot incloure's la discriminació per raó d'edat. Emperò, la norma que expressament declara que s'ha d'eradicar la discriminació per raó d'edat és la Recomanació 162, i les recomanacions no gaudeixen de força vinculant, i per tant, tenen una eficàcia menor.

Certament, les normes de l'OIT poden revestir dues formes, convenis o recomanacions. Els convenis de l'OIT són tractats internacionals subscrits en el si de l'organització, subjectes a ratificacions dels Estats membres i creadores d'obligacions jurídiques en el pla internacional pels Estats que efectivament ratifiquin els convenis. Les recomanacions de la OIT no es destinen a crear obligacions jurídiques directes en el pla internacional, sinó que s'adopten també en el si de la Conferència Internacional del Treball amb l'objectiu de dirigir i orientar l'acció política, legislativa i pràctica dels governs o bé per aclarir la interpretació d'un Conveni i que, per tant, no tenen eficàcia

---

<sup>939</sup> GHOSHEH, N., *Age discrimination and older workers...op cit.* pàg. 14 De fet, l'autor critica que l'atenció a l'envelliment de la població s'hagi focalitzat bàsicament a estendre la vida activa tot augmentant l'edat de jubilació i no s'hagi parat més atenció a eradicar la discriminació per edat i així millorar les oportunitats en el mercat de treball dels treballadors grans per tal que estiguin plenament informats i puguin prendre les seves pròpies decisions sobre la seva vida laboral.

vinculant<sup>940</sup>. Així doncs, les recomanacions constitueixen una segona forma d'intervenció de la OIT dins les matèries que, per la seva complexitat o les seves diferències entre el dret dels Estats, resulten difícils per a elaborar un conveni. Com diuen LYON-CAEN, els convenis, “debláient le terrain, jouent un rôle experimental, et quelques années après une recommandation, on peut passer à la phase plus satisfaisante, plus précise de la convention elle-même” de manera que una recomanació acompanya un conveni que es limita sovint a establir els principis generals. La recomanació no crea una obligació, sinó que cada Estat membre s'encarrega de sotmetre la recomanació dins un determinat termini a l'autoritat competent en vistes de transformar la recomanació en llei<sup>941</sup>.

En tot cas, tant els convenis com les recomanacions tenen el caràcter de norma mínima, en el sentit de que la seva adopció o ratificació per part d'un Estat membre no pot menystenir qualsevol norma nacional de caràcter intern que garanteixi als treballadors millors condicions de les que figuren en el conveni o recomanació, segons dispensa l'article 19.8 de la Constitució de l'OIT<sup>942</sup>.

En definitiva, el treball és la clau pel futur del finançament de la protecció social. I en aquest sentit, la tendència que han de seguir els Estats segons propugna l'OIT és, d'acord amb la Recomanació 162, eliminar la discriminació per raó d'edat en el treball i permetre l'accés al retir d'una manera gradual i flexible en el sentit de donar la possibilitat als treballadors d'edat avançada de continuar en actiu fins quan desitgin i puguin. I un dels obstacles principals al trànsit del treball cap al retir és la discriminació per raó d'edat, que significa, d'acord amb el Conveni 111 i la Recomanació 111, excloure o distingir per motius d'edat tot provocant una alteració o anul·lació de la igualtat de tracte en el treball i l'ocupació.

---

<sup>940</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*. Ediciones Laborum. Murcia, 2002. pàg. 46

<sup>941</sup> LYON-CAEN, G., LYON-CAEN.A., *Droit social international et européen*. 8<sup>a</sup> edició. Editorial Précis Dalloz. Paris, 1993. pàg. 141

<sup>942</sup> MORRO LÓPEZ, J.L., “La protección de la jubilación en los convenios de la OIT”, dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007. pàg. 613,614. L'autor contempla com els instruments normatius de la OIT que ja de per si han suscitat poc ressó entre els membres de la organització, ostenenet a més el caràcter de norma mínima. I evidencia el poc interès de la normativa de la OIT posant com exemple l'Estat espanyol, membre de la OIT des de la seva fundació l'any 1919, que no més ha ratificat sis dels dotze convenis relacionats amb la pensió de jubilació, dos dels quals ja no estan en vigor. I afegeix que d'aquests quatre convenis restants, el Conveni núm. 102 sobre la norma mínima de la seguretat social, no ha ratificat la part V dedicada a les prestacions de vellesa.

Atesa, doncs, la preocupació per les conseqüències de l'envelliment poblacional porta a l'OIT a considerar que cal abans que res eliminar la discriminació per raó d'edat, una forma emergent de discriminació per la qual s'exclou de la contractació a treballadors per criteri de la seva avançada edat. Eradicar la discriminació per edat significa permetre que els treballadors d'edat puguin mantenir-se en el mercat de treball i no abandonar-lo prematurament, és a dir, dotar de flexibilitat el trànsit del treball i de la jubilació a fi que siguin els treballadors, els qui, voluntàriament, decideixin jubilar-se o mantenir-se en el mercat de treball en igualtat d'oportunitats que la resta de treballadors, independentment de l'edat.

## **2. EL TRACTAMENT NORMATIU I JURISPRUDENCIAL A LA UNIÓ EUROPEA DE L'EDAT COM A FACTOR DE DISCRIMINACIÓ EN EL TREBALL I L'OCUPACIÓ**

Que la discriminació per raó d'edat està estesa a la Unió Europea és una realitat constatada a l'estudi d'opinió que la Comissió Europea va realitzar en els vint-i-set Estats membres i tres Estats candidats l'any 2009. L'informe especifica que els ciutadans enquestats d'Europa perceben que la discriminació basada en l'edat està mot estesa, en un 58%, únicament després de la discriminació per raó de l'origen ètnic, que consideren és la més estesa (61%). És més, quan es va preguntar: "En vuestro, cuando una empresa quiere contratar a alguien y puede elegir entre dos candidatos con las mismas habilidades y cualificaciones, ¿cuál de los siguientes criterios puede, en su opinión, poner a un candidato en desventaja?". L'edat del candidat va aparèixer com un dels primers criteris de desavantatge respostos pels enquestats (48%), seguit, entre d'altres criteris, pel color de la pell o l'origen ètnic del candidat (38%), una discapacitat (37%), l'expressió d'una creença religiosa (22%), el gènere del candidat (19%) i l'orientació sexual del candidat (18%)<sup>943</sup>.

---

<sup>943</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *La discriminación en la UE 2009*, Eurobarómetro (Report 317), 2009. pàg. 1 i 2. En un altre estudi estadístic de la Comissió Europea, en aquest cas, amb dates de l'any 2000, es va registrar que els percentatges més alts de treballadors que havien estat discriminats per la seva edat en el treball a l'Europa dels quinze Estats membres eren els de les franges dels extrems, els més joves i els més grans; aproximadament el 8% dels treballadors entre 18 i 24 anys i cap a un 5% dels treballadors d'entre 55 i 64 anys. COMISSIÓ EUROPEA, *Work and health in the EU. A statistical portrait*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2004. pàg. 79

Constitueix així la discriminació per raó d'edat un dels obstacles que trava desplegament de l'estratègia de l'envelliment actiu que invoca la Unió Europea i que es reflexa en nombrosos documents comunitaris. El darrer instrument rellevant és l'estratègia impulsada per la Unió Europea denominada "Europa 2020" que conté els objectius que es persegueixen en la present dècada en matèria d'ocupació, innovació, educació, integració social i energia. N'és un dels objectius de l'estratègia la consecució d'una economia amb un alt nivell d'ocupació sobre la idea " de garantizar el acceso y las oportunidades para todos, independientemente de su edad. Europa necesita utilizar plenamente su potencial laboral con el fin de hacer frente a los retos de una población envejecida y al incremento de la competencia mundial" <sup>944</sup>. Els estudis de la Comissió relaten que la baixa participació en el mercat laboral de les persones de més edat és conseqüència d'una sèrie de factors que barren i desincentiven l'ocupació d'aquest grup de treballadors d'edat avançada<sup>945</sup>. Per aquest motiu, per aconseguir el nivell d'ocupació que indica l'Estratègia 2020 el problema ha de ser abordat a través d'un conjunt de polítiques que, entre d'altres, lluitin contra la discriminació per edat i les percepcions negatives de les capacitats dels treballadors d'edat <sup>946</sup>. Se sosté la idea que cal mantenir i augmentar els nivells d'ocupació dels treballadors d'edat avançada, objectiu pel qual es fa necessari oferir millors condicions d'ocupació als treballadors d'edat <sup>947</sup>. En aquest mateix sentit apunten les directrius que adreça la Unió Europea als Estats membres per aconseguir amb l'Estratègia europea 2020. Les directrius estableixen que la meta principal de la Unió Europea és procurar arribar el 2020 a un índex d'ocupació del 75% dels homes i dones entre 20 i 64, i els treballadors de major edat estan expressament cridats a participar en aquesta taxa <sup>948</sup>. Buscar una major participació dels treballadors

---

<sup>944</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *Europa 2010. Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM(2010) 2020, Brussel·les, 3.2.2010, pàg. 19

<sup>945</sup> En aquest sentit, es va elaborar un portafoli que conté una sèrie de bones pràctiques per combatre les barreres de l'edat en el treball dutes a terme en diversos Estats membres. A mode d'exemple, les pràctiques que s'hi fan referència estan relacionades amb: la discriminació positiva, programes de formació, un centre d'ocupació pels treballadors grans, polítiques específiques per raó de l'edat, la flexibilitat laboral horària, la jubilació flexible i la gradual, les mesures ergonòmiques en funció de l'edat, la barreja de treballadors joves i grans, el treball nocturn dels treballadors d'edat i els programes de canvi d'actitud envers els treballadors d'edat. Walker, A., Taylor, P (editors), *Combating age barriers in employment: a European portfolio of good practice*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxembourg, 1998.

<sup>946</sup> PRATS MONNÉ, X., "Envejecimiento, oferta de trabajadores y UE 2020", a AA.VV., *El empleo y la dimensión social en la estrategia UE-2020*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010. pàg. 165

<sup>947</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *El empleo en Europa 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010. pàg. 147

<sup>948</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *Propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020*, Bruselas, 27.4.2010. COM(2010) 193 final. pàg. 9 i 10

d'edat implica eliminar els obstacles que dificultin la seva ocupació, com ho és la discriminació per raó d'edat.

## **2.1 Les competències de la Unió Europea sobre igualtat de tractament i no discriminació per raó d'edat**

El valor concedit als drets fonamentals, en particular, a la igualtat de tractament i la no discriminació per raó d'edat a la Unió Europea, ha evolucionat notablement des dels inicis de la construcció europea, passant de ser inexistent fins a disposar d'una normativa antidiscriminatòria específica en matèria de discriminació per raó d'edat, àmpliament matisada per la jurisprudència del TJUE.

### ***a) La inexistència inicial de normativa antidiscriminatòria basada en l'edat***

En els seus orígens, la aleshores Comunitat Econòmica Europea, creada per la defensa dels seus interessos econòmics, comptava amb un escàs reconeixement de drets socials. La “igualtat” no era un valor contemplat que calia protegir<sup>949</sup> No obstant això, en els Tractats fundacionals, Tractat de Roma de 1957 pel qual es va constituir la Comunitat Econòmica Europea si que contenia la prohibició explícita de no discriminació per raó de nacionalitat respecte a l'ocupació, la retribució i la resta de condicions de treball, una norma que derivava de la lliure circulació de treballadors (arts. 39.2 i 48.2 TCEE).

També garanteix l'aplicació del principi d'igualtat de retribució entre homes i dones per un mateix treball sense que pugui prevaldre cap prohibició de discriminació per raó de sexe en matèria salarial (article 119 TCEE). Ara bé, el cert és que la inclusió d'aquests principi d'igualtat retributiva responia únicament a objectius econòmics vinculats en exclusiva al bon funcionament del mercat comú i la lluita contra la competència deslleial -altrament dit, *social dumping*- entre els Estats membres de la organització comunitària. En efecte, el precepte va ser introduït a iniciativa de França que considerava que la seva legislació en aquest tema era més avançada que la dels altres

---

<sup>949</sup> QUESADA SEGURA, R., “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, extra igualdad, 2007. pàg. 54



països membres i temia que aquest fet repercutís negativament a la competitivitat de les seves empreses <sup>950</sup>. Es tractava, doncs, d'unes normes de prohibició de discriminació per raó de nacionalitat i per raó de sexe de rerefons econòmic, reduït a les retribucions per treball igual i les condicions de treball entre treballadors nacionals i treballadors immigrants, que només era extensible a l'ocupació, la retribució i a la resta de condicions de treball<sup>951</sup>.

Si bé és cert que aquesta interdicció de prohibició per raó de sexe i de nacionalitat forma part de la consecució dels objectius econòmics que es pretenen amb la Unió, a partir d'aquí, el principi d'igualtat i la prohibició de no discriminació ha anat evolucionant a la normativa comunitària paral·lelament a la voluntat dels Estats membres a formar-se no només com a unió econòmica sinó com a unió política que defensa els drets fonamentals dels seus ciutadans.

Així, l'Acta Única Europea, firmada a Luxemburg el 1986<sup>952</sup>, inclou dos nous articles relacionats amb la política social. L'un autoritza al Consell a establir les condicions mínimes per promoure la millora del treball i per protegir la seguretat i salut en el treball i l'altre assigna a la Comissió la tasca de desenvolupar el diàleg social a nivell europeu (arts. 118 A i 118B). S'introdueixen en els Tractats Constitutius qüestions laborals que consoliden la necessitat de construir Europa des del punt de vista social<sup>953</sup>.

L'any 1989, els Caps d'Estat i de Govern dels Estats membres van elaborar i aprovar la Carta Comunitària dels Drets Socials Fonamentals dels Treballadors, que va sorgir de la necessitat que la dimensió social tingués presència a les activitats laborals encaminades a instaurar un mercat únic a la Comunitat. La Carta amplia els àmbits on es projecta la

---

<sup>950</sup> COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ RAMÍREZ, J.M, SALA FRANCO, T., *Derecho Social Comunitario*, Segona Edició. Tirant lo Blanch, València 1995. pàg. 350; RIESENHUBER, K., "The EC Anti-discrimination Framework Directive 2000/78", a TEN BOKUM, N., FLANAGAN, F., SANS, R. VON STEINAU-STEINRÜCK, R. (editors), *Age discrimination law in Europe*, Wolters Kluwer., The Netherlands, 2009. pàg. 30

<sup>951</sup> La garantia d'igualtat apareix igualment reconeguda a la Carta Social Europea elaborada a Torí en el si del Consell d'Europa el 1961, que conté una enumeració de drets econòmics, socials i culturals que tenen com a finalitat promoure l'acció conjunta dels seus Estats membres per facilitar el seu progrés econòmic i social, així com el manteniment dels drets humans i les llibertats fonamentals. Dins la llista de drets, la Carta reconeix el dret dels treballadors d'ambdós sexes a una remuneració igual per un treball d'igual valor (art. 4.3), i també reconeix la igualtat de tractament pels treballadors emigrants (art. 19).

<sup>952</sup> *Acta Única Europea, de 28.2.1986 (DO L 169 de 29.06.1987)*

<sup>953</sup> QUESADA SEGURA, R., "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades...op cit. pàg. 57

igualtat de tractament entre homes i dones, que no només es predica de la retribució salarial sinó que la Carta estableix que ha de garantir-se la igualtat de tracte entre homes i dones i aconseguir-se la igualtat d'oportunitats entre homes i dones en tots els sectors de la societat, en particular, l'accés a l'ocupació, la retribució, les condicions de treball, la protecció social, l'educació, la formació professional i l'evolució de la carrera professional (art. 16). Així mateix, la Carta Comunitària estableix el dret a la lliure circulació de tot treballador de la Comunitat Europea, en condicions d'igualtat de tractament per l'accés al treball, les condicions de treball i la protecció social del país d'acollida (art. 19). Tot i que la Carta no té valor jurídic sinó simbòlic perquè el Regne Unit no va subscriure-la, és un document històric a tenir en compte perquè defineix el model europeu social, de dret laboral, venidor de la Unió Europea<sup>954</sup>, la qual, en el moment de redactar-la veia convenient concedir la mateixa importància als aspectes socials que als aspectes econòmics per construir un mercat únic europeu.

Amb el Tractat de la Unió Europea, signat a Maastricht el 1992<sup>955</sup>, la Comunitat Europea acreix les seves competències en l'àmbit social, que es delimita com a competència compartida entre la Comunitat i els Estats membres. Amb el Tractat es va annexar el Protocol sobre la política social, que es basava en els objectius traçats a la Carta Social de 1989 i que encomana a la Comunitat actuar sobre: la protecció la salut i la seguretat dels treballadors, les condicions de treball, la integració de les persones excloses del mercat de treball i la igualtat de tractament entre homes i dones. Aquest Acord social, que de la mateixa manera que la Carta social, no va ser subscrit pel Regne Unit<sup>956</sup>.

Ara bé, tot i la creixent presència de la política social en el si de la legislació comunitària, en el terreny de la normativa pròpiament antidiscriminatòria, aquesta continuava quedant circumscrita a la prohibició de la discriminació basada en el sexe i la basada en la nacionalitat.

---

<sup>954</sup> *Idem*

<sup>955</sup> *Tratado sobre la Unión Europea (Tratado de Maastricht), de 7.2.1992 (DO C 191 de 29.7.1992)*

<sup>956</sup> L'Acord autoritza als Estats membres de la Unió Europea a adoptar decisions jurídicament vinculants en determinats àmbits del camp social a través de diversos procediments de presa de decisions: quan es tracti de temes com la higiene i seguretat en el treball i condicions de treball, és suficient que s'aprovi la decisions de la majoria qualificada. En canvi, per altres qüestions de política social com la regulació de la seguretat social s'exigeix la unanimitat.

## ***b) La fita històrica del Tractat d'Amsterdam en la lluita contra la discriminació***

Va ser el Tractat d'Amsterdam de 1997<sup>957</sup>, que persegueix un alt nivell d'ocupació, de protecció social i la cohesió social i econòmica a la Unió, el que realment marca un punt d'inflexió a la política comunitària antidiscriminatòria, i suposa un abans i un després de la prohibició de la discriminació per raó d'edat. I és que el Tractat d'Amsterdam reconeix en el preàmbul l'adhesió dels Estats membres als drets socials fonamentals d'acord amb els criteris de la Carta social europea de 1961 i la Carta comunitària dels drets socials fonamentals dels treballadors de 1989. El Regne Unit, gràcies a l'entrada al Govern del partit laborista, va aixecar l'oposició a l'Acord de política social. Conseqüentment, el Tractat d'Amsterdam va derogar el Protocol de política social i el seu contingut va incorporar-se en el text del Tractat. En tot vas, la Carta va romandre sense eficàcia vinculant però va ser de valor orientatiu per les polítiques de la Unió<sup>958</sup>.

L'art. 6.1 declara que “la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”. De forma el Tractat d'Amsterdam reafirma el procés d'avenç en la lluita contra la desigualtat des del moment que erigeix la igualtat com un dret fonamental a l'àmbit de la Unió Europea.

El que cal destacar és que dins d'aquests drets fonamentals s'estén la regulació del principi de no discriminació a altres motius diferents del sexe i la nacionalitat, com és a l'edat. En efecte, el Tractat d'Amsterdam va incloure una nova disposició en el Tractat de la Comunitat Europea, l'article 13 TCE, que incorpora una clàusula per lluitar contra la discriminació per raó d'edat. El precepte estableix: “el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. A partir d'aquest precepte s'amplia el camp subjectiu del principi d'igualtat i no discriminació que inicialment es restringia als motius de sexe i en matèria salarial i de

---

<sup>957</sup> *Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, 2.10.1997 (DO C 340 de 10.8.1997)*

<sup>958</sup> GALIANA MORENO, “Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”, *Revista Española de Derecho el Trabajo*, número 88, 1998, pág. 190; CABEZA PEREIRO, “La cuestión social en el derecho originario de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, número 63, 2000, pág. 40.

nacionalitat. A partir d'aquest article 13 TCE l'edat esdevé un motiu discriminació<sup>959</sup>, així com un motiu que la Unió Europea vol combatre a partir de l'adopció de mesures preses pel Consell per unanimitat, és a dir, mitjançant el procediment de consulta. En vistes de l'ubicació de l'article 13 TCE, ja que se situa a la primera part del tractat dedicat als "principis" que regeixen el funcionament de la Comunitat, des d'aquest moment tota política comunitària ha de tenir en compte la lluita contra la discriminació per raó d'edat<sup>960</sup>. La igualtat de tractament i la prohibició de discriminació es converteix així en un dret fonamental que vincula tant al legislador comunitari com als legisladors nacionals. És més, la professió en les qüestions socials a l'àmbit comunitari, propicia la formació d'un "model social europeu" que es preocupa tant de rendiment econòmic com del progrés social, el qual es palesa amb l'ampliació de competències sobre la no discriminació<sup>961</sup>. L'implantació de l'art. 13 TCE va obrir d'aquesta manera un nou període en la normativa antidiscriminatòria comunitària, la protecció dels drets humans i la remoció de les barreres de participació al mercat de treball<sup>962</sup>.

La importància del Tractat d'Amsterdam radica en el fet que aquest Tractat amplia l'àmbit d'actuació del principi d'igualtat a nous col·lectius, com els treballadors d'edat.

---

<sup>959</sup> Segons una interpretació documentada per LINDE PANIAGUA es podria considerar que l'article 13 TCE gaudeix d'efecte directe vertical, i per tant pot ser invocat pels particulars davant els tribunals interns front als Estats membres, per analogia de l'article 12 TCE que prohibeix la discriminació per raó de nacionalitat que va ser declarat article d'efecte directe pel TJUE a la sentència *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa* (assumpte 26-52). El Tribunal declara que és una prohibició clara i incondicional i, per tant, idònia per produir efectes directes a les relacions jurídiques entre els Estats membres i els seus justiciables. LINDE PANIAGUA, E., *Políticas de la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 206. pàgs. 49 i 50. No obstant això, la redacció de l'art. 13 TCE difereix de l'art. 12 TCE. Mentre que l'art. 12.1 TCE disposa En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad", l'art. 13.1 TCE estableix, com s'ha esmentat, "Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual". El cert és, doncs, que tal i com sosté el TJUE a la sentència *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, de 23.09.2008 (assumpte C-427/06), la prohibició de discriminació per raó d'edat com a dret invocable pels individuals no neix de l'art. 13 TCE. Així doncs, l'art. 13.1 TCE no atorga el dret de no discriminació als individuals ni és directament aplicable, sinó que cal l'aprovació de normes de desenvolupament per ser aplicable.

<sup>960</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., "Igualdad y discriminación en el derecho comunitario", a FALGUERA BARÓ, M.A., MORALO GALLEGO, A., (coordinadores), *Derecho Social Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, 2007. pàg. 230

<sup>961</sup> ALONSO GARCÍA, B., "El principio de no discriminación por origen racial o étnico en la Unión Europea: su aplicación al empleo y a la política social", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2003. pàg. 128; SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., "Igualdad y discriminación en el derecho comunitario...op cit. pàgs. 207, 215 i 216

<sup>962</sup> BELL, M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002. pàg. 216

Per primera vegada s'afegeix en els Tractats constitutius el principi de no discriminació per raó d'edat. Efectivament, el Tractat d'Amsterdam introdueix l'article 13, que amplia les competències de la Comunitat en matèria de lluita contra la discriminació tot habilitant la Comunitat a actuar per lluitar contra la discriminació basada en una sèrie de nous motius, com la raça, l'origen ètnic, la religió, l'edat, una discapacitat i la orientació sexual. Aquest article va ser modificat més tard pel Tractat de Niça <sup>963</sup> amb la finalitat de permetre al Consell adoptar mesures d'estímul per majoria qualificada per prohibir pa discriminació pels motius citats.

Sobre la base de l'art. 13 TCE, la Comissió Europea es va apressar a posar en pràctica les competències establertes pel precepte i a finals de 1999, va presentar un conjunt de propostes a partir de les quals el Consell va adoptar dues Directives innovadores <sup>964</sup>: la *Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico* <sup>965</sup>, que neix amb l'objectiu de protegir contra la discriminació per motius d'origen racial o ètnic a l'ocupació, la formació, l'educació, la seguretat social, l'assistència sanitària i l'accés a béns i serveis <sup>966</sup>; i la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* <sup>967</sup>, la qual estableix un marc general per garantir el respecte del principi d'igualtat de tractament de les persones a la Unió Europea, independentment del seu origen racial o ètnic, religió o conviccions, discapacitat, edat, i orientació sexual en l'accés al treball i a l'ocupació, la promoció i la formació professional, les condicions de treball i d'ocupació i la pertinença a determinades organitzacions. És doncs, a partir d'aquesta Directiva que s'estableix a la Unió Europea un marc general mínim per lluitar contra la discriminació per raó d'edat,

---

<sup>963</sup> Art. 11A del *Tratado de Niza por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos*, 26.2.2001

<sup>964</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *Libro Verde-Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada*, COM (2004) 379 final

<sup>965</sup> Directiva 2000/43/CE, de 19.7.2000 (DO L 180 de 19.7.2000)

<sup>966</sup> La Directiva 2000/43/CE aplica el principi d'igualtat de tractament a les persones amb independència del seu origen racial o ètnic. Defineix la discriminació directa i indirecta, l'assetjament i la victimització i disposa el dret de les víctimes a presentar una denúncia per via judicial o administrativa i preveu la imposició de sancions a la part demandada culpable de discriminar per aquests motius. Estableix que la càrrega de la prova en els procediments civils i administratius serà compartida per la part demandada i la part demandant. També preveu la creació a cada Estat membre d'un o més organismes de promoció de l'igualtat de tractament que oferiran assistència independent a les víctimes de discriminació per motius d'origen racial o ètnic.

<sup>967</sup> Directiva 2000/78/CE, de 2.12.2000 (DO L 303 de 2.12.2000)

això sí, restringit a l'àmbit del treball, l'ocupació i la formació professional <sup>968</sup>, com s'especificarà a l'apartat ulterior.

### ***c) La consolidació de la prohibició de discriminació per raó d'edat en el Tractat de Lisboa***

Els Tractats constitutius vigents són els que van resultar de la reforma d'aquests a través del Tractat de Lisboa<sup>969</sup>, que va entrar en vigor l'1 de desembre de 2009: el Tractat de la Unió Europea (TUE) i el Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE). Amb la reforma del Tractat de Lisboa, i des de la perspectiva de la prohibició de discriminació, es reforça el caràcter social en què es vol consolidar la Unió, quan a l'article 2 TUE es defineix la no discriminació com un dels valors que ha de fonamentar l'actuació de la Unió Europea. En conseqüència l'article 3 TUE, que indica: "La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres i hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño".

Encara més concret en l'anhel declarat de la Unió a protegir als seus ciutadans de la discriminació per raó d'edat es el TFUE que al nou article 10 estableix: "En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual". D'aquesta manera es fa explícita la voluntat de la Unió a fer de la lluita contra la discriminació, inclosa la discriminació basada en l'edat, un principi transversal que es predica de tota política de la Unió.

---

<sup>968</sup> No s'inclou el sexe com a motiu de discriminació contemplat per la Directiva perquè ja hi ha una legislació específica relativa per la discriminació per aquest motiu: la *Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39 de 14.2.1976)*, modificada per la *Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 269 de 5.10.2002)*

<sup>969</sup> *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (DO C 115 de 9.5.2008)*

També el TFUE continua contemplant a l'art. 19.1 TFUE el que disposava l'article 13TCE introduït pel Tractat d'Amsterdam, i estableix: "Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual". Es continua en la direcció de prohibir la discriminació per ráo d'edat a través del procediment legislatiu especial, que requereix la unanimitat del Consell i l'aprovació del Parlament Europeu <sup>970</sup>. Per mitjà d'aquest procediment es podran adoptar les mesures comunitàries vinculants pels Estats <sup>971</sup>.

Convé especificar que l'àmbit antidiscriminatori és una matèria de competència compartida entre la Unió i els Estats membres. És sabut que, tal com estableix l'art. 5 TUE, la delimitació de les competències de la Unió es regeix pel principi d'atribució. I l'exercici de les competències es regeix pels principis de subsidiarietat i proporcionalitat.

Doncs bé, d'acord amb l'art. 4.2.b TUE, la política social, dins la qual hi forma part la política antidiscriminatòria en el treball <sup>972</sup>, en els aspectes definits pel TUE és considerada una competència compartida <sup>973</sup>. La competència compartida significa, tal

---

<sup>970</sup> En tot cas, canvia amb el Tractat de Lisboa la forma d'establir el procediment legislatiu especial utilitzat per la Unió a l'hora de prendre decisions en la matèria de l'art. 19 TFUE. D'acord amb aquesta modificació, l'art. 2.3 del Tractat de Lisboa estableix que a l'art. 19.1 TFUE "las palabras «el Consejo, por unanimidad» se sustituyen por «el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial.» y se suprimen las palabras «a propuesta de la Comisión».

<sup>971</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., "Igualdad y discriminación...op cit. pàgs. 235 i 236

<sup>972</sup> Amb tot, convé tenir en compte la disquisició de la significància del "Dret social europeu" feta per RODRIGUEZ-PIÑERO, segons el qual, "política social" no significa el mateix a l'àmbit europeu que a l'àmbit d'Espanya. Afirmar que "Mientras que en los Estados miembros por política social se tiende a pensar en intervenciones dirigidas a luchar contra la exclusión y otros problemas similares, en el Derecho Europeo se utiliza la expresión para hacer referencia a la regulación del trabajo asalariado y del mercado de trabajo". I en conseqüència, afegeix, "por eso puede resultar más correcto hablar de "Derecho Europeo del Trabajo". "RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "Aproximación a la política de empleo de la Unión Europea", a FALGUERA BARÓ, M.A., MORALO GALLEGO, S. (coordinadors), Derecho Social Europeo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007. pàgs. 402-404

<sup>973</sup> Fins al Tractat de Lisboa no hi havia hagut una aclariment en els Tractats constitutius de la distribució de competències entre la UE i els Estats membres. El Tractat introdueix per primera vegada en els tractats constitutius una classificació precisa que distingeix tres tipus de competències principals: les competències exclusives (art.2.1 i 3 TUE) , les competències compartides (art. 2.1 i 4 TUE) i les competències de suport (arts. 2.3, 2.5, 5 i 6 TUE).

com estableix l'art 2.1 TUE que la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya". Per tant, es caracteritza per ser una competència en la qual els Estats membres estan autoritzats per aprobar actes vinculants en aquests àmbits. No obstant això, els Estats membres només poden exercir la seva competència en la mesura que la Unió hagi determinat no exercir tal competència.

Un altre aspecte nou que aporta el Tractat de Lisboa que reforça la dimensió social de la Unió Europea i estableix un nou marc per les polítiques d'igualtat de tracte i no discriminació és a través de la consideració de dos instruments fonamentals de protecció de la discriminació: la Carta de drets fonamentals, que segons l'art. 6.1 TUE adquireix el mateix valor jurídic que els Tractats; i la possibilitat que la Unió d'adhereixi al Conveni europeu per la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, tal com declara l'art. 6.2 TUE.

La Carta Europea dels Drets Fonamentals de la Unió Europea sorgida a partir de l'elaboració en el Consell de Colònia i proclamat solemnement en el Consell Europeu de Niça celebrat els dies 7 i 8 de desembre de 2000<sup>974</sup>. La carta recull en un únic text, per primera vegada a la història de la Unió Europea els drets de totes les persones que viuen en el territori de la Unió, ja que no es limita només als drets socials, sinó que també recull drets civils i polítics, així com també drets econòmics, socials i culturals, a partir de la consideració dels drets fonamentals com a indivisibles.

En aquest sentit, el Preàmbul de la Carta remarca que el fonament del catàleg de drets fonamentals es troba en el fet que la Unió Europea es basa en els valors indivisibles i universals de la dignitat de la persona, la llibertat, la igualtat i la solidaritat. També assenyala que els drets de la carta es basen essencialment en els drets i llibertats fonamentals reconeguts en el Conveni Europeu per la Protecció dels Drets Humans, les tradicions constitucionals dels Estats membres de la Unió Europea, la Carta Social

---

<sup>974</sup> *Tratado de Niza por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmada el 26 de febrero de 2001 (Diario Oficial n° C 80 de 10.3.2001)*



Europea del Consell d'Europa i la Carta Comunitària dels Drets Socials Fonamentals dels Treballadors, així com en altres convenis internacionals als que s'ha adherit la Unió Europea o els seus Estats membres.

Doncs bé, el Tractat de Lisboa incorpora un nou article 6 TUE, el qual disposa: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. D'aquesta forma, la Carta compta amb un valor jurídic vinculant per les institucions europees. Aquest reconeixement constitueix un gran avenç en matèria social, ja que garanteix drets socials als residents del territori de la Unió Europea. En particular, el Títol II de la Carta està dedicat íntegrament al principi de la igualtat a la Unió Europea. Dins el contingut d'aquest títol, l'article 21.1 es refereix específicament a la no discriminació per edat quan estableix: “se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”<sup>975</sup>.

La Carta, doncs, suposa l'elaboració d'un catàleg de drets fonamentals en l'àmbit europeu, entre els quals s'hi contempla la prohibició de discriminació per raó d'edat, sense precedents<sup>976</sup>. I amb el caire vinculant que ha adquirit amb el Tractat de Lisboa, passa a tenir el caràcter de declaració política i importància decisòria pel TJUE a adquirir estatut jurídic que reconeix drets fonamentals als seus titulars sobre els quals poden basar les seves reclamacions en la infracció dels drets<sup>977</sup>.

---

<sup>975</sup> Malgrat l'enumeració àmplia de motius de discriminació que estableix la Carta, aquesta llista és oberta, és a dir, cada Estat membre pot incorporar en el seu ordenament jurídic tots aquells motius que consideri adequats per aprofundir en la lluita contra la discriminació a l'àmbit nacional.

<sup>976</sup> Tal com apuntava ZACHERT quan es va aprovar la Carta, aquesta “significa un impulso para el desarrollo de una dogmática europea de los derechos fundamentales” la qual “mientras no posea la Carta Europea de Derechos Fundamentales un carácter normativo, una precisa gradación en la distinción de éstos derechos no tendrá un significado relevante”<sup>976</sup>. ZACHERT, U., “Los derechos fundamentales en los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *Temas Laborales*, núm. 65, 2002. pàg. 18 i 19.

<sup>977</sup> I és que, tal com declarà DE LA VILLA poc després de l'aprovació de la Carta, tot i que aquesta no té caràcter vinculant sinó el caràcter de declaració política, la Carta “está llamar a tener una importancia decisiva en la actuación futura de los órganos comunitarios”, com així es va esdevenir a la jurisprudència comunitària de la darrera dècada. DE LA VILLA SERNA, P., “Las tres <<Cartas>> Europeas sobre Derechos Sociales, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001. pàg. 32

Per altra banda, quant al Conveni per la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals elaborada a Torí en el si del Consell d'Europa<sup>978</sup>, de 18 d'octubre de 1961, que va entrar en vigor a partir del 29 d'abril de 1965<sup>979</sup> i va ser profundament revisada l'any 1996, l'article 6 TUE, a través de la reforma operada pel Tractat de Lisboa, especifica a l'apartat 2: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”. A la vegada, a l'apartat 3 subratlla: “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Així, sobre la base d'aquests preceptes, es permet interpretar la legislació de la Unió Europea a la llum del Conveni i millorar així la protecció jurídica dels ciutadans europeus. En concret, des de la perspectiva de la no discriminació, del Conveni cal tenir-ne compte l'article 14 que assenyala “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra distinción”.

#### ***d) De la possibilitat d'una Directiva Horitzontal que progeixi àmpliament l'edat***

Tot i que l'edat és un motiu de discriminació protegit a la Unió Europea a través de la Directiva 2000/78/CE, ho és només en l'àmbit de l'ocupació i el treball. Les competències de la Unió en matèria de lluita contra la discriminació per raó d'edat estan limitades a l'ocupació i el treball. És per aquest motiu que les institucions de la Unió estan analitzant actualment una proposta coneguda com la “Directiva Horitzontal” que amplii la protecció per aquest motiu, juntament amb l'orientació sexual, les creences religioses i la discapacitat, a l'àmbit de l'accés als béns i serveis. És a dir, es proposa equiparar els nivells de protecció per a tots els motius de discriminació prohibits per la

---

<sup>978</sup> El Consell d'Europa és una organització de països europeus, distint de la Unió Europea. Va ser creat l'any el 5 de maig de 1949 i té com a objectiu afavorir a Europa un espai democràtic i jurídic comú. Consta de 47 països membre si està organitzat en base al Conveni europeu dels drets humans de 4 de novembre de 1950 pel qual els Estats membres del Consell d'Europa es comprometen a respectar els drets i llibertats fonamentals, així com també es tenen en compte les altres textos de referència sobre la protecció de l'individu. [http://www.coe.int/t/es/com/about\\_coe/](http://www.coe.int/t/es/com/about_coe/) (15.05.2010)

<sup>979</sup> La Carta Social Europea va ser ratificada per Espanya el 29 d'abril de 1980 (BOE de 26 de juny i 11 d'agost de 1980).

normativa comunitària, inclosa doncs, l'edat. I és que les Directives que desenvolupen les prohibicions de discriminació no atorguen un mateix nivell de protecció a tots els motius. La major garantia de protecció és pels motius de raça o origen ètnic, que d'acord amb la Directiva 2000/43/CE, estan protegits contra la discriminació a l'ocupació i el treball, així com en l'accés als serveis, la seguretat social i l'educació. El següent motiu de discriminació més protegit és el sexe, que, segons la Directiva 2006/54/CE, és una raó de discriminació prohibida que cobreix, excepte l'educació, l'ocupació i el treball, l'accés als serveis i la seguretat social. En darrer lloc, les creences religioses, la discapacitat, l'edat i l'orientació sexual són motius de discriminació prohibits per la Directiva 2000/78/CE tan sols en l'àmbit de l'ocupació i el treball.

La proposta d'adoptar l'anomenada Directiva Horitzotal es va presentar davant del Parlament Europeu l'any 2008. Declara la Comissió que el dret a la igualtat de tractament és un principi general del dret comunitària, així com l'art. 13 RCE –actual art. 19 TFUE– permet específicament prendre accions per combatre la discriminació basada en el sexe, la raça o l'origen ètnic, les creences religioses, la discapacitat l'edat o l'orientació sexual. Tanmateix, la discriminació encara existeix en moltes àrees, com ara en l'accés als béns i serveis, l'habitatge, l'educació, els serveis socials i l'assistència sanitària. Tot i les Directives aprovades per frenar la discriminació pels motius citats, l'abast de la protecció és més o menys ampli en funció del motiu. Per tant, hi ha a les Directives una jerarquia de motius de discriminació que no existeix a l'art. 13 TCE –actual 19.1 TFUE–. Per aquest argument, la Comissió conclou que cal estendre l'abast de protecció contra la discriminació per raó d'edat, discapacitat, orientació sexual i creences religioses tot aprovant una única Directiva que englobi tots els motius de discriminació prohibits al Tractat i que abasti totes les àrees de protecció: ocupació, protecció social - incloent-hi la seguretat social i l'assistència sanitària -, l'educació i l'accés als béns i serveis – incloent-hi l'habitatge-<sup>980</sup>. L'any següent, el 2009, el Parlament va aprovar la proposta de Directiva horitzotal<sup>981</sup>. A dia d'avui, la proposta encara està essent objecte de desenvolupament i esmenes que caldrà seguir amb atenció<sup>982</sup>.

---

<sup>980</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation*, Brussels, 2.7.2008, (SEC(2008) 2180)

<sup>981</sup> European Parliament legislative resolution of 2 April 2009 on the proposal for a Council directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief,

## **2.2 El lleuger abast de la prohibició de discriminar per raó d'edat a la Directiva 2000/78/CE, de 27 de novembre de 2000, d'establiment d'un marc general per la igualtat de tractament en el treball i l'ocupació**

L'article 13 TCE –actual art. 19 TFUE- és el fonament que dona peu a la Unió Europea per legislar contra la discriminació per raó d'edat en el treball. El precepte atorga poders a la Unió Europea per combatre la discriminació per diferents motius, inclosa l'edat. Sobre la base d'aquest article es va aprovar *la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupació*<sup>983</sup>.

La Directiva prohibeix a tota la Unió Europea qualsevol discriminació ja sigui directa o indirecta per diferents motius, entre els quals apareix l'edat, amb la finalitat de combatre tot tipus de discriminació que repercuteixi negativament en el treball i l'ocupació, en els termes que a continuació s'expliquen amb detall.

### ***a) La igualtat de tracte independentment de l'edat circumscrita al treball i l'ocupació***

Malgrat que l'art. 13 TCE quan establí que la Comunitat “podrà adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de (...) edad”, no limitava l'acció de la Unió Europea al treball, el cert és que la Directiva 2000/78/CE només s'aplica “en el empleo y la ocupación”, tal com indica literalment el títol de la norma. I també, d'acord amb el que manifesta l'art.1 de la Directiva 2000/78/CE, l'objecte de la Directiva és “establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de (...) edad” en els àmbits “del empleo y la ocupación”. En canvi, com s'ha observat amb anterioritat, la Directiva 2000/43/CE, que contempla el principi d'igualtat de tractament entre persones amb independència de la raça o l'origen ètnic i que es va implementar al mateix temps que la Directiva 2000/78/CE, prohibeix la discriminació en el terreny de la protecció social, l'accés als béns i serveis, inclòs l'habitatge. No hi ha,

---

disability, age or sexual orientation (COM(2008)0426 – C6-0291/2008– 2008/0140(CNS))

<sup>982</sup> CONSELL EUROPEU, *Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation - Progress Report 10615/11 1 June 2011.*

<sup>983</sup> *Diario Oficial L 303/16, de 2.12.2000*

doncs, un nivell homogeni de protecció a la Unió Europea que permeti armonitzar la protecció de discriminació per aquests motius fora de l'àmbit laboral, com la protecció social, els beneficis socials, l'educació i l'accés i subministrament de béns i serveis, inclòs l'habitatge <sup>984</sup>.

L'argument que sembla més plausible a l'hora d'explicar perquè l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2000/78/CE es restringeixi a l'àmbit laboral és aquell pel qual és necessari tenir una legislació contra la discriminació per raó d'edat a l'ocupació perquè així es contribueix a aconseguir l'objectiu d'incrementar l'ocupació dels treballadors d'edat que pretén l'estratègia europea d'ocupació, ja que la discriminació per edat debilita la consecució d'aquest objectiu <sup>985</sup>. De fet, els considerants 8 i 25 de la Directiva 2000/78/CE subratllen “la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa” (considerant 8), així com de forma més explícita es declara “la prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo” (considerant 25). En aquest sentit, legislar sobre la prohibició de discriminar sobre la base de l'edat és una acció col·lateral a l'acció de fomentar l'ocupació dels treballadors d'edat. En aquest sentit, és un criteri econòmic i funcional el rerefons de l'aproximació que fa la Directiva 2000/78/CE a la discriminació per motiu de l'edat. Queda palès aquest enfocament més de caire econòmic que de caire protectiu del dret fonamental a la igualtat de tracte que ha impulsat l'adopció de la norma que prohibeix la discriminació per raó d'edat al considerant 11 de la Directiva 2000/78/CE, el qual assenyala: “La discriminación por razones de (...) edad puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de

---

<sup>984</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO, BURRIEZA, A., NUÑO GÓMEZ, L. (Directors), *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, Editorial Iustel, Madrid, 2009. pàg. 154

<sup>985</sup> HEPPLER QC, B., “Implementing the Framework Directive 2000/78/EC”, a *Age as an equality issue. Legal and policy perspectives*, Hart Publishing, USA, 2003. pàgs. 71 i ss. L'autor comenta que hauria estat més raonable „to adopt a comprehensive approach to equality, by adopting a single unified Directive” perquè “legislate only in respect of employment places burdens on employers which they cannot be expected to discharge unless corresponding duties are placed on public providers of education, health care and transport”. pàg. 79 i 80

personas”<sup>986</sup>. Polítiques d’ocupació i la legislació antidiscriminatòria en el treball estan interrelacionades; les primeres procuren elevar la taxa d’ocupació dels treballadors d’edat i la segona vetlla perquè l’ocupació d’aquests treballadors sigui factible i no prevalguin barreres basades en estereotips sobre els treballadors grans que ho impedeixin.

Nogensmenys, no deixa de ser cert que la discriminació en el treball pot ser considerada com l’indicador principal per conèixer l’estat de la discriminació a la resta d’esferes de la societat. La mateixa Directiva 2000/78/CE ho insinua quan manifesta al considerant 9: “El empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal”. D’aquí que, essent com és el treball l’element clau per integrar-se a la societat<sup>987</sup>, l’esfera del treball és el punt de partida essencial per combatre la discriminació a la resta d’esferes de la societat. També l’article 1 de la Directiva 2000/78/CE, el qual estableix que l’objecte de la norma és establir un marc general per lluitar contra la discriminació en el treball i l’ocupació, i cita textualment, “con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”. Des d’aquest punt de vista, la protecció contra la dicriminació per raó d’edat que dispensa la Directiva 2000/78/CE no només està pensada per aconseguir una major eficiència econòmica sinó que també s’ha adoptat per aconseguir que es vulneri la igualtat de tracte i el dret bàsic a la dignitat als quals s’atempta quan es discrimina<sup>988</sup>. És a dir, que, d’acord amb l’art.1 de la norma, la protecció en contra de la discriminació deriva del principi d’igualtat de tractament<sup>989</sup>.

L’article 3 de la Directiva 2000/78/CE concreta quin és l’àmbit d’aplicació de la norma

---

<sup>986</sup> SARGEANT, M., *Age discrimination in employment*, Gower Publishing Limited, England, 2006. pàg. 55

<sup>987</sup> ALEMÁN PÁEZ, A., “Grupos vulnerables, procesos de formación y políticas sociolaborales”, *Documentación laboral*, núm. 71, 2004, pàg. 79; GÓNZALEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001. pàg. 95. En la línia del que s’ha comentat, GONZÁLEZ manifesta que tot i que les discriminacions en el treball són “seguramente las más trascendentales dada la función socializadora e integradora del trabajo”, aquesta realitat “no deja de hacer justificada la crítica a la “verticalidad” de la Directiva, en cuanto al espacio de la prohibición (que es sólo relativo, con mayor o menor aptitud, al empleo y a la ocupación), fijado en contraposición a la “horizontalidad” del art. 13 del TCE (la afirmación de una serie de motivos de discriminación al margen del ámbito en el que puedan ejercer su influencia)”.

<sup>988</sup> O’CINNEIDE, C., *Age discrimination and European Law*, European Comission, Belgium, 2005. pàg.

11

<sup>989</sup> RIESENHUBER, K., “The EC Anti-discrimination Framework Directive...*op cit.* pàgs. 33 i 34

dins el camp del treball i l'ocupació. El precepte estableix que s'aplicarà tan al sector públic com privat i en relació a: a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas". Aquestes són les àrees a les quals els són aplicables la Directiva. D'altres àrees no contemplades no seran protegides excepte que la legislació interna de cada Estat membre no va més enllà de la protecció de la Directiva 2000/78/CE. Tal com indica l'art. 8 de la Directiva, "los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva". La protecció de la Directiva és un marc mínim de protecció a determinades àrees relacionades amb el treball i si els Estats membres no van més enllà de la Directiva, les àrees no contemplades per la Directiva romandran desprotegides pel que fa a la discriminació per raó d'edat.

Per tant, la Directiva vol evitar la discriminació per edat tant en l'accés al treball com en el seu manteniment, ja sigui respecte a les condicions de treball com la retribució o la promoció professional, i també en l'accés a la formació i orientació professionals i l'afiliació i participació en organitzacions professionals. És un àmbit d'aplicació ampli dins el món del treball on se circumscriu la norma, ja que la protecció abarca el moment d'accedir al treball, les mateixes condicions de treball i fins l'orientació i formació professional i l'afiliació i participació en organitzacions de caràcter professional. Les úniques discriminacions en aquests àmbits de l'art. 3.1 sobre les quals no és aplicable la Directiva són, de conformitat amb l'art. 3.2 de la Directiva 2000/78/CE, les degudes a la nacionalitat, ja que hi prevalen altres normes comunitàries relacionades amb la lliure circulació. Tampoc s'aplica la Directiva als pagaments derivats dels règims de Seguretat social o de protecció social (art. 3.3) i si ho decideixen els Estats membres, tampoc s'aplicarà a les forces armades (art. 3.4).

### **b) La indefinició de l'edat que protegeix la norma**

A la delimitació que de l'objecte de la Directiva 2000/78/CE en fa el seu art. 1, es diu que amb Directiva es vol establir un marc general per lluitar contra la discriminació per raó d'edat a l'ocupació, però no defineix l'edat, de forma que, el seu àmbit subjectiu d'aplicació serà general per a qualsevol persona, sigui quina sigui la seva edat, que consideri que ha estat discriminada a causa de la seva edat en els termes que s'indiquen normativament s'indiquin<sup>990</sup>. Atesa la manca de definició d'edat que es troba a la Directiva 2000/78/CE, la Directiva tant s'aplica a treballadors joves com grans, a ambdós se'ls reconeix a la Directiva 2000/78/CE el dret a la igualtat per edat<sup>991</sup>.

L'edat com a causa de discriminació és, de fet, una de les més difícils de delimitar, ja que, tal com expressa BALLESTER “se trata de una causa considerablemente compleja, porque opera a dos niveles (edad máxima legal y edad mínima), porque puede tener dos vertientes (positiva i negativa) y porque abarca múltiples estereotipos y generalizaciones acerca de las habilidades y capacidades personales que no están necesariamente ligadas a la edad”<sup>992</sup>. En efecte, la complexitat quan es tracta de valorar la discriminació per l'edat deriva del propi motiu de discriminació: l'edat.

L'edat no es defineix per un grup delimitat, com si que es produeix per exemple en la discriminació per raó de raça o sexe, sinó que tothom té una edat concreta, així que no totes les distincions que es facin per edat són susceptibles de ser discriminatòries. Convé determinar cada distinció i valorar si vulnera el principi d'igualtat de tractament que és el valor que es vol protegir amb la Directiva d'acord amb el ja mencionat art. 1 de la Directiva 2000/78/CE. En aquesta línia, estudiant la complexitat de la igualtat en relació a l'edat, FREDMAN determina que la igualtat no és un concepte unitari sinó que depèn dels objectius que es persegueixen amb el principi d'igualtat, a saber: que els

---

<sup>990</sup> En canvi, comparativament parlant, als Estats Units, la *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA) prohibeix les discriminacions per raó d'edat en el treball exercida contra els treballadors de 40 anys o més.

<sup>991</sup> O'CONNOR, C., *Age discrimination...op cit.* pàg. 11

<sup>992</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., “Las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78), a SALINAS MOLINA, F., MOLINER TAMBORERO, G. (Directors), *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003. pàg. 366



iguals siguin tractat d'igual manera seguint la màxima aristotèlica, que l'individual sigui tractat d'acord amb el seu mèrit independentment de la seva edat; que s'aconsegueixi una redistribució social entre els diversos col·lectius de la societat; que es garanteixi la igualtat d'oportunitats; que tothom sigui tractat amb igualtat de dignitat i atenció; o, segons un criteri democràtic, que tothom pugui participar a la societat en totes les institucions principals de la societat <sup>993</sup>.

Així doncs, el que convé retenir de la Directiva 2000/78/CE és que s'aplica quan el criteri utilitzat per tractar de forma desigual sigui l'edat, i sigui quina sigui l'edat de les persones comparables a qui se'ls dispensen tractaments diferenciats, perquè la discriminació per raó d'edat està prohibida independentment de l'edat del subjecte discriminat.

***c) Les discriminacions prohibides: la discriminació directa i la discriminació indirecte***

El principi d'igualtat de tractament que s'intenta aplicar a tots els Estats membres a través de la Directiva 2000/78/CE es tradueix materialment en la prohibició de discriminació directa o indirecta que tingui com a motiu l'edat. Així es desprèn de l'article 2.1 de la Directiva, segons el qual a efectes de la norma, "se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1", entre els qual hi és mencionada l'edat. La Directiva defineix què s'entén per discriminació directa i discriminació indirecta a l'article 2.2.

---

<sup>993</sup> FREDMAN, S., "The age of equality", a FREDMAN, S., SPENCER, S., *Age as an equality issue. Legal and Policy Perspective*. Hart Publishing, USA, 2003. pàg. 38 i ss En paraules de l'autora: "Closer examination reveals that equality is not a unitary concept, but can be defined differently depending on what aims and objectives are identified. A familiar aim of equality is to achieve consistency: likes should be treated alike. This is closely related to the 'merit' principle, that is that individuals should be treated according to their merit, and not according to irrelevant characteristics. Merit may be appropriate to the job market. But in the health service it gives way to a different conception of quality, namely that individuals should be treated according to their need. A less individualistic approach characterises the purpose of equality in terms of distributive justice. It will be argued here that all these approaches, while not wholly useless, are flawed. Instead, the aims of equality should be seen as the facilitation of choice of autonomy, the protection of dignity and the enhancement of participative democracy or social inclusion. A legislative model should be shape to achieve these objectives".

Primerament, la discriminació directa ocorre “cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra situación análoga” (art. 2.2.a). Per tant, quan en una situació comparable, per exemple en relació amb el moment de la contractació o la fixació de condicions de treball una persona és tractada menys favorable en comparació a una altra en la mateixa situació, i el criteri utilitzat pel tractament desigual i perjudicador és l’edat. Seria un exemple de discriminació directa una limitació d’edat en una oferta de treball.

La discriminació directa equival així a la noció coneguda de la igualtat de tractament en sentit estricte, altrament dit igualtat formal, basada en la idea que cada persona té dret a ser tractada de manera igual que una altra persona en la mateixa situació <sup>994</sup>. En tot cas, el que requereix la discriminació directa és una situació anàloga, és a dir, una persona en una situació similar a comparar amb la persona tractada de forma menys favorable a causa de l’edat, sense tenir en compte els desavantatges socials que puguin existir. Així, la dificultat notòria per provar aquest tipus de discriminació esdevé quan no hi ha un element comparatiu obvi <sup>995</sup>.

En segon lloc, la discriminació indirecta, que presenta més complexitat i que es contempla per primera vegada a la normativa comunitària a la Directiva 2000/43/CE que prohibeix la discriminació per raça o origen ètnic, és definida a l’article 2.2.b de la Directiva 2000/78/CE com aquella “disposición, criterio o práctica aparentemente neutros” que pot “ocasionar una desventaja particular a personas (...) de una edad”<sup>996</sup>.

---

<sup>994</sup> HOWARD, E., “The year of equal opportunities for all-2007: Is the EU moving away from a formal idea of equality?”, *European Law Journal*, vol. 14, núm. 2, març 2008. pàgs. 169 i 170 Com esmenta l’autora, en aquest concepte d’igualtat formal “equality lies in consistency and this is where this concept is attractive: it appeals to people’s feelings of fairness and justice”. No obstant això, són destacables els desavantatges que l’autora entreveu en aquest sentit formal de la igualtat, i és que: “in these approach everyone is treated in identical fashion and existing inequalities or social disadvantages are not taken into account” i afegeix també que aquesta noció formal “leaves no room for any recognition of the positive aspects of difference or for a requirement that people should be treated appropriately according to their difference”.

<sup>995</sup> Aleshores, com diu O’CINNEIDE, s’ha d’estar a la legislació nacional que implementa la Directiva, i, en aquest sentit, “the simplest solution to this problem would be for national legislation to provide that it was discriminatory to subject a person to detriment on the grounds of their age, and thus avoid the need to show a comparator”. O’CINNEIDE, C., *Age discrimination...op cit.* pàg. 21

<sup>996</sup> El concepte de discriminació indirecte en l’àmbit comunitari va aparèixer en ocasió de la prohibició de discriminació per raó de nacionalitat i de sexe. Al *Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257 de 19.10.1968, modificado por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DO L 158, de 30-4-2004)*, al seu art. 3 estableix que no seran aplicables, per discriminatòries, les disposicions normatives ni les pràctiques

El concepte de discriminació indirecta, que s'incorpora a la legislació europea provinent de la doctrina jurisprudencial dels Estats Units <sup>997</sup>, s'aproxima a la noció d'igualtat substantiva que té en compte la diferència i defensa compensar els avantatges socials que pateixen certs grups, com poden ben ser els treballadors d'edat avançada a qui una mesura els desfavoreix indirectament per raó de l'edat avançada. En efecte, aquest tipus de prohibició de discriminació indirecte té en compte que la discriminació directa, la qual aplica la igualtat formal, no és suficient per superar la desigualtat que pateixen diversos grups a la societat, com les persones d'edat <sup>998</sup>. A tall d'exemple, podria ser considerada una mesura que discriminació indirecte exigir una fortalesa física que no és necessària per la feina i que, de forma indirecta, té un impacte negatiu sobre la gent gran. Així doncs, la discriminació indirecte està relacionada amb els desavantatges que

---

dels Estats membres “que, aún siendo aplicables sin acepción de nacionalidad, tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal, eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo”. També, en matèria de discriminació per raó de sexe, la *Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, de 14.2.1976)*, prohibeix en el seu art. 2.1 “la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente” La jurisprudència del TJUE va refermar el concepte de discriminació indirecte en diverses sentències. Així, la sentència *Comisión/Luxemburgo*, de 10 de març de 1993 (C-III/91) o la sentència *Ingetraut Scholz y Opera Universitaria di Cagliari*, de 23 de febrer de 1994 (C-419/92), estableix que la prohibició de discriminació per raó de nacionalitat que contenia l'aleshores art. 48 TCE prohibeix no sólo las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado” (paràgraf 9 i 7 respectivament). Altres sentències del Tribunal de Justícia consoliden la prohibició de la discriminació indirecte per raó de sexe. A la STJCE de 31 de març de 1981, assumpte C-96/80, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd* es disposa que quan la retribució dels treballadors a temps parcial sigui menor, i aquesta afecti majoritàriament a les dones treballadores i no es pugui justificar, es considerarà discriminació indirecte, i per tant prohibida a l'àmbit comunitari. I a les STJCE de 13 de maig de 1986, assumpte C-170/84., *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* i STJCE de 13 de julio de 1989, assumpte C-171/88, *Ingrid Rinner-Kühn v FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG*, el Tribunal de Justícia estableix que excloure als treballadors a temps parcial d'un pla de pensions és discriminatori perquè afecta sobretot a les dones.

<sup>997</sup> Com expliquen BALLESTER PASTOR i també VALDÉS DAL-RÉ, l'origen del concepte de discriminació indirecte prové de la doctrina nord-americana de “l'adverse impact” recollida per primera vegada a la sentència de la Cort Suprema americana *Griggs v. Duke Power Co.* (401 US 424, 431, 1971). El cas està relacionat amb un criteri de selecció de personal que requeria als candidats posseir un títol acadèmic i passar un test d'intel·ligència no necessari per desenvolupar el treball en qüestió. La Cort va determinar que el requisit discriminava indirectament als candidats negres ja que el nivell educatiu dels treballadors negres era en aquella època, als anys 60, inferior al dels treballadors blancs. La Cort va declarar il·legal aquest requisit sobre la base de l'apartat 703 (a) (2) del títol VII de la Carta dels Drets Civils que declarava il·legal qualsevol pràctica empresarial dirigida a limitar, segregat o classificar als seus treballadors de manera que se'ls provés o pretengués privar d'oportunitats, o s'afectés adversament al seu estatus per raó de la seva raça, color, religió, sexe o origen nacional. BALLESTER PASTOR, M.A., “Las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad...*op cit.* pàgs. 307 i 308; VALDÉS DAL-RÉ, F., “La prohibición de discriminación...*op cit.* pàg. 64

<sup>998</sup> HOWARD, E., “The year of equal opportunities...*op cit.* pàg. 170 Quant a a la raó de ser de la discriminació indirecta, l'autora comenta que les “opinions are divided on whether indirect discrimination is an example of a legislative measure that aims at equality of opportunity or at equality of results. Some writers describe it simply as promoting substantive equality”. Sobre aquest debat, vegeu: BARNARD, A., HEPPLER, B., “Substantive equality”, *Cambridge Law Journal*, núm. 59, 2000, pàg. 562; FREDMAN, S., “Equality: a new generation?”, *Industrial Law Journal*, núm. 30, pàg. 145

recauen a determinats grups. Per bé que, com denota HEPPLÉ, de la literalitat de l'art. 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE, se'n desprèn que si dos o més persones d'una determinada edat pateixen un desavantatge, aquest constituirà una discriminació indirecte, sense necessitat de demostrar que un "grup d'edat" determinat ha patit el desavantatge<sup>999</sup>. De fet, tal com subratlla O'CONNOR, deguda la diversitat de grups d'edat que hi ha, és difícil definir quin és el grup d'edat afectat en un cas de discriminació indirecte, perquè persones d'una edat determinada són molt diverses entre si, tenen diferents habilitats, nivell d'estudis i poder adquisitiu, i per tant, són difícilment englobables en un mateix grup d'edat que els afecti la mateixa mesura<sup>1000</sup>.

Amb tot, l'art. 2.2.b.i) de la Directiva estableix que la prohibició de discriminació indirecte no s'aplicarà si " dicha provisión, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados i necesarios". Correspon a l'ocupador la càrrega de la prova a justificar que la diferència de tractament respon a una necessitat legítima i que els mitjans emprats són adequats i necessaris (art. 9 Directiva 2000/78/CE).

Per tant, si la conseqüència d'una mesura és que produeix una discriminació indirecta, però aquesta mesura és pot justificar de forma objectiva, és a dir, que la mesura s'ha adoptat per causes alienes a la discriminació per raó d'edat, aleshores aquesta mesura no serà considerada discriminatòria sobre la base de dit precepte 2.2.b.i) de la Directiva 2000/78/CE<sup>1001</sup>. Aquesta és la diferència principal que hi ha entre la discriminació

---

<sup>999</sup> HEPPLÉ QC, B., "Implementing the Framework Directive 2000/78/EC...*op cit.* pàg. 83 Segons l'autor, aquesta interpretació "would assimilate the concepts of direct and indirect discrimination because (...) the former occurs where the effect of the respondent's action is to put an individual at a disadvantage on grounds of age, even without any conscious motivation on the part of the discriminator".

<sup>1000</sup> O'CONNOR, C., *Age discrimination...op cit.* pàg. 26

<sup>1001</sup> En relació a l'edat es troben altres esments de discriminació indirecte per raó d'edat a la jurisprudència comunitària en ocasions en què s'entrecruen el sexe i l'edat en les conseqüències del treball a temps parcial, però que és tractada des de l'òptica de la discriminació per raó de sexe i no d'edat. Així: la STJUE *Helga Kutz-Bauer y Freie und Hansestadt Hamburg*, de 20 de març de 2003 (C-187/00), estableix que es considera discriminatòria una disposició d'un conveni col·lectiu aplicable a la funció pública que permet als treballadors d'ambdós sexes acollir-se al treball a temps parcial per raó d'edat quan aquesta disposició només concedeix aquest dret al treball a temps parcial fins a la data en què el treballador pot invocar per primera vegada el dret a una pensió de jubilació i tenint en compte que la categoria de persones que poden obtenir aquesta pensió des dels 60 anys està constituïda gairebé exclusivament per dones, excepte que aquesta disposició estigui justificada per raons objectives i alienes a la discriminació per raó de sexe. En canvi, la STJUE *Erika Steinicke contra Bundesanstalt für Arbeit*, d'11 de setembre de 2003 (C-77/02) determina que és contrària a la prohibició comunitària de discriminació per raó de sexe una disposició alemanya que estableix que només pot concedir-se el règim de treball a temps parcial per raó d'edat al funcionari que hagi treballat a temps complet tres anys en total, com a mínim, en els cinc anys immediatament anteriors a l'inici del treball a temps parcial quan hi ha

directa i la indirecta, és a dir, el fet que la discriminació indirecta pot ser justificada si la finalitat de la mesura es considera necessària i es justifica adequadament, encara que la repercussió de la mesura sigui desfavorable i perjudicial per un grup determinat, com poden ser els treballadors d'edat <sup>1002</sup>.

Per últim, la Directiva també admet que les instruccions que ordenen discriminar per raó d'edat (art. 2.4) i l'assetjament (art. 2.3) constitueixen discriminació declarada il·legal per la Directiva. L'assetjament és descrit com “un comportamiento no deseado (...) que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradant, humillante u ofensivo” (art. 2.3)<sup>1003</sup>.

D'aquesta manera l'assetjament s'associa a una forma de discriminació. En aquest punt és significatiu exposar una experiència il·lustrativa de les conseqüències que poden resultar de l'assetjament i per tant, d'un acte de discriminació per raó d'edat és la que va succeir a l'empresa francesa de telecomunicacions *France Télécom* a la dècada anterior. En un breu període de temps es va produir una onada de suïcidis a la plantilla de l'empresa. Entre els anys 2009 i 2010 es van registrar cap a 50 suïcidis perpetrats per treballadors de l'empresa, la majoria, comesos per treballadors majors de 45 anys, alguns d'ells acusant directament en notes pòstumes les tasques laborals i l'atmosfera de treball com a causa de la seva acció suïcida <sup>1004</sup>.

L'informe resultant de la investigació duta a terme per una empresa de consultoria en recursos humans que es va encarregar per avaluar els possibles riscos psicosocials

---

moltes més dones que homes que treballen a temps parcial, excepte que la disposició estigui justificada per raons objectives i alienes a tota discriminació per raó de sexe.

<sup>1002</sup> GÓNZALEZ ORTEGA, S., “La discriminación...*op cit.* pàg. 102

<sup>1003</sup> En seria un exemple l'experiència viscuda a l'empresa francesa *France Télécom* durant la darrera dècada, situació ja descrita en apartats anteriors. *Vid.* DELGÈNES, J.C., CHENAIS, M., ZUNIGO, X. (Directors) *France Telecom. Etat des lieux sur stress et les conditions de travail. Rapport principal*, Tecnologia, Mai 2010

<sup>1004</sup> SIMONS, S., “French government steps in to stop staff deaths”, *Spiegel*, 17.9.2009; LICHFIELD, J., MANVIEL, A., “Why are so many France Telecom workers dying?”, *The independent*, 30.9.2009; HALL, B., “Fresh probe on France Telecom suicides”, *Financial Times*, 10.4.2010 “Cinq nouveaux suicides à France Télécom”, *Le monde*, 10.9.2010. L'any 2008 es van registrar 13 suïcidis de treballadors de l'empresa en territori francès, seguits de 19 suïcidis l'any 2009 i 25 l'any 2010. L'any 2009, any en què va esclatar públicament el conflicte, de 100.827 assalariats amb què comptava l'empresa France Télécom en territori francès, el 10,2% eren treballadors de menys de 35 anys; el 20,9% d'entre 35 a 45 anys i la dada rellevant és que la resta, el 68,9% d'assalariats, tenia més de 45 anys.

existents a l'empresa que haguessin pogut influir en les morts d'aquests treballadors<sup>1005</sup>, es va constatar que la política de gestió de les persones adultes seguida per France Télécom era particularment desfavorable per als majors de 45 anys<sup>1006</sup>. A partir d'aquesta edat se'ls impedia l'evolució de la seva carrera professional mitjançant, entre d'altres mesures, una estratègia consistent a fer visible que l'empresa ja no desitjava que hi continuessin treballant. Per bé que si els treballadors superaven aquesta fase i es mantenien a l'empresa, quan complien 55 anys, l'empresa feia el possible perquè s'adonessin que entraven en una apatia professional, amb la consegüent desmotivació laboral i vital<sup>1007</sup>. Es marginava així paulatinament als treballadors de més edat, per raó de la seva edat, a l'espera que abandonessin el seu lloc de treball. Mitjançant aquesta pràctica se'ls sotmetia a riscos psicosocials en el treball, que són aquells riscos que resulten de l'associació dels riscos professionals i de la psicologia de la vida social en el treball<sup>1008</sup>.

---

<sup>1005</sup> DELGÈNES, J.C., CHENAIS, M., ZUNIGO, X. (Directors) *France Telecom. Etat des lieux sur stress et les conditions de travail. Rapport principal*, Technologia, Mai 2010

<sup>1006</sup> Els motius que s'han perfilat com als més possibles que van portar l'empresa a la marginalització i el bloqueig professional d'aquests treballadors d'edat era la semi-privatització de l'empresa l'any 2004 i la transició de l'empresa de la telefonia tradicional a la nova línia de producció de telèfons mòbils i internet, que va causar que ja no fos necessària la presència de treballadors amb dècades d'antiguitat a l'empresa i que hi eren fixes, amb poca experiència amb les noves tecnologies.

<sup>1007</sup> El perfil comú dels treballadors que eren marginats progressivament en el treball eren assalariats de cap a 50 anys a qui els encomanaven tasques gairebé impossibles o funcions de categories professionals inferiors a les anteriors desenvolupaven. Aquesta transferència de treballadors altament qualificats a posicions inferiors es coneix en francès amb el terme específic "placardisation", un fenomen a què es veïen sotmesos treballadors majors. Tal com revela l'informe: "Un profil modal se distingue au sein des <placardisé>. Il s'agit d'une population relativement âgée (quinquagénaires) qui est généralement entrée à France Télécom entre la fin des années 1970 et le début des années 1980 (période de recrutement massif dans l'entreprise). (...) Tous les salariés entendus se caractérisent par un rapport malheureux à leur emploi actuel ou passé. La grande majorité des salariés sont ou ont été en dépression. Dans la plupart des cas, cette dépression a été diagnostiquée médicamenteusement. Nombre d'entre eux, ont été arrêtés au moins une fois en raison de ces troubles dépressifs au cours des 4 dernières années. Tous déclarent <comprendre> les collègues qui en sont venus à se suicider". Pel que fa a les categories de treballadors afectats i les situacions de "placardisation" que es van presenciar a l'empresa, l'informe relata: "Le déclassement touche aussi bien des techniciens, que des ouvriers qualifiés, que des cadres. Du point de vue de leurs carrières, les placardisés se retrouvent typiquement affectés au sein de services commerciaux, à occuper des postes en plateforme d'appels. Dans autres cas, ils se retrouvent en charge de petites tâches subalternes (tru du courrier, photocopies). Ou encore, ils peuvent se retrouver totalement isolés sur des sites où ils sont les seuls employés, sans aucun contact social au sein de l'entreprise, sauf par téléphone ou messagerie électronique". El deixant aquesta pràctica empresarial és concisa segons l'Informe: "Le déclassement est source d'incompréhension, de colère, puis de honte et de malaise pour l'ensemble de ceux qui en ont fait l'expérience". I a la llarga, conclou l'informe: "Ces épisodes plus ou moins longs de <placardisation>, d'errance au travail ont généré le plus souvent un traumatisme chez les interrogés. Dépression, troubles somatiques, arrêt de travail répétés, prescrit par les médecins traitants ou la médecine du travail sont fréquents". DELGÈNES, J.C., CHENAIS, M., ZUNIGO, X. (Directors) *France Telecom...op cit.* pàgs. 117 i 118

<sup>1008</sup> LEROUGE, L., "Los riesgos psicosociales: la respuesta del derecho laboral francés", *Tribuna Social*, 2010, pàg. 26 i ss. De fet, arran dels nombrosos suïcidis de France Télécom, els riscos psicosocials van esdevenir el centre d'atenció de l'actualitat jurídica social francesa fins al punt que el legislador francès va concebre un règim jurídic específic de l'assetjament psicològic recollit per la jurisprudència

També a Espanya es té coneixement d'experiències d'assetjament laboral a treballadors d'edat. Una d'aquestes experiències deriva de la STSJ de Madrid de 2010 (1289/2010) sobre l'extinció de la relació laboral per assetjament perpetrat de forma reiterada per un empresari a un treballador de 61 anys amb la finalitat que abandonés l'empresa. L'empresari insistia a què un treballador de 61 que s'acollís a un pla de prejubilació tot mencionant-li els riscos de salut que podia patir anant a treballar i la seva vacuïtat a l'empresa. Davant aquest cas, el Tribunal va declarar que el comportament empresarial atemptava contra la dignitat del treballador i creava un entorn hostil de treball que va minvar la salut del treballador, elements que d'aquest amb Directiva 2000/78/CE constitueixen assetjament laboral. Així, l'extinció del contracte es va considerar improcedent i al treballador li va pertocar la indemnització prevista a l'art. 56 LET.

#### ***d) Les justificacions legítimes de les diferències de tractament per raó d'edat***

A banda de la possible justificació de la discriminació indirecta que permet l'art. 2.2.b), els articles 4 i 6 de la Directiva 2000/78/CE estableixen dues excepcions més al principi d'igualtat de tractament per raó d'edat.

En primer lloc, la Directiva permet les diferències de tractament basades directament en l'edat o els altres tipus de motius de discriminació coberts per la norma si “debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado” (art. 4.1 Directiva 2000/78/CE). A partir d'aquest precepte, la mateixa Directiva accepta que existeixin tractaments desiguals per raó de l'edat tant en l'accés a l'ocupació com en la formació professional, sempre que es justifiqui la diferència com un requisit essencial i determinant de la professió de què es tracti i aquest requisit sigui proporcionat exigir-lo, fet que desprèn, en paraules de GÓNZALEZ ORTEGA, “una

---

(sentències del Tribunal de Casació francès de 21 de juny de 2006, de 7 de febrer de 2007, de 5 de març de 2008, i de 10 de novembre 2009) que amplia les obligacions de prevenció dels riscos per l'empresari i pren en consideració els riscos psicosocials en el treball.

mayor e indudable aceptabilidad de la diferencia de trato ya que se parte de su viabilidad y no de su rechazo”<sup>1009</sup>.

En segon lloc, i únicament adreçada al motiu de l’edat, l’article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, amb títol “justificación de diferèncias de trato por motivos de edad”, estableix que “las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonalmente, en el marco de una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”. D’aquesta manera, la Directiva afirma que hi pot haver diferències de tractament per motiu de l’edat que tot i ser discriminatòries, no constituïran discriminació a l’empara de la Directiva, si compleixen determinades circumstàncies; a saber: que la diferència respongui a un objectiu legítim de la política nacional, com poden ser polítiques d’ocupació o de formació professional i que els mitjans per aconseguir aquest objectiu siguin apropiats i necessaris. Per tant, es deixa que siguin els Tribunals els que, en última instància, valorin si una diferència de tracte basada en l’edat és una discriminació justificable, i per tant, legítima, d’acord amb l’art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE<sup>1010</sup>.

A continuació, els apartats a), b) i c) de l’article 6.1 de la Directiva ofereixen alguns exemples de diferències de tractament per raó d’edat que poden ser justificades: l’establiment de condicions especials d’accés al treball i a la formació professional (incloent-hi les condicions d’acomiadament i remuneració) pels joves, els treballadors de més edat i els que tinguin persones a càrrec seu, per tal de promoure la seva inserció professional o garantir la seva protecció; la fixació de condicions mínimes d’edat, experiència professional o antiguitat en el treball per accedir a l’ocupació o determinats avantatges relacionats amb l’ocupació; i l’establiment d’una edat màxima per la contractació que tingui en compte la formació pel lloc de treball o la necessitat d’un període d’activitat raonable previ a la jubilació.

Així que el legislador comunitari ha construït un sistema de protecció envers la discriminació per raó d’edat a través d’unes normes comunes amb els altres motius de

---

<sup>1009</sup> GÓNZALEZ ORTEGA, S., “La discriminación...*op cit.* pàg. 103

<sup>1010</sup> SARGEANT, M., *Age discrimination...op cit.* pàg. 69



protecció i d'unes altres normes específiques per l'edat que permeten justificar diferències per raó d'edat amb polítiques d'ocupació, del mercat de treball i de la formació professional. De fet, com és habitual i parafrasejant LOUSADA, “el aspecto de la discriminación por edad relativo a la protección de los trabajadores maduros ha llevado siempre, como pareja de baile, las políticas de empleo que, con una finalidad de reparto del empleo, pretenden la expulsión de los/as trabajadores/as a partir de una determinada edad para posibilitar el acceso al empleo de los trabajadores/as jóvenes”<sup>1011</sup>. En tot cas, d'acord amb el considerant 25è de la Directiva el que és essencial és “distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación”. Cal definir l'abast de la política d'ocupació, del mercat de treball i de formació professional que sigui susceptible d'emparar-se en l'art. 6.1, qüestió que tracta la jurisprudència comunitària, que és analitzada en ulteriors apartats<sup>1012</sup>.

En tot cas, el que queda palès a la llum d'aquest art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE és que pot justificar-se una diferència de tractament basada en l'edat ja sigui directe com indirecta <sup>1013</sup>. I és que, com expressa encertadament GÓNZALEZ ORTEGA una regulació com la transcrita a l'art. 6.1 “acaba legitimando las diferencias de trato y haciendo casi innecesaria la aportación la aportación de una justificación que la propia Directiva ya contiene. Más que poner en guardia frente al uso de la edad como factor de diferenciación, la Directiva acaba legitimándola”<sup>1014</sup>. En efecte, la Directiva conté un ampli marge de justificació per a l'establiment de diferències de tractament basades en l'edat que fa posar en dubte l'eficàcia de la prohibició de la discriminació per raó d'edat que pretén la Directiva.

A mode d'il·lustració, en el cas *Werner Mangold y Rüdiger Helm*, de 22 de novembre de 2005 (C-144/04), el Tribunal de Justícia de la Unió Europea va considerar la situació d'una norma alemanya que permetia a l'empresari celebrar contractes de durada determinada, de forma il·limitada en el temps, amb treballadors de més de 52.

---

<sup>1011</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., “A propósito de la STJUE de 5 de marzo de 2009. La discriminación por edad en la jurisprudencia comunitaria” *www.tirantonline.com*, TOL.159.114, juny 2009, pàg. 2

<sup>1012</sup> En particular a la STJUE *Age concern England*, de 5 de març de 2009

<sup>1013</sup> CABEZA PEREIRO, J., “Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005, 1 de julio”, *Actualidad laboral*, núm. 8, abril 2006. pàg. 900

<sup>1014</sup> GÓNZALEZ ORTEGA, S., “La discriminación...*op cit.* pàg. 104

L'objectiu de la legislació alemanya, d'acord amb el govern alemany, era facilitar la inserció professional dels treballadors d'edat avançada desocupats, que tenen majors dificultats per trobar un altre lloc de treball. El Tribunal va considerar que aquesta finalitat era legítima, ja que quedava justificada objectivament i raonable. La qüestió era si l'objectiu legítim era apropiat i necessari, per bé que el problema era que la norma alemanya controvertida s'aplicava a tots els treballadors majors de 52 anys i no només als que eren desocupats. En aquest sentit, el Tribunal declarà que la norma alemanya "al emplear la edad del trabajador como único criterio de aplicación de un contrato de trabajo de duración determinada, sin que se haya demostrado que la fijación de un límite de edad como tal, independientemente de cualquier otra consideración relacionada con la estructura del mercado laboral de que se trate y de la situación personal del interesado, sea objetivamente necesaria para la consecución del objetivo de inserción profesional de los trabajadores desempleados de edad avanzada, excede de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido. El principio de proporcionalidad exige que las excepciones a los derechos individuales concilien, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido" (paràgraf 66). En conseqüència, va ser sobre la base del principi de proporcionalitat que el Tribunal va sostenir que la norma alemanya controvertida era contrària a la Directiva 2000/78/CE.

Per últim, l'art. 6.2 de la Directiva assenyala que els Estats membres poden fixar edats per accedir a prestacions de jubilació i invalidesa.

Per tant, malgrat que la Directiva 2000/78/CE prohibeix les discriminacions directes i indirectes per raó d'edat en el treball i l'ocupació, seguint les disposicions de la mateixa norma, hi ha distincions de tractament per raó d'edat que no constituïran discriminació si es poden justificar en tres circumstàncies: quan una persona és subjecte a una discriminació indirecte però aquesta és justificada objectivament, necessària i proporcionada (art.2.2.b); quan es requereix una determinada edat en una professió perquè s'estima necessària i essencial per la professió en concret (art. 4.1); i quan una persona es subjecte a una discriminació per raó d'edat, però aquesta discriminació es considera que és proporcionada i necessària per aconseguir un objectiu legítim descrit a la legislació de l'Estat membre, com per exemple un objectiu necessari per una política d'ocupació i de formació professional (art. 6.1).

Tant la possibilitat de justificar discriminacions indirectes com la permissibilitat de diferències de tractament basades en l'edat si així ho requereix la professió o quan estan emparades per un objectiu legítim de política d'ocupació que accepta la Directiva, juntament amb l'àmbit d'aplicació de la mateixa, que se cenyeix a l'àmbit del treball i l'ocupació, deixen entreveure que hi ha una jerarquia de protecció entre els entre els motius de discriminació prohibits per la normativa antidiacriminatòria comunitària. Aquesta afirmació radica en el fet que l'edat és, de tots els motius de discriminació prohibits (sexe, ètnia, orientació sexual, religió o convicció, discapacitat i edat) el que és dotat del nivell de protecció més baix perquè és el que presenta el més ampli ventall d'excepcions a la discriminació <sup>1015</sup>.

És per aquesta raó que es pot afirmar que l'abast de la prohibició de discriminar per raó d'edat a la Directiva 2000/78/CE és lleuger, perquè es troba limitat a les discriminacions ocorregudes a l'àmbit del treball i l'ocupació i, a més, és el motiu de discriminació que compta amb el major nombre d'excepcions, és a dir, que més fàcilment diferències de tractament per raó d'edat poden ser justificades legítimament.

***e) Sobre la possibilitat d'adoptar mesures d'acció positiva a favor dels treballadors d'edat, la informació i el diàleg social sobre el principi d'igualtat***

L'article 7.1 de la Directiva 2000/78/CE indica que el principi d'igualtat de tractament no impedeix que l'Estat membre "mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados". Es permet que els Estats membres, si així ho desitgen, adoptin mesures d'acció positives per determinats col·lectius, com poden ser els treballadors d'edat.

En tot cas, tal com especifica SARGEANT, convé no confondre l'acció positiva amb la discriminació positiva <sup>1016</sup>. L'acció positiva denota aquelles mesures dissenyades per tal

---

<sup>1015</sup> BALLESTER, PASTOR, M.A., "Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario", a CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Directors), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009. pàg. 32; El rang jeràrquic de protecció dels motius de discriminació, d'acord amb el seu àmbit de protecció i la possibilitat d'excepcionar la discriminació, seria el següent: el sexe o gènere (Directiva 2004/113/CE, de 13 de desembre); raça o ètnia (Directiva 2000/74/CE, de 29 de juny); orientació sexual (Directiva 2000/78/CE); religió i conviccions (Directiva 2000/78/CE); discapacitat (Directiva 2000/78/CE); i per últim, l'edat (Directiva 2000/78/CE).

<sup>1016</sup> SARGEANT, M., *Age discrimination...op cit.* pàg. 71

que determinats grups vulnerables puguin competir en igualtat de condicions en el mercat de treball. En són un exemple les bonificacions consistents en 1.300 euros l'any durant tres anys que preveu la legislació espanyola al *Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*<sup>1017</sup> i que s'atorguen als empresaris que contractin a treballadors majors de 45 anys que hagin estat inscrit a l'Oficina d'Ocupació almenys dotze mesos entre en els divuit mesos anteriors a la contractació.

En canvi, la mesura de discriminació positiva discrimina directament a fi d'avantatjar i prioritzar determinats grups històricament discriminats. Per exemple, a la STJUE *Georg Badeck y Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, de 28 de març de 2000 (C-158/97), el Tribunal va considerar que era una norma de discriminació positiva no contrària a la Directiva 76/207/CEE relativa al principi d'igualtat de tracte entre homes i dones, aquella que en el sector de la funció pública, en la qual les dones estan infrarespresentades, s'atorga preferència a les candidates femenines i es reserva una quota de places al gènere femení.

Per altra banda, l'article 13 de la Directiva 2000/78/CE encoratja als Estats membres a adoptar mesures per fomentar el diàleg entre els interlocutors social per promoure la igualtat de tractament en el treball i que aquest es reflecteixi a les practiques en el lloc de treball, els convenis col·lectius i els codis de conducta. Així mateix, la Directiva, a l'art 14 encomana als Estats membres a fomentar el diàleg amb els organitzacions no governamentals que es dediquin a lluitar contra la discriminació en els motius de discriminació prohibits per la Directiva, inclòs, doncs, l'edat.

---

<sup>1017</sup> *BOE núm. 36, d'11 de Febrer de 2012*. Aquest RDL 3/2012 deroga una altra mesura d'acció positiva a favor dels treballadors majors de 45 anys que va ser vigent durant dècades a la legislació espanyola; era el contracte de foment per a la contractació indefinida que es pot concertar amb treballadors desocupats majors de 45 anys inscrits en una oficina d'ocupació i que contenia determinats avantatges per l'empesari que els celebra, com la reducció de les despeses d'acomiadament improcedent, i es trobava regulat a 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 (BOE núm. 164, de 10 de juliol de 2001)* El RDL 3/2012 redueix la indemnització de tot acomiadament improcedent de tot contracte indefinit, al mateix límit fixat pel contracte de foment per la contractació indefinida (33 dies amb un màxim de 24 mensualitats), de forma que el contracte de foment per la contractació indefinida desapareixi.

### 2.3 El repertori jurisprudencial del TJUE relatiu a la interpretació del principi d'igualtat per raó d'edat a l'ocupació de la Directiva 2000/78/CE

L'ordenament comunitari en matèria de drets fonamentals es va formar sobre la base d'una constant jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea. En un principi, el Tribunal de Justícia comunitari desestimava les demandes relatives als drets fonamentals perquè argumentava que no li corresponia ocupar-se de problemes propis del Dret constitucional nacional. Aquesta postura va canviar arran del principi de primacia del Dret comunitari sobre el dret nacional establert pel mateix Tribunal a la sentència *Costa v E.N.E.L.*, de 15 de juliol de 1964 (C-6/64), ja que aquesta primacia només es pot imposar si el Dret comunitari garanteix la protecció dels drets fonamentals en la mateixa mesura que ho fan les constitucions nacionals. A partir d'aquesta declaració, la primera sentència en què es va pronunciar sobre un cas relacionat amb la violació del principi d'igualtat i la dignitat personal va ser a la sentència *Erich Stauder v City of Ulm*, de 12 de novembre de 1969 (C-29/69), en la qual el Tribunal va sostenir que el respecte dels drets fonamentals forma part dels principis generals de l'ordenament comunitari. En matèria del principi d'igualtat, arran del Tractat d'Amsterdam que amplia les prohibicions de discriminació a l'art. 13 TCE i prohibeix a banda de les discriminacions per raó de nacionalitat i sexe, també les basades en l'origen racial o ètnic, la religió o conviccions, la discapacitat, l'edat o l'orientació sexual. El Tribunal va desenvolupar les diverses garanties dels drets fonamentals a partir d'aquestes disposicions.<sup>1018</sup>

Pel que fa a l'edat com a motiu de discriminació convé tenir en compte que, tal com va determinar el TJUE a la sentència *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, de 23 de setembre de 2008 (C-427/06), la prohibició de discriminació per raó d'edat com a dret invocable pels individuals no neix de l'art. 13 TCE. L'article 13 TCE introduït pel Tractat d'Amsterdam no va establir una prohibició expressa de discriminació per raó d'edat sinó que faculta a la Comunitat per adoptar les mesures necessàries per lluitar contra la discriminació per raó d'edat<sup>1019</sup> Així doncs,

---

<sup>1018</sup> BORCHARTDT, K.D., *El ABC del Derecho comunitario*, Comissió Europea, Bèlgica, 2000. pàg. 14

<sup>1019</sup> ALZAGA RUIZ, I., *La eficacia de la directivas comunitarias en el ámbito laboral*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009. pàg. 179

l'art. 13.1 no atorga el dret de no discriminació als individuals ni és directament aplicable, sinó que cal l'aprovació de normes de desenvolupament per ser aplicable.

El desenvolupament, que concreta i dota de contingut la prohibició de discriminació per raó d'edat de l'art. 13 TCE –actual art. 19.1 TFUE-, es troba a la Directiva 2000/78/CE. A partir de l'aprovació d'aquesta Directiva s'han succeït una sèrie de sentències en les quals el TJUE matisa i s'interpreta àmpliament l'edat com a motiu de discriminació prohibit a la normativa comunitària.

#### ***a) La primera aproximació del TJUE a la prohibició de discriminació per raó d'edat a la sentència Mangold***

La primera de les ocasions en què el TJUE es va pronunciar sobre un assumpte relacionat amb la discriminació per raó d'edat va ser a la sentència de 22 de novembre de 2005, cas *Werner Mangold contra Rüdiger Helm* (assumpte C-144/04). El TJUE havia d'elucidar si les mesures nacionals de política d'ocupació adoptades a Alemanya arran de les altes taxes de desocupació de persones majors de 50 anys i la seva dificultat per reincorporar-se en el mercat laboral, consistents en què a partir dels 52 anys no es requereix una raó objectiva per formalitzar contractes de durada determinada sense límit temporal, constitueixen una acció discriminatòria per l'edat contrària al dret comunitari, en concret, a la Directiva 1999/70/CE del Consell, de 28 de juny de 1999 relativa a l'Acord marc de la CES, la UNICE i el CEEP sobre el treball de durada determinada, i la Directiva 2000/78/CE del Consell, 27 de novembre de 2000 relativa a l'establiment d'un marc general per la igualtat de tractament al treball i l'ocupació.

El litigi que va donar lloc a la qüestió prejudicial adreçada al TJUE va ser un contracte de treball de durada determinada celebrat entre el Sr. Mangold i el Sr. Helm. El Sr. Mangold, de 56 anys, va celebrar el 26 de juny de 2003 un contracte de treball de durada determinada amb el Sr. Helm d'acord amb la norma alemanya vigent en aquell moment per la qual es poden formalitzar contractes de durada determinada quan estigui justificat per una raó objectiva, restringint les possibilitats de renovació fins a tres com a màxim i la durada total de dos anys com a màxim, excepte que el contracte temporal se celebri amb un treballador major de 52 anys, cas en què, no es necessita justificar la contractació de caràcter temporal per cap raó objectiva ni li és aplicable cap límit

temporal ni de renovacions (Article 14 de la *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen* – Llei relativa al treball a temps parcial i als contractes de treball de durada determinada i per la que es modifiquen i deroguen determinades disposicions del Dret Laboral- en la redacció de 23 de desembre de 2002) . A efectes de comprensió de la sentència convé tenir present que la llei alemanya inicialment preveia el límit d'edat de 60 anys per a aplicar-se la , edat que va ser rebaixada a 58 anys i finalment a 52 anys dels treballadors sobre els que no és necessària cap raó objectiva per contractar. El no requeriment d'una raó objectiva ni subjecció a cap límit temporal en la celebració del contractes de durada determinada pels majors de 52 anys que disposa el dret alemany respon a la finalitat de fomentar la celebració de contractes amb els treballadors d'edat avançada.

A la STJUE s'examinen dues qüestions relacionades amb la possible contradicció de la norma alemanya exposada amb dues normes comunitàries, la Directiva 1999/70/CE relativa a l'Acord sobre el treball de durada determinada, i la Directiva 2000/78/CE que prohibeix la discriminació, entre d'altres raons, per motiu d'edat en el treball. La primera és si la llei alemanya que no preveu la justificació de cap raó objectiva per la contractació temporals dels majors de 52 anys vulnera la clàusula cinquena de la Directiva 1999/70/CE relativa a l'Acord marc sobre el treball de durada determinada que estableix que a efectes de prevenir els abusos de la utilització successiva de contractes o relacions laborals de durada determinada, els Estats membres han d'introduir mesures per prevenir aquest abús, en particular, exigir raons objectives que justifiquin la renovació dels contractes de durada determinada, la duració màxima total dels successius contractes de treball i el número de renovacions d'aquests contractes. La norma alemanya no estableix cap d'aquests tres límits de la clàusula cinquena de l'Acord marc i per aquest motiu es qüestiona la seva concordança amb la norma comunitària. També en relació a l'Acord marc a la sentència s'examina si la llei alemanya que va reduir el nivell de protecció rebaixant l'edat de 60 a 58 anys i posteriorment a 52 anys com a pressupòsit per no haver de justificar objectivament la contractació temporal és contrària a la clàusula vuitena en el seu apartat tercer de l'Acord marc d'acord amb el qual l'aplicació de l'Acord no podrà constituir una justificació vàlida per la reducció del nivell general de protecció dels treballadors. És a dir, amb la reducció progressiva de l'edat que ha patit la norma alemanya, la mesura ha passat progressivament a afectar a un nombre major de treballadors, augmentant la

desprotecció de més treballadors a partir de franges d'edat inferiors. Aquesta clàusula vuitena, apartat tercer de l'Acord marc és un tipus de clàusula emprada en les directives socials comunitàries que s'anomenen de no regressió i estan pensades per evitar que el desenvolupament d'una directiva al dret nacional modifiqui el dret nacional de tal manera que suposi empitjorar la situació dels treballadors respecte a la que gaudien abans de transposar la directiva al dret intern de l'Estat membre <sup>1020</sup>.

Respecte a la clàusula cinquena, apartat primer, el Tribunal observa que no és d'aplicació al supòsit de fet que ha originat el litigi en la mesura que la clàusula consisteix en “prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones de duración determinada” i el fet és que el contracte laboral del Sr. Mangold és el primer i únic contracte entre les parts. Segonament, en referència a la clàusula vuitena apartat tercer, el Govern alemany va argumentar que les successives reduccions de l'edat a partir de la qual es poden celebrar contractes de durada determinada no responen a la intenció de reduir el nivell de protecció sinó de fomentar la contractació d'aquest grup de treballadors d'edat avançada. En aquestes circumstàncies, Tribunal considera que les successives reduccions de l'edat no vulneren la clàusula de l'Acord perquè estan pensades per fomentar l'ocupació de les persones d'edat avançada com a grup amb dificultats de trobar un lloc de treball, de manera que les reduccions de l'edat no suposen una reducció de la protecció dels treballadors, que és allò que la clàusula 8, apartat 3 vol evitar.

Resolts els aspectes relacionats amb la Directiva 1999/70/CE sobre l'Acord marc de treball de durada determinada, sense considerar que, des de la perspectiva de l'Acord marc, la norma alemanya que permet celebrar contractes de treball de durada determinada sense cap límit infringeixi la Directiva donat que la reducció de l'edat no estava connectada amb la implementació de la Directiva, el Tribunal examina la segona qüestió plantejada sobre si aquesta normativa alemanya contravé l'establert a la Directiva 2000/78/CE que prohibeix la discriminació per raó d'edat en el treball. A aquest subjecte primordial la conclusió del tribunal és tot el contrari. És obvi que, en establir la norma alemanya que es poden celebrar contractes de durada determinada sense límits, amb treballadors majors de 52 anys, s'està establint una diferència de

---

<sup>1020</sup> VIÑUELAS ZAHÍNOS, M.T., “Política de empleo y discriminatoria por razón de edad”, *Aranzadi social* (BIB 2005/2634), 2006. pàg. 2



tractament basada directament amb l'edat, per la qual cosa, opera una discriminació per raó d'edat. I, justament, la Directiva 2000/78/CE pretén que els Estats membres apliquin el principi d'igualtat de tractament (art.1) i, per aquest motiu, prohibeix la discriminació directa i indirecta per diversos factors, entre els quals figura l'edat (art. 2).

La norma alemanya constitueix així una discriminació per raó d'edat prohibida per la Directiva 2000/78/CE, ja tracta diferentment i de forma pejorativa als treballadors majors de 52 anys en comparació amb la resta de treballadors exigint per aquests últims una sèrie de requisits per ser contractats de forma temporal que no es demanen pels primers. Això no obstant, el Tribunal va considerar la norma alemanya en vistes a la justificació de les diferències de tractament per motius d'edat de l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE. Aquesta justificació requereix una finalitat legítima i uns mitjans adequats i necessaris per aconseguir l'objectiu que fonamenta la diferencia de tractament per motiu de l'edat. En aquest sentit, de la norma alemanya el Tribunal en declara que “la finalidad clara de esta normativa es facilitar la inserción profesional de los trabajadores de edad avanzada desempleados, que tienen mayores dificultades para encontrar otro puesto de trabajo” (paràgraf 59). I aquesta finalitat constitueix una finalitat legítima a la llum de l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE.

Ara bé, una qüestió diferent és que els mitjans per aconseguir aquest objectiu legítim emprats per la norma alemanya són, segons el Tribunal, desproporcionats per la consecució de l'objectiu que es proposa la norma. Seguint l'argument del tribunal, la norma alemanya “al emplear la edad del trabajador como único criterio de aplicación de un contrato de trabajo de duración determinada, sin que haya demostrado que la fijación de un límite de edad como tal, independientemente de cualquier otra consideración relacionada con la estructura del mercado de trabajo de que se trate y de la situación personal del interesado, sea objetivamente necesaria para la consecución de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido” (paràgraf 65).

El Tribunal, doncs, considera que els mitjans utilitzats per aconseguir el foment de la contractació dels majors de 52 anys i mantenir-los en el mercat de treball no compleix amb el principi de proporcionalitat que es predica en les excepcions del principi

d'igualtat <sup>1021</sup>. En paraules del propi Tribunal, “el principio de proporcionalidad exige que las excepciones a los derechos individuales concilien, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido” (paràgraf 65). La norma alemanya es va excedir anant més enllà del que era necessari per aconseguir l'objectiu proposat, ja que, dóna lloc a què tots els treballadors majors de 52 anys, independentment que siguin desocupats o no abans de formalitzar el contracte, poden ser contractats temporalment les vegades que es desitgi, sense cap límit temporal, fins al moment de retirar-se i cobrar la pensió de jubilació. De forma que, el Tribunal conclou que, amb la vigència de la norma alemanya “este nutrido grupo de trabajadores determinado exclusivamente en función de la edad, corre el riesgo de quedar excluido, durante gran parte de su carrera profesional, del beneficio de la estabilidad en el empleo” (paràgraf 64). Per tant, la norma alemanya no pot emparar-se en l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE en considerar-se desproporcionat utilitzar l'edat del treballador com a únic criteri per realitzar contractes de durada determinada, que poden ser prorrogats indefinidament, fins a la jubilació. Tal vegada, per satisfer el principi de proporcionalitat entre l'objectiu marcat i els mitjans utilitzats per aconseguir-lo, la norma alemanya hauria d'haver permès la contractació temporal amb els treballadors d'edat sempre i quan aquests fossin desocupats durant un període determinat o haver disposat un límit de renovacions del contracte temporal.

Més objectable va resultar el darrer aspecte que tracta la sentència *Mangold*, la consideració de la prohibició de la discriminació per raó d'edat com a principi general del dret comunitari que el pronunciament judicial estableix. I és que, una vegada el Tribunal va decidir que la norma alemanya no es podia justificar sota l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, va haver de decidir si aquesta conclusió es podia aplicar als fets controvertits en el litigi. D'acord amb l'article 18.1 de la pròpia Directiva 2000/78/CE el període de temps per implementar la Directiva a la normativa nacional expirava el 2 de desembre de 2003, un període que en el cas d'Alemanya l'article 18.2 de la Directiva el va estendre fins al 2 de desembre de 2006. Així, en la data de celebració del contracte de treball entre el Sr. Mangold i el Sr. Helm, encara no havia expirat la data de transposició de la Directiva 2000/78/CE a la legislació alemanya, fet del qual va

---

<sup>1021</sup> STJUE de 19 de març de 2002, *Lommers* (assumpte C-476/99)

emergir el dubte al voltant de quin efecte té la resolució del Tribunal que declara la vulneració de la Directiva sobre el contracte laboral en particular del Sr. Mangold.

Per a resoldre aquesta dificultat de primer el Tribunal es recolza en la sentència *Inter-Enviornment Wallonie*<sup>1022</sup>, on el Tribunal va establir que fins i tot abans que el període de transposició d'una directiva hagi expirat, els Estats membres tenen la obligació de no adoptar cap mesura que pogués perjudicar al resultat que persegueix dita directiva a transposar. Ara bé, s'ha de dir que aquesta limitació té un àmbit limitat, ja que en tot cas, durant el període de transposició d'una directiva aquesta no pot tenir efecte horitzontal<sup>1023</sup> entre particulars i per tant no es podria aplicar la resolució del Tribunal al contracte laboral entre els particulars Sr. Mangold i el Sr. Helm. Més enllà de *Wallonie*, el Tribunal va prosseguir per una altra via més arriscada, assenyalant que la Directiva 2000/78/CE “no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación”. En efecto, a tenor de su artículo 1, esta Directiva únicamente tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de (...)edad», mientras que, (...) el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” (paràgraf 74). A aquest raonament el segueix la conclusió que el principi de no discriminació per raó d'edat ha de considerar-se un principi general del dret comunitari.

Per tant, el Tribunal va decidir que la legislació alemanya no només havia infringit la Directiva 2000/78/CE sobre la igualtat en el treball la qual merament estableix un marc general per la igualtat de tractament – i que no, sinó que, més encara, havia infringit el principi general de no discriminació per raó d'edat que es troba consolidat tant en instruments internacionals com en les tradicions constitucionals dels Estats membres. D'aquesta forma, basant-se en l'argument de la prohibició de discriminació per raó d'edat com a principi general del dret, el Tribunal declara que “el respeto al principio general de igualdad de trato, en particular por razón de la edad, no puede, por sí solo,

---

<sup>1022</sup> STJUE de 18 de desembre de 1997, *Inter-Enviornment Wallonie* (assumpte C-129/96)

<sup>1023</sup> Argument defensat a la STJUE de 5 de febrer de 2004, *Rieser International Transporte* (assumpte C-157/02). La sentència declara que, si bé, -com s'estableix a *Inter-Enviornment Wallonie*-, durant el temps de transposició d'una directiva els Estats membres no poden aprovar normativa contrària a la directiva que s'ha de transposar, “ la existencia de tal obligación de los Estados miembros no implica el derecho de los particulares a invocar ante los tribunales nacionales una directiva cuyo plazo de ejecución no ha expirado para evitar la aplicación de una norma nacional ya existente que fuera contraria a dicha directiva” (paràgraf. 69).

dependen de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a una directiva destinada a establecer un marco general contra la discriminación por razón de edad” (paràgraf 76). La conclusió final és que l’òrgan judicial ha de garantir la plena eficàcia del principi general de no discriminació per raó d’edat deixant sense aplicació les disposicions de la llei nacional tot i que encara no hagi expirat el termini d’adaptació del dret intern a aquesta Directiva.

Si bé la sentència està certament ben fonamentada en considerar que la norma alemanya controvertida que permet la celebració de contractes temporals sense cap límit temporal amb persones majors e 52 anys suposa una discriminació per raó d’edat, per altra banda, no resulta convincent el reconeixement de la prohibició de discriminació per raó d’edat com a principi general del dret comunitari que fa la sentència. En les encertades paraules de RODRÍGUEZ-PIÑERO, “ esta <invención> de un principio general comunitario de no discriminación por razón de edad ha suscitado dudas (...) por el riesgo que genera de reducir el alcance de la Directiva 2000/78/CE reduciendo esa trascendencia innovadora, especialmente respecto a la edad, dándole un alcance menos incisivo”<sup>1024</sup>, en comparació amb altres formes de discriminació prohibides.

En efecte, la sentència Mangold nega que la Directiva 2000/78/CE contingui una prohibició de discriminar per raó d’edat i ho complementa establint que la discriminació per raó d’edat és un principi general del dret, que es troba tant en instruments internacionals com en les tradicions constitucionals dels Estats membres. És així com la prohibició de discriminació per raó d’edat es relativitza, ja que esdevé una mera manifestació del principi general d’igualtat de tractament en matèria de treball i ocupació <sup>1025</sup>. El Tribunal afirma que la discriminació per raó d’edat no prové d’una interdicció establerta a la Directiva 2000/78/CE sinó que la seva prohibició és un principi general del dret, sense que a la sentència quedi clar i s’indiqui quin és l’abast en l’aplicació d’aquest principi general del dret comunitari. En canvi, si es reconeix que la prohibició de discriminació per raó d’edat troba la seva font a la Directiva 2000/78/CE, aquesta estableix específicament quines discriminacions estan prohibides i obliga a què

---

<sup>1024</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo”, *Relaciones laborales*, núm. 2, 2008. pàg. 13

<sup>1025</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario”, dins CAMAS RODA, F., (coordinador), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Editorial Boch, 2009. pàg. 26

les diferències de tractament per raó d'edat s'hagin de justificar, és a dir, s'estableixen detalls tècnics per al seu escrutini. Per la qual cosa, la protecció en contra de discriminació per motiu de l'edat queda restringida si es declara que la prohibició d'aquest tipus de discriminació és un principi general del dret comunitari, ja que el Tribunal europeu no determina quins són els detalls i els límits d'aquesta prohibició en base als instruments internacionals i les tradicions nacionals dels Estats membres, de la manera que efectivament ho determina legislador, en aquest cas, la Directiva 2000/78/CE<sup>1026</sup>.

És més, s'ha de tenir en compte que nombrosos instruments internacionals reconeixen el dret a la igualtat de tota persona i prohibeixen la discriminació, tanmateix, específicament la prohibició per raó d'edat no apareix a cap instrument internacional<sup>1027</sup>. De similar forma, en l'àmbit del dret comunitari, l'article 13 TCE introduït pel Tractat d'Amsterdam –vigent en el temps de la sentència Mangold- no va establir una prohibició expressa de discriminació per raó d'edat sinó que faculta a la Comunitat per adoptar les mesures necessàries per lluitar contra la discriminació per raó d'edat<sup>1028</sup>. I, pel que fa a les tradicions constitucionals dels Estats membres, la prohibició de la discriminació per raó d'edat no és part de la tradició constitucional, sinó que és una forma de discriminació prohibida recentment en molts Estats membres<sup>1029</sup>. Així doncs, es pot posar en dubte que reduir la prohibició de discriminació per raó d'edat en un principi general del dret sigui suficient per garantir la protecció dels treballadors a no ser discriminats per aquest motiu<sup>1030</sup>.

---

<sup>1026</sup> En aquest sentit alerta RIESENHUBER: “such ‘constitutionalization’ of the prohibition of age discrimination severely restricts the legislator’s prerogative and discretion, takes anti-discrimination policies out of the democratic process and intesferes with the institutional balance of the Treaty. Anti-discrimination laws involve policy decisions and value judgements, and these judgements should better left to the legislator”. RIESENHUBER, K., “The EC anti-discrimination gramework directive 2000/78”, dins TEN BOKUM, N., FLANAGAN, T., SANDS, R., VON STEINAU-STEINRÜCK, R., (directors), *Age Discrimination Law in Europe*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2009. pàg. 42

<sup>1027</sup> Tal i com disposa el considerant 4 de la Directiva 2000/78/CE: “El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. El Convenio no 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación”.

<sup>1028</sup> ALZAGA RUIZ, I., *La eficacia de la directivas comunitarias en el ámbito laboral*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009. pàg. 179

<sup>1029</sup> RIESENHUBER, K., “The EC anti-discrimination framework directive 2000/78...*op cit.* pàg. 41

<sup>1030</sup> Les conclusions dels Advocats Generals en el cas *Lindorfer contra Consejo*, de 30 de novembre de 2006 (C-227/04), que concerneix dos tipus de discriminacions, per raó d'edat i de sexe, constaten la idea

Una altra objecció de caràcter més tècnic que s'ha fet a la sentència *Mangold* i que ha tingut repercussió en posteriors assumptes és que la sentència requereix als òrgans jurisdiccionals nacionals que deixi sense aplicació qualsevol disposició de la llei nacional que sigui contrària al principi general de no discriminació per raó d'edat, fins i tot i que encara no hagi expirat el termini de transposició de la directiva al dret intern<sup>1031</sup>. No obstant, la Directiva, durant el termini de transposició, al marge que obligui als Estats a no aprovar cap mesura que fos contrària a la directiva en curs de transposició a la llei nacional, no pot desplegar altres efectes com la sentència espera dels tribunals nacionals als quals els atorga el paper d'inaplicar la norma nacional que sigui contrària a una directiva en període de transposició<sup>1032</sup>. El paper dels òrgans judicials nacionals en aquest sentit resta, doncs, per ser interpretat.

En sentències posteriors a *Mangold*, com el cas *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*, d'11 de juliol de 2006 (assumpte C-13/05), l'Advocat General defensa que s'apliqui una interpretació més restrictiva de la Directiva 2000/78/CE que la utilitzada a *Mangold* per part del TJUE<sup>1033</sup>. I, de fet, el Tribunal, seguint aquesta

---

que la discriminació per raó d'edat és menys absoluta i més recent que la prohibició per raó de sexe de manera que ha de ser interpretada i aplicada de manera menys restringida que la discriminació per raó de sexe (Advocat General Jacobs). I matitzen que “la mejor interpretación de la sentencia Mangold no es la de que existía en Derecho comunitario un principio preexistente de no discriminación por razón de la edad, sino la de que la discriminación por este motivo ha estado siempre imposibilitada por el principio general de igualdad, y que la Directiva 2000/78 creó un marco específico y detallado para abordar esa (y algunas otras formas específicas de) discriminación” (Advocada General Shrapson, paràgraf 58).

<sup>1031</sup> Comparteixen aquest criteri assentat a *Mangold* sobre l'obligació que té l'òrgan judicial nacional d'interpretar la legislació interna conforme a la directiva abans de que expiri el termini de transposició de la directiva les opinions generals dels advocats en, entre d'altres, els assumptes: STJUE de 4 de juliol de 2006, *Konstantinos Adeneler y otros contra Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)* (Assumpte C-212/04); STJUE de 12 d'octubre de 2004, *Nicole Wippel contra Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG* (assumpte C-313/02); o la STJUE de 7 de setembre de 2006, *Anacleto Cordero Alonso contra Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)* (assumpte C-81/05).

<sup>1032</sup> ALZAGA RUIZ, I., *La eficacia de la directivas comunitarias...op cit.* pàg. 178, i VIÑUELAS ZAHÍNOS, M.T., “Política de empleo y discriminatoria...op cit,” pàg. 4, autora que recorda que l'ordenament jurídic espanyol, segons l'article 1 de la LOPJ, els jutges i magistrats estan sotmesos a la Constitució i a la llei, de forma que la Directiva no transposada és directament aplicable i per tant, aquesta norma interna no concorda amb el pronunciament judicial de *Mangold* que a partir d'aquesta sentència podria exigir als jutges i magistrats nacionals que no apliquéssin una norma nacional que és contrària a una Directiva encara que no hagi transcorregut tot el termini per transposar-la.

<sup>1033</sup> En efecte, en aquest assumpte *Chacon Navas*, l'Advocat General el Abogado General Geelhoed va assenyalar que “las repercusiones económicas y financieras potencialmente drásticas que podrían provocar reclamaciones de igualdad de trato basadas en la prohibición establecida en el artículo 13 CE”. Segons ell, “la interpretación de las medidas basadas en el artículo 13 CE no puede ampliarse al amparo de los términos «dentro de los límites de las competencias atribuidas [por este Tratado] a la Comunidad» de este artículo, y menos aun al amparo del principio general de igualdad. Tal interpretación afectaría a las decisiones adoptadas por los Estados miembros en el ejercicio de las competencias que todavía conservan”.

doctrina més restrictiva, va rebutjar emparar-se en el principi general de no discriminació per no afegir la malaltia com una extensió de la causa de discriminació per discapacitat que enumera la Directiva 2000/78/CE.

En una altre cas posterior, vinculat aquesta vegada específicament amb la discriminació per raó d'edat, la STJUE de 16 d'octubre de 2007, *Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, S.A* (assumpte C-411/05), - que posteriorment s'examinarà detalladament – el Tribunal analitza una llei nacional que estableix explícitament un tractament desfavorable per raons d'edat a la llum de la Directiva 2000/78/CE quan ja ha passat el període de transposició d'aquesta, i per tant pot resoldre l'assumpte segons la Directiva. Tot i que l'enfocament de la sentència *Palacios Villa* és diferent del de *Mangold* en tant que a *Palacios Villa* és d'aplicació la Directiva 2000/78/CE als fets controvertits, al llarg del pronunciament judicial el Tribunal no menciona en cap moment cap principi general que prohibeixi la discriminació per raó d'edat que també resultaria afectat per la mesura nacional més enllà de la Directiva 2000/78/CE si se seguís la doctrina de *Mangold*. En efecte, la sentència *Palacios Villa* contempla la qüestió no des de la discriminació per raó d'edat que estableix la sentència *Mangold* sinó a la llum de la Directiva 2000/78/CE, concretament, del seu article 6 que disposa justificacions a les diferències de tractament per raó d'edat<sup>1034</sup>. D'aquesta forma, *Palacios Villa* revisa la doctrina de la sentència *Mangold* i tal vegada sembla que l'invalidi<sup>1035</sup>.

També en un altre assumpte, la STJUE *Birgit Bartch i Bosch un Siemens Hausgeräte (BSH) Alterfürsorge GmbH*, de 23 de setembre de 2008 (assumpte C-427/06), el Tribunal matisa l'abast d'aplicació del principi general del dret comunitari a no ser discriminat per raó d'edat per resoldre les qüestions prejudicials. Els fets objecte del litigi estaven relacionats amb una disposició d'un pla de pensions d'una empresa alemanya que disposava que no té dret a la pensió de viduïtat el cònjuge supervivent que sigui quinze anys més jove que el treballador difunt. El Tribunal, però, no arribar a valorar si aquesta mesura constituïa una vulneració de la prohibició de discriminació per raó d'edat perquè va considerar que dita mesura no entrava dins l'àmbit d'aplicació del dret comunitari en contra de la discriminació per motiu de l'edat. L'incís formal

---

<sup>1034</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Discriminación por razón de edad... *op cit.* pàg. 13

<sup>1035</sup> RIESENHUBER, K., “The EC anti-discrimination framework directive 2000/78...*op cit.* pàg. 44

d'aquest cas era que els fets del litigi van ocórrer quan encara no havia acabat el període de transposició de la Directiva 2000/78/CE, de forma que no es podia aplicar la Directiva.

Aleshores s'analitza la possible aplicabilitat als fets convertits de l'article 13 TCE que facultava al Consell de la Unió Europea a adoptar les accions adequades per lluitar contra la discriminació per raó d'edat. Tampoc el Tribunal considera que la norma nacional, en aquest cas un Reglament que estableix un pla de pensions d'una empresa, no entra dins l'àmbit d'aplicació de l'article 13 TCE, perquè la norma no està fonamentada ni en aquest article 13 TCE, és a dir, no constitueix una mesura d'adaptació a disposicions comunitàries, a diferència de l'assumpte *Mangold*, en el qual la norma nacional controvertida era una norma que adaptava la Directiva 1999/70/CE relativa a l'Acord marc sobre el treball de durada determinada. Conseqüentment, en no tenir les circumstàncies del litigi cap connexió ni amb l'article 13 TCE ni amb la Directiva 2000/78/CE, el Tribunal determina que “el Derecho comunitario no contiene una prohibición de toda discriminación por motivo de la edad, cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el Derecho comunitario” (paràgraf 25). En el cas objecte d'anàlisi no existeix cap norma de Dret comunitari que regeixi la situació on es pot aplicar-se el principi general de la igualtat, i no són d'aplicació ni l'article 13 TCE que és només una disposició que habilita i que no té efecte directe ni la Directiva 2000/78/CE ja que en el moment dels fets encara no havia expirat el termini per transposar-la al dret intern. Perifrasant la opinió sobre *Bartsch* de l'Advocada General Sharpston “no es posible apoyarse en el principio general de igualdad para *crear* una norma sustantiva de Derecho comunitario aplicable ni para *determinar* cómo debería aplicarse tal norma sustantiva”<sup>1036</sup>. En altres paraules, el principi general de discriminació per raó d'edat, doncs, és tan sols aplicable només en situacions que entren dins l'àmbit d'aplicació del dret comunitari.

En tot cas, al marge de la doctrina teòrica de la font d'on prové la prohibició de discriminar per raó d'edat i les repercussions que aquesta implica en la interpretació i aplicació d'aquesta prohibició pels òrgans jurisdiccionals nacionals, *Mangold* és també

---

<sup>1036</sup> Conclusions de l'Advocada General Sharpston presentades el 22 de maig de 2008 sobre l'assumpte *Bartsch*, paràgraf 75.



una sentència transcendent per ser el primer assumpte on el TJUE aborda un factor de discriminació d'importància creixent, el de l'edat<sup>1037</sup>. I en particular, amb *Mangold* es comença a intuir la delimitació de l'abast de la Directiva 2000/78/CE en allò relatiu a la prohibició de discriminació per raó d'edat i les diferències de tractament per aquest motiu de l'edat que poden justificar-se a l'empara de l'article 6.1 de la present Directiva. En aquest sentit, a *Mangold* s'entreu l'element finalista que valora – i valorarà en ulteriors casos relacionats amb la interpretació del mateix precepte 6.1- l'element finalista que ha de regir una mesura nacional per emparar-se l'excepció de l'article 6.1 de la Directiva. És en base a la ponderació de la finalitat de la mesura que porta al Tribunal europeu a considerar que la política d'ocupació que es pretenia amb la norma alemanya que permetia la contractació de durada determinada amb els treballadors a partir dels 52 anys sense cap límit temporal, és de menor pes que el perjudici que es causa en el nivell d'estabilitat de l'ocupació dels treballadors d'edat afectats per la norma a qui es tracta de forma diferenciada per raó exclusivament de la seva edat<sup>1038</sup>. Així doncs, *Mangold* ofereix la primera indicació sobre la discriminació per raó d'edat establint que una pràctica discriminatòria ha de ser detingudament escrutada pels tribunals nacionals.

### ***b) La concreció de les excepcions per raó d'edat al principi d'igualtat a la sentència Age Concern England***

Sentència TJUE , *Age Concern England contra Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* assumpte C-188/07, de 5 de març de 2009. A diferència del cas *Mangold* i el cas *Palacios de la Villa*, en aquest cas el TJUE entra per primera vegada a valorar una llei que transposa la Directiva 2000/78/CE en el dret intern de l'Estat membre.

Abans de transposar la Directiva 2000/78/CE el Regne Unit no comptava amb cap disposició legal que prohibís la discriminació per raó d'edat en el treball i l'ocupació.

---

<sup>1037</sup> VELASCO PORTERO, M.T., GUTIÉRREZ GARCÍA, E., “Discriminación por razón de edad versus fomento del empleo. Comentario a la STJCE de 22 de noviembre de 2005”, *Revista del Ministerio y de Asuntos Sociales*, núm. 67, 2006, pàg. 317

<sup>1038</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, dins BALLESTER PARTOR, M.A (coordinadora), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo blanch, València, 2010. pàg. 64

La relació laboral es podia extingir la relació laboral quan el treballador arribés a l'edat ordinària de jubilació. El panorama va canviar amb l'aprovació del Reglament de 2006 relatiu a la igualtat en matèria d'ocupació (edat), a través del qual el Regne Unit va transposar la Directiva 2000/78/CE en el dret anglès. Aquesta llei defineix la discriminació il·legal per raó de l'edat en els següents termes: “si una persona “A” discrimina a otra B cuando a) por razón de edad de B, A trata a B de modo menos favorable de lo que trata o trataría a otra persona, o b) aplica a B una disposición, criterio o práctica que aplica o aplicaría igualmente a personas que no pertenecen al mismo grupo de edad de B pero i) que ocasiona o podría ocasionar a personas del grupo de edad B una desventaja particular respecto a otras personas, y ii) que ocasiona a B dicha desventaja particular, y A no puede demostrar que el trato o, en su caso, la disposición, criterio o práctica, sean medios proporcionados para alcanzar una finalidad legítima”.

D'aquesta definició que dona la llei anglesa se'n desprèn que mentre que la Directiva 2000/78/CE, conté un article, el 2.2, on ofereix un concepte de discriminació directa i discriminació indirecta que s'aplica a tots els motius de discriminació prohibits per la Directiva a l'article 1.1 – religió, conviccions, de discapacitat, d'edat o d'orientació sexual en l'àmbit del treball i l'ocupació -, i un altre article, el 6.1, on s'estableix una norma especial per la discriminació per l'edat, en concret, de certes diferències de tractament per motiu de l'edat que poden ser justificades. La llei anglesa, en canvi, no segueix la literalitat de la Directiva, sinó que barreja en un mateix article específic per la discriminació per edat ambdós articles de la Directiva, el 2.2 i el 6.1, i no menciona alguns elements que apareixen a la Directiva. En concret, la llei anglesa obvia l'enumeració dels tres grups de diferències que poden ser considerades diferències de tractament justificades plasmades a l'art. 6.1 de la Directiva quan disposa “dichas diferencias podrán incluir, en particular: (...)”<sup>1039</sup>.

La *Age Concern England*, una institució benèfica que té com a finalitat millorar la qualitat de vida de les persones d'edat avançada, va qüestionar davant del TJUE la legalitat de la llei anglesa, per considerar que no s'adaptava correctament a la Directiva 2000/78/CE. La institució sosté que per mitjà de l'article 6.1 de la Directiva que recull una llista de diferències de justificacions de les diferències de tractament per edat, el legislador comunitari pretén imposar als Estats membres l'obligació d'incloure a les

---

<sup>1039</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., “A propósito de la STJUE de 5 de marzo de 2009...*op cit.* pàg. 4

normes que transposin la Directiva al Dret intern, una llista específica de les diferències de tractament que poden quedar justificades perquè persegueixen una finalitat legítima. Per tant, en la mesura que la llei anglesa no especifica cap circumstància que permeti justificar una discriminació per raó d'edat, com la que enumera l'art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, la institució entén que la Directiva no ha estat correctament transposada al Dret intern anglès.

En la seva argumentació, el Tribunal comença recordant que la funció de les directives, que no és altra que obligar als estats membres destinataris en quant al resultat que ha d'aconseguir-se, deixant que siguin els Estats membres els qui elegeixin la forma i els mitjans per aconseguir el resultat. En aquest sentit, davant l'absència a la llei anglesa d'una llista de supòsits de justificació de diferències de tractament per edat com el que disposa l'art. 6.1 Directiva, el Tribunal assenyala que “la adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una reproducción formal de sus prescripciones en una disposición legal expresa y específica”, sinó que es possible que el contingut de la Directiva es concreti “en principios generales o en un contexto jurídico general, siempre que éstos garanticen efectivamente la plena aplicación de la directiva” i si una disposició de la directiva crea drets a favor de particulars, la situació jurídica d'aquests principis generals o del context “sea suficientemente precisa y clara” (paràgraf 42). D'aquesta consideració es desprèn segons el Tribunal que Estats membres, disposen d'un ampli marge d'apreciació en la elecció dels mitjans utilitzats que els permetin aconseguir els seus objectius de política social. I que les diferències de tractament que poden ser justificades per una finalitat legítima que enumera específicament l'article 6.1 Directiva tenen un valor merament indicatiu. No obstant això, de l'ampli marge d'apreciació, segueix el Tribunal, no pot derivar-ne que l'aplicació del principi de no discriminació per raó d'edat sigui menystingut.

Així les coses, les meres generalitzacions sobre la idoneïtat d'una mesura determinada per contribuir a les polítiques d'ocupació, del mercat de treball o de la formació professional no són suficients per deduir que l'objectiu d'aquesta mesura pot justificar l'establiment d'excepcions a aquest principi, ni constitueixen elements que permetin estimar raonablement quins mitjans escollits són adequats per la consecució d'aquest objectiu. Els Estats membres no poden establir clàusules de caràcter tan ambigu com la controvertida en el supòsit, ja que les “meras generalizaciones relativas a la idoneidad

de una medida determinada para contribuir al fomento del empleo” no són suficients per deduir que l’objectiu de la norma controvertida és aliè a qualsevol discriminació. En conseqüència, han de fixar-se amb cert nivell de detall la concreció de les excepcions per raó d’edat del principi de discriminació.

***c) De l’establiment d’edats màximes de contractació***

Determinades circumstàncies pròpies de l’activitat professional poden justificar diferències de tractament per raó d’edat. Tal com es desprèn de l’art. 4.1 de la Directiva 78/2000/CE, pot disposar-se que una diferència de tractament basada en l’edat no serà discriminatòria, quan per la naturalesa de l’activitat professional concreta de què es tracti o el context en què es dugui a terme, la característica personal de l’edat constitueix un requisit professional essencial i determinant, sempre i quan l’objectiu sigui legítim i el requisit proporcionat.

Aquest és el plantejament de la STJUE *Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main*, de 12 de gener de 2010 (assumpte C-229/08). L’assumpte tractava de dilucidar la legalitat conforme a la Directiva 2000/78/CE d’una norma nacional alemanya que fixa en 30 anys l’edat màxima per la contractació de funcionaris en el servei de bombers i que es justifica per la necessitat de garantir el caràcter operatiu i el bon funcionament del servei de bombers professionals.

EL Tribunal admet l’argumentació del Govern alemany que explica la mesura considerant que el servei tècnic mitjà de bombers - pels quals s’estableix aquest límit d’edat de 30 anys per ser contractats – exigeix una capacitat física particularment elevada durant un període de temps relativament llarg de la seva carrera per a dur a terme intervencions de com l’extinció d’incendis, el salvament de persones, les tasques relacionades amb la protecció del medi ambient, el salvament d’animals o la protecció enfront als animals perillosos. Està mèdicament demostrat que pel propi procés d’envelliment de les persones, els funcionaris que sobrepassen els 45-50 anys deixen de tenir aquesta capacitat física elevada i les intervencions esmentades dels bombers han de dur-se a terme pels funcionaris més joves. D’aquí que, és previst que el funcionari contractat abans de complir els 30 anys podrà ser destinat a aquestes intervencions durant un període mínim entre 25 i 20 anys, ja que a més se li ha de sumar uns temps

dedicat a la formació un cop contractat. Pel contrari, si es contractés a l'edat de 40 anys, aquests període serà de com a molt entre 5 i 10 anys, de forma que la contractació a edats avançades provocaria que un nombre considerable de funcionaris no podria ser destinat a tasques físicament exigents, com les intervencions citades d'extinció d'incendis i actes de salvament.

El Tribunal accepta l'evidència que una elevada capacitat física està relacionada amb l'edat. I, per aquest raonament entén que per l'interés de garantir el caràcter operatiu i el bon funcionament del servei de bombers professional constitueix un objectiu legítim de la mesura que n'exclou el seu caràcter discriminatori d'acord amb l'article 4.1 de la Directiva. En efecte, l'article 4.1 de la Directiva 2000/78/CE estableix que els Estats membre poden disposar una diferència de tractament basada en una característica relacionada amb els motius de discriminació prohibits segons l'article 2.1 de la mateixa Directiva –com per exemple, la característica de l'edat –, sense que aquesta diferència de tractament sigui considerada discriminatòria, si per l'activitat professional de què es tracti, aquesta característica sigui un requisit professional essencial i determinant i que l'objectiu sigui legítim i proporcionat.

Això, el Tribunal considera que la norma que fixa en 30 anys l'edat màxima per poder ser contractat com a bomber en el servei tècnic alemany és adequada per aconseguir l'objectiu consistent en garantir el caràcter operatiu i el bon funcionament del servei de bombers professionals, i per altra, que no excedeix que l'abast necessari per la consecució d'aquest objectiu.

En conclusió, la naturalesa de l'activitat que implica una capacitat física particularment elevada, com ho és la tasca dels bombers del servei tècnic, pot justificar que pel bon exercici d'aquesta activitat es limiti l'edat de contractació d'aquesta en virtut de l'art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, atès que la capacitat física disminueix de forma natural amb l'edat<sup>1040</sup>. Aquest raonament sembla inqüestionable perquè de la limitació de l'edat

---

<sup>1040</sup> Aquest cas de limitació de la llibertat de treballar als treballadors d'edat tot denegant l'accés a determinades professions a partir d'una edat contrasta amb els casos de limitació dels drets laborals als treballadors de menys edat, com succeeix a les SSTJUE següents: *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, de 19 de gener de 2010 (C-555/07), en què el Tribunal declara que el principi de no discriminació per raó d'edat establert a la Directiva 2000/78/CE es contraria a una norma nacional que disposa que els períodes de treball complets pel treballar abans de complir 25 anys no s'han de tenir en compte a l'hora de calcular el termini de preavís d'acomiadament, un benefici del qual en poden gaudir els

en depèn l'eficàcia de la prestació del servei de salvament de les persones. Ara bé, convé tenir clar que no és l'edat el motiu que basa el raonament que justifica la diferència de tractament, sinó la capacitat física que s'entén consubstancial de l'edat, tot i que el cer és que l'edat no afecta de manera idèntica la capacitat física de totes les persones <sup>1041</sup>.

Per tant, el fet de disposar d'una capacitat física considerable pot considerar-se una exigència professional essencial i determinant per determinades professions que sigui la causa que limiti l'edat per accedir-hi <sup>1042</sup>.

En un altre cas, la STJUE *Olga Lutz Herrera contra Comisión de las Comunidades Europeas*, de 28 d'octubre de 2004 (assumpes acumulats T-219/02 i T-337/02), es planteja el cas d'una regla comunitària que estableix un límit d'edat per accedir a determinats llocs de treball de la Comissió Europea, en concret, s'exigeix no tenir més de 35 anys per accedir a una concurs d'oposició. Per altra banda, l'Estatut del que s'aplica a aquests treballadors públics estableix que els funcionaris seran jubilats als 65 anys d'edat o, a petició seva, quan compleixin 60 anys o 59 anys si reuneixen els requisits exigits per la concessió de la pensió de jubilació.

En aquest cas, el Tribunal invoca la justificació de l'article 6.1.c) de la Directiva que estableix que serà justificable i no constituirà discriminació la diferència de tracte per edat que correspongui a "el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de edad razonable previo a la jubilación". El Tribunal s'acull a aquest paràgraf per declarar que la limitació per edat que estableix la Comissió pot justificar-se. Així, declara que el període d'activitat d'un funcionari en una institució és més limitat si ha estat seleccionat a una edat més avançada, afirmació que el porta a

---

treballador de més edat amb una antiguitat comparable; i el cas *David Hütter v Technische Universität Graz*, de 18 de juny de 2009 (C-88/08), en el qual el Tribunal sentència que es contrària a la Directiva 2000/78/CE una norma nacional que, amb la finalitat de no desafavorir la formació professional i per fomentar la inserció dels joves aprenents en el mercat de treball, exclou del còmput dels períodes d'ocupació coberts abans dels 18 anys d'edat a efectes de la determinació de l'escala que cirrespont als agents contractuals de la funció pública d'un Estat membre.

<sup>1041</sup> TAPIA HERMIDA, A., "La edad como criterio normativo. Conculcación de la libertad de trabajar y el derecho al trabajo", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 326, 2010. pàg. 108

<sup>1042</sup> PÉREZ CAMPOS, A.I., "Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Enero-junio 2010), *Aranzadi Social*, BIB 2010/1908, 2010. pàg. 3

justificar que “es evidente que un funcionario seleccionado a una edad avanzada tiene ante sí un período de actividad y perspectivas de carrera en la institución objetivamente más limitados que los funcionarios a una edad inferior” (paràgraf 99). Sobre la base d’aquest raonament, el Tribunal conclou que els objectius invocats per la Comissió per legitimar l’establiment de límits d’edat en els procediments de selecció estan justificats objectivament i raonable per l’objectiu d’oferir perspectives de carrera als funcionaris que realitzin una carrera llarga i als seleccionats en una edat superior, i garantir que els funcionaris exerceixin la seva activitat durant un període mínim per tal de mantenir l’equilibri financer dels fons de pensions comunitaris.

En definitiva, les discriminacions directes per raó d’edat com les que suposen la limitació de l’edat en la contractació si bé en principi són prohibides per la Directiva 2000/78/CE, també és la mateixa Directiva, avalada pels pronunciaments de la jurisprudència comunitària, que permet justificar-les <sup>1043</sup>.

#### ***d) De la fixació d’edats de jubilació forçosa***

L’aspecte la Directiva 2000/78/CE en relació a l’edat més abundantment tractat per la jurisprudència comunitària és si la possibilitat d’establir edats de jubilació forçosa vulnera la prohibició de discriminació que assenyala la Directiva. La jubilació forçosa és una matèria que va creixent en importància a les societats dels Estats membres atesa la consciència que es va desenvolupant sobre les implicacions de la llarga longevitat així com l’heterogeneïtat dels treballadors d’edat <sup>1044</sup>.

---

<sup>1043</sup> Tal com comenta BALLESTER en referència a la STJUE *Herrera*, “si ni siquiera para un supuesto de discriminación directa por razón de edad avanzada como el que se planteaba en este caso prosperó la reclamación de la trabajadora, más difícil sería que hubiera prosperado en el caso de discriminación indirecta”. BALLESTER PASTOR, M.A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, a BALLESTER PASTOR, M.A. (Coordinadora), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo blanch, València, 2010. pàg. 73

<sup>1044</sup> COMISSIÓ EUROPEA, *Developing anti-discrimination law in Europe. The 25 EU Member States compared*, July 2007, European Comisión, Belgium, 2007. pàg. 46 Atinent al dret intern sobre l’edat de jubilació dels Estats membres, aquests es poden agrupar en tres categories: aquells Estats membres que no imposen cap edat de jubilació forçosa (la República Txeca, Polònia i Eslovàquia; Dinamarca o Alemanya no especifiquen cap edat de jubilació a la seva legislació tot i que aquesta pot estar establerta en convenis col·lectius); aquells Estats membres on hi ha edats forçoses de jubilació pels empleats públics (Bèlgica, Xipre, Estònia, Hungria, Portugal i Espanya); i aquells Estats membres en els quals la llei nacional permet que s’estableixin edats de jubilació forçosa pels treballadors, tant es trobin en el sector públic com privat (Finlàndia, Itàlia, Luxemburg, Suecia, el Regne Unit i Irlanda).

Per començar, s'ha de partir de l'afirmació que dins els àmbits de discriminació per motiu de l'edat que la Directiva prohibeix, l'edat de jubilació té un abast menys rigorós que altres prohibicions de discriminació<sup>1045</sup>. Així es constata en el considerant catorzè de la Directiva 2000/78/CE quan expressa “la presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación”, per la qual cosa el considerant vindria a determinar que les edats de jubilació poden ser discriminacions per motiu de l'edat justificades<sup>1046</sup>.

*i) Félix Palacios de la Villa versus Cortefiel Servicios SA*

La compatibilitat entre l'edat de jubilació amb la Directiva 2000/78/CE, i la vinculació entre l'article 6 de la Directiva i el seu considerant catorzè va ser clarificada per primera vegada a la STJUE de 16 d'octubre de 2007, *Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA* (assumpte C-411/05). La sentència resol una petició de decisió prejudicial plantejada pel Jutjat del Social núm. 33 de Madrid el marc d'un procés en què un treballador havia demandat a la seva empleadora per l'extinció automàtica del contracte de treball en complir 65 anys, d'acord amb el conveni col·lectiu aplicable, i examina la compatibilitat entre la prohibició de discriminació per raó d'edat de la Directiva 2000/78/CE i la normativa espanyola que permet establir clàusules convencionals de jubilació forçosa.

En efecte, la Disposició transitòria única de la llei 14/2005 que reconeix la validesa de les clàusules dels convenis col·lectius amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei en què s'hagués pactat la jubilació del treballador sempre que es garantís que complís amb

---

<sup>1045</sup> ALZAGA RUIZ, I., *La eficacia de la directivas comunitarias...op cit.*

<sup>1046</sup> Tanmateix, l'Advocat General Mazák a les seves conclusions presentades el 15 de febrer de 2007 sobre l'assumpte *Palacios Villa* va argumentar que les edats de jubilació forçosa no haurien d'entrar dins l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2000/78/CE. Afirmar que és molt forçat considerar la jubilació com un acomiadament i que hauria d'interpretar-se restrictivament l'àmbit d'aplicació de la Directiva en relació a la prohibició de discriminació per raó d'edat per evitar les repercussions econòmiques i financeres potencialment dràstiques que podria provocar aquest tipus de discriminació per motiu de l'edat. I és que, per Mazák, la discriminació per raó d'edat pot ser objecte d'una gradació, de tal manera que és molt més difícil determinar l'existència d'una discriminació per raó d'edat que una discriminació per raó de sexe, requireixen unes valoracions complexes i subtils. I, a més, s'ha de tenir en compte que les distincions basades en l'edat són molt freqüents en les polítiques socials i laborals, i, en particular, les distincions basades en l'edat són inherents en els sistemes de jubilació. És per això que per a Mazák el legislador comunitari, conscient d'aquests problemes va incloure el considerant 14è a la Directiva per deixar clar que no pretenia estendre'n l'àmbit d'aplicació a les normes que estableixen l'edat de jubilació. Així que una disposició nacional que estableix una edat de jubilació forçosa no estaria inclosa en l'àmbit de la Directiva 2000/78/CE.



els requisits per tenir dret a la pensió de jubilació en la seva modalitat contributiva, sense exigir el requisit general que pel futur estableix la disposició addicional 10<sup>a</sup>, el de vinculació a la política d'ocupació, suposa una discriminació per raó d'edat als efectes de la Directiva 2000/78/CE. En altres paraules, la disposició transitòria única de la Llei 14/2005 no exigeix l'extinció de la relació laboral per complir-se l'edat de jubilació estigui motivada per la política d'ocupació, mentre que els convenis col·lectius que es negociïn després de l'entrada en vigor de la mencionada Llei només poden contenir clàusules de jubilació forçosa si es compleix, a més del requisit de que el treballador de que el treballador tingui dret a pensió, la condició de que amb aquesta mesura de jubilació forçosa es persegueixin objectius relacionats amb la política nacional d'ocupació i expressats en el mateix conveni.

Així, la disposició addicional 10<sup>a</sup> ET per mitjà de la qual es pot establir la jubilació forçosa en un conveni col·lectiu resultaria justificada a l'article 6.1 de la Directiva en tant que exigeix, en la mateixa línia que la directiva, un vincle entre la jubilació i un objectiu legítim en matèria de política d'ocupació. En canvi, si el conveni col·lectiu ha entrat en vigor abans de la data de publicació de la Llei 14/2005, la disposició transitòria única d'aquesta llei manté vigent el conveni col·lectiu, i el fet és que en els convenis col·lectius anteriors a l'entrada en vigor de la mateixa Llei no es requeria el requisit general que pel futur estableix la disposició addicional 10<sup>a</sup>, és a dir, la vinculació a la política d'ocupació<sup>1047</sup>.

Així doncs, la qüestió a decidir pel Tribunal europeu és si aquesta norma, la disposició transitòria única genera una discriminació per raó d'edat contrària al dret comunitari, per admetre clàusules de jubilació forçosa no vinculades a mesures de política d'ocupació.

Per dilucidar la qüestió el Tribunal primer examina si la Directiva 2000/78/CE s'aplica al supòsit de la fixació d'una edat de jubilació. Tenint en compte el 14è considerant de la Directiva, s'estableix que “la presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación”. El Tribunal entén que aquest considerant es limita a precisar la competència dels Estats membres per

---

<sup>1047</sup> RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M., “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008, pàg. 11.

determinar l'edat d'accés a la jubilació, sense que s'exclouï que la Directiva pugui aplicar-se a les mesures nacionals que estableixen els requisits per l'extinció d'un contracte de treballa després de complir-se l'edat de jubilació. I considera que en tant que la normativa objecte del litigi afecta a la duració de la relació laboral, s'inclou dins l'àmbit de la Directiva 2000/78/CE.

Admesa l'aplicabilitat de la Directiva en el supòsit el Tribunal analitza, en base als articles 2 i 6 de la Directiva, en relació a si s'oposen a una normativa, la qüestió de si la prohibició de discriminació per raó d'edat s'oposa a una normativa nacional que només estableix com a requisit per la jubilació forçosa complir el límit d'edat a efectes de jubilació, fixat en 65 anys i reunir les condicions per l'accés a la prestació de jubilació en la seva modalitat contributiva.

En virtut de l'article 2 de la Directiva 2000/78/CE que entén per principi d'igualtat de tractament, l'absència de tota discriminació directa o indirecta basada en qualsevol dels motius de l'article 1 de la Directiva, entre els quals despunta la discriminació per raó d'edat. I una discriminació directa, segons l'article 2.2 de la Directiva es produeix quan “una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 de la referida Directiva”. Sens dubte, en el supòsit de fet, queda clar que la jubilació forçosa per mitjà de la qual es preveu l'extinció automàtica del contracte de treball quan el treballador compleixi l'edat de jubilació establerta constitueix una discriminació directa pels treballadors que compleixin aquesta edat, en comparació amb la resta de persones actives del mercat. Ara bé, el problema és si aquesta diferència de tractament pot estar legitimada per l'article 6.1 de la mateixa Directiva, el qual estableix que les diferències de tractament per raó d'edat no es consideraran una discriminació prohibida en el sentit de l'article 2 de la Directiva “si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”. Es planteja doncs, si la normativa nacional qüestionada pot estar justificada, objectiva i raonablement, per una finalitat legítima, essent un mitjà adequat i necessari.

En aquest sentit, la sentència assenyala que la disposició transitòria única que permet la inclusió de clàusules de jubilació forçosa en els convenis col·lectius va ser adoptada a instàncies dels agents socials, en el marc d'una política nacional destinada a afavorir l'accés a l treball mitjançant una millor distribució intergeneracional, així com resoldre la inseguret jurídica pels agents socials confirmant la possibilitat d'establir una edat límit de jubilació en aplicació als convenis col·lectius.

En aquest context, la disposició transitòria única “tiene por objeto regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo” tal i com indica el propi conveni col·lectiu objecte del litigi que es refereix a l'objectiu “de fomentar el empleo”, un objectiu d'interès general, la promoció de la contractació que constitueix, segons declara el Tribunal un objectiu legítim de política social o d'ocupació dels Estats membres. La qüestió a subratllar és que en relació al fet que la norma espanyola exceptuï de la necessitat d'assenyalar expressament la necessitat de buscar l'objectiu de creació d'ocupació el Tribunal estableix que aquesta circumstància per si sola no és determinant ja que argumenta: “no puede deducirse del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 que la falta de indicación en la normativa nacional de que se trate del objetivo que pretende alcanzarse tenga por efecto que se excluya automáticamente la posibilidad de que esté justificada a la luz de dicha disposición” I a continuació afegeix: “Cuando no existe indicación en este sentido, es necesario, no obstante, que otros elementos, propios del contexto general de la medida en cuestión, permitan la identificación del objetivo que subyace a esta medida, a fin de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre la legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo” (paràgrafs 56 i 57). Per tant, es pot deduir del context social i econòmic que la norma persegueix la finalitat legítima de crear ocupació, independentment que aquest objectiu que es desprèn es disposi literalment o no<sup>1048</sup>.

I aquest objectiu d'ocupació, segons el Tribunal, justifica “objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional”, conforme al que exigeix l'article 6.1 de la Directiva, que els Estats membres puguin establir una diferència de tractament per raó d'edat basada en una norma que permeti l'establiment d'edats de jubilació forçosa. Ara bé, el

---

<sup>1048</sup> CASTELLANO BURGUILLO, E., “No discriminación por razón de edad”, *Aranzadi Social*, BIB 2007/3038, 2007. pàgs. 3 i 4.

que cal verificar és si els mitjans empleats per aconseguir aquest objectiu legítim són “adecuados y necesarios”.

A aquest efecte, el Tribunal recorda la doctrina de l'assumpte *Mangold*, segons la qual els Estats membres, i en el seu cas, els agents socials a nivell nacional disposen d'una àmplia facultat d'apreciació, tant per fer prevaler un objectiu sobre altres en matèria social i laboral, com per definir les mesures que permetin aconseguir aquest objectiu<sup>1049</sup>. Afegeix que la pròpia Directiva reconeix que les disposicions específiques relatives a l'edat de jubilació “pueden variar según la situación de los Estados miembros”(20è considerant), de manera que les autoritats laborals poden optar per perllongar la vida activa dels treballadors o preveure la seva jubilació anticipada en funció de consideracions de caràcter polític, econòmic, social, demogràfic o pressupostari i de la situació concreta del mercat de treball d'un Estat membre determinat.

De la mateix manera, les autoritats competents a nivell nacional, regional o sectorial poden modificar els mitjans que s'utilitzen per aconseguir un objectiu legítim d'interès general. Per això, estableix la sentència “el hecho de que, en el presente caso, la jubilación forzosa se haya vuelto a reconocer en España años después de haber sido derogada carece, por lo tanto, de pertinencia”. Així que, la sentència estima que sembla raonable que les autoritats d'un Estat membre considerin que una mesura com la continguda a la disposició transitòria única i el conveni col·lectiu aplicat, pugui ser adequada i necessària per assolir l'objectiu legítim invocat en el marc de la política nacional de treball que consisteix en afavorir la plena ocupació tot facilitant l'accés al mercat de treball. A més, el Tribunal considera que aquesta mesura no menysté les expectatives dels treballadors afectats, donat que es té en compte ni només l'edat sinó també l'accés a una pensió de jubilació que es fixa en un nivell que no pot considerar-se inadequat. El Tribunal també destaca que, a través de la negociació col·lectiva, les parts

---

<sup>1049</sup> L'Assumpte *Mangold* delimita l'abast del principi de discriminació per raó d'edat. s'estableix que “la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación”. En efecto, a tenor de su artículo 1, esta Directiva únicamente tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de (...)edad», mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”. En aquest cas, el TJCE enten que l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE s'oposen a una normativa nacional que permet sense cap límit celebrar contractes de treball de durada determinada amb treballadors de més de 52 anys.

socials poden tenir en compte no només la situació global del mercat de treball sinó les característiques pròpies dels llocs de què es tracti.

Per tant, la sentència subratlla que la permissió legal de clàusules de la jubilació forçosa en els convenis col·lectius es va adoptar Espanya a instància dels agents socials i en el marc d'una política nacional destinada a afavorir l'accés a l'ocupació per mitjà la distribució intergeneracional de l'ocupació que la disposició transitòria única intenta resoldre la inseguretats jurídica existent pels agents socials sobre la possibilitat d'establir en els convenis col·lectius edats límit de jubilació.

En base a aquestes consideracions, el Tribunal sosté que “no puede sostenerse de una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal sea incompatible con las exigencias de la Directiva 2000/78”. I així conclou que la prohibició de tota discriminació per raó d'edat que s'aplica a la Directiva 2000/78 ha d'interpretar-se en el sentit que no s'oposa a una normativa, com al controvertida, que considera vàlides les clàusules de jubilació forçosa establertes en els convenis col·lectius que exigeixin, com a únics requisits, que el treballador hagi assolit el límit d'edat a efectes de jubilació, fixat en 65 anys per la normativa nacional, i que compleixi amb la resta de condicions en matèria de seguretat social per accedir a la prestació de jubilació en la seva modalitat contributiva, sempre que aquesta mesura, malgrat basar-se en la edat, estigui justificada objectiva i raonablement, en el marc del dret nacional, per una finalitat legítima relativa a la política d'ocupació i el mercat de treball, i que els mitjans emprats per aconseguir aquest objectiu d'interès general no resultin inadequats i innecessaris a tal efecte.

I, en el cas concret, la sentència considera que l'objectiu de la norma espanyola que permet fixar edats de jubilació forçosa és justificable objectivament i raonable i que el que cal determinar és si els mitjans utilitzats per aconseguir aquest objectiu legítim són adequats i necessaris. En aquest sentit, la sentència entén que la mesura pot ser adequada i necessària per afavorir el foment de l'ocupació, ja que no limita les expectatives legítimes dels treballadors afectats perquè es té en compte no només l'edat sinó l'accés a una pensió de jubilació en un nivell que pot considerar-se adequat. És més, la negociació col·lectiva pot tenir en compte la situació global del mercat de treball i les característiques pròpies dels llocs de què es tracti quan es volen fixar edats de jubilació forçosa. D'aquí que el Tribunal sentenciï que la norma espanyola

controvertida no és incompatible amb el que requereix la Directiva 2000/78/CE a l'art. 6.1 per justificar les diferències de tractament basades l'edat.

Queda clar que pel Tribunal europeu preval la política d'ocupació dels Estats membres per sobre de la protecció absoluta del principi d'igualtat de tractament per raó d'edat. Aquesta perspectiva es troba en sintonia amb els Directius d'ocupació que la Unió Europea adreça als Estats membres en les quals l'edat de jubilació n'és un tema central<sup>1050</sup>.

Ara bé, d'acord amb RODRÍGUEZ-PIÑERO, de la sentència “no se entiende de qué modo los Estados pueden fijar libremente esa edad [de jubilació], pero al hacerlo y regular las condiciones de la jubilación deben someterse a la regla contenida en el art. 6 de la Directiva<sup>1051</sup>”. És a dir, el considerant 14è de la Directiva estableix que a les disposicions nacional que estableixin l'edat de jubilació no se'ls aplica la Directiva. Emperò, a la sentència el Tribunal afirma que les disposicions de jubilació forçosa constitueixen diferències de tractament per raó d'edat que entren dins l'àmbit d'aplicació de la Directiva i que poden ser justificades per raons de política d'ocupació d'acord amb l'art. 6.1 de la Directiva. És més, en els exemples que proporciona l'art. 6.1 sobre diferències per motius d'edat que poden justificades no apareix la menció expressa de l'edat de jubilació ni estableix que la legitimitat de la jubilació com a diferència de tractament hagi de respondre únicament a mesures de política d'ocupació. És per això que, tal com expressa l'autor citat “el Tribunal <<inventa>> así un condicionamiento global que no se deduce de la Directiva 2000/78/CE de la validez de una normativa nacional que autorice cláusulas o establezca fórmulas de jubilación forzosa, el que la medida esté justificada por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y de mercado de trabajo y que los medios empleados para lograr ese objetivo resulten adecuados y necesarios al respecto”<sup>1052</sup>.

---

<sup>1050</sup> CASTELLANO BURGUILLO, E., “No discriminación por razón de edad”, *Aranzadi Social*, BIB 2006/389, 2006. pàg. 4; CASTELLANO BURGUILLO, E., “No discriminación por razón de edad”, *Aranzadi Social*, BIB 2007/3038, 2007. pàgs. 3 i 4. Si bé és cert, com reflexa l'autora que les Directius per l'ocupació que s'aproven en l'actualitat incideixen més que en fomentar la sortida dels treballadors més grans del mercat de treball per facilitar l'entrada de treballadors joves, en perllongar la vida laboral dels treballadors d'edat i, per tant, retardar-ne la sortida del mercat de treball.

<sup>1051</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2008. pàgs. 22 i 23.

<sup>1052</sup> *Ídem*

Així doncs, de la sentència es desprèn que l'establiment d'edats de jubilació forçosa són supòsits de diferència per raó d'edat que entren dins l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2000/78/CE, i com a tals, han de ser justificats per una finalitat legítima en es termes de l'art. 6.1 de la Directiva per no incórrer en discriminació prohibida.

En un altre ordre de coses, convé també destacar en relació al cas *Palacios de la Villa* el possible efecte directe de la Directiva 2000/78/CE que exposa sobre el cas l'Advocat General Mazák a les conclusions sobre *Palacios de la Villa* presentades el 15 de febrer de 2007. Mazák aborda la qüestió sobre si s'hauria de deixar inaplicada la disposició transitòria única si es considerés que la prohibició de discriminació per raó d'edat s'oposa a aquesta disposició. I afirma que en cas que la posició jurídica del particular es veiés perjudicada per la invocació d'una Directiva, ja sigui per exclusió de la norma interna incompatible amb la directiva o per la substitució de la Directiva, l'òrgan jurisdiccional no pot reconèixer a les directives efecte horitzontal directe, de forma que l'òrgan judicial nacional no està obligat a deixar inaplicada aquesta disposició <sup>1053</sup>.

El Tribunal europeu no va tenir l'ocasió de pronunciar-se sobre aquest possible efecte directe horitzontal de les Directives en tant que va considerar que la norma espanyola no era contrària amb la Directiva. Sí que, en canvi, es plantejar la possibilitat d'invocar la Directiva 2000/78/CE entre particulars, és a dir, sobre l'efecte directe horitzontal de la Directiva, es va plantejar a la sentència posterior *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, de 19 de gener de 2010 (C-555/07). Segons la sentència, el jutge nacional està obligat a complir les obligacions d'una Directiva, de forma que quan resol un litigi entre particulars ha de “garantizar, en el marco de su competencia la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio” (paràgraf 51). Així, el Tribunal no reconeix explícitament l'efecte horitzontal de la Directiva 2000/78/CE però sí que afirma que el jutge intern ha

---

<sup>1053</sup> Encara que podria pensar-se que aquesta afirmació sigui contrària *Mangold* en què es va declarar que és responsabilitat del Tribunal nacional deixar sense aplicar qualsevol disposició nacional que sigui contrària al Dret comunitari, Mazák sosté que, en realitat, a *Mangold* el Tribunal va argumentar des de l'aplicació del principi general de no discriminació per raó d'edat, que només serde forma que de fet a *Mangold*, el Tribunal no va admetre que la Directiva 2000/78/CE tingués efecte horitzontal directe, sinó que va compensar la falta d'efecte directe amb el reconeixement d'efecte directe al principi general del Dret (paràgrafs 125 – 135)

de deixar d'aplicar tota disposició interna que sigui contrària a la prohibició de discriminació que estableix la Directiva 2000/78/CE <sup>1054</sup>.

*ii) Domnica Petersen versus Lippe*

Es torna a debatre la possibilitat d'establir edats de jubilació forçoses a la STJE *Domnica Petersen v Lippe*, de 12 de gener de 2010 (assumpte C-341/08). En aquest cas, es valora si la llei alemanya de l'assegurança per malaltia que preveu un límit d'edat de 68 anys per l'exercici de la professió de dentista concertat és contrària a la prohibició de discriminació per raó d'edat que preveu l'article 6 de la Directiva 2000/78/CE, en la mesura que les persones que superen l'edat de 68 anys reben un tractament menys favorable que altres que exerceixen la mateixa professió. D'aquí que la disposició alemanya estableix una diferència de tractament per raó d'edat que s'ha d'analitzar a la llum de la Directiva comunitària.

Els objectius principals que segons el Govern persegueix la llei alemanya mitjançant la limitació màxima de l'edat dels dentistes concertats en el marc del règim legal de l'assegurança de malaltia és, en primer lloc, protegir la salut dels pacients assegurats ja que suposa que les facultats dels dentistes disminueixen amb l'edat, i en segon lloc, repartir les possibilitats d'ocupació entre les generacions dels joves dentistes concertats.

A la resolució, el TJUE considera que d'entrada, i d'acord amb l'article 2.5 de la Directiva que preveu que poden no aplicar-se les normes de la Directiva per aquelles mesures destinades protegir la salut de les persones, es pot admetre que existeixi una mesura on es limiti l'edat per l'exercici d'una professió mèdica com la de dentista, amb la finalitat de protegir la salut dels pacients. El problema és que la disposició alemanya conté una excepció àmplia que posa en dubte la finalitat de protegir els pacients, ja que la disposició només limita l'edat de 68 anys per l'exercici de la professió de dentista concertat, quedant exceptuats de la limitació els dentistes fora del règim del concert. Conseqüentment, el Tribunal assenyala que la mesura alemanya és incoherent i va en contra de l'objectiu perseguit de protegir la salut dels pacients, ja que només s'aplica la limitació de l'edat als dentistes concertats.

---

<sup>1054</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., "Efecto directo e invocabilidad *inter privatos* de las directivas laborales", *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2010. pàgs. 15 i ss.



En canvi, pel que fa a l'objectiu de repartir les possibilitats d'ocupació de la professió de dentista concertat entre les generacions, que es predica de la disposició alemanya, el TJUE aplica la doctrina de *Palacios de la Villa*, i considera que és pertinent i pot considerar-se un objectiu legítim de política d'ocupació en el sentit de l'article 6.1 de la Directiva, i en conseqüència, exceptuar la disposició alemanya de la prohibició de discriminació per raó d'edat que disposa la Directiva. En tot cas, s'ha d'examinar si els mitjans per aconseguir aquest objectiu que s'estima legítim són adequats i necessaris, tal i com exigeix l'article 6.1 de la Directiva, és a dir, si l'entrada de en el mercat laboral del concert de dentistes joves és possible amb independència de la presència de dentistes que hagin superat l'edat de 68 anys. De ser possible la coexistència de dentistes joves i majors de 68 anys, el límit d'edat de la norma alemanya pot no ser ni adequat ni necessari per aconseguir l'objectiu de política d'ocupació, una qüestió que pertoca al jutge nacional d'examinar.

La conclusió de la sentència Petersen és que, en paraules del tribunal “si una medida (...) tiene por objeto el reparto entre las generaciones de las posibilidades de empleo en la profesión de dentista concertado, puede considerarse que la diferencia de trato resultante por razón de edad está objetiva y razonablemente justificada por dicho objetivo y que los medios para lograr éste objetivo son adecuados y necesarios, siempre que no exista una situación en la que haya un número excedentario de dentistas concertados o el riesgo latente de que se produzca tal situación”. (apartat 78). Per tant, una mesura que limiti l'edat màxima en la professió, en el supòsit de fet, de dentista concertat, si el seu objectiu és el repartiment de l'ocupació, pot ser un objectiu legítim i ser una excepció a la prohibició de discriminació per raó d'edat que estableix la Directiva 2000/78/CE, sempre i quan els mitjans per aconseguir aquesta finalitat sigui objectiva i raonable. El Tribunal, en línia amb el que establí al cas *Palacios de la Villa*, torna a insistir en què la política d'ocupació és un objectiu que pot legitimar les diferències de tractament per raó de l'edat.

### *iii) Gisela Rosenbalt versus Oellerking Gebäudereinigungsges*

El TJUE es va tornar a pronunciar sobre la validesa de les clàusules convencionals de jubilació forçosa d'acord amb la Directiva 2000/78/CE, a la STJUE de 12 d'octubre de

2010, assumpte C-45/09, *Gisela Rosenbalt v Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*. El litigi principal està relacionat amb l'extinció d'un contracte de treball de la Sra. Rosenbaldt que realitzava tasques de neteja en un caserna d'Alemanya. L'extinció del contracte de treball es va produir en virtut d'una clàusula del conveni col·lectiu del sector de la neteja aplicable, que preveu que, excepte que el contracte estableixi una altra cosa, la relació laboral s'extingeix quan s'acabi el mes en què el treballador tingui dret a una pensió de jubilació, i, en tot cas, quan finalitzi el mes en què el treballador compleixi 65 anys. Un cop rebuda la notificació d'extinció del seu contracte per haver arribat a l'edat de jubilació, la treballadora va demandar al seu empresari, al·legant que l'extinció del seu contracte constituïa una discriminació per motius d'edat contrària al dret. En concret, la treballadora va argumentar que el límit d'edat previst en el conveni col·lectiu per a procedir a l'extinció automàtica del contracte que estableix al conveni col·lectiu del sector de la neteja que li és aplicable a ella, resulta injustificable en virtut de la Directiva 2000/78/CE que prohibeix la discriminació per raó d'edat. EL Tribunal alemany competent per a resoldre l'assumpte va adreçar al TJUE una sèrie de qüestions prejudicials entorn de si és contrària a la Directiva 2000/78/CE la norma alemanya, que es correspon amb l'article 10 de la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* –AGG–(Llei general d'igualtat de tractament) que permet als convenis col·lectius i a les parts del contracte establir l'extinció automàtica dels contractes de treball quan el treballador compleix determinada edat.

L'extinció de contractes de treball per l'arribada d'una determinada edat no és una de les diferències de tractament per raons d'edat que enumera l'article 6.1 de la Directiva 2000/7/CE que poden estar justificades i, per tant, ser considerades diferències no discriminatòries. Això no obstant, tal i com va matisar el Tribunal a la sentència *Age Concern England*, els Estats membres disposen d'un ampli marge d'apreciació per considerar que determinades mesures que suposen una diferència per raó de l'edat s'emparen dins l'excepció de discriminació per raó d'edat de l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE i són diferències de tractament justificades. En altres paraules, que l'enumeració dels supòsits considerats diferències no discriminatòries de l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE no és un llistat tancat, sinó que té merament valor indicatiu. Dins l'àmbit de marge d'apreciació de l'Estat membre es pot optar per incloure al llistat de diferències per raó d'edat justificades altres supòsits, com l'extinció automàtica dels contractes de treball quan el treballador arribi a determinada edat, això si, sempre que

els objectius que expliquen l'existència de la mesura siguin legítims i que les diferències de tractament siguin adequades i legítimes per assolir aquests objectius. Segons el Govern alemany, les clàusules d'extinció automàtica de contractes dels treballadors que hagin complert l'edat de jubilació descansa sobre la idea de repartir el treball entre les generacions. S'afavoreix a la inserció professional dels joves i els treballadors de més edat no queden desprotegits per l'extinció del contracte perquè reben una compensació econòmica que consisteix en una pensió de jubilació. També, el Govern alemany defensa que amb l'extinció automàtica dels contractes a certa edat els treballadors s'evita que els treballadors més grans puguin passar per l'experiència de ser acomiadats perquè han perdut la capacitat de seguir desenvolupant el treball, i sentir-se humiliats. El Tribunal europeu reconeix que la possibilitat d'extingir el contracte de treball quan es compleix una edat específica i es reuneixen els requisits de cotització per poder accedir a una pensió de jubilació és una mesura estesa en molts Estats membres. Es tracta d'una mesura que es fonamenta en consideracions polítiques, econòmiques, demogràfiques o pressupostàries, i que, segons la seva pretensió, intenta perllongar la vida activa del treballador o que els treballadors es jubilin anticipadament. En aquest sentit, el Tribunal europeu considera que l'extinció automàtica de contractes a certa edat i quan es compleixen els requisits que permeten al treballador a qui se li extingeix el contracte obtenir una pensió de jubilació és una norma que està justificada objectiva i raonablement en el marc del Dret nacional, ja que té com a idea repartir el treball entre generacions i, per tant, és una norma que estableix una diferència de tractament per raó d'edat, però que és una diferència de tractament justificada d'acord amb el que exigeix l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE. Una vegada establert que l'extinció del contracte de treball per haver arribat a l'edat de jubilació és una mesura legítima, el Tribunal procedeix a analitzar si la mesura és adequada i necessària tal i com també requereix l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE. S'ha de considerar que la norma alemanya que contempla la possibilitat d'extingir els contractes de treball en ocasió de complir l'edat pensionable no autoritza als empresaris a extingir unilateralment el contracte quan el treballador compleixi certa edat, sinó que és un mecanisme convencional. La mesura de jubilació forçosa ha de ser establerta en conveni col·lectiu de forma que hi intervé una negociació alhora de fixar la mesura. Els treballadors i empresaris en el contracte individual i els agents socials poden acollir-se o no a la mesura convencional de jubilació forçosa. Una altra consideració que valora el Tribunal europeu alhora de pronunciar-se sobre l'adequació i necessitat de la mesura és la

ponderació entre el perjudici que pot ocasionar aquesta mesura a les persones afectades i el benefici que comporta la mesura a la societat en general. I, de fet, en el cas particular de la Sra. Rosenbalt, que treballa en el sector de la neteja, en la mesura que aquest sector és normalment pot remunerat i a temps parcial, l'extinció del contracte li pot suposar un perjudici oneros perquè la pensió a què tindrà dret la treballadora serà escassa per cobrir les seves necessitats. Ara bé, L'existència de la clàusula d'extinció automàtica dels contractes no significa que les persones afectades hagin d'abandonar definitivament el mercat de treball quan compleixin l'edat pensionable, sinó que si un treballador veu extingit el contracte en virtut d'aquesta clàusula quan arriba a l'edat pensionable, pot seguir actiu i buscar un nou treball. L'extinció del seu contracte de treball pel fet d'haver arribat a l'edat de jubilació no denega el dret als treballadors afectats per la clàusula d'extinció a buscar un altre lloc de treball i ser contractats a la mateixa empresa o una altra, sense que puguin ser discriminats per raó d'edat en la nova contractació. En funció d'aquests arguments, és a dir, que la disposició alemanya és una mesura arrelada i consensuada a la societat alemanya i que té com a objectiu repartir l'ocupació treballadors grans i joves, i que, a més, l'extinció automàtica és independent al fet que al treballador a qui se li ha extingit el contracte en virtut d'una clàusula d'aquesta índole pugui continuar actiu en el mercat de treball i buscar un nou lloc de treball, el Tribunal europeu considera que la disposició nacional alemanya que permet l'existència de clàusules d'extinció automàtica dels contractes de treball quan el treballador arriba a l'edat de jubilació és una mesura justificada objectiva i raonablement, i per tant, emparable dins l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, com a una diferència de tractament per raó d'edat no discriminatòria.

La resolució de la sentència dictada no afegeix cap novetat en la matisació de les diferències exemptes de prohibició de tractar diferentment en el treball i l'ocupació en funció de l'edat que empara l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE. El TJUE segueix la tesi exposada a la sentència *Palacios de la Villa* establint com a mesura legítima de política d'ocupació una disposició que permet establir en conveni col·lectiu la jubilació forçosa dels treballadors a partir d'una determinada edat.

*iv) Vasil Ivanov Georgiev versus Technicheski Universitet*

El darrer dels pronunciaments entorn a l'aplicació de la justificació que pot exceptuar la prohibició de discriminació per raó de l'edat de l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE. Una vegada més, una disposició de jubilació forçosa ha tornat a ser objecte d'anàlisi judicial per part del TJUE a la sentència *Vasil Ivanov Georgiev y Technicheski Universitet - Sofia, filial Plovdiv*, de 18 de novembre de 2010, assumptes acumulats C-250/09 i C-268/09. En aquest cas, emperò, a banda d'una disposició que estableix la jubilació forçosa, es planteja també la validesa d'una altra disposició que vincula determinat cos de docents universitaris que arriben a l'edat de jubilació amb la celebració d'una única modalitat de contractació per a permetre a aquests treballadors continuar treballant, la contractació de durada determinada, i no ja la contractació indefinida. En efecte, la sentència examina la concordança de la prohibició per raó d'edat en el treball i excepcions a aquesta prohibició que estableix la Directiva 2000/78/CE amb el Codi de Treball de Bulgària i la Llei d'ensenyament superior, que en el seu articulat estableix que l'ocupador podrà resoldre el contracte dels catedràtics universitaris quan compleixen 68 anys i permet als catedràtics universitaris continuar treballant més enllà dels 65 anys únicament mitjançant contractes de durada determinada d'un any prorrogables com a màxim dues vegades.

D'acord amb la normativa de l'ordenament jurídic búlgar, al Sr. Georgiev, professor d'universitat –primer com a associat i finalment arribant a ser nomenat catedràtic- se li va resoldre el seu contracte quan va complir 65 anys, que és l'edat de jubilació. A continuació, va ser contractat mitjançant un contracte de durada determinada per un any, contracte que va ser prorrogat un any més, fins que va complir 68 anys, moment en què es va resoldre definitivament la relació laboral que el vinculava amb la Universitat. La Universitat i el Govern búlgar sostenen que l'objectiu que es persegueix amb aquesta normativa és disposar d'un ensenyament de qualitat renovant la plantilla docent i el repartiment òptim de les places de catedràtics entre generacions. I, en la seva defensa de l'adequabilitat de la mesura a l'objectiu perseguit, aquestes institucions mantenen que la disposicions no suposen a aquests catedràtics que compleixen 65 anys catedràtics una diferència de tractament desfavorable en relació a les condicions de treball amb els catedràtics menors de 65 anys, ja que, en tot cas, els permet continuar treballant encara tres anys més passada l'edat de jubilació a partir de la qual ja tenen dret a rebre una pensió de jubilació, els 65 anys.

Així d'una banda, una disposició no autoritza la celebració de contractes de treball de durada indefinida amb catedràtics que hagin complert 65 anys i, per altra banda, una altra disposició imposa la jubilació forçosa als catedràtics que hagin complert 68 anys d'edat. És evident que tant les dues disposicions búlgares suposen que es tracti d'una manera diferenciada als catedràtics a partir de 65 anys i als 68 anys precisament, per motiu de l'edat, i d'aquí que constitueixen una discriminació directa per raó d'edat prohibida per l'article 2.2 de la Directiva.

L'assumpte que es planteja davant del TJUE és declarar si les diferències de tractament basades en l'edat que presenten ambdues disposicions no es poden mantenir per ser contràries a la Directiva 2000/78/CE i no poder-se justificar objectiva i raonablement, per una finalitat legítima, inclosos els objectius legítims de les polítiques d'ocupació, del mercat de treball i de la formació professional, si els mitjans són adequats i necessaris, en atenció a l'article 6.1 de la mateixa Directiva.

Pel que fa la primera disposició per la qual no es permet celebrar contractes de durada indefinida amb catedràtics que hagin complert 65 anys i per tant, afecta a les condicions de treball que s'apliquen a les persones que arriben a determinada edat –els catedràtics majors de 65 anys–, el Tribunal sosté, en la mateixa línia argumental de la sentència *Petersen* pels dentistes concertats, que en tant que la mesura pretén afavorir l'accés dels docents universitaris joves a l'exercici de la professió, en aquets cas de catedràtic universitari, es pot considerar un objectiu de política d'ocupació legítim. Més encara, essent una activitat, la de catedràtic universitari, que té per regla general un nombre força limitat de places vacants, la disposició aconsegueix que els catedràtics a partir de 65 anys abandonin en un termini relativament curt la seva plaça i seleccionar en el seu lloc a catedràtics més joves per aquesta plaça vacant, afavorint així a l'objectiu de política d'ocupació d'afavorir la promoció de docents més joves en places d'universitari. També, marcant la diferència amb el cas *Mangold* en què la norma alemanya permetia celebrar contractes temporals il·limitadament amb treballadors a partir de 52 anys, valora en aquest cas, que l'edat fixada per la disposició a partir de la qual no es poden celebrar contractes indefinits és 65 anys, una edat considerablement avançada, en la què els catedràtics universitaris poden jubilar-se o seguir treballant, això si, amb un contracte de durada determinada.

En relació a la segona de les disposicions de la normativa búlgara controvertida, la que estableix la jubilació forçosa dels catedràtics universitaris als 68 anys, el Tribunal té en compte que l'edat de jubilació legal a partir de la qual els homes a Bulgària poden accedir a la pensió de jubilació és a 63 anys. De forma que la disposició que fixa el límit d'edat e 68 anys per resoldre el contracte de treball no només no suposa cap impediment perquè els catedràtics universitaris obtinguin una pensió de jubilació, com en el cas anàleg de la sentència *Palaquis Vila-* en el moment de jubilar-se forçosament als 68 anys sinó que els permet continuar la seva carrera laboral molt més enllà de l'edat legal per jubilar-se.

En conclusió, el Tribunal considera la jubilació forçosa dels catedràtics universitaris als 68 anys i la continuació de la seva activitat professional més enllà dels 65 anys mitjançant únicament contractes laborals temporals d'un any prorrogables dos vegades com a màxim són mesures enquadrables dins l'objectiu legítim de política d'ocupació que persegueixen, el repartiment de l'ocupació, i com a tal, són diferències de tractament per motiu de l'edat justificades segons l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE. I en tot cas, recorda el Tribunal que li correspon al jutge nacional discernir si aquestes mesures són mitjans adequats i necessaris per complir amb l'objectiu legítim de política d'ocupació que es pretén amb la seva adopció, el repartiment de l'ocupació entre les generacions de catedràtics universitaris per contribuir a aconseguir un ensenyament de qualitat i repartiment òptim de les places d'aquest cos.

Aquest darrer pronunciament judicial sobre l'aplicació i la interpretació de la Directiva 2000/78/CE no aporta res de nou, i reitera, seguint *Palacios Villa, Petersen i Rosenbalt* l'ampli marge dels objectius legítims que s'emparen en l'article 6.1 de la Directiva 2000/78/CE que justifiquen i afebleixen la prohibició comunitària de la discriminació per raó d'edat.

A la llum de tot el que s'ha exposat en relació de l'abast de la prohibició de discriminació per raó d'edat segons la interpretació que el TJUE fa de la Directiva 2000/78/CE se'n pot extreure la conclusió que les justificacions possible a les diferències de tractament d'edat en l'ocupació i el treball que permet la Directiva 2000/78/CE en els seus arts. 2.2.b), 4.1 i 6.1, així com la jurisprudència comunitària que els aplica i interpreta tals preceptes deixen entreveure que l'edat com a motiu de

discriminació és més flexible i dèbil respecte als altres motius de discriminació prohibits per la norma comunitària<sup>1055</sup>. A diferència de la radicalitat que s'aplica a les discriminacions de gènere o raça, l'edat és una diferència de tractament "sospitosa" de ser discriminatòria, ja que depenen de la possibilitat de ser justificades de forma objectiva<sup>1056</sup>, fins al punt que qualsevol diferència de tracte per raó de l'edat pot ser justificada si la justificació de política social es considera proporcionada<sup>1057</sup>. Així, la Directiva limita les possibilitats que prosperin reclamacions de discriminació tant directe com indirecte per raó d'edat<sup>1058</sup> ja que aquestes poden ser àmpliament justificades a l'empara de l'art. 6.1 de la Directiva, com ho evidencia el repertori jurisprudencial comunitari que versa analitzat.

### **3. LA REGULACIÓ DE LA DISCRIMINACIÓ BASADA EN L'EDAT A L'ORDENAMENT JURÍDIC ESPANYOL**

La Directiva 2000/78/CE, de 27 de novembre, relativa a l'establiment d'un marc general per la igualtat de tracte en el treball i l'ocupació va ser transposada a l'ordenament jurídic espanyol a través de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*<sup>1059</sup>. Seguint el que disposa el seu preàmbul, per mitjà d'aquesta llei s'adequa la legislació espanyola, a allò que disposa la Directiva, tot abordant la definició legal de la discriminació, directa i indirecta, i modernitzant la regulació de la igualtat de tractament i la no discriminació.

Tanmateix, abans de la transposició de la Directiva 2000/78/CE i tal vegada influenciada per la normativa internacional<sup>1060</sup> que declara el dret a no ser

---

<sup>1055</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., "A propósito de la STJUE de 5 de marzo de 2009...*op cit.* pàg. 4

<sup>1056</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., "Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario...*op cit.* pàg. 39

<sup>1057</sup> CABEZA PEREIRO, J., "Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad", a BALLESTER PASTOR, M.A (coordinadora), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo blanch, València, 2010. pàg. 658 . L'autor es mostra particularment escèptic amb la falta de definició expressa del Tribunal europeu sobre els objectius de política social que poden justificar una mesura que diferencia treballadors en funció de la seva edat. Aquesta indefinició, diu l'autor, "constituye, en la práctica, una invitación a que los Estados elaboren justificaciones *ad hoc* y las aleguen ante el Tribunal ante cuestiones concretas, por más que las mismas no guarden relación originaria con la medida".

<sup>1058</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., "Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario...*op cit.* pàg. 73

<sup>1059</sup> BOE núm. 313, de 31 de desembre de 2002

<sup>1060</sup> APARICIO TOVAR, R.J., OLMO GASCÓN, A.A., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2007. pàg. 37



discriminat<sup>1061</sup>, ja s'havia reconegut en el dret espanyol i la jurisprudència que se'n deriva el dret a la igualtat i la prohibició de discriminació per raó d'edat, en els termes que a continuació s'expressen.

### **3.1 La interdicció de la discriminació per motiu d'edat a la Constitució espanyola**

Recollint l'herència europea eixida de la Revolució francesa i el seu filòsof per excel·lència, Rosseau<sup>1062</sup>, que entronitzà el principi d'igualtat davant la llei per contrarestar la desigualtats inherents a l'Estat social, la Constitució espanyola conté la clàusula d'igualtat davant la llei en el seu articulat<sup>1063</sup>.

L'article 1.1 CE configura Espanya com un Estat social i democràtic de Dret que propugna, entre els valors superiors del seu ordenament jurídic, la igualtat. En reconèixer-la com a valor essencial, la igualtat “se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional (...) deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama” (STC 8/1983, FJ 3). Així, en tant que valor superior de la carta magna, la igualtat es predica de tot precepte constitucional; és un criteri que informa i orienta l'ordenament jurídic<sup>1064</sup>.

Sobre la base del reconeixement del principi d'igualtat que persegueix tot Estat social de dret, com el que reconeix l'art. 1.1 CE, l'article 9.2 CE disposa que “correspon als poders públics de promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de

---

<sup>1061</sup> La Recomanació núm. 162 de l'OIT és el primer instrument internacional que al·ludeix de forma expressa la “discriminació per raó d'edat”. És en el seu art. 5, segons el qual: “Los trabajadores de edad deberían disfrutar, sin discriminación por razón de edad, de igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores”.

<sup>1062</sup> A l'obra *Discurs sobre l'origen de la desigualtat*, de 1755, Rosseau defensa la idea que la desigualtat és causada per l'Estat social en el qual preval el poder i el diner, en contraposició a la igualtat existent a la innocència premoral de l'Estat natural. La Constitució republicana fruit de la Revolució francesa recull la consideració de Rosseau segons la qual llibertat i igualtat han d'anar plegades per fer compatibles la igualtat natural i el progrés.

<sup>1063</sup> TAPIA HERMIDA, A., “La edad como criterio normativo. Conculcación de la libertad de trabajar y el derecho al trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 326, 2010. pàg. 100 La Constitució espanyola de 1837 va ser la primera norma que recull el principi d'igualtat a l'ordenament jurídic espanyol.

<sup>1064</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., “Principio de igualdad” a ALVÁREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., NUÑO GÓMEZ, L., (Directors), *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2009. pàg. 33

l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives; remoure els obstacles que n'impedeixin o en dificultin la plenitud i facilitar la participació de tots els ciutadans" en la vida política, econòmica, cultural i social". Per tant, aquest article s'adreça als poders públics i els encomana la promoció de les condicions per tal que la igualtat de l'individu i dels grups que integra sigui real i efectiva.

Sobre la base de l'article 9.2 CE, es legitimen les accions positives que puguin emprendre els poders públics a favor de determinats grups per afavorir-ne la seva efectiva igualtat i equilibrar la seva participació a la societat.

Però la igualtat no és un només concebut com un principi que es projecta sobre tot l'ordenament jurídic i que guia l'actuació dels poders públics, sinó que també és erigit des del punt de vista formal com a dret fonamental. El reconeixement del dret fonamental a la igualtat es troba consagrat a l'article 14 CE, el qual estableix, "els espanyols són iguals davant la llei, sense que pugui prevaler cap discriminació per raó de naixença, raça, sexe, religió, opinió, o qualsevol altre condició o circumstància personal o social".

El precepte reconeix el principi d'igualtat i la prohibició de discriminació per els motius que anomena, dins els quals s'ha d'entendre indirectament inclosa l'edat com a "circumstància personal" que disposa l'article per a vedar qualsevol discriminació<sup>1065</sup>. I és que l'art. 14 CE no conté una llista tancada, sinó que només explicita uns determinats motius prohibits, molt arrelats històricament, que han situat a sectors de la població en posicions desavantajoses i contràries a la dignitat de la persona que declara l'art. 10.1 CE.

Així ho han reconegut el Tribunal Constitucional a la sentència 75/1983, de 3 d'agost, "la edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia

---

<sup>1065</sup> També utilitzen la fórmula genèrica de no discriminació "per circumstàncies personals", sense al·ludir expressament l'edat: l'art. 2.1 de la Declaració Universal de Drets Humans de 1948; l'art. 2.2 del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals, de 1950; i l'art. 14 del Conveni Europeu per la protecció dels Drets Humans i Llibertats Fonamentals.

personal que debe predicarse de la edad” (FJ 3)<sup>1066</sup>. Per tant, la discriminació com ho és la basada en l’edat que està reconeguda a la Constitució espanyola de forma indirecta<sup>1067</sup>, ja que és una de les circumstàncies subsumibles a l’article 14 CE i, en ser-ho, estan prohibides les desigualtats per raó de d’edat.

S’ha de recordar que l’article 14 CE que reconeix el principi d’igualtat i la prohibició de discriminació gaudeix del grau més elevat de tutela de protecció dels drets fonamentals que ofereix la Constitució segons afirma l’article 53.2 CE, pel qual “qualsevol ciutadà podrà demanar la tutela de les llibertats i dels drets reconeguts en l’article 14 (...) davant els tribunals ordinaris per uns procediment basat en els principis de preferència i sumarietat”, així com, si s’escau “a través del recurs d’empara davant el Tribunal Constitucional”. Conseqüentment, el dret a no ser discriminat per raó d’edat és un dret fonamental susceptible d’empara davant del Tribunal Constitucional<sup>1068</sup>.

El principi d’igualtat és, doncs, un dret subjectiu constitucional de tots els ciutadans, que guia l’ordenament jurídic, que limita l’actuació dels poders públics i que gaudeix del grau més elevat de tutela<sup>1069</sup>.

Ara bé, la igualtat que propugna la Constitució espanyola no equival a un igualitarisme absolut<sup>1070</sup>. Com ha reiterat el TC en diverses ocasions l’art. 14 CE implica que “exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable,

---

<sup>1066</sup> També la Sentència del TC 31/1984, de 7 de març, declara que l’edat “debe tenerse por incluida en la formulación genérica que encierra el artículo 14 CE”. En aquest cas es tractava de discriminació per raó d’edat de treballadors joves de 17 anys per a qui una norma especificava una quantia del salari mínim interprofessional inferior a la que rebien els treballadors a partir de 18 anys; en la mateixa línia, s’expressa la STC 200/2001, de 4 d’octubre.

<sup>1067</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pàg. 93

<sup>1068</sup> Com a particularitat cal dir que la prohibició de discriminació només per raó de sexe en l’àmbit concret de les relacions laborals és un tipus de discriminació reconeguda a la Constitució a l’article 35.1, pel qual “tots els espanyols tenen el deure de treballar i el dret a treball (...) sense que en cap cas es pugui fer discriminació per raó de sexe”. En trobar-se l’article 35 dins la Secció 1<sup>a</sup> del Capítol Segon de la Constitució el dret a no ser discriminat en l’àmbit del treball per raó de sexe és un dret invocable davant el Tribunal Constitucional a través d’un recurs d’empara (art. 53.2 CE).

<sup>1069</sup> STC 75/1983, de 3 d’agost

<sup>1070</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 8, 1983, pàg. 10; MONTOYA MELGAR, A., SÁNCHEZ URÁN AZAÑA., “La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental”, *Aranzadi Social*, BIB 2007/3260, 2007. pàg. 3

de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas” (STC 27/2004, de 4 de març, FJ 3). I per valorar si la diferència de tracte en situacions iguals és justificable cal, com afegeix el TC a la mateixa sentència, que “supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida” (FJ 3). És a dir, no tota diferència de tractament constitueix necessàriament una discriminació que infringeix l’art. 14 CE, sinó que només aquelles desigualtats que no es poden justificar raonablement i objectiva constitueixen una discriminació a afectes de l’art. 14 CE <sup>1071</sup>.

Per tant, només es vulnera el dret a la igualtat contingut a l’art. 14 CE quan una desigualtat introdueix una diferència entre situacions que poden considerar-se equiparables i que la desigualtat de tractament sigui injustificada perquè no és raonable ni objectiva.

En el pla laboral, i en concret, quant a l’aplicació del principi d’igualtat en la relació laboral entre empresari i treballador, convé tenir en compte com interactuen l’art. 9.2 CE i l’art. 14 CE en el sentit que assenyala el TC. Aquest estableix el mandat que conté l’art. 9.2 CE defensa una “igualdad real en el ámbito de las relaciones laborales exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador”. Siendo esto así, es evidente que la igualdad entre trabajador y empresario (...) no puede ser desconocida o quebrada por una plena presunta efectividad del art. 14 de la CE, pues lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso de igualdad formal, una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador y en vulneración del art. 9.2 de la Constitución”. (STC 3/1983, de 25 de gener, FJ 3). En altres paraules, la finalitat originària del Dret del treball, que és la protecció del treballador en tant que part dèbil de la relació entre empresari i treballador, implica que s’apliqui un mínim de desigualtat formal en benefici del treballador, sense que amb això es trenqui l’efectivitat de l’art. 14 CE. Parafraçant CHARRO i SAN MARTIN, la sentència “se consagra constitucionalmente, de este modo, la función correctiva del valor *igualdad* –material– sobre los efectos del valor *libertad*, como síntesis de una tensión entre ambos valores

---

<sup>1071</sup> Doctrina repetida a les SSTC: 22/1981, de 2 de juliol, FJ 3; 49/1982, de 14 de juliol, FJ 2; 2/1983, de 24 de gener, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrer, FJ 6; 209/1987, de 22 de desembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de novembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de gener, FJ 2; 110/1993, de 25 de març, FJ 6; 176/1993, de 27 de maig, FJ 2; 340/1993, de 16 de novembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de juny, FJ 8.

que tiene su origen en la génesi del Derecho del Trabajo”<sup>1072</sup>. D’aquesta forma, la sentència del TC serveix per interpretar els drets laborals constitucionals <sup>1073</sup>.

Hi ha, doncs, una òbvia tensió dialèctica entre el principi d’igualtat i prohibició de discriminació en el treball i el principi llibertat empresarial també constitucionalment reconeguda a l’art. 38 CE. En virtut de la llibertat empresarial l’empresari té la facultat de decidir sobre quins treballadors vol contractar però tal llibertat no és absoluta, sinó que es troba limitada pel principi de prohibició de discriminació que li exigeix que les decisions de selecció i contractació dels treballadors siguin racional<sup>1074</sup>, basada en el mèrit i la capacitat i no en algun motiu discriminatori<sup>1075</sup>.

### **3.2 El reconeixement a l’Estatut dels Treballadors al dret no ser discriminat per raó d’edat en les relacions laborals**

L’Estatut dels Treballadors de 1980<sup>1076</sup> va traslladar i desenvolupar el principi d’igualtat reconegut constitucionalment als arts. 1.1, 9.2 i 14 CE en el terreny de les relacions laborals. És més, específicament, prohibeix el les discriminacions per raó d’edat en el treball. En efecte, l’article 4.2.c) establia el dret dels treballadors a no ser discriminats per l’ocupació o una vegada ocupats per raons de sexe, estat civil, per l’edat, raça, condició social, idees religioses o polítiques, afiliació o no a un sindicat, llengua, o disminucions físiques o psíquiques i sensorials si, en aquest darrer motiu, es trobessin en condicions d’aptitud per desenvolupar el treball. I l’article, l’article 17.1 disposava la nul·litat dels preceptes legals, les clàusules dels convenis col·lectius, els pactes individuals i les decisions unilaterals de l’empresari que continguin discriminacions per raó d’edat.

---

<sup>1072</sup> CHARRO BAENA, P., SAN MARTIN MAZZUCCONI, C., “Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra sobre “Igualdad de oportunidades para todos”, 2008 pàgs. 78 i 79.

<sup>1073</sup> DEL REY GUANTER, S., “La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. 1, 1988, pàg. 372

<sup>1074</sup> CÁMARA BOTÍA, A., “Poder del empresario y prohibición de discriminación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001. pàgs. 75, 77 i 78

<sup>1075</sup> TAPIA HERMIDA, A., “La edad como criterio normativo ...*op cit.* pàg. 106

<sup>1076</sup> *Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE, núm. 64, de 14 de marzo)*

***a) L'abast de protecció en situacions de discriminació per raó d'edat als arts. 4.1c) i 17.1 LET***

L'ulterior Estatut de Treballadors de 1995 (LET) continua recollint el contingut dels citats articles 4.1.c) i 17.1 de l'Estatut dels Treballadors de 1980, si bé la seva redacció ha resultat modificada per la Llei 62/2003, que transposa la Directiva 2000/78/CE al dret intern espanyol, així com per la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*<sup>1077</sup>.

A resultes, a la norma estatutària vigent es reconeix el dret a no ser discriminat per raó d'edat a la relació de treball a l'article 4.2.c) LET. Aquest article disposa el dret dels treballadors "a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate".

Per influència de la Directiva 2000/78/CE, recollida per la Llei 62/2003, l'article 4.2.c) LET, a banda d'inlcoure el motiu de l'orientació sexual i canviar la nomenclatura pe referir-se a les persones amb discapacitat, fa explícita referència als tipus de discriminació que s'entenen inclosos, la discriminació directa i la discriminació indirecta. Ambdues formes de discriminació es troben definides a la Llei 62/2003. L'art. 28.1.b especifica que per discriminació directa es dóna quan una persona és tractada desfavorablement respecte una altra en situació anàloga per raó d'edat. I, a l'article 28.1.c de a mateixa llei, la discriminació indirecta es defineix quan una mesura inclosa en una disposició legal o reglamentària, una clàusula convencional o contractual, un pacte individual o una decisió unilateral, que és aparentment neutral però que produeix un desavantatge a una persona respecte a d'altres per raó, per exemple, de l'edat.

Per la seva banda, a l'art. 17.1 LET en vigor, en termes similars als establerts a l'Estatut

---

<sup>1077</sup> BOE núm. 71, de 23 de març

dels Treballadors de 1980, el legislador dona una resposta positiva a la concreta prohibició de discriminació per raó d'edat que es desprèn de l'article 14 CE a l'Estatut dels Treballadors en aquest precepte 17 LET que duu per títol "no discriminación en las relaciones laborales". D'aquesta forma, l'article 17.1 CE disposa: "se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español".

En virtut d'aquest precepte es prohibeix que l'edat es prengui com un criteri de diferenciació en el treball i la tutela antidiscriminatòria que s'ofereix quan es produeix una discriminació desfavorable per raó d'edat és la declaració de nul·litat de la norma reglamentària, clàusula del conveni col·lectiu, pacte individual, o de la decisió unilateral de l'empresari que discrimina en base a l'edat.

Ara bé, convé destacar que la prohibició de discriminació per raó d'edat que s'estipula a l'article 17.1 conté una particularitat, i és que en els supòsits en què l'edat sigui un criteri de diferenciació, l'article 17.1 ET només prohibeix les discriminacions desfavorables per aquest motiu, l'edat, quan declara la nul·litat d'aquells actes que derivin de "situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad" En canvi, s'observa que quan el motiu de discriminació sigui el sexe, l'origen, l'estat civil, la raça, la condició social, les idees religioses o polítiques, l'adhesió o no als sindicats, el parentesc amb altres treballadors de l'empresa o la llengua dins el territori espanyol, perquè per aquests motius la mesura serà nul·la ja sigui quan aquesta sigui favorable com adversa. Així ho remarca el propi article 17.1 ET, la nul·litat i la manca d'efectes de la mesura es declararà quan "contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada, y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social o ideas religiosas o políticas, adhesión o no a los sindicatos y a sus acuerdos,

vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español”.

D'aquesta consideració es desprèn que les discriminacions fonamentades en l'edat que es prohibeixen a l'article 17.1 LET són els tractes desfavorables per raó d'edat i no, com en la resta de supòsits de discriminació mencionats, les mesures que siguin discriminacions favorables. És a dir, la discriminació que es prohibeix a l'article 17.1 LET és tant la que sigui considerada favorable com l'adversa en el treball, encara que, per raó d'edat únicament es considera il·lícita la discriminació desfavorable. En aquest sentit, és bo mencionar la disquisició que fan APARICIO TOVAR i OLMO GASCÓN que precisament critiquen la “aparente actitud ‘neutra’ que adopta el art. 17.1 ET frente a las causas de discriminación distintas de la edad en él enumeradas al prohibir tanto las discriminaciones favorables como las desfavorables, porque induce a confusión al dar la impresión que veta también las acciones positivas, cuando, como bien se sabe, uno de los aspectos fundamentales de la discriminación por causas concretas lo constituyen las acciones en favor de grupos expresamente señalados en situación de inferioridad, o discriminación inversa, que tienen como objetivo, precisamente, la parificación real”. És a dir, la discriminació favorable pot donar lloc també en una discriminació perquè pot perjudicar a aquells que no afavoreix<sup>1078</sup>. Així que, com que per motiu d'edat, a diferència de la resta dels motius contemplats per l'art. 17.1 LET, només es prohibeixen les discriminacions desfavorables es poden donar lloc a tractaments diferenciats per raó d'edat que resultin favorables, i per tant, no prohibits per l'estatut dels treballadors<sup>1079</sup>.

Sumant l'art. 17.1 LET que prohibeix les discriminacions desfavorables per edat i l'art. 4.2.c) LET que estableix el dret dels treballadors a no ser discriminats per raó d'edat “dentro de los límites marcados por esta Ley” s'obté com a conclusió que d'acord amb PALOMEQUE, “la igualdad de trato en la ley por razón de la edad del trabajador no queda afectada por el establecimiento normativo de una edad mínima de admisión al trabajo” que estableix l'article 6.1 LET “ni por el señalamiento legal de trabajo u ocupaciones vedados a trabajadores menores de dieciocho años en consideración a la

---

<sup>1078</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “No discriminación en las relaciones laborales”, AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid, 1983, pàg. 345

<sup>1079</sup> APARICIO TOVAR, R.J., OLMO GASCÓN, A.A., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2007. pàgs. 39



tutela de su salud y formación”<sup>1080</sup> que disposa l’article 6.1.

Certament, l’article 6.1 ET, relatiu al treball de menors, prohibeix l’admissió al treball als menors de 16 anys, així com disposa que als treballadors menors de 18 anys no els és permès realitzar treballadors nocturns ni activitats que el Govern declari insalubres, penoses, nocives o perilloses per la seva salut i la seva formació tant professional com humana. Ara bé, l’apreciació de l’article 17.1 ET que únicament prohibeix les discriminacions desfavorables per raó d’edat a diferència de la resta de motius de discriminació es refereix a què en quedin al marge de la discriminació les qüestions relatives al treball dels menors.

En segon lloc, amb la conjuminació d’ambdós articles, arts. 4.2.c) i 17.1 LET, també s’està al·ludint a la possibilitat de fixar una edat màxima per treballar, és a dir, sobre la licitud d’establir una edat de jubilació forçosa. Aquesta possibilitat es preveia pels convenis col·lectius a la ja derogada Disposició adicional 10ena<sup>1081</sup>. En tot cas, el llarg i extens debat sobre la problemàtica i la legitimitat de la jubilació forçosa és analitzat en l’apartat sobre la transició de la vida activa a la jubilació d’aquest treball.

En relació a les matèries sobre les quals pot recaure el tractament discriminatori i, com a tals, prohibides per l’Estatut dels treballadors, són àmplies, ja que, d’acord amb l’article 17.1 ET s’entendran nul·les aquelles mesures que constitueixin “discriminaciones desfavorables por razón de edad” així com “en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo”. Es prohibeixen les discriminacions en tots els àmbits de del treball, essent l’àmbit material d’actuació del principi antidiscriminatori il·limitat<sup>1082</sup>.

Així doncs, l’art. 4.2.c) LET estableix el dret a la igualtat i no discriminació per raó d’edat en el moment de la selecció del personal i durant la relació laboral. I, en virtut de l’art.17.1 LET es declara nul·la tota mesura discriminatòries. En tot cas, cal recordar que la prohibició de discriminació per raó d’edat rep un tractament diferent en

---

<sup>1080</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 8, 1983, pàg. 21, 22

<sup>1081</sup> Tal com comenten APARICIO TOVAR i OLMO GASCÓN, “es como si el Estatuto pretendiese curarse en salud de una posible contradicción interna dando por buena la limitación de aquella derogada disposición” APARICIO TOVAR, R.J., OLMO GASCÓN, A.A., *La edad como factor... op cit.* pàg. 38

<sup>1082</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “El derecho constitucional de igualdad...op cit. pàg. 27

comparació amb les altres causes prohibides per perquè per l'edat només es prohibeixen les discriminacions desfavorables i, en canvi, per la resta de motius es prohibeixen tant les discriminacions adverses com les desfavorables.

***b) La previsió de mesures d'acció positives a favor dels treballadors d'edat***

A banda de la declaració judicial de nul·litat de la mesura antidiscriminària per raó d'edat que expressa l'article 17.1 ET, a l'ordenament jurídic també es preveuen mesures positives a favor de grups desfavorits en el mercat de treball per a garantir la igualtat d'oportunitats per a tothom i prevenir la discriminació. Emprendre mesures actives per compensar els desavantatges de determinats col·lectius és implícitament fomentat es a l'article 14 CE quan estableix que no pot “prevaler cap discriminació” per qualsevol condició personal, com ho és l'edat. Amb l'expressió “sense que puguin prevaler” el precepte denota que cal anar més enllà de la mera prohibició de discriminació, duent a terme mesures per prevenir que no es produeixi cap discriminació. I el mandat constitucional per a desenvolupar aquestes mesures positives es troba a l'article 9.2 CE.

En efecte, la raó de ser de l'adopció de mesures positives a favor de determinats grups de persones es troba a l'article 9.2 CE que proclama l'obligació dels poders públics a promoure les condicions per tal de fer efectiva la igualtat de l'individu i evitar que hi hagi barreres a la participació de tota persona en les esferes política, econòmica, cultural i social. Així, tal i com ha consolidat la jurisprudència del Tribunal Constitucional, “la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”<sup>1083</sup>.

En aquest sentit, en sintonia amb el que disposa l'articulat constitucional, l'article 35 de la Llei 62/2003, en ordre a garantir la plena igualtat per raó, entre d'altres, de l'edat s'assenyala que “el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la presente sección”. De la mateixa manera, la Recomanació la OIT

---

<sup>1083</sup> STC 34/1981, de 10 de novembre (FJ 3), STC 3/1983, de 25 de març (FJ 3).

número 162, sobre els treballadors d'edat avançada es mostra partidari en l'apartat III, article 1.1 a què els Estats elaborin “medidas apropiadas a las condiciones y práctica nacionales para hacer posible que los trabajadores de edad continúen ejerciendo un empleo en condiciones satisfactorias”.

Per la seva part el Tribunal Constitucional també s'ha inclinat a favor del desenvolupament de mesures positives per facilitar la igualtat d'oportunitats en el mercat de treball d'aquells col·lectius que es troben situació d'inferioritat. A la sentència 128/1987, de juliol declara “la actuación de los Poderes Públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales (...) colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral,(...) no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas” (FJ 7) <sup>1084</sup>.

En tot cas, la igualtat de tractament i principi de discriminació en les relacions laborals per raó d'edat que estableix l'ordenament jurídic no és una igualtat absoluta, sinó que d'acord amb la jurisprudència constitucional es tracta d'una prohibició dels tractaments desiguals injustificats. En atenció a la sentència del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de juliol, “toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación (...): la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” (FJ 3). Així, doncs, el tractament que és desigual no vulnera el principi d'igualtat i no discriminació quan està degudament justificat, ja que en paraules del Tribunal Constitucional, l'article 14 CE “no establece un principio de igualdad absoluta que pueda omitir tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal. Y, mucho menos, que excluya la propia necesidad del establecimiento de un trato desigual que recaiga sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales y tengan por función precisamente contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real” (STC 3/1983, de 25 de gener, FJ 3).

---

<sup>1084</sup> En aquesta sentència el Tribunal Constitucional va declarar que l'exclusió de la discriminació en aquest cas, per raó de sexe, reconeguda a l'article 14 CE rau en la voluntat d'eradicar la situació històrica d'inferioritat que s'ha col·locat a la població femenina, tant en la vida social com jurídica.

En el sentit de possibilitar mesures que afavoreixin als treballadors d'edat, cal prendre's en consideració l'article 17.2 ET el qual apunta que “podran establecerse por Ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente”.

A partir d'aquest precepte es permeten mesures que tractin de forma desigual als treballadors a favor dels més grans. a través de mesures d'exclusió, reserves i preferències a l'hora de contractar. S'ha de ressaltar, tal i com indiquen APARICIO i OLMOS que les mesures previstes en aquest article 17.2 ET no tenen la naturalesa de mesures de política d'ocupació, sinó que són normes antidiscriminatòries que afavoreixen determinats grups inferior en el mercat de treball perquè estan en situació de desavantatge en les oportunitats d'accedir al treball. Així, d'acord amb els autor citats el problema “no reside en las mayores o menores oportunidades de empleo, sino en la causa por la que se está en posición desfavorable de cara al empleo”, de manera que “las medidas de acción positiva que el artículo 17.2 ET pergeña no son más que un medio para conseguir que los trabajadores de edad madura se vean igualados con los demás en sus oportunidades de empleo”<sup>1085</sup>. En base a les mesures previstes a l'article 17.2 ET es pot utilitzar el criteri de l'edat per tal d'afavorir la igualtat d'oportunitats en l'accés al mercat de treball dels treballadors de més edat, afavorint per aquesta via a l'ocupabilitat d'aquest grup de treballadors delimitats a partir de l'edat. Tanmateix, a la pràctica, no existeixen en l'actualitat mesures d'exclusió, reserva o preferència en els termes de l'article 17.2 ET a favor dels treballadors grans<sup>1086</sup>.

### ***c) Aspectes procedimentals i sancionadors en cas de pràctiques discriminatòries***

Quan una mesura o actuació s'estima que discrimina per raó d'edat la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*.<sup>1087</sup> (LJS) preveu la trajectòria processal que cal seguir. Del procés cal destacar-ne, segons es desprèn de l'article 179 LJS que: la tramitació tindrà caràcter d'urgent, essent preferent respecte de la resta de processos que se segueixin al jutjat o tribunal; la demanda ha d'interposar-se en el termini general de prescripció o caducitat de l'acció prevista pels actes que lesionin el drets; la demanda ha d'expressar clarament els fets constitutius de la vulneració que

---

<sup>1085</sup> APARICIO TOVAR, R.J., OLMO GASCÓN, A.A., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, pàg. 105, 163.

<sup>1086</sup> *Ídem*

<sup>1087</sup> BOE núm. 245, d'11 d'octubre de 2011

s'al·lega. Es preveu la possibilitat que a l'escrit de la demanda l'actor pot sol·licitar la suspensió de la conducta impugnada, sempre i quan siguin qüestions transcendents que afectin a l'interés general dels treballadors i que poden causar danys impossibles de reparar (art. 180 LJS). Un cop la demanda és admesa a tràmit, se citen les parts en el termini de cinc dies pels actes de conciliació i judici (181.1 LJS).

Un element important en les demandes en què s'al·legui una discriminació per raó d'edat és que la càrrega de la prova correspon al demandant, de manera que serà aquest qui hagi de provar que la mesura vulnera la prohibició de discriminació per edat establerta legalment. Tal i com es desprèn de l'article 181.2 LJS "corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad."

Certament, en aquest tipus de pretensions a la part actora aportar indicis raonables que demostrin que la vulneració s'ha produït i a la demandada la càrrega d'acreditar que va existir una justificació objectiva i raonable de les mesures adoptades i de la seva proporcionalitat. El demandant ha de provar que la decisió no va tenir una motivació lesiva de drets fonamentals (STS 97/1997, de 6 de maig).

Aleshores, des de l'acte del judici, el Jutge dictarà una sentència en el termini de tres dies, sentència que serà publicada i notificada de forma immediata a les parts i els seus representants (181.3 LJS). D'acord amb l'article 182.1 LSJ, la sentència declararà si existeix o no la vulneració denunciada. I, en cas afirmatiu, si la sentència és estimatòria: es declararà l'existència de la vulneració del dret a no ser discriminat per raó d'edat; també es declararà la nul·litat radical de l'actuació de l'ocupador, l'associació patronal, l'Administració pública o qualsevol altra persona, entitat o corporació pública o privada; ordenarà el cessament immediat de l'actuació discriminatòria i la reposició de la situació al moment anterior a produir-se la lesió del dret fonamental; així com s'establirà la quantia de la indemnització que correspongui per haver patit discriminació (art. 183.1 LJS). I, el precepte afegeix que dita indemnització "será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales".

En efecte, en tot cas, l'article 184 LJS especifica que les demandes per acomiadament i altres causes d'extinció del contracte de treball seran tramitades d'acord amb la modalitat processal corresponent. I a l'article 53.4 LET, relatiu a l'extinció del contracte de treball per causes objectives disposa que quan la "decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio". I la qualificació de l'autoritat judicial de la nul·litat de la decisió extintiva, segons l'article 55.6 ET "tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir". Per tant, per a la víctima de discriminació per raó d'edat l'ordenament jurídic espanyol preveu com a remei la readmissió lloc de treball, el cobrament d'una indemnització o la combinació d'ambós.

Per últim, també cal fer referència a l'article 54 LET sobre l'acomiadament disciplinari a través del qual s'extingeix el contracte laboral a causa d'un incompliment greu i culpable del treballador (art. 54.1 LET). Es contempla a l'article 54.2 LET que un incompliment contractual per part del treballador és "el acoso por razón de (...) edad (...) al empresario o a las personas que trabajan en la empresa". Per tant, només es contempla la possibilitat que l'edat sigui motiu d'assetjament de l'empresari al treballador sinó a l'inversa, quan el treballador tracta de forma pejorativa a l'empresari o als seus companys treballadors de l'empresa per raó d'edat.

Per altra banda, al *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*<sup>1088</sup> (LISOS) en els seus articles 8.12 i 8.13 bis, es consideren infraccions molt greus en matèria de relacions laborals "las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad (...) así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación" (art. 8.12 LISOS). De la mateixa manera té la

---

<sup>1088</sup> BOE núm. 189, de 8 d'agost de 2000

consideració d'infracció molt greu "el acoso por razón de (...) edad (...) cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo" (art. 8.13 bis LISOS). En atenció a ambdós preceptes, el legislador ha tipificat en el nivell més greu dins l'escala de valoració de les infraccions que poden produir-se en l'àmbit de les relacions laborals la discriminació per raó d'edat infligida per l'empresari als treballadors, ja sigui directa com indirecta, així com també l'assetjament a l'empresa en motiu de l'edat.

Així mateix, la LISOS també considera infraccions molt greus en matèria d'ocupació a l'art. 16.2 "solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de (...) edad (...) dentro del Estado". Es preveu així que és una discriminació publicar ofertes de treball amb limitacions d'edat que constitueixin discriminacions no justificades o sol·licitar en el moment de pre-contractació l'edat amb l'objecte de discriminar injustificadament al candidat per motiu de la seva edat.

A mode d'exemple, és destacable la STSJ de Catalunya 1014/2006, de 10 de novembre, relativa en un anunci de treball que exigeix als candidats tenir entre 35 i 45 anys sense expressar raons objectives i raonables per aquesta limitació d'edat en el lloc de treball ofert, fet pel qual el Tribunal aprecia discriminació per edat a la selecció i oferta de treball i imposa la corresponent sanció administrativa en matèria d'ocupació per una infracció greu, tal com dicta l'art. 16.2 LISOS.

Així, d'acord amb les disposicions de la LISOS, es castiguen les conductes discriminatòries per raó d'edat que emprengui l'empresari tant en la fase anterior al contracte de treball, durant el període de selecció de personal, com les exercides un cop ja iniciada la relació de treball.

### **3.3 L'argumentació de la jurisprudència en casos de discriminació en el treball per raó d'edat**

A la llum dels articles considerats, especialment els arts. 14 CE, 4.1.c) LET i 17.1 LET, cal prendre com a referència la jurisprudència principal que els ha aplicat i interpretat en argumentar supòsits de fet de discriminació per motiu de l'edat en el treball.

En primer lloc, convé citar la primera sentència que aborda directament la discriminació per raó d'edat en el treball, la STC 75/1983, de 3 d'agost, sobre un concurs convocat per l'Ajuntament de Barcelona per cobrir una plaça d'interventor en el qual s'exigia que el concursant no hagués complert 60 anys, si bé les persones que ja haguessin començat a desenvolupar aquesta activitat abans d'aquesta edat podien continuar en el lloc de treball després de complir 60 anys. El TC estableix que per poder establir un tracte diferenciat, que no vulneri l'art. 14 CE, és indispensable que existeixi una justificació objectiva i raonable, "de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (FJ 2). I, encara que, en aquest sentit, el Tribunal esmenta que "no basta para justificar como razonable la desigualdad, suponer la presencia de una incapacidad personal, o al menos de inferior capacidad para desempeñar dicho cargo de Interventor de Fondos a partir de la superación de los sesenta años de edad", el Tribunal acaba declarant, en el supòsit de fet, que "será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a la edad y las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos" (FJ 5) perquè es justifica per la voluntat d l'Ajuntament d'aprofitar l'experiència i coneixements de l'Interventor durant un període de temps "apreciable para desarrollar técnica y prácticamente la función" (FJ 6). Tot i establir que la presumpció d'incapacitat per tenir una edat avançada no és una justificació raonable <sup>1089</sup>, el Tribunal accepta com a justificació raonable de la diferència de tracte per raó de l'edat a intenció de voler

---

<sup>1089</sup> En relació a les capacitats de la persona i la seva edat, ja a la STC 22/1981, de 2 de juliol el Tribunal conclou que "en cualquier caso, la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción iuris et de iure carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho del trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial" (FJ 5).



aprofitar l'experiència dels interventors durant un període llarg de temps. D'aquesta manera, s'opta per donar prevalença a altres factors que justifiquen el tracte diferenciat per raó de l'edat, tot i que a vegades la justificació faci tot l'efecte de ser poc raonable o vagament justificada. I és que difícilment pot sostenir-se que s'exigeixi una edat per garantir l'aptitud professional del funcionari i l'eficiència del servei quan el funcionari pot continuar prestant el servei quan supera aquesta edat límit si s'havia incorporat en el lloc de treball amb anterioritat <sup>1090</sup>.

Optar, entre l'edat i un altre variable, per aquesta altra variable que justifica la diferència de tracte per raó d'edat és, de fet, la postura majoritària que segueix en posteriors sentències el TC. Especialment, en els casos més prolífics en què s'ha abordat la discriminació per raó d'edat davant el TC, els relacionats amb la possibilitat legal que els convenis col·lectius estableixin edats de jubilació forçosa, el Tribunal ha declarat justificades l'establiment edats màximes per treballar per raons de política d'ocupació. Així, a les SSTC 22/1981, de 2 juliol, 58/1985, de 30 d'abril i 95/1985, de 29 de juliol el TC afirma que es poden fixar una edat de jubilació forçosa sempre que es justifiqui per una finalitat de política d'ocupació. Per altra banda, però també relacionat amb al moment de l'extinció del contracte de treball, són freqüents les formes de discriminació per raó d'edat en els acomiadaments col·lectius que escullen treballadors d'edats avançades per incloure'ls en Expedients de Regulació d'Ocupació (ERO) per tal d'amortitzar els llocs de treball que ocupen <sup>1091</sup>. En aquest sentit cal destacar la STS de 5 de juny de 2005 (3864/2005) que entén que l'amortització dels contractes d'aquells que es troben propers a la jubilació forçosa és una mesura justificada, raonable i proporcionada des de la perspectiva de crisi econòmic de l'empresa. I és que, segons el Tribunal, el manteniment de les relacions laborals de treballadors propers a l'edat de jubilació repercutiria negativament a la delicada situació de l'empresa que, un cop alleugerís la plantilla, es veuria obligada a substituir a aquests treballadors quan es jubilessin uns anys més tard, amb la despesa econòmica que comporta la formació i integració a l'empresa de nous treballadors.

El TS ha abordat l'argumentació dels casos que se li plantegen sobre discriminació en el

---

<sup>1090</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "La edad máxima como límite para el acceso a la función pública", *Aranzadi Social*, BIB 2005/2009, 2005, pàg. 9

<sup>1091</sup> La problemàtica entorn de la jubilació forçosa a la negociació col·lectiva i els treballadors d'edat avançades incloses en EROs és objecte d'anàlisi en el Capítol dedicat al trànsit de la vida laboral al retir.

treball per raó d'edat de manera similar al TC quan es tracta de valorar l'existència de discriminacions injustificades en la limitació d'edat en determinades professions. A la STS de 27 de desembre de 1999 (STS 8463/1999) (FJ 2) a partir d'una demanda interposada pel sindicat "Comisión de Trabajadores de Aviación" respecte a una convocatòria de places per tripulants de cabina de l'empresa de transport aeri "Iberia" que requeria que els candidats tenir una edat compresa entre els 18 i els 25 anys, i també una estatura concreta segons el sexe, no patir deficiències visuals i presentar una imatge personal adequada. Sorprenentment el TS declara que l'activitat d'auxiliar de vol "requiere notoriamente unas condiciones psico-físicas especiales, dada la singular naturaleza de la actividad aérea, derivada del medio y condiciones en que se lleva a cabo (...) los desplazamientos, los cambios horarios, la atención al pasaje en todas sus facetas, incluso las que se refieren a situaciones de emergencia o catástrofe, hacen que el requisito de edad constituya una distinción objetiva, seria, abstracta y razonable, lo que le priva del carácter discriminatorio" (FJ 2). El Tribunal no descriu amb exactitud quines són les tasques singulars que facin necessària limitar en un marge tan estret – dels 18 als 35 - l'edat per accedir a la professió. Potser, com diu GONZALEZ ORTEGA perquè "de hacerlo, comprobaría que esa singularidad no existe más allá de ala que puede predicarse de otras profesiones que exigen tanto o más esfuerzo físico, psíquico o de adaptación, como la hostelería, la representación comercial, el trabajo a turno, la asistencia sanitaria, el transporte en todas sus facetas, el trabajo en el mar y otras muchas más"<sup>1092</sup>. És doncs, una argumentació objectable, superficial i lleugera, que dóna lloc a què es puguin justificar limitacions d'edat en moltes professions.

En la mateixa línia s'han mostrat els Tribunals Superiors de Justícia. A mode d'exemple, la STSJ de Balears de 23 de juny de 1997 (AS 2403), el Tribunal determina que és justificada l'exigència de no tenir més de 40 anys per accedir a l'activitat d'estibador portuari. Segons el Tribunal "al existir circunstancias objetivas y razonables como es el hecho de que se trata de una actividad penosa y con cierta peligrosidad" cal considerar que és justificada la limitació d'edat. També la STSJ de Navarra, de 15 de juny (RJCE 2000/1478) va considerar no discriminatòria la fixació d'una edat màxima - de 36 anys – per accedir al Cos de Bombers de la Comunitat Foral de Navarra, i la STSJ de Catalunya de 7 d'abril de 2000 (RJCA 1999/5074) que considera que no és

---

<sup>1092</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La discriminación...*op cit.* pàg. 93

discriminatori exigir 40 anys com a edat màxima per accedir a posicions d'inspector del Cos de Mossos d'Esquadra.

No obstant la doctrina exposada que originàriament ha tendit a justificar fàcilment les limitacions per edat en el treball, el cert és que en casos ulterior, i ja amb la Directiva 2000/78/CE transposada a l'ordenament jurídic espanyol, sembla que la jurisprudència hagi pres el rumb contrari i sigui més cautelós quan es tracta de valorar la justificacions de diferències de tractament per raó d'edat. Així es pot observar de forma excepcional a la STC 37/2004, d'11 de març, la qual declara inconstitucional l'art. 135.b) del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local*<sup>1093</sup> que establí un límit màxim d'edat per presentar-se en tot concurs d'oposicions de la funció pública local. Segons indica el TC "Puede ser justificable que la provisión de determinadas plazas de la función pública contenga exigencias específicas de edad derivadas de las peculiaridades de los concretos puestos a cubrir. Pero tal posibilidad no opera cuando, como es aquí el caso, la norma se aplica de forma indiferenciada a todos los funcionarios públicos locales" (FJ 6).

També es mostra partidari d'analitzar amb cautela la raonabilitat de limitar l'edat per accedir a determinats llocs de treball públics el TS. A les STSS de 31 de gener i de 28 de juliol de 2006 van anul·lar les exigència d'edat de 40 anys per accedir a les places d'Inspector del Cos de Mossos d'Esquadra. La sentència revela que disposar d'una promoció continua i constant a través de les diferents escales i categories del Cos no justifica suficientment el límit d'edat per accedir-hi.

Així mateix, a les STSS de 21 de març de 2011 que versen sobre una disposició que limita a 30 anys o 35 anys d'edat –en funció de si s'està en actiu en el cas- per accedir al cos d'inspectors del Cos de Nacional de Policia. És cert que l'art. 56.1.c) de *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*<sup>1094</sup> declara que es poden establir edats màxims per l'accés a la funció pública, sempre que estiguin justificades. I, en aquest cas, el Tribunal encertadament declara que no hi ha una justificació necessària per limitar a qui no hagi complert 30 o 35 anys l'accés al cos.

---

<sup>1093</sup> BOE núm. 96, de 22 d'abril de 1986

<sup>1094</sup> BOE núm. 89, de 13 d'abril de 2007

Així, sobre la base d'aquestes sentències recents, sembla que la tendència que pren la jurisprudència és considerar discriminatoris els límits d'edat per l'ingrés a la funció pública – que normalment és on més limitacions d'edat s'han establert - i sotmetre a aquest límit d'edat a un major escrutini per poder ser justificat.

Pel que fa al sector privat també la jurisprudència es va inclinant a exigir escrupolositat a l'empresari que difon ofertes de treball amb limitacions d'edat. Aquest és el supòsit present a la STSJ de Madrid 112/2004, de 23 de gener, relacionada amb un empresa que publica una oferta de treball en un diari sol·licitant teleoperadors d'edats compreses entre els 20 i els 45 anys. Les raons al·legades per l'empresa per justificar aquestes limitacions per raons d'edat consistien en la necessitat que els treballadors es mostressin “dinàmics” davant dels clients. El Tribunal estima que la limitació d'edat de convocatòria és injustificada, resa suposa que els treballadors menors de 20 anys i majors de 45 anys no disposen del “dinamisme telefònic” necessari per desenvolupar el treball encomanat. És més, la limitació discriminatòria d'edat a l'oferta de treball desanima l'accés al mercat de treball a demandants de treball que precisament a causa de la seva edat tenen dificultats per inserir-s'hi.

També la STSJ de Catalunya 1014/2006 de 10 de novembre, anteriorment esmentada, en la qual s'oferta un lloc de treball per cobrir una plaça de responsabilitat i l'anunci limita que el candidat tingui entre 35 i 45. En aquest cas, l'empresa al·lega que es vol seleccionar a una persona amb maduresa personal, estabilitat emocional i trajectòria professional. Aquesta pràctica empresarial tant discrimina als majors de 45 anys com els menors de 35 anys, ambdós col·lectius desfavorits en el mercat de treball. Però el cert és que el requisit d'experiència i maduresa no es pot considerar exclusiu de les persones d'entre 35 i 45 anys<sup>1095</sup>. Així doncs, el Tribunal determina que és un cas de discriminació desfavorable per raó d'edat, ja que el requisit d'edat establert a l'oferta de treball no es justifica per causes objectives.

Per últim, la discriminació per raó d'edat també es pot produir durant la relació laboral, de forma que minva les seves expectatives professionals i de promoció a l'empresa. És

---

<sup>1095</sup> CASTELLANO BURGUILLO, E., “No discriminación...*op cit.* pàg. 2

el plantejament de la ja mencionada STSJ de Madrid de 2010 (1289/2010) sobre l'extinció de la relació laboral per assetjament laboral continu d'un empresari a un treballador de 61 anys amb la finalitat que abandonés l'empresa. L'empresari insistia a què el treballador acceptés acollir-se a un pla de prejubilació. Davant la negativa del treballador, l'empresari va procedir a reiterar-li que si decidia continuar treballant posava en risc la seva salut i que la seva presència a l'empresa era vàcua. El Tribunal va declarar el comportament empresarial era un assetjament laboral que discriminava el treballador per raó de l'edat, tot atemptant contra la dignitat del treballador.

En suma, de al jurisprudència mostrada al llarg del present capítol, vinculada a supòsits de discriminació per raó d'edat en el treball, es desprèn que aquesta tant és present en el moment anterior a la relació laboral –la selecció de candidats-, com durant la relació laboral -l'assetjament i la impossibilitat de promocionar-se-, i de forma especial també a l'extinció de la relació laboral - a través de la jubilació forçosa o la inclusió de treballadors d'edat avançada en Expedients de Regulació d'Ocupació a causa de la seva edat-.

En aquest darrers termes, la jubilació forçosa i la inclusió de treballadors d'edat en acomiadaments col·lectius, cal mencionar que a la llum de les recents reformes laborals s'hi ha introduït importants novetats. D'una banda, la Disposició Final quarta de la Llei 3/2012, de 6 de juliol, de mesures urgents per a la reforma del mercat de treball, ha establert que els convenis col·lectius ja no poden establir la jubilació dels treballadors que arribin a l'edat de jubilació, suprimint així la possibilitat d'establir clàusules de jubilació forçosa en la negociació col·lectiva. D'altra banda, i en relació a la presència de treballadors d'edat en procediments d'acomiadaments col·lectius, el *Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada*<sup>1096</sup> preveu una sèrie de mesures per minimitzar l'impacte que suposa l'acomiadament als treballadors de més edat. Així, s'estableix que les empreses que duguin a terme un acomiadament col·lectiu de més de 50 treballadors han d'incloure un pla de recol·locació externa pels treballadors afectats per l'acomiadament a través d'empreses de recol·locació autoritzades. De forma especial, aquest pla ha de garantir

---

<sup>1096</sup> BOE núm. 261, de 20 d'octubre de 2012

als treballadors afectats de més edat una atenció continuada per un període mínim de sis mesos, que inclou accions d'intermediació, orientació professional i formació professional (art. 9 RD 1483/2012). Una altra mesura estableix la prioritat de permanència a l'empresa als treballadors més grans de determinada edat en el supòsit d'un procediment d'acomiadament col·lectiu, si així s'ha pactat en conveni col·lectiu o durant el període de consultes (art. 13 RD 1483/2012). Per últim, Sens dubte, totes aquestes novetats suposen una protecció davant la discriminació per raó d'edat evançada en el treball alhora que protegeixen l'ocupació dels treballadors d'edat.

#### **4. ESPECIAL REFERÈNCIA COMPARADA ALS ESTATS UNITS: LA LEGISLACIÓ PIONERA CONTRA LA DISCRIMINACIÓ PER RAÓ D'EDAT**

Els Estats Units, per la seva història i tradició legal liberal que impregna les relacions laborals, és un país capdavanter en el desenvolupament d'iniciatives legislatives per protegir als treballadors de més edat contra la discriminació en el treball. La llei contra la discriminació per raó d'edat en el treball que existeix a l'ordenament jurídic estatunidenc, anomenada *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA) de 1967, és el principal instrument amb dels treballadors d'edat d'aquest país per fer front als obstacles amb els quals col·lisionen a l'hora d'accedir i mantenir-se en el mercat de treball. Es tracta d'una llei que podria assimilar-se a la Directiva europea 2000/78/CE, de 27 de novembre, que estableix el principi d'igualtat i no discriminació per raó d'edat en el treball i l'ocupació.

##### **4.1 Caracterització de les relacions laborals als Estats Units: l'aprovació de lleis antidiscriminatòries per contrarestar la doctrina de l'*employment-at-will***

Històricament, en els seus orígens com a Estat recentment format en forma d'Estat federal<sup>1097</sup>, als Estats Units es considerava que la relació laboral era una qüestió privada,

---

<sup>1097</sup> Els Estats Units es configuren com un estat federal. La nació-estat dels Estats Units d'Amèrica és el resultat de l'associació de tretze colònies independents (Delaware, Pennsylvania, New Jersey, Georgia, Connecticut, Massachussets, Maryland, South Carolina, New Hampshire, Virginia, New York, North Carolina, Rhode Island.), cada una amb la seva sobirania i el seu sistema de dret públic i privat. Amb la

un contracte privat entre l'ocupador i el treballador. Aquesta consideració deriva de la llei que regia entre el patró i el servent originàriament desenvolupada com una branca de la llei de les relacions domèstiques<sup>1098</sup>. El patró i el servent estaven lligats per obligacions entre els dos. Dins aquesta relació, l'empresari podia imposar les condicions de treball que desitgés als seus empleats i no estava sotmès a cap sanció, fossin quines fossin les condicions de treball imposades. Així, podia iniciar i cessar la relació de treball amb l'empleat de forma lliure i sense que ho hagués de justificar en cap causa. El treballador, per la seva part, també podia cessar el treball quan desitgés. Amb el desenvolupament de la revolució industrial el segle XIX, l'actitud de *laissez-faire* en les relacions laborals i la llibertat per contractar és la que va prevaldre<sup>1099</sup>.

De fet, és una actitud que reflecteix la mateixa tradició política nord-americana que ha destacat per defensar l'estat mínim, és a dir, la desregulació i l'individualisme. A diferència del liberalisme constitucionalista europeu, que admet una intervenció de l'Estat per actuar a favor del treballador, la filosofia partidària de l'estat mínim

---

Declaració d'Independència de 1776 les tretze colònies van passar a formar part d'un sistema federal separant-se així de la metròpolis que era Gran Bretanya. Era una confederació d'estats independents no unida per mitjà d'un govern amb poders considerables o un sistema judicial. Aquesta confederació va ser substituïda per una federació amb un govern federal central arrel de l'adopció de la Constitució l'any 1789. Tot i el poder atorgat per la Constitució al govern federal, es va deixar als estats amplis poders residuals, tal i com va explicitar l'esmena 10, Tenth Amendment: "the powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people". Per tant, cada estat té un poder il·limitat excepte les limitacions que resulten del traspàs de poder al govern federal. Així, cada estat té poders en les tres branques, executiva, legislativa i judicial, encara que la Constitució estableix un poder federal executiu, legislatiu i judicial. BONFIELD, L., *American Law and the American Legal System in a nutshell*, Thomson West, United States, 2006. pàg. 185 et seq.

<sup>1098</sup> Tal com emfatitza DE TOCQUEVILLE, quan es refereix ala força de treball en el seu text clàssic sobre les claus per entendre el pensament polític i social del poble americà del s. XIX *De la démocratie en Amérique*: "Most of what has been said (...) about masters and servants applies to masters and workmen". En tot cas, la jerarquia entre patrons i treballadors, diu l'autor, és substancialment més mòbil que a Europa on les diferències de classe són hereditàries, i així estableix "As the rules of social hierarchy are ess strictly observed, as great ones fall the humble rise, as poverty as well as wealth ceases to be hereditary, the distance separating master from workman daily diminishes both in fact and in men's minds". És l'imaginari del somni americà, que de tot individu, sigui treballador pobre o patró ric, que somnia en "opening up new roads to fortune". Ara bé, mentre el treballador que no té recursos està subordinat al patró, l'autor és conscient que "if by common accord they withold their work, the master, who is rich, can easily wait without ruining himself until necessity brings them back to him. But us for them [els treballadors], they must work every day if they are not to die, for they scarcely have any property beyond their arms. They have long been impoverished by oppression and increasing poverty maes them easier to oppress. This is the vicious circle they can not escape". Per tant, l'estat de dependència del treballador pobre amb el patró fa que el treballador no està en igualtat de condicions amb el patró, sinó que hi està subordinat. Per aquest motiu l'autor reclama que "it is nonetheless serious and claims the particular attention of legislators". DE TOCQUEVILLE, A., *Democracy in America* (Translated by George Lawrence), Harper Perennial, New York, 1988. pàgs. 582-284.

<sup>1099</sup> ROTHSTEIN, M.A., LIEBMAN, L., *Employment Law. Cases and materials*. University Casebook Series, New York, 1998 pàg.738

consideren que les úniques funcions de l'estat són la seguretat col·lectiva i la defensa dels drets individuals, especialment, la propietat <sup>1100</sup>. Conseqüentment, dita tendència liberal que ha seguit els Estats Units consistent en reduir el paper del govern s'ha reflectit en les relacions laborals <sup>1101</sup>.

La no intervenció en les relacions de treball es concreta en la regla de *employment at-will* que des del segle XIX impregna les relacions de treball als Estats Units. Provenent del la tradició legal anglosaxona del *common law*<sup>1102</sup>, aquesta regla va ser oficialment reconeguda pels tribunals nord-americans al segle XIX <sup>1103</sup>. Segons aquesta doctrina, l'empresari pot tant contractar com acomiadar els treballadors lliurement "for good cause, or bad cause, or no cause at all", és a dir, pot acomiadar al treballador per una bona causa, una mala causa, o per cap causa en concret. El treballador, per la seva part, també pot cessar el treball quan desitgi. La relació de treball entre ocupador i treballador es considera que està a mercè de la voluntat de les parts<sup>1104</sup>.

No va ser fins a principis del segle XX que hi va haver els primers indicis legislatius reguladors de la relació laboral i de protecció del treballador. Fins aleshores no hi havia legislació laboral, cap llei ni federal ni estatal contra l'acomiadament sense causa.

---

<sup>1100</sup> ALCOBERRO, R., "El liberalisme individualista nord-americà", *Filosofia i Pensament*, <http://www.alcoberro.info/> (26/02/2010)

<sup>1101</sup> Especialment restringida la intervenció del govern en les relacions laborals va ser la dècada des del 1980 fins a l'any 2008, coincidint amb el govern del partit republicà, un partit de centre-dreta que generalment es caracteritza per donar suport a la limitació de l'involumament del govern en l'economia. BLANPAIN, R., (director), *Regulating employment relations, work and labour laws*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010. pàg. 31

<sup>1102</sup> El sistema legal actual dels Estats Units l'integren les dos grans tradicions legals d'Occident que van ser introduïdes a través de la recepció colonial, el dret civil que impera a l'Europa continental i deriva del dret romà i el dret comú o *common law* originari d'Anglaterra. La font bàsica del dret privat nord-americà, que és el que regeix les relacions laborals, és el *common law* anglès incorporat per la recepció colonial anglesa que considera la jurisprudència font primordial de dret. En canvi, el dret públic s'assimila en certa part a la tradició europea continental, per l'existència d'una Constitució escrita, de 1789, un sistema presidencial i el paper del Tribunal Suprem –the Supreme Court– que té encomanades les funcions de garantir la supremacia de la Constitució, d'assegurar la interpretació uniforme de les lleis federals i de resoldre les controvèrsies entre els Estats. VON MEHREN, A.T., MURRAY, P.L., *Law in the United States*, 2nd edition, Cambridge University Press, New York, 2007. pàgs. 7-11; NEACÇU, D., *Introduction to U.S Law and legal research*, Transnational Publishers, United States, 2005, pàg. 44

<sup>1103</sup> BALLAM, D.A., "Exploding the original myth regarding employment-at-will: The true origins of the doctrine", *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 17, issue 1, 1996, p. 91.

<sup>1104</sup> Autors com EPSTEIN i POSNER han considerat que la doctrina de l'*employment at-will*, que acreix el poder de decisió unilateral de l'empresari respecte el del treballador, és un dels factors determinants que han coajudat el creixement de l'economia del país. Richard Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995. pàgs. 305-311; Roger Blanpain, Susan Bison-Rapp, William R. Corbett, Hilary K. Josephs, & Michael J. Zimmer, *The Global Workplace: International and Comparative Employment Law - Cases and Materials*, Cambridge University Press, New York, 2007. pàgs. 101 i 102.



L'únic dret del treball que existia era el derivat de les decisions judicials dels tribunals<sup>1105</sup> ja que, per herència del *common law*, en el sistema legal nord-americà la jurisprudència (*case law*) és font del dret<sup>1106</sup>. I, en general, la jurisprudència era favorable als interessos de la part empresarial perquè considerava que la legislació laboral reguladora de les condicions de treball atemptava la llibertat de contractar dels empresaris. Els treballadors no disposaven de capacitat d'elecció i havien d'acceptar les condicions de treball que imposés l'empresari, fos quina fos la seva duresa<sup>1107</sup>.

Els anys de depressió econòmica seguits del crac borsari de 1929, subratllats per l'atur massiu i les fallides dels bancs va sacsejar la confiança cega amb el lliure mercat i va propiciar que acreixés la influència de la teoria keynesiana en defensa d'una major intervenció legislativa del govern federal. Aquestes intervencions reconeixien explícitament que els mercats desregulats no protegien adequadament el benestar dels treballadors de país. En l'àmbit de les relacions el govern federal va aprovar la *National Relations Act* de 1935 (NRLA, altrament dita *Wagner Act*)<sup>1108</sup> que va legitimar la sindicalització per protegir els interessos del treballador a través de la negociació col·lectiva i així oferir una alternativa a les tàctiques sovint coercitives dels empresaris. En la mateixa línia de protegir També l'any 1938 es va aprovar l'anomenada *Fair Labor Standards Act* (FLSA)<sup>1109</sup> que estableix un mínim salarial<sup>1110</sup> que l'empresari ha de garantir i prohibeix el treball infantil.

---

<sup>1105</sup> A mode d'il·lustració, la jurisprudència podia fàcilment obtenir una ordre judicial per prohibir diverses formes d'activitat organitzada dels treballadors a través dels sindicats.

FARNSWORTH, E.A., *An introduction to the legal system of the United States*, 3rd edition, Oceana Publications, New York, 1996, pàg. 161; HENDERSON, S.D., *Labor Law. Cases and comment*, Foundation Press, New York, 2001. pàgs. 3, 4, 14;

<sup>1106</sup> A saber, el principi essencial que regeix sistema legal del *common law* és l'anomenat principi del precedent o *stare decisis*. Aquesta doctrina significa, en primer lloc, que davant d'un supòsit de fet similar, els tribunals inferiors han d'acceptar la postura sostinguda a les sentències dels tribunals jeràrquicament superiors. En segon lloc, implica que el tribunal està obligat per les seves pròpies decisions prèvies. La jurisprudència és així considerada font mateixa del dret. Amb tot, a diferència dels tribunals del Regne Unit que van encunyar aquesta doctrina, els tribunals dels Estats Units es mostren més flexibles i disposats a contradir les decisions judicials precedents quan per les condicions socials contemporànies així ho facin considerar convenient. A més a més, la jurisprudència està subjecte a ser modificada o suprimida per la legislació. Certament, si el legislador no comparteix la doctrina jurisprudencial assentada pels tribunals pot revocar dita doctrina a través de l'adopció de lleis. De fet, sovint és la pròpia jurisprudència que incentiva l'activitat legislativa en una àrea particular. D'altra banda, la doctrina del precedent també s'aplica alhora d'interpretar la legislació. VON MEHREN, A.T., MURRAY, P.L., *Law in the United States*, 2nd edition, Cambridge University Press, New York, 2007. pàgs. 8 i ss.

<sup>1107</sup> ROTHSTEIN, M.A., LIEBMAN, L., *Employment Law...op cit* pàg. 63

<sup>1108</sup> 29 USC §§ 151 et seq.

<sup>1109</sup> 29 USC § 201

La NRLA garanteix el dret dels treballadors a organitzar-se i negociar col·lectivament a través dels representants escollits, a la vegada que prohibeix una sèrie de pràctiques laborals per part dels empresaris, com la discriminació contra els treballadors per formar part d'un sindicat o el rebuig per negociar col·lectivament amb un agent autoritzat com a tal<sup>1111</sup>. La negociació col·lectiva té lloc en unitats de negociació integrades per treballadors d'una mateixa o similar categoria professional.

Doncs bé, el que és rellevant és que només en el marc de la negociació col·lectiva es fixen causes per poder acomiadar els treballadors afiliats als sindicats negociadors. Per la resta de treballadors no afiliats i per tant, no sotmesos al conveni col·lectiu resultant de la negociació, regeix la regla de l'*employment-at-will*<sup>1112</sup>. Així, els treballadors van començar a formar sindicats (*Unions*) de forma que es va començar a negociar col·lectivament amb els empresaris per requerir certes garanties en el treball, com per exemple, que hi hagués una causa per acomiadar. No obstant això, el cert és que els sindicats als Estats Units no han gaudit mai de la força que han mantingut altres països industrialitzats europeus<sup>1113</sup>. De fet, en l'actualitat únicament un 7,5% dels assalariats en el sector privat formen part d'un sindicat<sup>1114</sup>. Per tant, la gran majoria de treballadors estan subjectes a la regla de l'*employment-at-will*.

A causa d'aquesta doctrina per la qual la relació laboral està mancada de qualsevol interferència legal, els empresaris podien decidir no contractar a les minories ètniques,

---

<sup>1110</sup> Pels treballs desenvolupats posteriorment al 24 de juliol de 2009, el salari mínim és de 7,25\$ per hora. Alguns Estats han fixat un salari mínim per hora major que el fixat pel govern federal. <http://www.dol.gov/elaws/faq/esa/flsa/001.htm> (14.01.2012)

<sup>1111</sup> La discriminació a la NFLA es refereix a pertànyer a un sindicat. Així, es disposa que són pràctiques injustes per part de l'empresari: interferir i coercionar als treballadors els drets sindicals i de negociació col·lectiva garantits per la llei, interferir a la formació d'organitzacions laborals, discriminar per pertànyer a un sindicat o negar-se a la negociació col·lectiva amb els representats elegits pels treballadors (Sect. 8, 158 U.S.C). Així, la NLRA reconeix el dret dels treballadors del sector privat a estar representat per un sindicat i la prohibició de l'empresari a discriminar als treballadors per raó de la seva pertinença a un sindicat.

<sup>1112</sup> OIT, *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Conference, 82nd session, Geneva, 1995. pàg. 10

<sup>1113</sup> BONFIELD, L., *American Law and the American Legal System in a nutshell*, Thomson West, United States, 2006. pàg. 223. L'autor sosté que: "American employers have long been wary of unions, and the movement of industry from the northeast and the midwest of the United States to the southern states after World War II was partly engineered to weaken union control over labor".

<sup>1114</sup> En les darreres dades de l'any 2011, el percentatge de treballadors assalariats, tant del sector públic com del sector privat, que pertanyen a un sindicat és del 11,0%, 37% dels treballadors del sector públic i el 6,9% del sector privat. Bureau of Labour Statistics, U.S Department of Labor, <http://www.bls.gov/news.release/pdf/union2.pdf> (29.02.2012).

assignar determinades feines a les dones, pagarà salaris diferents per uns treballadors i altres per la mateixa feina, produint així una segregació i desigualtat de la força de treball. Així que l'empresari gaudia d'un complet lliure arbitri alhora de contractar i acomiadar treballadors quan li plagués i d'imposar condicions laborals perniciosos <sup>1115</sup>.

Donat l'ampli marge de decisió de l'empresari en la relació laboral que permet a l'empresari tractar desigualment als treballadors, i en el marc del moviment en defensa dels drets civils i en contra de la segregació als anys seixanta<sup>1116</sup>, va aparèixer el dret de la discriminació en el treball (*Employment Discrimination Law*) representat per les lleis antidiscriminatòries que limiten la discriminació en contra dels treballadors per algun dels motius prohibits per la lleis, com ho són, la raça, el sexe, la nacionalitat, la religió, la discapacitat i també, l'edat, en concret l'edat. Així, per exemple, la legislació antidiscriminatòria prohibeix als empresaris fonamentar les seves decisions empresarials alhora de contractar o acomiadar a un treballador per la seva edat avançada, en comptes de valorar la capacitat del treballador per desenvolupar el treball o algun altre factor neutral.

Les primeres lleis antidiscriminatòries que es van promulgar pretenien redreçar una història d'exclusió tant individual com col·lectiva en el lloc de treball per motius de raça, sexe, nacionalitat i religió. D'aquí deriva en primer lloc l'aprovació de *Equal Pay Act*<sup>1117</sup> de 1963 que exigeix a l'empresari retribuir igualment als homes i les dones pel treball igual o similar. Un any més tard es va aprovar l'important Títol VII de la *Civil Rights Act*<sup>1118</sup> de 1964 que prohibeix la discriminació per raó de raça, religió, sexe o

---

<sup>1115</sup> PLAYER, M.A., *Federal law of employment discrimination in a nutshell*, 3rd edition. West publishing Co. United States, 1992 pàg. 1

<sup>1116</sup> ZIMMER, SULLIVAN, RICHARD & GALLOWAY, *Cases and materials on Employment Discrimination*, 4th edition, Aspen Publishers, New York, 1997. pàg. 80. Convé tenir en compte que la causa del desavantatge en el mercat de treballs de grups com els afroamericans als Estats Units dels anys seixanta no es deu només a pràctiques dels empresaris en el dia a dia, sinó que va molt més enllà, i és que es deu al llegat d'esclavitud que va marcar la història del país. En abolir-se la pràctica d'un segle d'esclavitud permesa, la població afroamericana treballava al sud i a l'agricultura, de forma que partien d'un desavantatge respecte a la població blanca, i explica la desigualtat de l'actual distribució de treball. Els autors ressalten que no hi ha una visió unànima d'acord amb la prohibició de la discriminació, ja que també hi ha la visió que considera immorals les lleis antidiscriminatòries en tant que forcen a algú a treballar amb persones amb qui no es vol ajuntar, la llibertat d'associar-se - per exemple el Jutge Robert Bork del Tribunal Suprem, 1963-; o altres punt de vista que estableix aue les lleis antidiscriminatòries són innecessàries ja sigui perquè el propi mercat de treball ja eliminarpà la discriminació sense la interferència del govern - Milton Friedman a *Capitalism and Freedom*, 1962-. En qualsevol cas, els autors afirmen que

<sup>1117</sup> 29 USC § 206 (d)

<sup>1118</sup> 42 USC § 2000e, et seq.

origen nacional. Anys més tard, el Congrés va ampliar la protecció en contra de la discriminació per altres motius, com són l'edat i discapacitat. La prohibició de la discriminació per raó d'edat que es va regular se cenyeix estrictament en l'àmbit del treball i es va materialitzar amb la *Age Discrimination in Employment Act*<sup>1119</sup> (ADEA), llei aprovada l'any 1967, que té com a finalitat protegir en contra de la discriminació en el treball als treballadors a partir dels 40 anys. I, per últim, es va adoptar una llei per protegir contra la discriminació en motiu de la discapacitat per mitjà de la *Americans with Disabilities Act*<sup>1120</sup> de 1990<sup>1121</sup>.

Així, no hi ha una única llei de discriminació en el treball, sinó que la legislació federal de discriminació en el treball està composta per diverses normes, cada una de les quals prohibeix formes específiques de discriminació. Totes aquestes lleis sobre discriminació tenen com a objectiu prevenir la discriminació basada en la raça, el sexe, la religió, la discapacitat i l'edat per part dels empresaris, una discriminació que afecta a la contractació, l'ascens, l'assignació de tasques, l'acomiadament o la indemnització, entre d'altres aspectes del treball.

Així les coses, per la progressió del dret del treball nord-americà exposada, el Dret del Treball contemporani dels Estats Units es divideix en tres branques: *employment law* (dret de l'ocupació), *labor law* (dret del treball) i *employment discrimination law* (dret de la discriminació en el treball). El dret de l'ocupació comprèn el cos de lleis federals i estatals que regulen la relació laboral individual entre l'empresari i el treballador i estableixen les condicions de treball; el dret del treball inclou la negociació col·lectiva i la relació sindical; i el dret de la discriminació en el treball engloba tota legislació que prohibeix la discriminació en el treball per raó, entre d'altres, de raça, gènere, nacionalitat o l'edat avançada<sup>1122</sup>.

---

<sup>1119</sup> 29 USC § 621-634

<sup>1120</sup> 42 USC §§ 12101 et seq.

<sup>1121</sup> També, en els darrers anys també s'has adoptat lleis estatals que persegueixen prevenir la discriminació en el treball basada en l'orientació sexual o l'estat civil del treballador. LIEBERWITZ, R.L., "Employment discrimination law in the United States: on the road to equality?", dins BLANPAIN, R. (editor), *New developments in Employment Discrimination Law*, Bulletin of Comparative Labour Relations, núm. 68, Kluwer Law International, United Kingdom, 2008. pàg. 3.

<sup>1122</sup> FISCHL, R.M., "Rethinking the tripartite division of American Work Law", *Berkeley journal of employment and labor law*, Vol. 28, núm. 1, 2007, pàg 163. És destacable la visió de Fischl per a qui, a dia d'avui, no té sentit la divisió en tres branques del dret del treball americà en tant que les tres disciplines interactuen i es relacionen contínuament, en el sentit que "one cannot fully grasp the role of contemporary employment discrimination law without taking into account the part it plays in resolving

El cos de lleis antidiscriminatòries conforma una branca pròpia del Dret del Treball contemporani dels Estats Units, juntament amb employment law i labour law. I, el que és rellevant és que dins aquest bloc legislatiu antidiscriminatori s'hi recull expressament l'edat avançada com un dels motius il·lícits de discriminació respecte a l'àmbit laboral.

A partir d'aquestes lleis antidiscriminatòries, va començar a canviar la manera de veure la relació laboral al país. Els tribunals i les lleis van començar a reconèixer que els empresaris tenien certs avantatges alhora de negociar amb treballadors presents o futurs i que, en efecte, el treball és l'element central pel benestar de la persona de forma que resulta necessari protegir d'alguna manera als treballadors acomiadats injustament. En base a aquest raonament els tribunals als anys cinquanta van crear diverses excepcions a la doctrina de l'*employment-at-will*, que són bàsicament tres: l'excepció de l'ordre públic (*public policy exception*), l'excepció del contracte implícit (*implied contract exception*) i l'excepció del conveni de bona fe (*covenant-of-good-faith exception*).

En primer lloc, l'excepció de l'ordre es refereix a la situació d'un treballador que es acomiadat injustament i la forma de l'acomiadament és contrària a l'ordre públic. El primer cas que va reconèixer aquesta excepció a la doctrina de l'*employment-at-will* va ser el 1959, en el cas *Petermann v. International Brotherhood of Teamsters*<sup>1123</sup>, en el qual tribunal va afirmar que les normes d'ordre públic (*public policy*) cobrien els actes que eren considerats injuriosos contra l'ordre públic. La segona excepció, establerta de forma pionera pel cas, *Touissant v. Blue Cross and blue shield of Michigan* de 1980<sup>1124</sup> és l'excepció del contracte implícit. Succeeix quan en un contracte, encara que no

---

workplace disputes over individual discharges; one cannot fully grasp the role of contemporary labor unions without taking a hard look at whom they are organizing and what strategies they are deploying in doing so; and one cannot fully grasp the contemporary functions of either employment discrimination litigation or labor unions without exploring the important role that employment law doctrines play in connection with each". Per l'autor el rerafons de la separació entre dret del treball, dret de l'ocupació i dret de la discriminació en el treball és amagar que, per exemple, els treballadors poden organitzar-se i demanar junts o que la igualtat en el treball està relacionada amb la democràcia en el treball. És per això que l'autor defensa la necessitat de repensar la divisió del dret del treball americà.

<sup>1123</sup> 174 Cal. App. 2d 184-1959 El cas estava relacionat amb l'acomiadament d'un treballador –tresorer d'un sindicat - per haver assistit en una citació judicial com a testimoni en un judici en què s'estava investigant una presumpta corrupció dins el sindicat i, en contra de les indicacions del sindicat que pretenia que el treballador contestés falsament, el treballador va contestar les qüestions preguntades sense falsejar la informació.

<sup>1124</sup> 408 Mich. 579, 292 N W 2d 880 El cas està relacionat amb un treballador –Charles Touissant – que, en ser contractat l'ocupador va afirmar-li que la relació laboral continuaria “as long as [he] did [his] job”.

estigui escrit, s'ha creat implícitament entre empresari i treballador la presumpció que la relació laboral no s'extingirà si no és per una justa causa a través de manifestacions orals o escrites continuades durant el curs de la relació laboral que generen un dret a la seguretat en el treball. Per últim, l'excepció del conveni de bona fe és una excepció desenvolupada en alguns Estats per la qual els acomiadaments no poden fer-se sense cap causa ni ser malintencionades <sup>1125</sup>.

En definitiva i a mode de recapitulació, la regla de *l'employment at-will* és la regla predominant que regeix les relacions laborals en els Estats Units<sup>1126</sup>, doctrina que comporta una àmplia flexibilitat per l'empresari a l'hora d'establir les condicions laborals <sup>1127</sup>. Per contrarestar l'ampli poder empresarial que atorga *l'employment at-will* i coincidint amb els moviments socials pels drets civils dels anys seixanta - centrats especialment contra la segregació racial -<sup>1128</sup>, es van aprovar un conjunt de lleis antidiscriminatòries per diversos motius –raça, sexe, nacionalitat, edat, discapacitat- que s'estenen a les relacions laborals. Totes aquestes lleis minven el poder il·limitat de l'empresari en les relacions laborals ja que, en relació a l'edat avançada, prohibeixen la discriminació per raó d'edat en el treball.

---

És més, l'empresa disposava d'un manual de polítiques de l'empresa pel seu personal que establia que una de les polítiques de l'empresa era acomiadar als treballadors únicament en cas de justa causa.

<sup>1125</sup> MUHL, C.J., The employment –at-will doctrine: three major exceptions, *Monthly Labor Review*, January, 2001 pàg. 5-8; GLYN, T.P., ARNOW-RICHMAN, R.S., SULLIVAN, C.A., *Employment Law. Private ordering and its limitations*, Aspen Publishers, New York, 2007. pàg. 65 et seq.

<sup>1126</sup> Només l'Estat de Montana disposa d'una llei estatal que redueix la lliure disposició dels treballador per part de l'empresari. Així és, l'any 1987 va aprovar la *Wrongful Discharge from Employment Act* (WDEA), una llei que enumera una sèrie de causes legals per a poder acomiadar els treballadors. Segons declara aquesta llei, l'acomiadament serà il·lícit si it was in retaliation for the employee's refusal to violate public policy or for reporting a violation of public policy; the discharge was not for good cause and the employee had completed the employer's probationary period of employment; or the employer violated the express provisions of its own written personnel policy".

<sup>1127</sup> DAU-SCHMIDT, K.G., BRUN, C.L., "United States of America", dins BLANPAIN, R. (Editor), *Labour Law in motion. Diversification of the Labour Force & terms and conditions of employment*, Bulletin of Comparative Labour Relations, núm. 53, Kluwer Law International, United Kingdom, 2006. pàgs. 183 i 189

<sup>1128</sup> Vid. SPERO, S.D., HARRIS, A.L., *Black worker; the Negro and the labor movement*, Columbia University Press, New York, 1931; SCHROEDER, O. (editor), *De facto segregation and civil rights; struggle for legal and social equality*, W.S. Hein, Buffalo, N.Y, 1965; FRIEDMAN, L., *Civil rights reader: basic documents of the civil rights movement*, Walker, New York, 1968; UNITED STATES COMMISSION ON CIVIL RIGHTS, *Health insurance coverage and employment opportunities for minorities and women*, The Comision, Washington, D.C., 1982; LEVY, P.B (editor), *Documentary history of the modern civil rights movement*, Greenwood Press, New York 1992; GROFMAN, B., *Legacies of the 1964 Civil Rights Act*, University Press of Virginia, Charlottesville 2000; MONEY, M.K., *Black workers remember : an oral history of segregation, unionism, and the freedom struggle*, University of California Press, Berkeley, 2001; GLENN, E.N., *Unequal freedom : how race and gender shaped American citizenship*, Harvard University Press, Cambridge; 2002 SKRENTNY, J.S., *Minority rights revolution*, Harvard University Press, Cambridge, 2002.

De fet, pel que fa als treballadors d'edat avançada, en defecte d'altra normativa que reguli la relació laboral i atorgui drets a la part treballadora i també a falta de polítiques públiques d'ocupació a favor d'aquest col·lectiu, *l'Age Discrimination in Employment Act* ha esdevingut el baluard principal de què disposen els treballadors d'edat nord-americans per disposar de drets laborals i ser protegits en la relació de treball davant l'amplia llibertat empresarial.

## **4.2 La protecció primordial dels treballadors d'edat nord-americans a través de l'*Age Discrimination in Employment Act* (ADEA)**

L'ADEA va ser aprovada pel Congrés del Govern federal l'any 1967 com un nou mecanisme per amb la finalitat d'eradicar la discriminació basada en l'edat en l'àmbit laboral i va ser reformada als anys 1978, 1982, 1984 i 1986<sup>1129</sup>. Prèviament a l'adopció d'aquesta llei, hi havia legislació federal que afectava a les persones grans i algunes lleis estatals que contemplaven la discriminació per edat com a il·legal. Tot i això, no hi havia una norma federal específica sobre la discriminació per raó d'edat. Amb la ADEA es va crear una nova infracció federal, la discriminació per motiu de l'edat<sup>1130</sup>.

### **4.2.1 El rerefons de l'aprovació de l'ADEA l'any 1967**

La raó d'ésser de l'aprovació de l'ADEA l'any 1967 cal situar-la en el marc del debat sobre la legislació federal reguladora dels drets civils que va tenir lloc als Estats Units durant la dècada dels anys seixanta. En efecte, si bé abans d'aquesta dècada hi va haver cert activisme a favor del col·lectiu d'edat -sobretot en referència en contra de la jubilació forçosa que no estava prohibida<sup>1131</sup>-, el cert és que l'ADEA no va ser fruit d' la

---

<sup>1129</sup> Age Discrimination in Employment Act Amendments of 1978, Pub. L. No. 95-256, 92 Stst. 189 (codified at 29 U.S.C. Sections 621-634); Act of Sept. 3, 1982, Pub. L. No. 97-248, Section 116 (a), 96 Stat. 353 (codified at 29 U.S.C. Section 623 g); Act of October 9, 1984, Pub. L. No. 98-459, Section 802 (c) (1), 98 Stat. 1972 (codified at 29 U.S.C. Section 631 (c) (1) and 630 (f)); ADEA Amendments of 1986, Pub. L. Nos. 99-509, 99-509 (codified at 29 U.S.C. Sections 623, 631).

<sup>1130</sup> FRIEDMAN, L.M., *Your time will come: the law of age discrimination and mandatory retirement*, Russell Sage Foundation, New York, 1984, pàg. 5, 13

<sup>1131</sup> Es té constància que l'activisme de les persones d'edat va propiciar la creació d'associacions en defensa dels interessos d'aquest col·lectiu d'edats avançades com l'*American Association of Retired Persons* (AARP) creada l'any 1958 i encara en funcionament notablement actiu, que defensa la seguretat

pressió d'una veritable i única campanya o *lobbie* en defensa de les persones d'edat<sup>1132</sup>, sinó que va ser enmig del context del moviment social pels drets civils que es va impulsar un bloc de mesures federals reguladores de drets de diversos grups desavantatges a la societat americana. I, en aquest sentit, l'edat avançada, juntament amb la raça, la religió i el sexe i l'origen nacional, es considerava constituent d'un desavantatge en el mercat de treball<sup>1133</sup>.

La primera norma adoptada va ser el *Title VII of the Civil Rights Act* de 1964 que prohibeix la discriminació en el treball per motiu de raça, color de la pell, religió, sexe o nacionalitat d'origen. Tot i que va plantejar-se incloure l'edat com a motiu de discriminació a prohibir en el Títol VII<sup>1134</sup>, finalment l'intent no va reeixir perquè es va considerar que l'edat difereix substancialment de la raça o el sexe i per tant no es podia englobar dins la mateixa norma. L'edat, a diferència de raça o el sexe, no és una característica immutable, és a dir, no apareix en ocasió del naixement, sinó que és alhora temporal i universal<sup>1135</sup> per bé que tot individu, amb el temps, canvia de grup d'edat, de forma que esdevindrà un subjecte protegit per raó de la seva edat en algun període<sup>1136</sup>. No obstant, es va preveure a la llei la remissió d'un estudi especial

---

social, la millora de l'assistència social i sanitària de les persones d'edat, es manifesta en contra de la jubilació forçosa i promou l'envelliment actiu i positiu.

<sup>1132</sup> Com manifesta FRIEDMAN, "It is hard to explain ADEA, in general, in the way most major laws can be explained: by pointing to the pull and haul of well-defined, conventional interest group. The legislative history does not show either a massive campaign *for* it; or a massive campaign *against* it (by business)". Ara bé, com en la majoria de legislació americana, al darrera hi ha certa pressió col·lectiva, altrament dit -lobbies- ja que, com sentència el mateix autor, i en línia amb la manera de procedir estatunidenca a l'hora d'adoptar lleis, "pressure makes law, there has to be some sort of initiative. Laws are not immaculately conceived. Law-making, boides, -including the courts- are reactive not proactive. a legislative doues not sit around thinking statutes. Proposals come, in the main, from outside. They need an interest group to get them going". FRIEDMAN, L-M., *Your time will come. The law of age discrimination and mandatory retirement*, Russell Sage Foundation, New York. pàgs. 6, 15 i 16

<sup>1133</sup> MACNICOL, J., *Age discrimination. An historical and contemporary analysis*, Cambridge University Press, New York, 2006. pàg. 228 Un informe datat de 1962 constata que el 50% dels ciutadans nord-americans que cercaven treball havien experimentat algun tipus de discriminació per raó de la seva raó, religió, color de la pell, origen nacional o ancestral i per l'edat. (*House Report n° 1370, 87th Congress, 2nd Session, 1962, in US Equal Employment Opportunity Commission*)

<sup>1134</sup> KALET, J.E., *Age discrimination in Employment Law*, second edition, Washington, 1990, pàg. 1

<sup>1135</sup> FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002. pàg. 38; En la mateixa línia s'expressa SARGEANT quan estableix "age discrimination might be different from other forms of discrimination because there is no discrete group that has its own membership. everyone has some age and old age is a state that the majority of the population will reach at some time". SARGEANT, M., *Age discrimination in employment*, Gower, United States. pàg. 4.

<sup>1136</sup> LACY, A., "You are not quite old as you think: making the case for reverse age discrimination under ADEA", *Berkeley Journal of employment and labor law*, Vol. 26, núm. 2, 2005, pàg. 366. En efecte l'edat és una característica mutable, tal i com comenten en aquest sentit LINDEMANN I KADUE, "age both resembles and differs from other protected categories. Barring unforessen circumstances, every individual will become a member of the class protected by the ADEA. Age is a mutable characteristic, as apposed to immutable qualities such as race, color, sex, and national origin. Age resembles religion in



encarregat al Secretari de Treball en el qual es determinés si la discriminació per raó d'edat havia d'incloure's a la *Civil Rights Act* i s'establissin recomanacions per tal de prevenir aquest tipus de discriminació<sup>1137</sup>.

L'Informe resultant d'aital remissió va ser l'anomenat *The Older American Worker, Age Discrimination in Employment* elaborat pel corresponent Secretari de Treball Willard Wirtz i presentat el juny de l'any 1965. L'Informe va reconèixer que hi ha diferències rellevants entre la discriminació per raó d'edat i altres tipus de discriminació, ja que, a diferència de la raça o el gènere, l'edat pot afectar a la capacitat per desenvolupar el treball per part del treballador. És per això que l'estudi va concloure que la discriminació per raó d'edat hauria de considerar-se separatament i no afegir-la a la *Civil Rights Act*. En qualsevol cas, l'Informe alertava que aproximadament el 50% de les ofertes de treball estaven tancades pels sol·licitants majors de 55 anys i el 25% estaven barrades als majors de 45 anys. També palesava que una tercera part de la despesa destinada anualment a l'assegurança per desocupació anava a parar a treballadors majors de 45 anys<sup>1138</sup>. Així mateix, l'Informe establí que la forma de discriminació per raó d'edat es refereix a un rebuig als treballadors d'edat a causa d'estereotips sobre els efectes de l'edat sobre l'habilitat per a desenvolupar un treball de forma que els treballadors de més edat són considerats menys productius que els treballadors joves i una càrrega per l'economia. No obstant, es va evidenciar que els americans ara viuen més anys i envelleixen amb més bona salut que abans, de forma que, tot discriminant-los, als treballadors d'edat se'ls barrava el pas a feines que podrien desenvolupar eficientment.

Sobre la base d'aquestes consideracions, l'Informe va recomanar l'adopció d'una norma

---

that one changes in age and one can chose to change religions, however age differs from religion in that individuals cannot choose their age". LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age discrimination in Employment Law*, BNA Books, Washington, 2003, pàg. 77.

<sup>1137</sup> Segons la Secció 715 del *Civil Rights Act* de 1964, "the Secretary of Labor shall make a full and complete study of the factors which might tend to result in discrimination in employment because of age and of the consequences of such discrimination on the economy and individuals affected. The Secretary of Labor shall make a report to the Congress not later than June 30, 1965, containing the results of such study and shall include in such report such recommendations for legislation to prevent arbitrary discrimination in employment because of age as he determines advisable".

<sup>1138</sup> Cap a 1965, 14 dels 50 estats feredats que componen els Estats Units havien aprovat lleis en contra de la discriminació per raó d'edat, però a la pràctica, degut a la facilitat d'evadir aquesta normativa, es va fer palès que la situació laboral desfavorable dels treballadors grans no variava significativament entre els Estats que disposaven de lleis prohibint la discriminació per edat d'aquells altres Estats que no disposaven de cap normativa de protecció dels treballadors grans. SEGRAVE, K., *Age discrimination by employers*, McFarland & Company, Inc. Publishers, North Carolina, 2001, pàg. 137

per eliminar l'arbitrària discriminació per raó d'edat en el treball, no en el sentit d'una prohibició radical com l'aplicada a la discriminació per raó de raça, sinó una legislació que eradiqués els estereotips no empírics i infundats que pesen sobre els treballadors grans i que dificulten la seva situació laboral.<sup>1139</sup>

Un cop sotmès l'Informe preparat pel Secretari del Treball al Congrés, el President del moment, Lyndon B. Johnson, va transmetre al Congrés la llei que finalment va ser adoptada l'any com *l'Age Discrimination in Employment Act*, i coneguda col·loquialment com l'ADEA. En el seu discurs d'aprovació de l'ADEA, el President Lyndon va afirmar que la discriminació basada en l'edat és un tipus de discriminació que ha passat desapercebuda durant molt de temps i va declarar que l'ADEA “does not compel employers and labor unions and employment agencies to choose a person aged 40 to 65 over another person. It does require that one simple question be answered fairly: Who has the best qualifications for the job?”<sup>1140</sup>. Per tant, la finalitat de la llei és eliminar els prejudicis i la informació esbiaixada que pesen sobre els treballadors d'edat i que influeixen negativament en la seva situació laboral.

Pel fet que l'ADEA va modelar-se gairebé en els mateixos termes que el *Title VII of the Civil Rights Act*, - ambdues normes són similars i cobreixen tots els aspectes de la relació laboral-<sup>1141</sup>, en l'anàlisi de l'ADEA cal prendre constantment en referència el

---

<sup>1139</sup> En aquest sentit, l'informe determinà que “no found evidence of prejudice based on dislike or intolerance of the older worker. the issue of discrimination revolves around the nature of the work and its rewards, in relation to the ability or presumed ability of people at various ages, rather than around the people as such”. En paraules textuales sobre la conclusió a què arriba l'Informe, “the firmest conclusion from this year long study is that the most serious barriers to the employment of older workers are erected on just enough basis of fact to make it futile as public policy, and even contrary to the public interest, to conceive of all age restrictions as "arbitrary" and to concentrate on the prohibition of practices which include this element”. Així doncs, l'Informe va concloure que la persistència de limitacions màximes d'edat en el treball sovint estan “established without any determination of their actual relevance to job requirements” i persisteix simplement per assumpcions infundades que vinvulen inevitablement l'abilitat amb l'augment de l'edat. *Older American worker, age discrimination in employment*; report of the Secretary of Labor to the Congress under section 715 of the Civil rights act of 1964. United States. Department of Labor, Washington, 1965. pàg. 19, 20

<sup>1140</sup> Lyndon, B. Johnson (34è President dels Estats Units durant el període 1963-1969), 548 *Statement by the President after signing the Age Discrimination in Employment Act*, 16 de desembre de 1967

<sup>1141</sup> Per bé que, com anoten determinats autors, el tractament legal de la discriminació per edat no ha estat igual que el tractament que han rebut els altres tipus de discriminacions recollides al Títol VII de *la Civil Rights Act*, començant pel nivell de justificació que es requereix en base a la clàusula d'igualtat de protecció o en el la manera com han anat canviant els subjectes protegits, primer en una determinada franja d'edat (40-65 anys), després ampliant-se aquest límit de protecció. A més, consideren que a diferència del Títol VII, la raó de ser de l'ADEA té un fonament predominantment economicista basat en protegir a les persones d'edat en el treball per no perdre capital humà perquè la pràctica discriminatòria empresarial en contra d'aquestes persones no només afecta negativament a l'esfera individual de la

Títol VII<sup>1142</sup>. De fet, bona part de les teories de la discriminació i la prova que interpreten el Títol VII han estat aplicades posteriorment a l'ADEA per la jurisprudència<sup>1143</sup>, en essència, les sentències de la *Supreme Court* (Tribunal Suprem) en tant que és l'òrgan jurisdiccional garant de la uniformitat en la interpretació i aplicació de la legislació federal, com ho és l'ADEA.

#### 4.2.2 L'àmbit subjectiu de l'ADEA

D'entrada convé fer esment al fet que hi ha una diferència considerable en la protecció jurídica en contra de la discriminació per raó d'edat entre els treballadors del sector públic i els treballadors del sector privat. I és que els treballadors de l'administració pública els protegeix la pròpia Constitució dels Estats Units davant de pràctiques discriminatòries per motiu de l'edat. En canvi, els treballadors d'empreses privades no poden al·legar la Constitució per defensar el dret a no ser discriminat per raó de l'edat sinó que han de recórrer a la protecció dispensada per l'ADEA. D'aquí radica la importància de l'ADEA com a instrument fonamental de protecció dels treballadors d'edat.

##### ***a) L'equal protection clause de l'esmena 14ena de la Constitució dels Estats Units aplicable als empleats públics***

En efecte, pels treballadors de l'administració pública la font del dret a no ser discriminat en el treball per raó d'edat es troba a la Constitució dels Estats Units que imposa a l'administració pública un deure de no escollir els seus empleats en funció de

---

persona sinó que suposa una pèrdua de la societat de les capacitats d'aquests treballadors dicriminats. Així, per aquests autors, l'ADEA no es va aprovar a causa d'una tradició històrica a la discriminació per raó d'edat -com succeí la raça, les minories ètniques o la desigualtat en les societats tradicionals del sexe- sinó que, pel contrari, amb el temps s'han anat conferint prestacions als treballadors grans a través del sistema de la Seguretat Social, el Medicare, i la protecció de l'ERISA (*Employment Retirement Income Security Act*). ZIMMER, SULLIVAN, RICHARD & GALLOWAY, *Cases and materials on Employment Discrimination*, 4th edition, Aspen Publishers, New York, 1997. pàgs. 36 i 805

<sup>1142</sup> HAGGARD, T.R., *Understanding employment discrimination*, second edition, Lexis Nexis, Newark – San Francisco, 2008, pàg. 4

<sup>1143</sup> És significatiu el cas de la Cort Suprema *MacDonnell Douglas Corp. v. Green* (411 U.S. 792 (1973)), que va sentar les bases per la càrrega de la prova en els casos de discriminació en el treball. Tot i ser un cas relacionat amb el Títol VII de la *Civil Rights Act* s'aplica igualment a l'ADEA. Altres sentències destacables són els casos *Galabya v. New York City Board of Education* (202 F. 636, 82 FEP 196, 2d Cir. 2000), *Hernandez v. Crawford Bldg. Material Co.* (321 F.3d 528, 532 n.1, 91 FEP 97, 99 n.1, 5th Cir. 2003) i *Sanchez v. Denver Pub. Sch.* (164 F.3d 527, 79 FEP 624 (10th Cir. 1998)). En totes aquestes sentències es reconeix expressament que els elements el Títol VII i els de l'ADEA són paral·lels, de forma que argumenten els casos en funció d'allò establert pel Títol VII.

certes característiques, com són la raça, el sexe, la nacionalitat d'origen, l'edat o la discapacitat <sup>1144</sup>. La base legal d'aquesta limitació es troba en diversos preceptes de la Constitució americana i a les corresponents Constitucions dels Estats que també contemplen la protecció en contra de la discriminació.

En tot cas, el precepte més rellevant a tenir en compte a aquests efectes és la 14th Amendment, Section 1, de la Constitució dels Estats Units, article que es coneix amb el nom de *equal protection clause*, segons la qual “all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”<sup>1145</sup>. Com s'observa, aquesta clàusula no prohibeix expressament la discriminació per raó de raça, sexe, nacionalitat o edat, sinó que ha estat a través de la jurisprudència del Tribunal Suprem que ha interpretat la *Equal protection clause* de l'esmena 14ena en el sentit que prohibeix aquests tipus de discriminació per part dels governs nacional i estatals. I, en el context del treball, aquesta clàusula del dret a la igualtat de protecció es tradueix en la limitació dels governs federal i estatals a discriminar als seus treballadors o els seus sol·licitants en funció de la pertinença a determinats grups, com la raça, el sexe o l'edat. La protecció al degut procés es refereix a que els treballadors rebin un procés just alhora quan finalitzen la seva relació laboral <sup>1146</sup>.

En tot cas, cal tenir en compte que la igualtat de tractament protegida per la Constitució s'aplica només als treballadors del sector públic i que l'eficàcia d'aquesta limitació de discriminació a l'administració pública varia depenent de l'anomenat nivell d'escrutini

---

<sup>1144</sup> HAGGARD, T.R., *Understanding employment discrimination*, second edition, Lexis Nexis, Newark – San Francisco, 2008, pàg. 14, 21

<sup>1145</sup> L'esmena 14ena de la Constitució va ser una de les tres esmenes que es van afegir a la Constitució va adoptar després de la Guerra Civil, juntament amb la 13ena que aboleix i prohibeix l'esclavitud i la 15ena que estableix que els governs dels Estats Units no poden impedir a un ciutadà el seu dret a votar per motiu de la seva raça, color o conticció anterior d'esclavitud. L'objectiu de totes aquestes esmenes era solucionar els problemes derivats de l'esclavitud i l'emancipació de les persones afroamericanes que els hi era barrat l'accés a molts llocs de treball que no fossin treballadors de la llar o en l'agricultura. ROSEBERRY, L.M., *The limits of Employment Discrimination Law in the United States and European Community*, DJOF Publishing, Copenhagen, 1999, pàg. 28 i 29

<sup>1146</sup> *Employment discrimination: an overview*, Legal Information Institute, Cornell University, <http://topics.law.cornell.edu/wex/Labor> (18 febrer 2010).

(*level of scrutiny*) que els Tribunals decideixen prendre alhora de valorar si una decisió de l'administració és discriminatòria o no, i per tant, si és il·legal o no.

En aquest sentit, la jurisprudència dels tribunals ha desenvolupat tres nivells d'apreciació per valorar la constitucionalitat d'una distinció d'acord amb la clàusula d'igualtat de protecció en atenció al motiu de la classificació.

En primer lloc, l'*strict scrutiny* (escrutini estricte) s'aplica les distincions que puguin fer les lleis basades en la raça o l'origen nacional - tenint en compte la història de racisme que ha caracteritzat els Estats Units i en la qual el govern ha desfavorit grups en base a la raça -. En aquests casos, la llei és inconstitucional excepte que la distinció sigui "narrowly tailored to serve a compelling government interest"<sup>1147</sup>. In addition, there cannot be a less restrictive alternative available to achieve that compelling interest"<sup>1148</sup>. Per tant, és un nivell de valoració restrictiu pel qual que la distinció només pot ser justificada si està estretament relacionada a l'interès públic.

El segon nivell és l'*intermediate scrutiny* (escrutini mitjà), que, com el seu nom indica, no és tant exigent com l'escrutini estricte. S'aplica en les distincions fetes per les lleis per exemple en base al sexe. En aquests casos, la llei serà inconstitucional a no ser que la distinció "is substantially related to an important government interest". La raça és una classificació "sospitosament" perquè és una característica immutable normalment irrellevant en qualsevol propòsit governamental. Per això s'aplica un escrutini estricte. Les classificacions basades en el gènere estan també subjectes a un nivell de valoració alt. Tot i que no es tracten en el mateix grau que les distincions de raça, sinó en un nivell entremig entre la raça i el gènere, s'ha de provar que com a mínim la distinció està substancialment relacionada a objectius governamentals importants. "substantially related to important governmental objectives".

Per últim, el nivell menys exigent de valoració, i per tant, més difícil de declarar-se inconstitucional es reserva a aquelles diferències en la llei relacionades amb altres elements que no siguin drets fonamentals, la raça, l'origen nacional o el sexe. I aquest és el nivell en el qual s'han d'encabir els casos relacionats amb distincions basades en

---

<sup>1147</sup> *Adarand Constructors v. Peña*, de 1995 (515 U.S. 200, 1995)

<sup>1148</sup> *City of Cleburne v. Cleburne living Center*, 457 U.S. 432 (1985)

l'edat a les quals els és d'aplicació aquest darrer nivell de valoració anomenat *rational-basic test* pel qual la distinció és constitucional sempre i quan sigui “rationally related to a legitimate government interest”, és a dir, la distinció pot ser justificable i no inconstitucional si es basa en un motiu raonable. És doncs un nivell d'escrutini no tant exigent que merament requereix una relació racional a un interès públic legítim per ser considerada una discriminació constitucional <sup>1149</sup>.

Doncs bé, com s'ha afirmat, usualment les diferències per raó d'edat estan subjectes a un mínim nivell d'escrutini per part dels tribunals. La diferència per motiu de l'edat que ha estat més fructífera han estat les lleis que fixen una edat de jubilació forçosa a les administracions públiques. En aquest sentit, el Tribunal Suprem ha conclòs en nombroses ocasions que les lleis sobre jubilació forçosa no infringeixen la clàusula constitucional a la igualtat de protecció de l'esmena 14ena de la Constitució dels Estats Units perquè s'ha aplicat el nivell més baix d'escrutini <sup>1150</sup>. Tal com establí el Tribunal Suprem al cas *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia* de 1976<sup>1151</sup>, les persones grans no han experimentat “a history of purposeful unequal treatment” ni han estat “subjected to unique disabilities on the basis of stereotyped characteristics not truly indicative of their abilities”. Sobre la base d'aquesta argumentació la sentència va acabar confirmant la constitucionalitat de la jubilació forçosa dels policies als 50 anys de l'Estat corresponent. Per tant, és obvi que les classificacions casades en l'edat que poden contenir-se en lleis federals o estatals rarament són considerades inconstitucionals per part dels Tribunals a resultes del mínim grau d'escrutini que s'aplica en els supòsits relacionats amb la discriminació per raó d'edat.

Ara bé, la Constitució dels Estats Units no obliga directament al sector privat. L'*Equal Protection Clause* de l'esmena 14ena de la Constitució es dirigeix als Estats i al Govern federal en tant que la Constitució regula les relacions entre els individuals i el govern i no entre els ciutadans entre ells, excepte alguns pocs supòsits com l'esmena 13ena que prohibeix l'esclavitud tant en l'àmbit públic om privat. En conseqüència, els drets

---

<sup>1149</sup> CURRIE, D.P., *The Constitution of the United States*, second edition, the University of Chicago press, Chicago, 1997, pàg. 65, 66; HAGGARD, T.R., *Understanding employment discrimination*, second edition, Lexis Nexis, Newark – San Francisco, 2008, pàg. 3, 14

<sup>1150</sup> SHAMAN, J. M., *Equality and liberty in the golden age of State Constitutional Law*, Oxford University Press, New York, 2006, pàgs. 70-77

<sup>1151</sup> 426 U.S. 307, 1976. També en la mateixa línia *United States v. Virginia* (518 U.S. 516, 1996) i *Vance v. Bradley* (440 U.S. at 111), en el qual Tribunal també va estimar la constitucionalitat de la jubilació forçosa dels treballadors del servei d'estrangeria a l'edat de 60 anys.

reconeguts a la Constitució només es poden al·legar davant d'accions del govern, és a dir, de l'administració pública, però no poden reclamar-se de subjectes privats <sup>1152</sup>.

Així les coses, els treballadors de l'administració pública que consideren que han estat discriminats per raó de la seva edat han d'al·legar les normes dels Estats que prohibeixin la discriminació per raó d'edat o l'esmena 14 de la Constitució del Estats Units, però no poden invocar l'ADEA contra l'administració pública. Ho va establir la sentència *Kimel v. Florida Board of Regents*<sup>1153</sup> en la qual el Tribunal Suprem sosté que un individu no pot demandar a l'administració pública estatal, quan aquesta és qui l'ha contractat, al·legant la protecció de l'ADEA. L'explicació es remunta a l'esmena 11ena de la Constitució dels Estats Units que prohibeix als ciutadans demandar els Estats. En canvi, tal i com estableix el Tribunal, en atenció al que disposa l'ADEA els treballadors poden presentar una demanda “against any employer (including a public agency) in any Federal or State court of competent jurisdiction”. I cal tenir en compte que la llei dins la definició de “public agency” inclou “the government State or political subdivision thereof” i també “any agency of (...) State or a political subdivision of a State” (Section 630.b) ADEA) <sup>1154</sup>. Segons afirma el Tribunal a la sentència, en establir l'ADEA que els individuals poden demandar als Estats a l'empara de la protecció que dispensa l'ADEA per les accions discriminatòries per raó d'edat, es justifica a la limitació a la immunitat dels Estats establerta a l'esmena 14ena, apartat cinquè de la Constitució dels Estats Units, pel qual es faculta al Govern perquè faci complir, mitjançant legislació la clàusula d'igualtat de protecció que estableix aquest article<sup>1155</sup>. En aquest sentit, el Tribunal, expressa que el que imposa l'ADEA als Estats i els governs locals és desproporcionat en relació a una conducta inconstitucional que pogués estar protegida per l'ADEA <sup>1156</sup>. Cal recordar que l'edat com a motiu de discriminació no és considerat com una classificació sospitosa sota la *equal protection clause*, com així ho són les

---

<sup>1152</sup> Així, per exemple, tot i que la Constitució dels Estats Units reconeix el dret a la llibertat d'expressió a la Primer esmena, aquest dret només pot predicar-se en els drets en l'àmbit d'una relació laboral en el sector privat pot dir-se que el treballador no té reconegut en el lloc de treball aquest dret.

<sup>1153</sup> 528 U.S. 62 (2000)

<sup>1154</sup> MUHL, C.J., “The law at work. Age discrimination”, *Monthly Labor Review*, April 2000. pàg. 28

<sup>1155</sup> D'acord amb l'Amendment 14th, Section 5 “the Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article”.

<sup>1156</sup> En virtut del tenor literal de la 11th Amendment de la U.S. Constitution, “the judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign state”.

classificacions o diferències per raó de la raça o la nacionalitat. I, com a tal, els tribunals analitzen la constitucionalitat d'una discriminació per edat aplicant un estàndard bàsic d'escrutini en el sentit que un empresari pot discriminar en base a l'edat sense vulnerar l'esmena 14ena o clàusula d'igualtat de protecció de la Constitució si la diferència per edat està racionalment vinculada amb un interès legítim de l'Estat. En aplicació d'aquesta regla de valoració de la constitucionalitat, el Tribunal considera que la prohibició de les eventuais conductes protegides per l'ADEA que poguessin donar-se en els Estats no justifiquen excedir l'autoritat dels Estats en aplicació de l'esmena 14ena, secció cinquena.

Així doncs, finalment el Tribunal determina que els treballadors de l'Estat que consideren que han estat discriminats per raó de la seva edat, en comptes de demandar a l'Estat en virtut de l'ADEA, el que han de fer és demandar a l'Estat en atenció a les lleis de l'Estat que prohibeixen la discriminació per raó d'edat i que estan aprovades a gairebé tots els Estats. És doncs, una qüestió que sobrepassa l'ADEA i tracta una matèria sobre el sistema competencial federal que configura els Estats Units en dependre's de la sentència que preval la immunitat dels Estats per sobre de la possibilitat que els treballadors de l'Estat puguin al·legar la protecció de l'ADEA contra les eventuais accions discriminatòries basades en l'edat provinents de l'Estat. En fi, la sentència, tal i com assenyala LIEBERWITZ, crea una distinció artificial entre les accions dels empleadors públics i dels empresaris privats <sup>1157</sup>.

En conclusió, es desprèn que els treballadors públics no poden invocar l'ADEA. De la mateixa manera, els treballadors en el sector privat no estan protegits per *la equal protection clause* de l'esmena 14ena de la Constitució dels Estats Units però disposen de la llei federal ADEA que els prohibeix de la discriminació per motiu de l'edat.

***b) Els subjectes protegits per l'ADEA limitats a treballadors majors de 40 anys en empreses del sector privat que ocupin més de vint treballadors, agències de col·locació***

---

<sup>1157</sup> LIEBERWITZ, R.L., "Developments in Labor and Employment Law in the United States", publicat en francès a "Actualités juridiques internationales", *Bulletin de Droit Comparé du travail et de la Sécurité Sociale*, COMTRASEC, UMR CNRS, Université Montisquieu-Bordeaux IV, 2000, pàgs. 201 i ss. L'autora afegeix, quant a la relació entre el sector públic i privat que l'"elimination of employment discrimination in both sectors is needed to eradicate the problems identified by anti-discrimination legislation. State governments themselves treat the line between the public and private sectors as being quite fluid, rather than impermeable".



### *o organitzacions laborals*

Com s'ha dit, l'ADEA <sup>1158</sup> va sorgir amb el propòsit de prohibir la discriminació per raó d'edat en l'esfera laboral. D'acord amb la Sec. 621, apartat a), a mode d'exposició de motius de la llei, el Congrés declara que els treballadors d'edat es troben en situació de desavantatge alhora de mantenir-se en el seu lloc de treball i, especialment, en el moment de trobar una feina. I es reconeix que ha esdevingut una pràctica comuna l'establiment de límits d'edat arbitraris independentment de la capacitat del treballador per desenvolupar l'activitat i l'existència d'indústries que creix el gran nombre de treballadors d'edat aturats de llarga durada, fet que es tradueix en un deteriorament de la seua estat d'ànim, l'habilitat, i les possibilitats de ser contractats pels empresaris. Davant aquesta realitat desfavorable constatada, la llei, segons la Sec. 621, apartat b), té per finalitat, textualment, “to promote employment of older persons based on their ability rather than age; to prohibit arbitrary age discrimination in employment; to help employers and workers find ways of meeting problems arising from the impact of age on employment”. Per tant, la llei se centra essencialment en dos eixos: la prohibició de la discriminació per raó d'edat i fomentar l'ocupació dels treballadors d'edat per tal que aquests siguin valorats, no per la seua edat, sinó per la seua capacitat de treball.

L'ADEA protegeix als individuals que tenen 40 anys o més de la discriminació en el treball per raó d'edat. Seguint el tenor literal de la norma, es disposa a la Sec. 4 (Sec. 623 US Code), que és il·lícit per l'empresari “to fail or refuse to hire or to discharge any individual or otherwise discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's age”, així com també es considera no lícit “to limit, segregate, or classify his employees in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's age”. Així, l'ADEA prohibeix a un empresari acomiadar o no contractar a un treballador per raó de la seua edat a partir de 40 anys.

A la redacció original de l'ADEA, la llei protegia de la discriminació per raó d'edat a

---

<sup>1158</sup> *Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA), as amended, Pub. L. 90-202, volume 29 of the United States Code, beginning at section 621.*

les persones a partir de 40 anys i fins a 65 anys. Aquest topall màxim va ampliar-se fins a 70 anys. Ara bé, en una posterior reforma de l'ADEA l'any 1978<sup>1159</sup> es va eliminar aquesta edat màxima dels subjectes protegits per la llei, excepte per alguns col·lectius específics com els controladors aeris, els bombers o els treballadors de la línia fèrria d'Alaska i del Canal de Panamà, entre d'altres. L'objectiu de la reforma era acabar amb la jubilació forçosa fixada abans dels 70 anys<sup>1160</sup>. Si bé, finalment, l'any 1986<sup>1161</sup>, es va eliminar definitivament el límit dels 70 anys per tots els treballadors dels sectors privat així com per bona part dels del sector públic dels governs locals i estatals<sup>1162</sup> i es va requerir als empresaris que proveïssin "health benefits"<sup>1163</sup> als treballadors de més de 70 anys. Eliminant l'edat màxima de 70 anys es va estendre l'àmbit de protecció de l'ADEA. El Congrés va assenyalar que l'eliminació del màxim dels 70 anys "would in no way force workers to continue working past age 70. It would in no way force employers to retain workers who are no longer competent (...) It would ensure that those Americans age 70 and over who desire to continue working and are able to continue performing in a competent fashion are not denied the basic human right to earn living"<sup>1164</sup>. No obstant, la reforma va establir una excepció pel cos de policia i els bombers als efectes de que es pogués fixar una edat màxima d'entrada al cos i una jubilació forçosa per aquests col·lectius, excepció que va ser reformada l'any 1996<sup>1165</sup>, reforma que va incloure noves regulacions aprovades pel Secretari de Salut i Recursos Humans que establien mètodes no discriminatoris per avaluar els treballadors a afectes d'establir una jubilació forçosa basada en l'edat. Així com també va permetre's una excepció als professors d'universitat pels quals es podia fixar la jubilació forçosa entre les edats de 65-70 anys. Per aquest darrer col·lectiu, els professors d'universitat, l'ADEA va tornar a ser reformada al 1998<sup>1166</sup> per permetre que, els professors universitaris, voluntàriament, poguessin retirar-se anticipadament, per raó d'edat, mitjançant

---

<sup>1159</sup> Pub. L. No. 95-256

<sup>1160</sup> LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age discrimination in Employment Law*, BNA Books, Washington, 2003, pàg. 76

<sup>1161</sup> Pub. L. No 99-272

<sup>1162</sup> KALET, J.E., *Age discrimination in Employment Law*, second edition, Washington, 1990, pàg. 11, 12

<sup>1163</sup> D'acord amb la llei *Omnibus Reconciliation Act of 1986*, Pub. L. No. 101-109, Sections 9201, 100 Stat. 1874, 1973-75 (codified at 29 U.S.C. Section 623 (i)).

<sup>1164</sup> *Legislative history of the Age Discrimination in Employment Act Amendments of 1978*, 95th Cong. 2d Sess. (1978), reprinted in 1978 U.S.C.C.A.N., pàgs 504-507

<sup>1165</sup> Pub. L. No 104-208 Sect. 101 (9), 110 Stat. 2009-24 (1996)

<sup>1166</sup> Pub. L.No 105-244 Sect. 941, 112 Stat. 1581, 1834-35 (1998), codified at 29 U.S.C. Section 623 (m).

incentius.

Per altra banda, pel que fa a l'edat mínim de protecció, 40 anys, s'ha de considerar que molts Estats prohibeixen la discriminació per raó d'edat independentment de l'edat, tant en sector públic com privat. La supremacia que tenen les lleis federals, com ho és l'ADEA, davant de qualsevol norma dels Estats. Segons assenyala l'article 5, paràgraf segon de la Constitució dels Estats Units, "this Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding". Amb aquest precepte es declara la prevalença de la Constitució federal i les lleis federals que se situen per damunt de les lleis estatals. De forma que en àrees en les quals se solapen les lleis federals i les estatals, la normes estatals no poden ser contràries a les lleis federals, però si que poden estendre la protecció que aquestes dispensen.

En aquest sentit, per exemple, si bé l'ADEA, que és una llei federal, prohibeix la discriminació per raó d'edat en l'àmbit del treball a partir de 40 anys, una llei estatal de l'Estat de Nova York estén la protecció de la discriminació en base a l'edat a qualsevol edat, i no només als 40 anys. D'acord amb l'article 3-a, Sec. 296, de la *New York State Executive Law, Human Rights Law*, "It shall be an unlawful discriminatory practice: (a) For an employer or licensing agency to refuse to hire or employ or license or to bar or to terminate from employment an individual eighteen years of age or older, or to discriminate against such individual in promotion, compensation or in terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's age". En el cas *Park v. Seoul Broad. Sys. Co.*<sup>1167</sup>, una empresa coreana amb una oficina a Nova York va acomiadar a un treballador a 37 anys. El treballador va al·legar que la decisió d'acomiadar-lo responia a una discriminació per raó de la seva edat. El Tribunal competent va sentenciar que, efectivament, la discriminació per raó d'edat era el motiu pel qual l'empresa va acomiadar al treballador i en atenció a la normativa aplicable de l'Estat de Nova York que prohibeix la discriminació per

---

<sup>1167</sup> S.D.N.Y., No 05 CV 8956 (BSJ) (DFE), de 3 de juny de 2008

raó d'edat als treballadors a qualsevol edat, i amplia dels subjectes protegits més enllà de l'ADEA que ho limita a les persones a partir de 40 anys, el Tribunal va obligar a indemnitzar al treballador.

Així, els subjectes protegits per l'ADEA són els “individuals of at least 40 years of age” (Sec. 631.a ADEA). Persones a partir de 40 anys, ja siguin persones actives com no, incloent'hi treballadors en actiu, antics treballadors d'una empresa, treballadors jubilats i sol·licitants de treball<sup>1168</sup>.

Per treballador l'ADEA entén que el terme “employee” means an individual employed by any employer” (Sec. 630.f ADEA). No obstant, queden al marge de la protecció de la llei, és a dir, que l'ADEA no s'aplica als treballadors estatals, alguns treballadors federals com els membres de les forces armades o per alguns treballadors de l'administració de justícia<sup>1169</sup>, als contractistes independents<sup>1170</sup>, entre els socis d'una empresa, o a les tribus natives americanes respecte a les seves reserves ja que gaudeixen d'immunitat<sup>1171</sup>.

La relació entre la persona demandant i el demandat ha de ser, en tot cas, laboral<sup>1172</sup>. D'aquí que les persones que no reuneixen la condició de voluntàries, i que, com a tals, no reben cap compensació monetària ni de cap altre tipus, no estan protegides per l'ADEA<sup>1173</sup>.

Quant a l'empresari contra qui es pot al·legar l'ADEA es desprèn de la Sec. 623 de

---

<sup>1168</sup> LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàg. 40. *Vid* sentències sobre la inclusió dins els subjectes protegits per l'ADEA: *Tranello v. Frey* (962 F.2d 244, 249, 58 FEP Cases 1334, 1338 (2d Cir. 1992) pels treballadors en actiu, *Robinson v. Shell Oil Co.*, 519 U.S. 337, 72 FEP Cases 1856 (1997) pels antics treballadors, *Milwaukee Prof'l Fire Fighters v. Milwaukee*, 369 F. Supp. 633, 649, 72 FEP Cases 121 (E.D. Wis. 1994) pels treballadors jubilats, Sec. 623.d ADEA pels sol·licitants de treball, segons la qual “it shall be unlawful for an employer to discriminate against any (...) applicants for employment, for an employment agency to discriminate against any individual, or for a labor organization to discriminate against any (...) applicant for membership.

<sup>1169</sup> Sec. 633.a ADEA. Tot i que el precepte estableix que està prohibida la discriminació per raó d'edat en els “military departments”, els Tribunals han interpretat que la protecció de l'ADEA no s'estén als militars (*Spain v. Ball*, 928 F.2d 61, 63, 55 FEP Cases 486, 487 (2d Cir. 1991). I en el cas *Gregory v. Ashcroft* (501 U.S. 452, 1991) el Tribunal Suprem va considerar que una norma estatal que exigia la jubilació forçosa dels jutges als 70 anys era adequada i no vulnerava l'esmena 14ena de la Constitució.

<sup>1170</sup> *Moore v. Ford Motor Co.* 901 F. Supp. 1293 (N.D. Ill. 1995).

<sup>1171</sup> *Garcia v. Akwesasne Hous. Auth.*, 268 F3d 76, 86 FEP Cases 1668 (2d Cir. 2001)

<sup>1172</sup> ROTHSTEIN, M.A., CRAVER, C.B., SCHROEDER, E.O., SHOBEN, E.W., *Employment Law*, Volume 1, 3rd edition, Thomson West, United States, 2004, pàg.

<sup>1173</sup> *Blakenship v. City of Portsmouth*, 372 F. Supp. 2d 496, 95 FEP Cases 1893 (E.D. va. 2005)

l'ADEA que qui pot invocar-se la protecció de la llei contra un empresari (*employer*), però també contra una organització laboral (*labor organization*) i una agència de col·locació (*employment agency*).

Per empresari, “employer”, l'ADEA, a la Section 11(b) entén que és “a person engaged in an industry affecting commerce<sup>1174</sup> who has at least 20 employees for each working day in each of twenty or more calendar weeks in the current or preceding calendar year”. Així, s'observa que no es protegeix a tots els treballadors a partir de 40 anys, sinó que només entren en l'àmbit d'aplicació de la l'ADEA al treballadors del sector privat de les empreses que compten com a mínim amb 20 o més treballadors. En el calendari per determinar si un empresari es troba dins els límits establerts a l'ADEA pel que a als treballadors es té en compte l'any on es va produir l'acció discriminatòria i l'any precedent a aquest, i no l'any en què l'acció es demandada i l'any precedent a aquest. Cal apuntar que un l'empresari susceptible de ser demandant pot ser tant un empresari actual del treballador discriminat com un empresari antic o futur<sup>1175</sup>.

Tot i que la definició donada per l'ADEA d'empresari exclouria el govern federal dels Estats Units com a empresari, cal que dir que un altre precepte de la llei, el 633a(a), estén l'abast de l'ADEA als treballadors federals en alguns sectors<sup>1176</sup>. En aquest cas, però, els procediments i remeis quant a la discriminació per raó d'edat patida pels treballadors al servei del govern federal són diferents als previstos per la resta de treballadors<sup>1177</sup>. Pel que fa al govern estatal i local, el Congrés va intentar, en la reforma de l'ADEA de 1974, que la llei fos aplicable al govern estatal, però, com s'ha mencionat anteriorment, en base al cas *Kimel v. Florida Board of Regents*, el Tribunal

---

<sup>1174</sup> Per “industry affecting commerce” s'entén qualsevol activitat, negoci en la qual una disputa laboral podria obstruir l'activitat, que siguin activitats que tinguin qualsevol incidència en el comerç, les transaccions. En els termes de la Sec. 630.h, “industry affecting commerce” means any activity, business, or industry in commerce or in which a labor dispute would hinder or obstruct commerce or the free flow of commerce and includes any activity or industry “affecting commerce” within the meaning of the Labor-Management Reporting and Disclosure Act of 1957.

<sup>1175</sup> LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàg. 56. *Vid.* sobre la inclusió a l'ADEA d'un ex empresari, *Causill v. Farmland Indus. Inc.*, 919 F.2d 83, 54 FEP Cases (8th Cir. 1990)

<sup>1176</sup> Per exemple, l'ADEA s'esten a certs departaments militars, agències del Districte de Columbia, algunes unitats judicials i legislatives federals, la llibreria del congrés dels Estats Units o l'oficina de comptabilitat federal. FEDER, J., *The Age Discrimination in Employment Act (ADEA): A legal overview*, Congressional Research Service, June 23, 2010, pàg. 2

<sup>1177</sup> *Vid.* sobre la divergència procesal entre treballadors federals i la resta de treballadors: EEOC, *Overview of federal sector EEO complaint process*, [http://www.eeoc.gov/federal/fed\\_employees/complaint\\_overview.cfm](http://www.eeoc.gov/federal/fed_employees/complaint_overview.cfm) (20.3.2010)

va establir que el Congrés s'havia excedit en els seu poder d'acord amb la Sec. 5 de la 14ena esmena de la Constitució tot sotmetent els estats a l'ADEA. De forma que els demandants per una acció de discriminació per raó d'edat no poden demandar als Estats en base a la llei federal per reclamar-los una compensació monetària per la discriminació patida, sinó que han d'acudir a les lleis estatals que prevegin la prohibició de la discriminació per raó d'edat.

En relació a les organitzacions laborals, l'ADEA disposa que, als efectes de l'aplicació de l'ADEA, és aquella organització “engaged in an industry affecting commerce, and any agent of such an organization, and includes any organization of any kind, any agency, or employee representation committee, group, association, or plan so engaged in which employees participate and which exists for the purpose, in whole or in part, of dealing with employers concerning grievances, labor disputes, wages, rates of pay, hours, or other terms or conditions of employment, and any conference, general committee, joint or system board, or joint council so engaged which is subordinate to a national or international labor organization”. (Sec. 630.d). Així, bàsicament cobreix les organitzacions laborals que afectin a les condicions de treball dels treballadors i que, a més, compta amb almenys 25 membres (Sec. 630. e).

Per últim, les agències de col·locació a què es refereix l'ADEA són qualsevol “person regularly undertaking with or without compensation to procure employees for an employer and includes an agent of such a person; but shall not include an agency of the United States” (Sec. 630. c). Aquelles entitats, que, rebent o no una compensació pels seus serveis, s'encarreguen de trobar treballadors per les ofertes de treball dels empresaris. S'entén doncs, que les agències de col·locació als Estats Units tant poden ser entitats tant públiques com privades i amb ànim o sense de lucre. També una organització sense ànim de lucre pot ser un empresari als efectes que determina la llei, en “an industry affecting commerce” i per tant, entrar dins l'àmbit d'aplicació de l'ADEA<sup>1178</sup>.

#### **4.2.3 Pràctiques discriminatòries prohibides per l'ADEA**

---

<sup>1178</sup> *Martin v. United Way of Erie County*, 829 F2d 445, 450, 44 FEP Cases 1593, 1597 (3rd Cir. 1987)

La protecció de l'ADEA es predica d'una àmplia gamma de pràctiques discriminatòries basades en l'edat que la norma prohibeix a l'empresari, l'agència de col·locació o organització laboral. Avarca els programes de formació, els anuncis d'ofertes de feina, les indagacions sobre els treballadors prèvies a la contractació, els beneficis i la renúncia dels drets que dispensa la llei per part del treballador. Amb tot, també hi ha excepcions, bàsicament relacionades amb la bona fe de la distinció o l'acomiadament per una causa diferent a l'edat, davant les quals la diferència de tractament per raó d'edat no es considera il·legítima segons l'ADEA, en els termes que tot seguit s'expressen.

Amb tot, un aspecte a matisar és que, en la mesura que l'ADEA limita la seva protecció als treballadors a partir de 40 anys, es permet la discriminació per raó d'edat contra de 40 anys, i a partir de 40 anys també es permet la discriminació en base a l'edat sempre i quan aquesta discriminació afavoreixi als treballadors grans que els discriminats. Així ho ha expressat el Tribunal Suprem a la sentència *General Dynamics Land Sys. Inc v. Cline*<sup>1179</sup> en referència a l'eliminació d'uns beneficis mèdics per tots els treballadors de l'empresa excepte per aquells majors de 50 anys, de forma que, l'empresa afavoria els majors de 50 anys per sobre de la resta, inclosos també els majors de 40 anys protegits també per l'ADEA. El Tribunal va declarar que “the prefatory provisions and their legislative history make a case that we think is beyond reasonable doubt, that the ADEA was concerned with protecting the relatively old worker from discrimination that works to the advantage of the relatively young”. Així doncs, el Tribunal clarifica que només la discriminació contra els treballadors grans és prohibida i no en general quan la víctima es troba entre la classe protegida a partir de 40 anys. Per tant, d'acord amb la llei federal ADEA i la interpretació que en fa d'aquesta el tribunal, un empresari no pot discriminar un treballador gran a favor d'un treballador més jove, encara que aquest treballador sigui major de 40 anys. Ara bé, l'empresari resta lliure de discriminar a favor dels treballadors més grans en comparació als més joves, independentment que els treballadors es trobin dins el col·lectiu protegit per la llei<sup>1180</sup>. A resultes d'aquesta decisió es permet que la discriminació per raó d'edat persisteixi ja que no es

---

<sup>1179</sup> 540 U.S. 581 (2004)

<sup>1180</sup> SULLIVAN, C.A., WALTER, L.M., *Employment Discrimination Law and Practice*, Aspen Publishers, United States of America, 2009, pàg. 540

prohibeix que es dispensi un tracte desfavorable a un treballador que és major de 40 anys i per tant, està protegit per l'ADEA. Tal i com reconeix LACY, “this decision sets back the move for equal rights for older employers”, permetent d'aquesta forma la discriminació per raó d'edat invertida (*reverse age discrimination*), és a dir, l'ADEA no prohibeix tota discriminació basada en l'edat a les persones a partir de 40 anys, sinó que només protegeix a les persones a partir de 40 anys que han estat discriminades en comparació a treballadors més joves <sup>1181</sup>.

Tenint en compte aquesta premissa, segons apunta l'ADEA, és il·lícit discriminar contra una persona per raó de la seva edat, respecte a qualsevol terme, condició o privilegi, en la contractació, l'acomiadament, ascensos, indemnitzacions, retribucions, beneficis complementaris que atorgui l'empresa, assignació de càrrecs, programes de formació i plans de jubilació (Sec. 623 ADEA, section 4). Es cobreix tota la discriminació per edat des de la fase prèvia de la contractació i fins als plans de jubilació.

Així, la llei protegeix als individuals de 40 o més anys de la discriminació per raó d'edat en totes les vicissituds de la relació laboral, tant en la condició de demandants d'ocupació en una agència de col·locació o en un procés de selecció de personal en una empresa, com a treballadors d'una empresa o com a integrants en una organització laboral <sup>1182</sup>. En tot cas, quan es tracta d'empreses, com s'ha mencionat, tan sols entren en l'àmbit d'aplicació de l'ADEA les empreses que ocupen almenys a vint persones.

---

<sup>1181</sup> LACY, A., “You are not quite old as you think: making the case for reverse age discrimination under ADEA”, *Berkeley Journal of employment and labor law*, Vol. 26, núm. 2, 2005, pàg. 364, 402.

<sup>1182</sup> En virtut del tenor literal de la llei: “(a) It shall be unlawful for an employer: (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual or otherwise discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's age; (2) to limit, segregate, or classify his employees in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's age; or (3) to reduce the wage rate of any employee in order to comply with this chapter. (b) It shall be unlawful for an employment agency to fail or refuse to refer for employment, or otherwise to discriminate against, any individual because of such individual's age, or to classify or refer for employment any individual on the basis of such individual's age. (c) It shall be unlawful for a labor organization: (1) to exclude or to expel from its membership, or otherwise to discriminate against, any individual because of his age; (2) to limit, segregate, or classify its membership, or to classify or fail or refuse to refer for employment any individual, in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities, or would limit such employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee or as an applicant for employment, because of such individual's age; (3) to cause or attempt to cause an employer to discriminate against an individual in violation of this section”.



A banda de les nombroses pràctiques discriminatòries per motiu d'edat que l'ADEA interdiu, la llei també pretén eliminar a través de l'educació i la recerca la visió estereotipada de l'edat. A aquests efectes, la Secció 622 de l'ADEA s'adreça al Secretari de Treball per tal que es duguin a terme estudis i per proveir informació als sindicats, els directius i al públic en general sobre les habilitats dels treballadors grans, el seu potencial per continuar en el mercat de treball, i la seva contribució a l'economia.

#### ***a) Ofertes de treball i indagacions precontractuals***

Una de les casuístiques més prolífiques en relació a l'ADEA és la relacionada amb el moment de contractació. Precisament, una de les principals raons, si no el motiu central, pel qual es va aprovar l'ADEA va ser eliminar els obstacles que troben els treballadors grans alhora d'accedir als llocs de treball, com els anuncis d'ofertes de feina que afavoreixen als treballadors joves en detriment dels més grans, com ja avançava l'esmentat anteriorment informe Writz, precursor de l'aprovació de l'ADEA. És per això que l'ADEA disposa que generalment és il·lícit incorporar en les ofertes preferències, limitacions o especificacions d'edat. En atenció al que disposa la Sec 623.e ADEA "Printing or publication of notice or advertisement indicating preference, limitation, etc. It shall be unlawful for an employer, labor organization, or employment agency to print or publish, or cause to be printed or published, any notice or advertisement relating to employment by such an employer or membership in or any classification or referral for employment by such a labor organization, or relating to any classification or referral for employment by such an employment agency, indicating any preference, limitation, specification, or discrimination, based on age". L'EEOC ha interpretat a les regulacions que ha adoptat per posar a la pràctica a l'ADEA que en funció d'aquest precepte, queden prohibits els anuncis de feina que incloguin preferències de joves, estudiants joves acabats de llicenciar o franges d'edat, com limitar al treball a les persones de 25 a 35 anys<sup>1183</sup>. Amb tot, si bé les regulacions de l'EEOC interpreten que l'ADEA no exigeix als empresaris que tinguin una preferència pels treballadors grans<sup>1184</sup>, les mateixes regulacions estableixen que es permeten anuncis

---

<sup>1183</sup> Regulacions EEOC sobre la discriminació per raó d'edat, Code of Federal Regulations (C.F.R), Title 29, Vol. 4. Sec. 1625.4.

<sup>1184</sup> Regulacions EEOC sobre la discriminació per raó d'edat, Code of Federal Regulations (C.F.R), Title 29, Vol. 4. Sec. 1625.2, regulació segons la qual "Favoring an older individual over a younger individual because of age is not unlawful discrimination under the ADEA, even if the younger individual is at least

de treball on s'especifiqui que es prefereixen persones grans, com de 60 anys o més <sup>1185</sup>.

Un altre aspecte a considerar són les indagacions prèvies a la contractació que fan referència al fet que l'empresari preguntí l'edat o la data de naixement al treballador abans de contractar-lo. L'ADEA no prohibeix específicament que l'empresari ho preguntí. No obstant, i d'acord amb les regulacions de l'EEOC, en la mesura que el preguntar l'edat o la data de naixement pot dissuadir als treballadors d'edat de sol·licitar un treball o poden amagar un possible intent de discriminar per motiu d'edat, les preguntes sobre l'edat s'examinaran minuciosament per assegurar que la pregunta es formula amb un propòsit lícit i no amb una finalitat de discriminar prohibida per l'ADEA <sup>1186</sup>.

Conforma discriminació per raó d'edat imposar als treballadors d'una edat determinada requisits o condicions que no s'imposen a altres grups. Per exemple, segons el cas *Shager v. UpJohn Co.* <sup>1187</sup> va establir que un empresari no pot requerir als treballadors per sobre dels 50 anys un test físic i mental que no s'exigeixen als treballadors més joves.

### ***b) Programes d'aprenentatge i formació professional***

Pel que fa als programes de formació, l'ADEA estableix que, per regla general, és il·lícit discriminar per motiu de l'edat en tot tipus de programes formatius, excepte que la U.S. Equal Employment Opportunity Commission, que és l'organisme que vetlla pel compliment de l'ADEA, autoritzi limitacions d'edat en determinats programes de formació oferts per l'empresari <sup>1188</sup>.

I és que s'estima que la formació és bàsica pels treballadors d'edat, especialment per aquelles persones que treballaven en activitats com en indústries que ja han quedat obsolets, que han esgotat les prestacions per desocupació però que són massa joves per

---

40 years old. However, the ADEA does not require employers to prefer older individuals”.

<sup>1185</sup> Regulacions EEOC sobre la discriminació per raó d'edat, Code of Federal Regulations (C.F.R), Title 29, Vol. 4. Sec. 1625.4.

<sup>1186</sup> Regulacions EEOC sobre la discriminació per raó d'edat, Code of Federal Regulations (C.F.R), Title 29, Vol. 4. Sec. 1625.5.

<sup>1187</sup> 917 F2d, 398, 1990

<sup>1188</sup> EEOC, *Laws, regulations, guidance and MOU's. Prohibited Employment policies/practices*, <http://www.eeoc.gov/laws/practices/index.cfm> (20.03.2010)

jubilar-se. La formació, aprendre noves habilitats és bàsic per poder trobar noves feines<sup>1189</sup>. També la formació que s'ofereix a les empreses pels treballadors és imprescindible pels treballadors més grans, ja que, del contrari, si se'ls exclou s'entra en un cercle viciós que comença quan els empresaris exclouen als treballadors de la formació, de forma que se'ls impossibilita adaptar-se a nous llocs de treball<sup>1190</sup>.

### ***c) Privilegis i prestacions dispensats pels empresaris***

També és il·legítim discriminar contra un individu per motiu de la seva edat respecte a comissions o privilegis del treball. Una discriminació per edat a privilegis en el treball seria per exemple un augment dels salaris dels treballadors o un programa de prestacions econòmiques per determinades contingències que establís límits d'edat<sup>1191</sup>.

En aquest sentit, quant a les prestacions (*benefits*) que els empresaris proveeixen, la llei *Older Workers Benefit Protection Act*<sup>1192</sup> (OWBPA) de 1990, va modificar l'ADEA per tal de prohibir específicament als empresaris el fet de denegar prestacions als treballadors d'edat. La reforma s'explica per una sentència del Tribunal Suprem, *Public Employees Retirement system v. Betts* de 1989<sup>1193</sup> en la qual es estimar no discriminatori limitar un pla de prestacions per discapacitat als 60 anys, ja que era considerat un *bona fide plan*, una excepció a l'ADEA que permet la Sec. 623.f.2.b. Com a reacció a aquesta sentència el va reformar l'ADEA mitjançant la OWBPA per la qual no es permeten diferències basades en l'edat en el proveïment de prestacions relacionades amb el treball per part de l'empresari, com l'assegurança de vida (*life insurance*) i la de salut (*health*

---

<sup>1189</sup> AUTOR, D., DORN, D., "This job is 'getting old': measuring changes in job opportunities using occupational age structure", *American Economic Review*, Vol. 22, No 2, 2009, pàg. 45-50 SCHULZ, J.H., "the full monty' and life-long learning in the 21st century", *Journal of aging and social policy*, Vol. 11, No 2/3, 2000, pàg. 72. L'autor fe esment de la indústria tèxtil als Estats Units, que va arribar al seu punt àlgid a principis del segle XIX, traslladant-te al segle XX a l'Amèrica del Sud on la mà d'obra era més barata. Els treballadors dels Estats Units, especialment els més grans van trobar-se amb moltes dificultats de torbar una nova feina i ajustar-se a les noves necessitats de l'ocupació.

<sup>1190</sup> BARTH, M.C., "An aging workforce in an increasingly global world", *Journal of aging and social policy*, Vol. 11, No. 2/3, 2000 pàg. 86. L'autor apunta que al segle XXI els dos trets més importants són l'envelliment de la població i la globalització dels mercats on persones, béns, serveis, capital i informació es mouen a gran velocitat. Aleshores cal observar la relació entre l'envelliment poblacional i la mundialització, en concret, els requisits que es demanen als treballadors en aquest món globalitzat i els reptes que aquests canvis suposen pels treballadors grans, com per exemple la ràpida adaptabilitat als canvis, l'ús de les noves tecnologies, etc.

<sup>1191</sup> LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàgs. 160 i 161

<sup>1192</sup> Pub. L. No 101-433, Stat. 978 (1990)

<sup>1193</sup> 492 U.S. 158, 1989

*insurance*), la prestació per malaltia (*sick pay*), la paga de les vacances (*vacation pay*) o les prestacions per jubilació (*pension benefit*) o incapacitat (*disability benefit*).

Amb tot, el Congrés també va reconèixer que el cost de proporcionar determinades prestacions als treballadors d'edat és major que proporcionar aquests beneficis a treballadors joves, i que aquesta despesa major desincentivaria la contractació de treballadors d'edat. D'aquesta forma, en circumstàncies limitades, es permet que un empresari redueixi els beneficis basats en l'edat, sempre i quan el cost de proveir beneficis reduïts als treballadors d'edat sigui el mateix que el cost de proveir beneficis als treballadors joves. En aquest sentit, d'acord amb la Sec. 623.f.2.b.i ADEA i Sect 1925.10 Title 29, Code of Federal Regulations, no constitueix una violació de l'ADEA l'establiment d'un pla de prestacions pels treballadors "bona fide" la despesa de la qual no sigui inferior a la d'un treballador jove, o bé quan s'estableixi un pla que incentivi un retir anticipat voluntària. Per tant, seguint el que disposa l'ADEA a la Sec. 4.f.2.B, per tal que un pla que estableixi reduccions basades en l'edat pugui ser considerat un pla "bona fide" i per tant, excepcionar-se la prohibició que preveu l'ADEA cal que o bé les despeses del pla pels treballadors grans siguin més costoses per raó de l'edat, de forma que es permet la desigualtat de tracte per edat, sempre i quan les despeses del pla pels treballadors grans siguin almenys iguals que les fetes pels treballadors joves o que es tracti d'un pla que incentivi voluntàriament retir anticipat del treball. A més a més, d'acord amb el que disposen les regulacions de l'EEOC, Sec. 1625.10.b C.F.R, Title 29, un pla per a excepcionar-se de l'ADEA també ha de complir amb els requeriments d'una altra llei, l'*Employee Retirement Income Security Act*<sup>1194</sup> de 1974 (ERISA), una llei federal que estableix els estàndards mínims pels plans de pensió i salut pels treballadors del sector privat. Normalment, els plans que redueixen les prestacions per raó d'edat i són susceptibles d'emparar-se en l'excepció del la Sect. 4.f.2.B ADEA seran aquells plans anomenats "fringe benefit plans" que són aquells plans que proveeixen prestacions no relacionades amb els salari dels treballadors, sinó altres plans sobre prestacions per jubilació o malaltia (Sect. 1625.10.b, Regulations EEOC, Title 29 C.F.R).

---

<sup>1194</sup> Pub. L. 93-406. 88, Stat. 829, 1974

Com s'ha observat, oferir incentius per retirar-se anticipadament de forma voluntària com un pla "bona fide" és generalment legal segons l'ADEA. Aquests incentius que estableixen els empresaris normalment s'expliquen per la necessitat de reduir la seva mà d'obra, de manera que ofereixen incentius als treballadors més propers a la jubilació per retirar-se anticipadament com prestacions especials de jubilació o indemnitzacions per acomiadament especials de treballadors que no compleixen encara els requisits per ser beneficiaris de la prestació de jubilació però que estan en edats properes a ser-ne beneficiaris <sup>1195</sup>. Cal, en tot cas, que el retir sigui voluntari i no siguin incentius que s'implementin coercitivament<sup>1196</sup>. El temps adequat per considerar l'oferta per ser considerada voluntària és un període de 45 dies (Sect. 626.f.1.F.ii ADEA). Finalment, cal destacar que l'ADEA no estableix cap edat mínima per establir uns incentius de retir anticipat. Ara bé, pot ser que sigui declarat il·legal establir límits màxims d'edat. Per exemple, en el cas *Jankovitz v. Des Moines Independent Community School District* <sup>1197</sup> el Tribunal va declarar que un incentiu per jubilar-se anticipadament pels professors d'una escola entre 55 i 65 anys era il·legal perquè el límit màxim de 65 anys era discriminatori es ser basat merament per raons d'edat.

#### ***d) Excepcions per justificar la prohibició de discriminar per raó d'edat***

Encara que l'ADEA prohibeixi nombroses pràctiques discriminatòries relacionades amb l'edat, la mateixa llei preveu una sèrie d'excepcions a aquestes prohibicions descrites a la Section 623 (f), (i).

La primera excepció és la clàusula de bona fe o "bona fide occupational qualification" (BFOQ), per la qual un empresari, agència de col·locació o organització laboral bo té la càrrega de la prova per demostrar que el límit d'edat que fixa és "reasonably necessary to the essence of the business" i que els treballadors exclosos per desenvolupar el treball els uneix la mateixa característica, l'edat.

Sobre la base d'aquesta excepció, una oferta de treball pot limitar l'edat només es

---

<sup>1195</sup> LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàg. 210

<sup>1196</sup> *Cerutti v. BASF Corp*, 349 F3d 1055, 92 FEP, Cases 1613, 2005

<sup>1197</sup> 421 F.3d 649, 96 FEP Cases 695 (8th Cir. 2005)

demostrí que l'establiment d'una edat és una “bona fide occupational qualification” (BFOQ), és a dir, quan sigui raonablement necessària pel funcionament de l'empresa (Sec. 4.f.1. ADEA). Per exemple, pels bombers es permet que s'exigeixi una edat per a la contractació i alhora de jubilar-se (Sec. 4.j ADEA). I, en d'altres casos d'activitats laborals no previstes per l'ADEA, l'empresari haurà de provar, segons ha dictaminat el Tribunal Suprem que és “reasonable necessary” pel treball en qüestió establir límits d'edat i que pràcticament a tots els treballadors a partir de certa edat els hi manca la capacitat necessària per dur a terme l'activitat.

S'ha de dir que avui en dia, donada la bona esperança de vida de les persones acompanyada d'una bona qualitat de vida i els canvis tecnològics que faciliten els treballs, es fa difícil provar aquesta excepció BFOQ. De fet, actualment, l'excepció BFOQ es limita a alguns treballs de seguretat pública, com els bombers o els pilots d'avió, per a qui està fixada una edat de jubilació forçosa<sup>1198</sup>. En efecte, la jubilació forçosa ha estat una de les causes invocades englobables com a excepció BFOQ, ja que l'ADEA permet als empresaris imposar edats de jubilació forçosa respecte a categories específiques de treballadors.

Originàriament, quan es va aprovar l'ADEA al 1967 estenia la seva protecció als treballadors de 40 a 65 anys, de forma que les persones jubilades forçosament a partir de 65 anys no estaven cobertes per la prohibició de discriminació per raó d'edat que dispensa l'ADEA. Ara bé, la reforma de l'ADEA de 1986 va eliminar el límit màxim d'edat dels subjectes coberts per la protecció de l'ADEA. Dita extensió va comportar la prohibició de la jubilació forçosa pels treballadors a qui se'ls aplica l'ADEA. Per tant, en l'actualitat la jubilació forçosa està prohibida per l'ADEA, amb una excepció comentada prèviament, els casos en què l'edat sigui una *bona fide occupational qualification* (BFOQ). En efecte, la Sect. 4.f.1 ADEA preveu que “ it shall not be unlawful for an employer, employemny agency, or labor organization (...) to take any action otherwise prohibited under subsections a, b, c, or e, where age is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of the particular business”. És a dir, que es permet establir mesures desiguals en atenció a l'edat sempre i quan l'edat sigui un factor raonable de bona fe que s'ha de tenir en compte pel normal

---

<sup>1198</sup> LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàgs. 128-129

funcionament de l'empresa. Segons les regulacions de l'EEOC, un empresari que defensi una BFOQ assumeix la càrrega de la prova per demostrar que la limitació de l'edat és raonablement necessària per l'essència del treball, o que pràcticament totes les persones excloses per raó d'edat en el treball tenen una factor que els fa desqualificar per la feina i que s'explica per l'edat. En el cas que l'empresari pretengui provar que la raó de ser de la BFOQ és la seguretat pública, l'empresari ha de demostrar que la pràctica discriminatòria aconsegueix assegurar la seguretat pública i que no hi ha cap altra alternativa possible amb un impacte menys discriminatori (Sect 1625.6.b. EEOC Regulations, Title 29 C.F.R).

A mode d'exemple, en el cas *Western Air Inc. v. Criswell* ( 472 U.S. 400 1985) el la Cort Suprema va disposar que la jubilació forçosa causa estralls per la persona gran afectada a que li és molt difícil trobar una nova feina, per la societat en general ja que suposa una pèrdua d'experiències i habilitats que aporten els treballadors grans i pel govern per la càrrega econòmica que suposa les prestacions dels sistema de seguretat social dels treballadors no actius. I sobre la base d'aquesta argumentació, el Tribunal va declarar que la norma que fixava la jubilació forçosa als 60 anys pels enginyers de vol (flight engineers) no estava justificada com a BFOQ. Una llei (FAA) englobava als enginyers de vol i altra personal aeri a la mateixa jubilació forçosa, però el Tribunal va determinar que la posició d'enginyer de vol no és el mateix que altres que inclou la llei. En aquest cas l'edat no es va considerar una BFOQ ja que no justificava la fixació d'una jubilació forçosa als treballadors enginyers de vol.

Un supòsit diferent són les excepcions que preveu la pròpia llei ADEA sobre la prohibició de la jubilació forçosa basada en l'edat. Així es permet la jubilació forçosa pels "executives" i els policy-makers" a partir dels 65 anys (Sect. 631.c.1 ADEA), així com pels "local firefighters" i els "law enforcement officers" contractats pels governs locals (Sect. 623.f ADEA), els professors d'educació superiors amb un lloc de treball fixe (tenured faculty) entre 65 i 70 anys (631.d ADEA).

En segon lloc, també s'exceptua la protecció de l'ADEA quan la pràctica limitativa es basa en "reasonable factors other than age" (RFOTA), és a dir, que l'empresari provi que la pràctica es refereix altres factors que no tenen relació amb l'edat. En la sentència

del Tribunal Suprem dels Estats Units (Supreme Court), *Hazen Paper Co. v. Biggins*<sup>1199</sup> de 1993, va aclarir que quan el motiu de la limitació sigui la pensió, l'antiguitat o altres factors relacionats empíricament amb l'edat i no relacionats amb estereotips sobre l'edat, la pràctica de l'empresari no és un tractament discriminatori i l'empresari haurà de provar que es tracta d'altres factors raonables no relacionats amb l'edat. L'ADEA prohibeix només la discriminació basada en l'edat i no la basada en factors vinculats a l'edat. A la sentència el tribunal va expressar que “age and years of service are analytically distinct, an employer can take account of one while ignoring the other, and, thus it is incorrect to say that a decision based on years of service is necessarily ‘age based’”. Per tant, no el Tribunal no troba que hi ha un tractament desigual quan l'edat del treballador no ha estat el factor que ha motivat aquest tractament. En tot cas, cal examinar en cada cas, si el factor relacionat amb l'edat que ha estat la causa de la decisió empresarial, és un factor que té un impacte desfavorable sobre els treballadors d'edat, o si el factor vinculat a l'edat s'aplica de forma diferent als treballadors joves i als treballadors grans, entre d'altres<sup>1200</sup>.

En tercer lloc, una altra excepció a les prohibicions establertes a l'ADEA és quan la pràctica es refereix a un treballador que es troba en un lloc de treball a l'estranger i l'aplicació de l'ADEA signifiqués que l'empresari està infringint les lleis del país estranger de què es tracti; o al compliment de bona fe del sistema d'antiguitat, del sistema de pensions o en el cas que s'acomiadi al treballador per una bona causa<sup>1201</sup>.

### ***e) La renúncia dels drets que atorga l'ADEA per part del treballador***

Un treballador pot renunciar als drets que li atorga l'ADEA sempre que aquesta renúncia sigui intel·ligible i voluntària. En efecte, l'ADEA també preveu que un empresari pugui demanar a un treballador que renunciï als seus drets que dispensa l'ADEA davant els tribunals o en connexió amb un programa que incentiva el

---

<sup>1199</sup> 507 U.S. 604, 61 FEP Cases at 756, de 1993

<sup>1200</sup> LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàg. 80

<sup>1201</sup> Tal i com va establir el Secretari de Treball W. Wirtz l'any 1967 en relació a la “causa”: “I hardly need to point out where there is an element of incapacity on the basis of age, there is in the bill no prohibition of action pursuant to that fact. Putting it more simply, if a person can't “cut it”, that person will have to live with the consequences. So the prohibition is only against image distinction where there is no real basis for it”. Citat a LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàg. 20. Així, la llei no nega que l'edat afecti al treball i pot arribar a incapacitar al treballador per desenvolupar-lo.



cessament laboral (secció 626(f)). No obstant, l'ADEA, conforme a la modificació realitzada per l'OWBPA, determina uns estàndards mínims que cal que reuneixi una renúncia dels drets per tal que aquesta sigui considerada com a voluntària i, per tant, vàlida, bàsicament relacionat amb garantir que el treballador entengui clarament què és una renúncia de drets, a quins drets renúncia i que disposi d'un temps raonable per poder deliberar la seva opció de renunciar als drets que té segons l'ADEA<sup>1202</sup>.

#### ***f) La Comissió d'oportunitats per a la igualtat a l'ocupació: EEOC***

Fins la reforma de l'ADEA de 1978 el Secretari del Treball del govern federal dels Estats Units tenia la responsabilitat d'administració, investigació i fer complir l'ADEA. A partir de 1979, pel pla del President Jimmy Carter per consolidar l'esforç del govern federal per fer complir l'igualtat en el treball aquestes funcions van ser transferides a l'*Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), institució a qui se li va encomanar la responsabilitat de conciliar i investigar les accions de discriminació per raó d'edat d'acord amb l'ADEA, així com de fer respectar la llei en el sector privat, federal, administratiu i als Tribunals<sup>1203</sup>.

L'EEOC es va constituir a través del Títol VII de la Llei des Drets Civils de 1964 i va començar a operar l'any 1965. L'EEOC fa aplicar les principals lleis que prohibeixen la discriminació per raó d'edat, inclosa l'ADEA que prohibeix la discriminació per raó d'edat contra les persones de 40 o més anys. En efecte, l'EEOC investiga i assessora les al·legacions en casos de discriminació per raó d'edat. Si davant un supòsit presumpte de discriminació presentat davant l'EEOC, aquesta resol que s'ha discriminat i infringint així l'ADEA, tracta de resoldre la litigi mitjançant la conciliació, I, si la fase conciliatòria no reeix, aleshores l'EEOC està autoritzada per presentar una demanda en els casos que cregui convenient.

En virtut de la Sect. 9 de l'ADEA el Congrés, específicament va autoritzar a l'EEOC per tal que estableixi normes i regulacions per dur a la pràctica l'ADEA. D'acord amb Sect. 9. "the Equal Employment Opportunity Commission may issue such rules and

---

<sup>1202</sup> *Oubre v. Entergy Operations, Inc* (522 US 422 (1998))

<sup>1203</sup> El canvi de funcions del Secretari de Treball a l'EEOC es va fer a través del Reorganization Plan No. 1, autoritzat per la Reorganization Act of 1977 (Pub. L. No. 95-17, 91 Stat, 29, 5 U.S.C. Sections 901-912)

regulations as it may consider necessary or appropriate for carrying out this chapter”. Atenent a aquest precepte, doncs, l’EEOC ha promulgat diverses regulacions que desenvolupen el contingut i el procediment per fer efectiva l’ADEA. Aquestes regulacions estan contingudes al Títol 29 del Codi Federal de Regulacions (*Code of Federal Regulations*).

Un rol important que l’EEOC dur a terme en els casos de discriminació per raó d’edat és el que descriu la Sec. 636.b de l’ADEA, “before instituting any action under this section, the Equal Employment Opportunity Commission shall attempt to eliminate the discriminatory practice or practices alleged, and to effect voluntary compliance with the requirements of this chapter through informal methods of conciliation, conference, and persuasion”. D’aquesta forma, l’ADEA estableix que abans d’invocar-se davant els tribunals una demanda per infracció de l’ADEA, s’obra una fase de conciliació en la qual l’EEOC intentarà eliminar la pràctica discriminatòria per raó d’edat.

Segons dades de l’EEOC l’any 2011 es van resoldre 26.080 casos relacionats amb l’aplicació de l’ADEA, la majoria –un 66,9%- acabaren amb la resolució de l’EEOC declarant que no hi havia una causa raonable que justificués la diferència de tractament basada en l’edat. Aquesta xifra suposa un increment progressiu i considerable tenint en compte les primeres dades de 1997, any en el qual les resolucions van sumar 18.279 i les dels anys posteriors<sup>1204</sup>.

#### ***g) Els mitjans reparadors que es preveuen per la vulneració de l’ADEA***

Quan efectivament s’infringeix la prohibició de discriminar per raó d’edat en el treball establerta per l’ADEA els remeis previstos davant d’aquesta infracció són els que preveu la secció 626 (b) de la *Fair Labor Standards Act*<sup>1205</sup>. El mitjà reparador varia depenent de la circumstància del vincle laboral on s’hagi produït la discriminació. S’hi inclouen mesures cautelars, la reincorporació al treball, la contractació obligada del treballador, l’ascens del treballador o el pagament de la prestació deguda.

---

<sup>1204</sup> EEOC, *Age Discrimination in Employment Act (includes concurrent charges with Title VII, ADA and EPA) FY 1997 - FY 2011*, <http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/adea.cfm> (21.3.2012).

<sup>1205</sup> 29 U.S.C. 626(b).

Adicionalment, la violació intencionada de l'ADEA dóna dret a una compensació per danys i perjudicis. Segons la Cort Suprema a la *sentència Trans World Air Lines v. Thurston*<sup>1206</sup> una violació “intencionada” de l'ADEA s'esdevé quan l'empresari coneixia que la seva actuació constituïa una discriminació prohibida per l'ADEA o va mostrar menyspreu per si la seva conducta era prohibida per l'ADEA.

A més a més, a la mateixa *Fair Labor Standards Act*, en aquest cas a la secció 629, preveu que qualsevol individu que interfereixi en l'actuació de l'EEOC en la seva tasca de clarificar si hi ha hagut o no discriminació per edat prohibida per l'ADEA en un cas concret pot ser sancionat a una multa o presó de fins a un any.

#### **4.2.4 Els dos models de reclamacions per provar l'ADEA: *disparate treatment* i *l'adverse impact***

Quan un treballador o sol·licitant d'ocupació té la intenció d'al·legar l'ADEA es preveuen dos tipus de reclamacions sobre les quals pot basar la discriminació. Són el *disparate treatment* (tracte desigual) i *l'adverse impact* (impacte advers). El *disparate treatment* té lloc quan un empresari intencionalment discrimina un treballador o adopta una política amb la intenció de tractar de forma diferent a un treballador respecte a la resta per raó de la seva edat. Per la seva banda, *l'adverse impact* es dóna quan una actuació o política empresarial és aparentment neutral, però té un impacte advers sobre un tipus de treballadors, com els treballadors majors de 40 anys, i aquesta pràctica no es pot justificar raonablement.

Com s'observa, es tracta de dos models de prova a semblança de la discriminació directa i la discriminació indirecta que prohibeix la Directiva 2000/78/CE. En el cas de l'ADEA, però, i partint de la premissa que als Estats Units la jurisprudència és font del dret, aquests dos tipus de formes que pot adoptar la discriminació prohibida per la llei no les defineix la mateixa ADEA sinó que són les sentències de la Cort Suprema (*Supreme Court*) que les ha establert i delimitat. Tant el tractament desigual com l'impacte desfavorable són dos models de prova que es van desenvolupar en els casos

---

<sup>1206</sup> 469 U.S.111, 126(1985) citada a FEDER, J., *The Age Discrimination...op cit.* pàg. 13

de discriminació del Títol VII de la *Civil Rights Act*<sup>1207</sup> que prohibeix la discriminació per raó de raça, sexe, religió i origen nacional.

Sobre la base d'aquests dos models de prova, Un demandant que al·legui l'ADEA ha d'establir, *prima facie*, que ha patit una discriminació intencionada tot portant prova dels següents elements: que el demandant està cobert per l'àmbit subjectiu de protecció de l'ADEA, que el demandat és un subjecte a qui s'adreça l'ADEA; que el demandant es troba dins la categoria de subjectes protegits per a llei, és a dir, que és major e 40 anys; que l'empresari ha dut a terme una acció desfavorable en el treball; i, finalment, que hi ha una connexió causal entre l'acció desfavorable i l'edat del demandant.

El demandant prova que existeix una relació causal aplicant la teoria de la discriminació sobre un tractament desigual o un impacte advers. Bàsicament el demandant, en provar la relació causal el demandant vol demostrar que ell està qualificat per desenvolupat el treball i que un treballador més jove i menys qualificat ha ocupat el treball li ha estat denegat al demandant<sup>1208</sup>. En aquest sentit, l'ús de l'element comparatiu és una forma de prova notable en els casos de discriminació per raó d'edat. Una persona gran que se'l sotmet a un tractament desigual en el treball, ja sigui en relació a la contractació, la promoció o la finalització, ha de demostrar que aquesta decisió empresarial està il·legalment motivada en la mesura que una persona més jove ha estat tractada de forma més favorable que ell que és una persona gran<sup>1209</sup>. En el cas *O'Conor v. Consolidated Coin Caterers*<sup>1210</sup>, el Tribunal Suprem va determinar que l'element comparatiu, és a dir, la persona més jove amb qui es compara el qui al·lega la discriminació per raó d'edat, cal que no sigui del grup de persones que protegeix la llei que és a partir de 40 anys i que a més, la diferència d'edat entre el demandant i la persona que s'utilitza per a comparar les situacions ha de ser considerable<sup>1211</sup>.

---

<sup>1207</sup> PLAYER, M.A., *Federal Law of Employment Discrimination in a nutshell*, West Publishing, United States, 1992, pàg. 137

<sup>1208</sup> LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàg. 25

<sup>1209</sup> HAGGARD, T.R., *Understanding employment discrimination*, second edition, Lexis Nexis, Newark – San Francisco, 2008, pàg. 233 Per l'autor, l'ús des comparadors és bàsic per fonamentar l'acció empresarial com a discriminatòria i fer-la més convincent. En les seves paraules, “as is the case whenever comparators are used to establish mptivation on any impermissible basis, the more smilarly situated the comparator is with the plaintiff the more compelling the evidende”.

<sup>1210</sup> 517 U.S. 308.

<sup>1211</sup> En aquesta sentència el Tribunal suprem va matitzar la noció “age” que s'utilitza a la llei, argumentant que el llenguatge de l'ADEA “does not ban discrimination against employees because they are aged 40 or older; it bans discrimination against employees because of their age, but limits the

### ***a) El tracte desigual (disparate treatment)***

Per tractament desigual, segons la doctrina del tribunal suprem s'entén que és aquella situació en què es tracta desfavorablement a una persona per motiu d'una seva característica, l'edat. En canvi, l'impacte desfavorable fa referència a pràctiques empresarials que aparentment són neutrals per tots els treballadors però que en el fons desfavoreixen més en un grup de treballadors, com per exemple, el col·lectiu de treballadors grans.

Així, el cas paradigmàtic que se segueix en els processos relatius a la discriminació per raó d'edat és el *McDonnell Douglas Corp. v. Green*<sup>1212</sup> on s'estableixen les regles de la càrrega de la prova i els requisits de la prova que s'han de seguir<sup>1213</sup>. El Tribunal va establir que la persona que al·lega que ha patit una discriminació per raó d'edat ha de presentar en una primera instància una sèrie de proves dels fets essencials, és el que s'anomena un cas en primera instància (*prima facie case*). En els casos de discriminació per raó d'edat el que es requereix, segons va establir el cas *McDonnell Douglas Corp. v. Green* és provar el següent: que el treballador o sol·licitant de la feina es troba dins el grup protegit per l'ADEA, és a dir, que és major de 40 anys; que el treballador o sol·licitant de la feina estava qualificat per la feina en qüestió, que el treballador o sol·licitant va ser tractat desigualmente i que l'empresari va continuar buscant a algú igualment qualificat com el treballador o sol·licitant rebutjat. Un cop la persona presenta prova en primera instància el Tribunal estableix que l'empresari està obligat a articular una defensa legítima, una raó no discriminatòria que fonamenti l'exclusió del treballador o sol·licitant de feina. Aleshores, si l'empresari pot articular una raó no discriminatòria, el Tribunal va concloure que l'al·legant pot demostrar que la raó que defensa l'empresari estava motivada per una discriminació il·legítima.

Pels casos de tractament desigual l'aspecte central a esgrimir és si l'acció de l'empresari ha estat motivada per una intenció de discriminar. La prova ha de consistir en una prova directa, com un nota de l'empresari on especifica que acomiada al treballador per raó de

---

protected classe to those who are 40 or older. the fact that one person in the protected class has lost out another person in the protected class is thus irrelevant, so long as he has lost out because of their age".

<sup>1212</sup> 411 U.S. 792 (1973)

<sup>1213</sup> KALET, J.E., *Age discrimination in Employment Law*, second edition, Washington, 1990, pàg. 1

la seva edat<sup>1214</sup>. En aquests casos, si el demandant reeix en provar la intenció de discriminació en primera instància (*prima facie case*), la prova de la càrrega es trasllada a l'empresari demandat que ha de provar que la decisió no constitueix una discriminació per raó d'edat sinó que és una acció legítima i no discriminatòria, com, per exemple, provar que el treballador no desenvolupava correctament la seva feina o el seu comportament era rebel i insubordinat. D'aquí que, en el cas d'un tractament desigual, la qüestió central és esgrimir si l'acció de l'empresari ha estat motivada per una intenció de discriminació a causa de l'edat del treballador. Per tant, el punt més important és que s'ha de provar la intencionalitat de l'empresari, agència de col·locació o organització laboral.

### ***b) L'impacte desfavorable (adverse impact)***

Fins fa pocs anys, no hi havia a la jurisprudència del Tribunal Suprem unificada sobre la possibilitat d'al·legar un impacte desfavorable en aplicació de l'ADEA. Al 2005 en el cas *Smith v. City of Jackson, Mississippi*<sup>1215</sup> el Tribunal Suprem va afirmar que el model de prova de l'impacte desfavorable és vàlid pels casos on s'al·lega l'ADEA, en tot cas, matisant que la responsabilitat per l'impacte desfavorable sota l'aplicabilitat de l'ADEA és més restringida que en el cas del Títol VII -pel qual es va elaborar la doctrina de l'adverse impact en el cas *Griggs v. Duke Power Co*<sup>1216</sup>- de forma que un empresari pot evitar la responsabilitat si la pràctica aparentment neutral que és més desfavorable pels treballadors d'edat està basada en un altre factor raonable que no és l'edat.

Hi ha hagut força debat en els tribunals federals sobre si una pretensió al·legant l'ADEA pot fonamentar-se en un impacte desfavorable en comptes d'un tractament advers. El Títol VII prohibeix la discriminació en contra d'un treballador per raó de la raça, el color, la religió, el sexe o la nacionalitat. El Congrés va aprovar tres anys després del Títol VII, al 1967, l'ADEA, reflectint l'increment de la preocupació social per estereotips danyosos com com l'edat. Com va apuntar el Tribunal Suprem al cas *Lorillard v. Pons*, 434 U.S. 575, 584 (1978), "the prohibitions of the ADEA were

---

<sup>1214</sup> Com puntualitzen LINDEMANN i KADUE, la prova directa, que en diuen *smoking-gun*, és molt poc freqüent. LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàg. 25

<sup>1215</sup> 544 U.S. 228, 95 (2005)

<sup>1216</sup> 401 U.S. 424 (1971)

derived in haec verba from Title VII”.. En aquest sentit, en la mesura que l’ADEA va ser modelada en la forma del Títol VII, els tribunals alhora d’interpretar els preceptes de l’ADEA han pres en consideració la jurisprudència del Títol VII com a guia <sup>1217</sup>. I, en el cas del Títol VII es va consolidar la possibilitat d’al·legar un impacte desfavorable en el cas *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971) on un requeriment per accedir a un lloc de treball tenia un impacte desfavorable pel col·lectiu afroamericà <sup>1218</sup>. I, ja en un altre sentència, *Teamsters v. United States*, 507 U.S. 604 (1977) el Tribunal Suprem va definir què és un impacte desfavorable (*disparate impact*) afirmant que es tracta de pràctiques “that are facially neutral in their treatment of different groups but that in fact fall more harshly on one group than another and cannot be justified by business necessity”. Per tant, l’element clau és que sigui una pràctica aparentment neutral però que afecti desfavorablement amb més intensitat a determinat col·lectiu. I, a més ha de ser una pràctica que no es pugui justificar per una necessitat empresarial.

Aleshores, en ser acceptada la teoria de l’impacte desfavorable en els casos de discriminació per raó de raça que prohibeix el Títol VII, es va plantejar la possibilitat que també for possible invocar un impacte desfavorable en els supòsits protegits per l’ADEA, quan el grup desfavorable per la pràctica sigui caracteritzat per raó de l’edat. Per molts anys, la jurisprudència estava dividida sobre si l’ADEA reconeixia un impacte desfavorable <sup>1219</sup>.

La qüestió ha estat resolta pel Tribunal Suprem a la sentència *Smith v. City of Jackson* <sup>1220</sup>. En el cas, la Ciutat de Jackson s’havia acordat un augment del salari dels policies, i l’augment es va fer de tal manera que l’increment per aquells que comptaven amb menys de cinc anys d’antiguitat era major que els treballadors antics, els quals van

---

<sup>1217</sup> SINISCALCO, G.R., RAHM, R.H., QUINN, S.M., Adverse impact liability for age discrimination, *Employee Relations Law Journal*, vol. 28, issue 2, winter 2002, pàg 76, 77

<sup>1218</sup> En aquest cas, l’empresari condicionava l’accés a un lloc de treball en tenir un diploma escolar d’estudis secundaris o passar un test d’intel·ligència. L’efecte d’aquesta exigència era que s’exclïa als sol·licitants afroamericans en un percentatge molt més elevat que als sol·licitants blancs. Conseqüentment, els treballadors afroamericans van al·legar el Títol VII per considerar que l’exigència era discriminatòria per raó de raça en tant que el test que es va demostrar que no tenia relació amb la capacitat de desenvolupar el lloc de treball, tot i que era una pràctica neutral, tenia un impacte desfavorable pels sol·licitants afroamericans. El Tribunal va sentenciar que l’empresari no havia justificat que els requeriments era necessari per l’empresa, els demandants havien establert una causa vàlida d’acció en aplicació del Títol VII.

<sup>1219</sup> SINISCALCO, G.R., RAHM, R.H., QUINN, S.M., Adverse impact liability for age discrimination, *Employee Relations Law Journal*, vol. 28, issue 2, winter 2002, pàg 77, 78

<sup>1220</sup> 544 U.S. 228 (2005).

invocar una infracció de l'ADEA a causa d'un impacte desfavorable que els repercutirà. La Ciutat de Jackson va explicar que la decisió de l'augment més alt dels salaris dels joves en relació als treballadors grans es va prendre per tal de fer que els salaris fossin més competitius en comparació als de la mateixa posició a la regió on estava situada la ciutat. El Tribunal Suprem va considerar que l'anàlisi de l'impacte desfavorable era disponible a l'ADEA, si bé diferia d'alguna manera de la teoria de l'impacte desfavorable que s'aplica en el Títol VII. En concret, el Tribunal va establir que la responsabilitat que es deriva d'un impacte desfavorable és més restringida en l'ADEA que en els supòsits del Títol VII. I és que el Tribunal va establir que el treballador ha de provar que la pràctica empresarial no està relacionada amb cap altre factor relacionat amb l'edat i que no l'empresari no té cap necessitat empresarial d'establir la pràctica<sup>1221</sup>.

Si bé des de la sentència *Smith v. City of Jackson* va quedar palès que la teoria de l'impacte advers és aplicable a l'ADEA, hi havia certa confusió entre els tribunals sobre si és el treballador o l'empresari el qui té la càrrega de la prova per demostrar que la mesura és raonable o irracional<sup>1222</sup>. Finalment, a la sentència del Tribunal Suprem *Meachan v. Knolls Atomic Power Laboratory*<sup>1223</sup> es va determinar que és l'empresari l'encarregat de provar la raonabilitat de la pràctica o política discriminatòria. És, doncs, l'empresari qui té la càrrega de la prova, és a dir, el repte de demostrar que la mesura que té un impacte desfavorable pel conjunt de treballadors d'edat avançada es pot justificar raonablement per altres motius diferents a l'edat.

#### **4.2.5 La dificultat d'avaluar l'eficàcia pràctica de l'ADEA sobre el nivell d'ocupació dels treballadors d'edat**

El propòsit de la llei ADEA és eradicar la injustícia que suposa la discriminació d'edat

---

<sup>1221</sup> Segons LINDEMAN i KADUE ““The Supreme Court’s decision in *City of Jackson* makes clear that the ADEA’s reasonable factor other than age (RFQA) provision plays its principal role in adverse impact cases brought under the statute. Unlike Title VII, Section 4 (f) (1) of the ADEA contains language that significantly narrows its coverage by permitting any “otherwise prohibited” action “where the differentiation is based on reasonable factors other than age”. The RFQA provision “precludes liability if the adverse impact was attributable to a nonage factor that was reasonable””. (jackson), LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age Discrimination in Employment Law, 2010 Cumulative Supplement*, BNA Books, United States, 2009, pàg.176.

<sup>1222</sup> FEDER, J., *The Age Discrimination in Employment Act...op cit.* pàg. 10

<sup>1223</sup> 554 U.S. 84 (2008)



en l'àmbit laboral, promoure l'ocupació de les persones grans per tal que aquesta estigui basada en la seva capacitat en comptes de la seva edat, maximitzar la productivitat de l'economia tot aprofitant les competències i l'experiència dels treballadors grans i minimitzar la despesa del govern en la pensió per desocupació<sup>1224</sup>.

Segons l'evidència empírica, a la pràctica, l'eficàcia de l'ADEA ha tingut un efecte escàs en els treballadors menors de 60 mentre que ha tingut un efecte positiu considerable pels treballadors majors de 60 anys, especialment pel que fa a l'eliminació pràctica de la jubilació forçosa<sup>1225</sup>. En efecte, l'efectivitat de la finalitat de la ADEA per protegir les persones d'edat en el treball és fa palesa en la prohibició de la jubilació forçosa. No obstant això, els empresaris encara poden seguir oferint als seus treballadors, per motiu de l'edat, jubilacions anticipades mitjançant prestacions avantatjoses, sense que això impliqui una vulneració de la llei. El treballador ha de provar que les prestacions per jubilació anticipada que ofereix l'empresari no forma part de les prestacions de bona fe sinó que són dissenyades per evadir l'ADEA contra la discriminació per edat<sup>1226</sup>.

Pel que fa a evitar la discriminació basada en l'edat en el moment de la contractació, que, de fet, consisteix en un dels objectius principals de l'ADEA, aquest tipus de discriminació és considerablement difícil de provar davant dels tribunals, de forma que, en aquest sentit, la llei té un efecte eficaç. El demandant ha de persuadir al tribunal que ell serà el més ben qualificat per la feina, i que si no se'l va contractar és per raó d'edat. No es d'estranyar, doncs, que els casos de discriminació per raó d'edat siguin escassos. En un estudi fet l'any 1993 només el 12,3% dels casos de discriminació per raó d'edat estaven relacionats amb el moment de contractació<sup>1227</sup>. Per contrast, els litigis més comuns són aquells relacionats amb la discriminació en el moment de l'extinció del contracte de treball, com els acomiadaments, ja que els treballadors grans un cop desocupats es troben amb un grau de dificultat elevada per incorporar-se en un nou lloc de treball<sup>1228</sup>. En conclusió, gràcies a la protecció que dispensa l'ADEA és major que declini la probabilitat de ser jubilat mentre que la probabilitat de ser contractat a causa

---

<sup>1224</sup> GOLD, M.E., Disparate impact under the Age Discrimination in Employment Act of 1967, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Vol. 25, núm. 1, 2004, pàgs. 85 i 86.

<sup>1225</sup> OECD, *Ageing and Employment Policies. United States*. OECD, 2005, pàgs. 120-123

<sup>1226</sup> POSNER, R.A., "Employment discrimination: age discrimination and sexual harassment", *International Review of Law and Economics*, nº 19, 1999, pàg. 430

<sup>1227</sup> POSNER, R.A., "Employment discrimination...op cit. 438.

<sup>1228</sup> NEUMARK, D., *The Age Discrimination in Employment Act and the challenge of population aging*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 14317. Cambridge, September 2008. pàg. 5

de l'ADEA resulta insignificant <sup>1229</sup>. I així és com l'ADEA que va néixer com a mesura per eliminar l'exclusió i situació desfavorable dels sol·licitants d'edat en el mercat de treball ha esdevingut una mesura per garantir la permanència en el treball dels treballadors d'edat <sup>1230</sup>. I és que és difícil per un treballador d'edat provar que un treballador més jove i igual de competent com ell ha estat tractat més avantatjosament en el moment de ser contractat <sup>1231</sup> que protegeix l'ADEA de la discriminació per edat <sup>1232</sup>.

Per últim, també s'ha de tenir en compte que la recent jurisprudència del Tribunal Suprem ha donat una interpretació restringida de la protecció en contra de la discriminació per raó d'edat d'acord amb l'ADEA. En efecte, per exemple, en el cas *Gross v. FBL Financial Services Inc.* <sup>1233</sup> el Tribunal va establir que en una reclamació per un tractament desigual aplicant l'ADEA és el demandant qui té la càrrega de la prova i que ha de provar que l'edat és la causa de l'acció desigual de l'empresari, que l'edat era la causa "but-for" de la decisió empresarial, de forma que el demandant ha de provar que de no haver estat per l'edat l'acció desfavorable no s'hauria produït. Aquesta interpretació contrasta amb la interpretació que el mateix Tribunal fa del Títol VII de la *Civil Rights Act*, mitjançant el qual queda prohibida la discriminació per motiu de raça, sexe, religió o nacionalitat. En aquests casos, el Tribunal ha interpretat que es requereix només que el demandant demostrï que l'empresari alhora de procedir en l'acció desigual havia tingut en compte, la característica protegida, però no que demostrï que sigui l'única raó que ha motivat l'empresari a actuar desigualmente, sinó que entre els varis motius que han dut a l'empresari a actuar d'aquella manera desfavorable, la raça,

---

<sup>1229</sup> SCOTT, J.A., "Age discrimination legislation and the employment of older workers" *Labour Economics*, vol. 11, issue 2, April 2004. pàgs. 219 et seq.

<sup>1230</sup> ADNETT, N., HARDY, S., "The peculiar case of age discrimination: Americanising the European social model?", *European Journal of Law and Economics*, n° 23, issue 1, February 2007. pàg. 39

<sup>1231</sup> I és difícil de provar, com expressa POSNER "because of the intangible elements in evaluating a worker's performance other than in the simplest jobs—and the simplest jobs do not generate the plausibly high damage claims that repay the costs and uncertainties of litigation. The simplest jobs require little human capital, whether general or specific, and (partly for that reason) pay low wages" POSNER, R.A., "Employment discrimination...op cit. pàg. 437 i 438.

<sup>1232</sup> Per aquest motiu, s'evidencia que "the actual ADEA plaintiff (...) rather than challenging barriers to job seeking (...) is concerned about holding onto a job he or she has". ISSACHAROFF, S., WORTH HARRIS, E., "Is age discrimination really age discrimination? The ADEA's unnatural solution", *New York University Law Review*, 72 N.Y.U.L. Rev. 780., October 1997. pàg. 793. Així és, dades d'un estudi de 1984 mostren que els litigis de l'ADEA estan vinculats en un 76% en el moment d'extinció de la relació laboral i només un 9% en el moment de la contractació. La resta versen sobre: ascensos (6,6%), degradació de la relació laboral per raó de l'edat (6,3%) i indemnització i prestacions (1,9%).

<sup>1233</sup> 129. Ct. 2343 (2009)

sexe, religió o nacionalitat ha estat una d'aquestes diverses raons <sup>1234</sup>. Així que el Tribunal va restringir la interpretació de la intenció de la discriminació protegida per l'ADEA i fa més difícil pels demandants dels casos de discriminació per raó d'edat que reeixixin en les seves pretensions.

Per cloure, l'ADEA, com la resta de legislació antidiscriminatòria adoptada als anys seixanta als Estats Units ha jugat un rol notable en la millora les condicions socials de treball de les persones protegides<sup>1235</sup> davant la llibertat contractual que prima les relacions laborals a país i la manca de regulació en matèria laboral en comparació amb la legislació laboral dels països europeus. L'ADEA ha ajudat impulsar l'ocupació dels treballadors d'edat, però no se sap amb exactitud en quina mesura els treballadors d'edat han estat contractats o deixats de contractar per causa de l'ADEA<sup>1236</sup>, com pretenia la llei.

Fent un repàs a les dades relatives a la força de treball dels treballadors d'edat, destaca que l'any 1980 el nombre total aproximat de persones ocupades era de 99 milions. D'aquestes, 16,2 milions eren treballadors de 45 a 54 anys (16,3%), 11,5 milions d'ocupats d'entre 55 i 64 anys (11,6%) i 2,9 milions de persones treballadores de 65 anys o més (3%). L'any 2008, de 145 milions de persones ocupades, 34,5 milions tenen entre 45 a 54 anys (23,17%), 20,8 milions entre 55 i 64 anys (14,3%) i 5,9 milions tenen 65 anys o més (4%) <sup>1237</sup>.

Tot i que aquestes dades estadístiques evidencien un lleuger increment de la participació encara avui persisteixen els estereotips negatius sobre els treballadors grans persisteixen entre els empresaris americans. Els empresaris destaquen i valoren positivament als treballadors grans quant a la lleialtat, l'experiència i la cordialitat. En canvi, consideren que els treballadors grans no són prou flexibles, ni adaptables, i que els manquen

---

<sup>1234</sup> LIEBERWITZ, R.L., "Developments in Labor and Employment Law in the United States (September 2008-September 2009)", publicat en francès *al Bulletin de Droit Comparé du travail et de la Sécurité Sociale*, COMPTRASEC, UMR CNRS, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2009, pàgs. 272 et seq.

<sup>1235</sup> ZIMMER, SULLIVAN, RICHARD & GALLOWAY, *Cases and materials on Employment Discrimination...op cit.* pàg. 81

<sup>1236</sup> NEUMARK, D., STOCK, W.A., "Age discrimination laws and labor market efficiency", *Journal of Political Economy*, nº 5, vol. 107, The University of Chicago, 1999. pàg. 1123

<sup>1237</sup> Font: U.S. Census Bureau. "Employed civilian and weekly hours: 1980 to 2008" <http://www.census.gov/compendia/statab/2010/tables/10s0588.pdf>

competències en el camp de les noves tecnologies <sup>1238</sup>. També es considera que la mateixa protecció que ofereix l'ADEA als treballadors d'edat produeix que els empresaris siguin més reacs a contractar a treballadors protegits per la llei <sup>1239</sup>.

Per tant, no es disposa d'una base empírica sòlida per determinar quina ha estat la seva eficàcia a la pràctica, quina hagués estat la situació i probabilitats d'ocupació dels treballadors d'edat si no s'hagués aprovat l'ADEA més enllà de l'eliminació de discriminacions explícites, com les limitacions expresses d'edat en les ofertes de treball<sup>1240</sup> o la progressiva supressió de les jubilacions forçoses, tal i com s'ha degudament indicat. I és que l'efectivitat de l'ADEA és un tema que actualment candent per l'increment de població de 65 anys i més que es presencià en els properes dècades. Aleshores, els problemes de discriminació que tinguin l'edat com a motiu en el moment de la contractació esdevindran més significants ja que el gruix important de població entre 40 a 64 anys envelleix i la consigna política és perllongar l'ocupació dels treballadors d'aquestes franges elevades d'edat <sup>1241</sup>.

### **4.3 Altres mesures diferents de l'ADEA que afecten l'ocupació dels treballadors d'edat estatunidencs**

Els reptes derivats de l'envelliment demogràfic als Estats Units no són comparables amb el panorama negatiu que plana a molts països europeus<sup>1242</sup>. Les taxes de natalitat i immigració són majors, la població continua creixent, els treballadors d'edat en el mercat de treball tenen una presència rellevant i no es tem per la sostenibilitat del sistema de Seguretat Social com en els sistemes de pensions públics de països europeus

---

<sup>1238</sup> HEDGE, J.W., BORMAN, W.C., LAHMLEIN, S.E., *The aging workforce. Realities, myths and implication for organizations*. American Psychological Association, Washington DC, 2006 pàg. 35

<sup>1239</sup> Segons LAHEY, un dels motius pel qual es considera que els empresaris discriminació per raó d'edat la temença a ser demandats a través de l'ADEA. Des d'aquest punt de vista es considera que els empresaris no contracten a treballadors grans perquè aquest poden demandar-los aplicant l'ADEA si són després acomiadats o no són promocionats, de forma que pels empresaris resulta molt més fàcil per l'empresari evitar aquestes demandes simplement decidint no contractar als treballadors grans els quals generalment no poden provar que han estat discriminats durant l'etapa de contractació. LAHEY, j.n., "Age discrimination and hiring. Evidence from a labor market experiment", dins EBERTS, R.W., HOBBIE, R.A. (editors), *Older and out of work. Jobs and social Insurance for a changing economy*, National Academy of Social Insurance, 2008, pàg. 54

<sup>1240</sup> OECD, *Ageing and Employment...op cit.* pàg. 122

<sup>1241</sup> NEUMARK, D., *The Age Discrimination in Employment Act...op cit.* pàg. 23.

<sup>1242</sup> GENERAL ACCOUNTING OFFICE (GAO), *Older workers: policies of other nations to increase labor force participation*, General Accounting Office, Washington, 2003. pàgs. 20 i 21.

perquè la despesa pública per les pensions de vellesa és significativament menor en relació a d'altres països industrialitzats<sup>1243</sup>. En conseqüència, els Estats Units no es troben tant pressionats per realitzar reformes com en d'altres països desenvolupats. I, en aquesta línia, l'intens debat que hi ha a Europa al voltant dels treballadors grans a nivell governamental i dels agents socials no hi és als Estats Units on l'atenció pels treballadors grans i les seves oportunitats d'ocupació es concentra a nivell de les organitzacions de gent gran i en l'anàlisi doctrinal sobre l'envelliment de la força de treball<sup>1244</sup>.

No obstant, a un ritme menys profund que en d'altres països on els reptes de l'envelliment poblacional comencen a ser una realitat, als Estats Units també s'ha generat un debat sobre la millora de la sostenibilitat del sistema de pensions de jubilació mitjançant del foment de l'ocupació dels treballadors grans, els incentius per frenar la jubilació anticipada, la necessitat de remoure les barreres que impedeixen que els empresaris contractin a treballadors grans i també la millora de l'ocupació dels treballadors grans per mitjà de la formació i l'assegurament de condicions de treball adequades a l'edat.

En aquest sentit, emperò, i quant a les polítiques públiques d'ocupació, cal partir de la premissa que, en comparació amb els països de la OECD, els Estats Units se situen en el penúltim lloc d'entre els membres de la organització en relació a la inversió pública injectada en programes d'ocupació, donada la prevalença del sector privat al país i la ja mencionada doctrina de la no intromissió dels poders públics en l'esfera del mercat del treball que continua regida primordialment per la voluntat de les parts. No obstant, i encara que escassos, els Estats Units disposen d'alguns programes finançats pel Govern federal en els quals es poden acollir els treballadors grans i que tenen per objecte la millora de l'accés dels treballadors a l'ocupació a través de mesures d'orientació i formació, anant així més enllà del simple servei de connectar ofertes amb demandes de treball que presten els serveis d'ocupació públics o privats.

---

<sup>1243</sup> OECD, *Aging and employment policies. United States*, OECD publishing, 2005, pàg. 11

<sup>1244</sup> RIX, S.E., "Comments on 'International responses to an aging labor force'", dins GHILARDUCCI, T., TURNER, J., *Work options for older americans*, University of Notre Dame Press, United States, 2007 pàgs. 348 i 355

En certa part, també la jubilació està en el punt de mira en el debat entorn als treballadors d'edat ja que en les darreres dècades s'han produït una sèrie de canvis legislatius que propicien que els treballadors es mantinguin al mercat de treball, com l'augment de l'edat pensionable i canvis en els plans de jubilació que les empreses mantenen pels treballadors i que han influït en la decisió dels treballadors de no jubilar-se anticipadament, com es veurà.

Per últim, es fa una breu referència a una llei específica, the *Americans with Disabilities Act* (ADA). La vinculació de l'edat avançada amb el deteriorament físic i mental és susceptible de produir discapacitats en el treballador d'edat que són protegides per aquesta llei que conté mesures aplicables al treball.

#### **4.3.1 La participació dels *older workers* en el mercat de treball estatunidenc dins el debat latent de l'envelliment poblacional**

D'entrada, cal dir que, a parer dels Estats Units, la noció d'*older worker* (treballador gran) té diverses acotacions. Per exemple, a l'ADEA es designa l'edat de 40 anys com a límit legal per considerar quan s'és un treballador gran protegit per la llei. L'associació americana de persones jubilades (*American Association of Retired Person*, AARP), que gaudeix d'una presència rellevant a la societat americana, utilitza l'edat de 50 anys com a edat a partir de la qual es pot entrar a formar part de l'associació <sup>1245</sup> i el programa federal SCEP que ofereix programes d'ocupació i formació als treballadors grans requereix tenir com a mínim 55 anys per ser beneficiari del programa. Així, aproximadament, a partir de 40 anys, doncs, es pot fer referència a *older worker*<sup>1246</sup>,

La importància d'examinar la participació dels treballadors d'edat en el mercat laboral radica en el procés d'envelliment poblacional que afecta, en major o menor mesura, a tots els països desenvolupats i que es traduirà en un augment considerable de les persones de més edat de l'estructura demogràfica. L'envelliment demogràfic, amb un descens notable de la natalitat i un perllongament de l'expectativa de vida degut a la

---

<sup>1245</sup> HEDGE, J.W., BORMAN, W.C., LAHMLEIN, S.E., *The aging workforce. Realities, myths and implication for organizations*. American Psychological Association, Washington DC, 2006 pàg. 28, 29

<sup>1246</sup> Si bé s'ha de tenir en compte que des del 1967, any d'aprovació de l'ADEA l'expectativa de vida ha anat incrementant de forma progressiva. D'aquí que el límit de 40 anys per marcar el límit a partir del qual un treballador es considera *older worker* podria avui ser qualificat de precoç.

generalització del benestar de la població, comporta reptes tant en relació al targiversament de l'estructura de la població activa com alhora de garantir la sostenibilitat i viabilitat futura del sistema de pensions.

Si bé s'ha d'assenyalar els Estats Units estan millor situats per fer front a l'envelliment que altres països industrialitzats, en especial els europeus, pel fet que la població dels Estats Units envellirà a un ritme menor en comparació a la mitjana de la resta de països desenvolupats, i també per raons derivades dels propis caràcters del mercat laboral i el sistema de pensions de jubilació; no obstant això, l'envelliment demogràfic també afecta als Estats Units.

El nombre de persones als Estats Units de més de 55 anys augmentarà notablement en les pròximes dècades a causa principalment de l'envelliment de la generació del *baby-boom*. S'estima que si l'any 2002 hi havia 61 milions de persones majors de 55 anys, aquesta xifra augmentarà fins a 103 milions al 2025, nombre que representa que la població major de 55 anys als Estats Units suposarà un 30% de la població total. El canvi demogràfic de l'envelliment de la població afecta a la composició del mercat de treball dins el qual creixerà la proporció de treballadors grans<sup>1247</sup>.

Observant les dades des de 1950 a les previsions de fins l'any 2050, la força de treball (*workforce*) – el número de persones que treballen o que busquen feina - als Estats Units en les últimes dècades, ha canviat considerablement degut a diversos factors: relantiment del creixement de la força de treball en general passant s'un creixement de l'1'10 a la dècada de 1950-1960 a un creixement previst del 0,60 entre els anys 2040-2050; l'augment de la participació de la dona en el mercat de treball, d'un 33,9% al 1950 a un 56,6 que es preveu al 2050; canvis en l'estructura de l'edat de la mà d'obra a causa de l'envelliment de la generació del *baby-boom*<sup>1248</sup>; i increment de la participació de les minories ètniques<sup>1249</sup>. Pel que fa a l'envelliment de la població, aquest fet suposa canvis en l'estructura de l'edat de la força de treball, en concret, suposa que l'edat mitjana dels treballadors del mercat de treball augmentarà. La mitjana edat en el mercat

---

<sup>1247</sup> GENERAL ACCOUNTING OFFICE (GAO)., *Older workers: demographic trends pose challenges for employers and workers*, General Accounting Office, Washington, 2001, pàg. 9

<sup>1248</sup> El *baby-boom* es refereix al significatiu increment de naixaments succeïts després de la segona guerra mundial, entre el període 1946 i 1964.

laboral va arribar a la màxima edat al 1960, a 40,5 anys. Amb l'entrada al mercat de treball de la generació del baby-boom nascuda després de la segona guerra mundial l'edat mitjana de la força de treball va baixar arribant l'any 1980 als 34,6 anys. Tanmateix l'any 1990 la mitjana d'edat va tonrar a augmentar fins a 36,6 anys. Seguint aquesta tendència a l'alça l'any 2000 es va arribar als 39,3 anys, el 2010 es projecta a 40,6 i segons les previsions demogràfiques i laborals continuarà augmentant la mitjana de l'edat fins cap al 2015, període en què els treballadors de la generació del baby-boom començaran a retirar-se de mercat de treball, de forma que es preveu que l'edat mitjana tonarà a declinar lleugerament, i al 2050 es projecta que serà 39,7 anys. El retir de la generació del baby-boom suposarà a la vegada que la taxa de dependència entre les persones que participen de la força de treball i les que no creixerà cap a l'any 2015. Amb l'envelliment de la població es preveu que els la població activa entre 45 i 55 passin de representar el 66,4% al 1950 al 83,4% al 2050, entre els 55 als 65 del 56,7% al 1950 al 60,3% al 2050<sup>1250</sup>.

En efecte, la presència dels treballadors grans en el mercat de treball dels Estats Units ha anat incrementant en les darreres dècades per diversos motius: una més llarga expectativa de vida amb més bona salut que en el passat; els treballadors grans tenen avui una formació més alta; la tendència, respecte a la pensió de jubilació d'haver passat d'un pla de pensió definit (*defined pension plan*) que fomenta la jubilació anticipada a un pla de contribució definit (*defined contribution plan*)<sup>1251</sup> basats en la contribució de l'individu, la contribució de l'empresari i l'inversió que es fa de les contribucions, de forma que els treballadors estan més incentivats a continuar treballant per anar contribuint i rebre una pensió més quantiosa a la llarga; l'augment previst per les lleis de Seguretat Social per tal d'incrementar l'edat pensionable allargant així la vida laboral des treballadors grans; i l'alta despesa de l'assegurança de salut i el descens de les prestacions de salut en especial per la gent gran ha fet que els treballadors grans es

---

<sup>1250</sup> TOOSSI, M., "A century of change: the U.S. labor force", 1950-2050, *Monthly Labor Review*, May 2002, pàgs. 15-27; TOOSSI, M., Labor force projections to 2016: more workers in their golden years", *Monthly Law Review*, November 2007, pàgs. 33-52.

<sup>1251</sup> En un *defined benefit plan* l'empresa assegurava en contractar al treballador una quantitat fixa destinada a la pensió de jubilació, mentre que en el pla que actualment s'estil·la, el *defined contribution plan*, el treballador directament rep de l'empresari una quantitat de diners per tal que sigui el propi treballador que administri els diners si es procura una pensió de jubilació. Cal recordar que no hi ha cap norma als Estats Units que obligui a les empreses a disposar d'un pla de pensions pels seus treballadors. Ara bé, si així ho decideix l'empresa, aleshores si que es regulen aquest tipus de plans de pensions a través de la llei federal *ERISA*.



mantinguin treballant per així mantenir l'assegurança de salut vinculada al treball. Així doncs, per exemple, si l'any 1986 la participació dels treballadors de 45 a 54 anys en el mercat de treball americà representava el 15,1%, es preveu que el 2016 aquesta participació augmenti fins al 21,4%. Igualment, la presència de treballadors majors de 55 també s'augura que pujarà, passant d'una taxa de participació al 1986 del 12,6% al 22,7% l'any 2016 <sup>1252</sup>.

Tenint en compte la creixent presència de treballadors de més edat en mercat de treball, cal examinar les oportunitats laborals que tenen aquest col·lectiu de treballadors delimitat per l'edat avançada.

#### **4.3.2 L'escassetat de polítiques públiques d'ocupació als Estats Units en comparació als països europeus seguidors de l'Estat del benestar**

Les polítiques d'ocupació i formació als Estats Units es van començar a desenvolupar a començaments del anys seixanta a través de la iniciativa del Govern Federal amb la finalitat de preparar a les persones desocupades per les ofertes de treball. Des que es van crear els programes formatius i de millora de l'ocupabilitat s'han anat descentralitzant en el sentit que actualment qui aporta els fons és el Govern federal però el seu desenvolupament és responsabilitat de les agències d'ocupació estatals i locals, tal i com s'estableix a la llei de 1998, *Workforce Investment Act* que dota als estats de més flexibilitat alhora d'utilitzar els fons federals <sup>1253</sup>.

Ara bé, en general la despesa dels Estats Units en programes en l'àmbit de polítiques actives d'ocupació és notablement baixa en comparació a d'altres països. Segons la OCDE, l'any 2007 Estats Units, amb 2.200 \$ invertits per persona desocupada o 0,15 del PIB, se situa en el penúltim lloc d'entre els membres de la organització, abans de

---

<sup>1252</sup> TOOSSI, M., Labor force projections to 2016: more workers in their golden years”, *Monthly Labor Review*, November 2007, pàgs. 33-52; també, BASS, A.A., “Emergence of the third age: toward a productive aging society”, *Journal of aging and social policy*, Vol. 11, No 213, 2000. Tal i com declara l'autor, “adults of the baby-boom generation are for most part healthier, better educated, and wealthier than any previous American generation”. I afegeix que “as we shift to an aging society in which 20% of the population is 65 or older, many of today's pressing of health care and Social Security may recede from the headlines to be replaced by new and different issues that focus on other work-related, invested interests of the able elderly”. pàgs. 11, 13

<sup>1253</sup> DOERINGER, P., SUM, A., TERKLA, D., “Devolution of employment and training policy: the case of older workers”, *Journal of aging and social policy*, Vol. 14, Issue ¾, 2002, pàg. 39

Mèxic i després de la República Txeca, en relació a la inversió pública injectada a programes d'ocupació. És una xifra significativament baixa en comparació a la mitjana de totes els països de la OECD que és de 0,7% del PIB i vora 7.200 \$ per persona desocupada.

De fet, des de la perspectiva històrica, l'any 1985 el percentatge general total de la despesa del govern a programes de polítiques d'ocupació, en concret eninentius a l'ocupació era de 0,415, mentre que l'any 2007 va ser de 0,125. I, pel que fa a programes de política d'ocupació relacionats ambv la formació la despesa percentual del govern dels estats Units va ser el 1985 de 0,0179 i en canvi el 2007 va ser de 0,0125. I, pel que fa al percentatge destinat al Servei Públic d'Ocupació<sup>1254</sup> pugués dur a terme polítiques actives d'ocupació va ser al 1985 de 0,066 mentre que al 2007 de 0,046<sup>1255</sup>.

Així doncs, si ja de per si la quantia que es destina a programes de polítiques d'ocupació és minsa, encara ho és més si es té en compte que d'ençà de 1985 s'ha reduït encara més aquesta xifra. Per tant, aquestes dades signifiquen que si els fons que es destinen a polítiques actives d'ocupació no són substancials, tampoc ho són els efectes pràctics a la millora de l'ocupació pels treballadors <sup>1256</sup>.

La baixa inversió en polítiques d'ocupació es pot entendre per la visió de tradició liberal que predomina als Estats Units a l'hora d'explicar la desocupació. Generalment, els països de l'Europa continental, inclòs Espanya, es basen en la idea hi ha subjectes vulnerables que es troben en barreres per integrar-se en un mercat de treball que es caracteritza per ser selectiu, raó per la qual es considera que l'Estat juga un rol en el foment de l'ocupació d'aquells més vulnerables. I ho fa a través de polítiques d'ocupació. En canvi, als Estats Units la desocupació es concep com una situació voluntària, és a dir, es considera que els pobres són responsables de trobar-se en

---

<sup>1254</sup> El servei públic d'ocupació dels Estats Units (*Public Employment Service –PES-*), és un sistema descentralitzat, amb uns requireiments federals administratius i de col·locació comuns, però amb una discreció important dels governs locals i estatals alhora d'implementar aquests estandars. El PES és una xarxa d'institucions que proveeixen serveis de col·locaió, informació, prestacions per desocupació i altres programes d'ocupació. OECD, *The Public Employment Service in the United States*, Paris, 2000, pàg. 123

<sup>1255</sup> OECD, *Labour market programmes: expenditure and participants*, *OECD Employment and Labour Market Statistics (database)*. Last update: 11 August 2011.

<sup>1256</sup> OECD, *Ageing and Employment Policies. United States*, Paris, 2005, pàg. 169

aquesta situació de falta de recursos perquè els hi manca motivació per desenvolupar un treball remunerat i no es tenen en compte altres factors culturals o de desajustos del mateix mercat de treball. Des d'aquesta òptica de caire individualista no es considera convenient invertir en incentius que fomentin l'ocupació perquè la responsabilitat de la desocupació recau sobre l'actitud del mateix desocupat <sup>1257</sup>. Donada l'escassetat de polítiques d'ocupació que se l'ADEA s'erigeix com a principal instrument de què es disposa als Estats Units per influir sobre l'ocupació dels treballadors d'edat.

Ara bé, encara que escassos, existeixen als Estats Units una sèrie de programes públics que pretenen fomentar l'ocupació dels treballadors, i, com a tal, que constitueixen polítiques públiques d'ocupació. Són essencialment tres els programes finançats pel Govern federal que garanteixen mesures de millora de l'ocupació dels treballadors, *The Workforce Investment Act* (WIA) de 1998, *The Senior Community Service Employment* (SCSEP) i *The Alternative Trade Adjustment Assistance* (ATAA). Alguns d'aquests programes estan destinats a la totalitat dels treballadors en general sense limitacions de franjes d'edats i d'altres estan específicament dissenyats pels treballadors grans, tal i com s'especificarà a continuació.

#### **a) *The Workforce Investment Act* (WIA)**

Així, el primer dels programes és l'autoritzat per la llei *Workforce Investment Act* de 1998 (WIA) i es tracta d'un programa d'ocupació pels treballadors adults desocupats. A aquest efecte, un dels sistemes creats per la WIA és l'anomenat *One-Stop Career Centers* fundat per la WIA ofereix serveis de col·locació i formació dels treballadors. Tot i que aquest sistema està dirigit a tots els treballadors adults independentment de l'edat, alguns estats i a nivell local han començat a considerar als treballadors grans com a un dels col·lectius que més utilitzen el programa <sup>1258</sup>.

La Llei d'inversió a la força de treball, *Workforce Investment Act* (WIA) de 1998 <sup>1259</sup> reforma els programes de formació federals i crea un nou sistema d'inversió al mercat

---

<sup>1257</sup> DAGUERRE, A., *Active labour market policies and welfare reform. Europe and the U.S. in comparative perspective*, Palgrave macmillan, New York, 2007. pàg. 4 i 5

<sup>1258</sup> EYSTER, L., JOHNSON, R.W., TODER, E., *Current strategies to employ and retain older workers. Final Report*. The Urban Institute, Washington, 2008 pàg. 20, 21

<sup>1259</sup> *Public Law 105-220, August 7 1998, 112 Stat. 936*

de treball. El sistema té com a objectiu donar suport als americans en l'accés a les eines, com l'informació i l'orientació, que els siguin útils per trobar un lloc de treball i reconduir les seves carreres laborals, així com també s'ajuda a les empreses a trobar treballadors amb els perfils que requereixen les seves ofertes de treball <sup>1260</sup>. L'objectiu de la llei es troba en el seu preàmbul que disposa que la WIA és una llei creada bàsicament "to consolidate, coordinate, and improve employment, training, literacy, and vocational rehabilitation programs in the United States". Són fons que el Govern federal destina al programa amb la finalitat primordial d'incrementar l'ocupació, el manteniment en el treball, els i, d'aquesta forma, millorar la qualitat de la força de treball, el creixement econòmic, elevar la productivitat i la competitivitat i reduir la dependència a l'assistència social <sup>1261</sup>.

Si bé no es tracta d'un programa dirigit únicament als treballadors grans el programa conté diversos tipus de mesures de què poden beneficiar-se els treballadors grans en ordre a millorar la seva ocupabilitat en el mercat de treball.

En primer lloc, un dels serveis bàsics establert per la WIA és l'anomenat *One-Stop Delivery System*<sup>1262</sup>, coordinat pel Departament de Treball, Ocupació i Administració de la Formació, un sistema dissenyat per assistir a les persones que busquen feina. Els centres encarregats de dur a terme el sistema, ofereixen informació sobre formació, orientació laboral, accés a ofertes de treball, entre d'altres.

En general, es considera que els treballadors grans d'avui en dia estan ben preparats, amb nivells de formació alts. Però, la realitat és que el gran gruix de treballadors grans són aquells que tenen uns nivells d'estudis baix i amb una carrera laboral amb molts intermitents de desocupació. Són els treballador que experimenten problemes en el seu manteniment en el mercat de treball com nombrosos episodis de desocupació, atur de

---

<sup>1260</sup> United States Department of Labor, Employment and Training Administration, [www.doleta.gov](http://www.doleta.gov) (10.3.2010)

<sup>1261</sup> Department of Labor, Employment and Training Administration, *Regulation of the Department of Labor implementing WIA*, 20 CFR Part 252; Part 660 et al, RIN 1205-AB20. WIA.

<sup>1262</sup> Vid. [www.careeronestop.org](http://www.careeronestop.org) (10.3.2010)

llarga durada o treballs precaris. I és que, l'atur que afecta als treballadors d'edat sol convertir-se en un atur que es cronifica, de llarga durada <sup>1263</sup>.

### ***b) Senior Community Service Employment (SCSEP)***

L'anomenat programa *Senior Community Service Employment* (SCSEP) va ser originalment autoritzat l'any 1965 per la *llei Economic Opportunity Act*<sup>1264</sup>, i es va crear l'any 1973. Ara regit pel Title V de la *Older Americans Act (OAA)*<sup>1265</sup>, reformada l'any 2000, el SCSEP promou oportunitats de treball a temps parcial basades en activitats de serveis comunitaris per persones a partir de 55 anys amb ingressos baixos, així com també dona suport als treballadors grans amb treballs subvencionat.

Els motius de la instauració del SCSEP es troben al títol V OAA que està contingut al capítol Sect. 501 (a) (1), “in order to foster and promote useful part-time opportunities in community service activities for unemployed low-income persons who are 55 years or older and who have poor employment prospects, and in order to foster individual economic self-sufficiency and to increase the number of persons who may enjoy the benefits of unsubsidized employment in both public and private sectors, the Secretary of Labor (...) is authorized to establish an Older American Community service employment program”.

El SCSEP doncs està dirigit a les persones a partir de 55 anys amb un salari que no sigui superior al 25% del llindar de pobresa establert a nivell federal. En aquest sentit, el llindar de pobresa (*poverty line*) el delimita i el revisa anualment la *Office of Management and Budget* d'acord amb la Sect. 673 (2) de la *llei Community Services Block Grant Act* (42 U.S.C. 9902 (2))<sup>1266</sup>. La delimitació es basa en les dades ofertes pel U.S Census Bureau, el qual, el 2009 estima que el llindar de pobresa se situa en un ingrés anual de 11.161 \$ per una persona sola menor de 65 anys i 10.289 \$ si és major de 65 anys. A partir d'aquestes dades, el llindar varia segons el nombre de membres que

---

<sup>1263</sup> DOERINGER, P., SUM, A., TERKLA, D., “Devolution of employment and training policy: the case of older workers”, *Journal of aging and social policy*, Vol. 14, Issue ¾, 2002, pàg. 45

<sup>1264</sup> EOA. Public Law 89-73

<sup>1265</sup> 42 U.S.C. 3056 et seq, Títol V

<sup>1266</sup> Segons aquest article 42 U.S.C. 9902 (2), “the term “poverty line” means the official poverty line defined by the Office of Management and Budget based on the most recent data available from the Bureau of the Census”.

componguin una família, si són majors o menors de 65 anys i si hi ha fills menors de 18 anys<sup>1267</sup>.

Així, El segon dels programes finançats pel Govern federal és el *Senior Community Service Employment Program (SCSEP)*, autoritzat per la *Older Americans Act* de 1965, l'únic dels programes centrats en millorar l'ocupació i la formació dels treballadors grans. En base a aquest programa, es donen subvencions als estats, regions i organitzacions sense ànim de lucre per tal que ofereixin salaris als treballadors d'edat a canvi d'experiències laborals en serveis a la comunitat per així introduir-los en el món del treball. Els participants en el programa participen en cursos formatius, com són classes d'informàtica, i se'ls ofereixen llocs de treball subvencionats, a temps parcial, basats en serveis a la comunitat, normalment en l'assistència social i sanitària, suport escolar, recepcionistes. Ara bé, el programa SCSEP no està dirigit a la totalitat de treballadors grans, sinó que per entrar-hi es requereix tenir 55 anys o més i uns ingressos baixos, per sota del 125% del llindar de pobresa federal<sup>1268</sup>.

### ***c) The Alternative Trade Adjustment Assistance (ATAA)***

El tercer del programes d'ocupació a destacar és l'anomenat *Alternative Trade Adjustment Assistance (ATAA)*. Consisteix en un programa establert a la llei *Trade Act*<sup>1269</sup> reformada al 2002, que pretén ajudar als treballadors afectats pels canvis que es produeixen en el comerç. En aquests termes, el programa té com a destinataris els treballadors que hagin perdut el seu lloc de treball a causa de l'increment de les importacions o bé per la deslocalització de la producció fora dels Estats Units. El programa ATTA permet als treballadors grans per a qui no és apropiada tornar a formar-se, acceptar tornar a ser ocupats a un salari més baix tot rebent un subsidi.

Ofereix serveis de recol·locació, que inclouen: orientació de treball, tallers d'entrevistes de treball, avaluació de la carrera laboral, programes de recerca de treball i treballs de referència. A més, Sect 124 dedicada al "demonstration project for alternative trade

---

<sup>1267</sup> L'any 2008, els participants del SCSEP va ser 89.3000 , el 70% dones i el 48% persones pertanyents a minories ètniques. [www.doleta.gov/seniors/html\\_docs/AboutSCSEP.cfm](http://www.doleta.gov/seniors/html_docs/AboutSCSEP.cfm) (15.03.2010)

<sup>1268</sup> En els anys recents, el programa ha estat utilitzat per aproximadament 100.000 persones grans anualment, la majoria de les quals eren dones en situació de pobresa. DEPARTMENT OF LABOR, "Senior Community Service Employment Program (SCSEP).", 2007 <http://www.doleta.gov/seniors/>

<sup>1269</sup> Pub. L. 107-210 August 6 2002, 116 Stat. 93

adjustement assistance for older workers”, els treballadors que reuneixin aquets requisits i siguin majors de 50 que troben un nou lloc de treball a temps complet amb un salari de menys de 50.000 \$ anuals poden rebre un subsidi del 50% de la diferència entre el seu antic i nou salari de fins a 10.000 \$ per un període de fins a dos anys.

### **4.3.3 La influència de la regulació de la jubilació sobre l’ocupació dels treballadors nord-americans**

La jubilació s’ha convertit en un dels principals focus d’atenció en els darrers anys degut al ja citat problema de l’envelliment demogràfic que afecta a l’equilibri entre població activa i població passiva i directament, doncs, té repercussions al sistema de seguretat social pensions. la Unió Europea, des dels anys noranta, ha pres un rumb determinat cap al foment del perllongament de la vida laboral com a estratègia coneguda com a *active ageing* per fer front creixent desequilibri entre el nombre de persones actives i el de jubilats. Així, els països de la Unió Europea estan compromesos a afavorir un envelliment actiu que tendeixi a allargar la vida laboral i, d’aquesta forma, contribuir a elevar la taxa d’activitat dels treballadors d’edat. A Espanya les darreres reformes sobre la jubilació es dirigeixen a aquest sentit, restringir la jubilació anticipada, i incentivar la jubilació gradual i flexible, promovent en especial l’allargament de la carrera laboral i el retard de l’abandó de la vida laboral. En aquest sentit, als Estats Units també hi ha hagut alguns canvis legals en la jubilació que propicien la permanència en actiu dels treballadors.

Tradicionalment als Estats Units per explicar les fonts de finançament de jubilació s’utilitza la metàfora del *three legged stool* (tamboret sustentat per tres potes) en representació a les tres fonts de finançament de la insititució del retir: la Seguretat Social, els plans de jubilació privats individuals i els estalvis personals. Ara bé, el cert és que en les darreres dècades s’han anat debilitant els tres pilars que sustenten econòmicament la jubilació, començant per la mentalitat estalviadora que ha caigut en desús, fins al punt que la pota dels estalvis s’ha abandonat i avui en dia és totalment irrellevant per la jubilació<sup>1270</sup>. Però també el sistema públic de Seguretat Social i els

---

<sup>1270</sup> L’estalvi individual ha passat a representar el 10% l’any 1980 a ser inexistent, el 0% l’any 2005. En opinió de MUNNELL, la davallada dels estalvis personals és deguda al creixement econòmic experimentat durant els anys noranta, la creença que la pensió de jubilació ja els oferiria ingressos

plans de jubilació provats han sofert canvis que dificulten als treballadors l'accés a una jubilació amb ingressos confortables i propicien que els treballadors no es jubilin de forma anticipada.

#### ***a) L'abast del sistema públic de Seguretat Social dels Estats Units***

El model de protecció social estatunidenc que difereix substancialment dels països europeus els quals deriven, en major o menor mesura, de les assegurances socials de Bismarck de finals del segle XIX i del pla Beveridge de protecció universal de 1942.

El sistema públic de Seguretat Social dels Estats Units va ser creat l'any 1935 per la *Social Security Act*<sup>1271</sup> per tal de proporcionar prestacions de vellesa, de supervivència i incapacitat als treballadors i les seves famílies<sup>1272</sup>. Es tracta d'un és un sistema vinculat amb treball<sup>1273</sup>. Treballar i contribuir al sistema a través de taxes mentre es treballa és el condicionant previ per poder accedir a les prestacions que ofereix el sistema<sup>1274</sup>.

També, des de 1965 s'han inclòs en el sistema les prestacions d'assistència sanitària a través de l'anomenat programa *Medicare*<sup>1275</sup>. És un programa finançat pel govern federal que proporciona assistència sanitària i hospitalària als ciutadans nord-americans de 65 o més anys, ja estigui treballant o estiguin retirats, als ciutadans més joves que pateixen alguna incapacitat i reben prestacions del sistema de Seguretat Social i també a

---

suficients en tant que les inversions fetes a través dels defined contributions plans 401(k) creixerien a bon ritme i la mentalitat consumista dels americans que fa que no estalviïn com antany. MUNNELL, A.H., "Working longer. A potential win-win proposition", dins GHILARDUCCI, T., TURNER, J., *Work options for older americans*, University of Notre Dame Press, United States, 2007, pàg. 18.

<sup>1271</sup> 42 U.S.C. 301 *et seq.*

<sup>1272</sup> Tot i que la despesa del govern federal a la Seguretat Social representà el 2007 el 65% del total de la despesa, el país denota encara una taxa de pobresa important del 13% de tots els ciutadans. *Federal Government Expenditures, 2007*. U.S Bureau of the Budget, 2006; DOBELSTEIN, A.W., *Understanding the Social Security Act...op cit.* pàgs. 6 i 7

<sup>1273</sup> DOBELSTEIN, A.W., *Understanding the Social Security Act, The foundation of social welfare for America in the twenty-first century*. Oxford University Press, New York, 2009. pàgs. 323 i 324 Com assenyala l'autor "The social insurances are closely integrated with work, and the assistance programs are designed to provide income to the economically needy who cannot work. America's "work ethic" has always been the defining force in social welfare policy development and remains so in twenty-first-century America".

<sup>1274</sup> La qüestió que roman és la llacuna que queda per aquelles persones que tot i treballant tenen necessitats econòmiques per sobreviure. Són els denominats "working poor", que, amb el present sistema de prestacions públiques lligat exclusivament al treball, queden desprotegides. LIEBERWITZ, R.L., *The Working Poor : A Report on the United States*, International Seminar on Comparative Labour Law, Industrial Relations and Social Security, Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale de l'Université Montesquieu Bordeaux IV, France, June 29, 2009.

<sup>1275</sup> 42 U.S.C. 1395 *et seq.*



les persones que pateixen malalties renals <sup>1276</sup>. Aquest sistema es finança en bona part per la contribució que han de realitzar els empresaris i treballadors. En tot cas, pel que fa als treballadors d'edat, l'assistència sanitària que ofereix el sistema públic *Medicare* és partir de 65 anys, de forma que, abans, es només es pot disposar de prestacions d'assistència sanitària a través d'una assegurança mèdica que proporcioni voluntàriament l'empresari<sup>1277</sup> o a través d'una companyia privada d'assistència sanitària.

Pel que fa a la jubilació, hi ha hagut canvis a la Seguretat Social que afecten a la decisió de no jubilar-se anticipadament a 62 anys, que és l'edat a partir de la qual hom es pot jubilar, si bé amb una pensió disminuïda. En vistes de la previsió segons la qual l'envelliment de la població produeix un creixement no equilibrat entre els treballadors i el gran gruix de persones grans està reduint el nombre de treballadors que poden finançar les prestacions de jubilació de la població pensionista, així com es redueix el número de treballadors disponibles que produïxin béns i serveis que l'economia necessita, el Congrés va augmentar l'edat pensionable de jubilació per accedir a la pensió pública de jubilació que dispensa la Seguretat Social. D'aquesta forma, la legislació en aquests anys augmenta progressivament l'edat pensionable, de 65 a 67 anys pels treballadors nascuts després de 1959, que compliran 67 anys al 2026 <sup>1278</sup>.

En efecte, la mitjana d'edat en què la població americana es jubila en el període d'anys 2005-2010 és a 61.6 els homes i 62 les dones. Històricament, es constata que després de la segona guerra mundial hi va haver una extensió de la pensió de jubilació de la Seguretat Social a edats primerenques i també facilitats per percebre prestacions de salut de manera que era favorable a la jubilació anticipada. Ara bé, a partir dels anys setanta, es va començar a preveure que el finançament de la Seguretat Social podria no ser suficient en un futur, i a partir d'aleshores les àmplies prestacions van acabar-se mitjançant reformes en la legislació. Entre les reformes més destacades ressalta l'augment de l'edat pensionable de jubilació dels 65 als 67 anys, començant amb els nascuts al 1938, i reduint les prestacions a aquells que es jubilen anticipadament. També

---

<sup>1276</sup> Vid. [www.medicare.gov](http://www.medicare.gov) (10.03.2010)

<sup>1277</sup> En efecte, no hi ha cap llei federal que requereixi a l'empresari a proporcionar una assegurança mèdica als seus treballadors. A mode d'exemple, l'any 2006, només el 61% dels treballadors tenien una assegurança que cobria el seu empresari. REPA, B.K., *Your rights in the workplace*, 8th edition, Nolo, United States, 2007. pàg. 96

<sup>1278</sup> JOHNSTON, R.W., "Trends in job demands among older workers, 1992-2002", *Monthly Labor Review*, July 2004, pàg. 48

l'edat legalment permisible per fixar la jubilació forçosa va augmentar al 1978 de 65 a 70 si bé la jubilació forçosa va ser eliminada definitivament l'any 1986.

En definitiva, la Seguretat Social proveeix prestacions mensuals per les persones que compleixen els requisits contributius, tant per treballadors jubilats o incapacitats i els seus depenents o supervivents. Aquesta prestació constitueix la font principal d'ingressos – més del 50%- pel 57% de la població de 65 anys o més. Doncs bé, els canvis legislatius introduïts a la prestació per jubilació que dispensa la Seguretat Social es refereixen a l'augment de l'edat pensionable. L'edat normal de jubilació quan els jubilats poden rebre la pensió de jubilació completa va començar a incrementar-se en 2 mesos per any l'any 2000 amb la intenció de requerir 66 anys al 2006 i fins arribar a 67 al 2022.

Així, quant a les pensions de jubilació finançades públicament a través del sistema de la Seguretat Social, l'edat pensionable per accedir a la pensió completa de jubilació és de 65 anys i 62 anys si es vol accedir a la jubilació amb una quantia més reduïda. En tot cas, la reforma de sistema de Seguretat Social duta a terme l'any 1983 va incrementar gradualment l'edat pensionable de jubilació de 65 anys a 67 anys per l'any 2022. I, com a conseqüència d'aquesta reforma, s'incrementa també la reducció de la pensió de jubilació per aquells que es jubilen a 62 anys, del 20% al 30% creant així un incentiu a què es perllongui la permanència en actiu dels treballador i que no es jubilin anticipadament <sup>1279</sup>, tenint en compte, a més, que la jubilació gradual i flexible, que permet combinar la jubilació amb el treball, no és una opció estesa<sup>1280</sup> sinó que és una alternativa que està essent debatuda de forma incipient al país<sup>1281</sup>.

---

<sup>1279</sup> GENERAL ACCOUNTING OFFICE (GAO)., *Older workers: demographic trends pose challenges for employers and workers*, General Accounting Office, Washington, 2001, pàg. 5. Segons l'Informe, la decisió de jubilar-se depèn de diversos factors, principalment, de les circumstàncies econòmiques personals. I a més, les decisions de jubilar-se no només afecten a la vida individual sinó també a la força de treball i, en última instància, l'economia de l'Estat.

<sup>1280</sup> Poques empreses ofereixen l'opció de jubilar-se gradualment degut als impediments legals que existeixen. I és que, segons l'*Internal Revenue Code* i l'ERISA, la jubilació gradual només la poden oferir els empresaris a aquells treballadors que han complert l'edat de jubilació per gaudir del pla privat de jubilació ja que aquest pla només es pot desemborsar mentre el treballador es mantingui ocupat per l'empresa, a temps complet o parcial, i els podria suposar una minoració de la quantia del pla. PURCELL, P.J., "Older workers: employment and retirement trends", *Monthly Labor Review*, October 2000, pàgs. 19-29

<sup>1281</sup> WIATROWSKI, W.J., "Changing retirement age: ups and downs", *Monthly Labor Review*, April 2001, pàgs. 10 i 11; ALLEN, S.G., CLARK, R.L., GHENT, L.S., Phasing into retirement, *Industrial and Labor Relations Review*, Cornell University, Vol. 58, nº 1, October 2004, pàgs. 112 *et seq.*; HUTCHENS, R., GRACE-MARTIN, K., "Employer willingness to permit phased retirement: why are some more

Per últim convé esmentar que l'any 2000 es va suprimir un test denominat *earning test* que preveia la *Social Security Act* i que penalitzava als treballadors que continuaven en actiu més enllà de l'edat ordinària de jubilació tot reduint-los la pensió pública de jubilació <sup>1282</sup>. Actualment, el test i, per tant, la deducció de la prestació de jubilació total de la Seguretat Social només s'exigeix als que es jubilen abans de l'edat ordinària de jubilació, que és, com s'ha dit, entre els 65 i els 67 anys d'edat. És més, des de l'esmena a la *Social Security Act*, de 1983 <sup>1283</sup>, la pensió de jubilació s'incrementa en un determinat percentatge, depenent de la data de naixement del beneficiari, si hom es jubila més enllà de l'edat ordinària de jubilació i fins que es compleixin 70 anys.

### ***b) Els canvis en els plans privats de jubilació***

En el model de l'Estat del benestar europeu, com és per exemple el cas espanyol, la principal font de finançament de la pensió de jubilació és pública, essent l'Estat a través d'un consolidat i fort sistema de Seguretat Social universal que dispensa prestacions per cobrir diverses situacions de necessitat, com és la pensió de jubilació. En canvi, als Estats Units, si bé existeix un sistema públic de seguretat social que atorga la major part dels ingressos dels treballadors jubilats a través de pensions de jubilació <sup>1284</sup>, també es cert que aquest és dèbil i proporciona uns ingressos mínims per viure quan una persona es jubila <sup>1285</sup>, raó per la qual han proliferat els plans de jubilació privat que ofereix l'empresari <sup>1286</sup>.

---

willing than others?, *Industrial and Labor Relations Review*, Cornell University, Vol. 59, n° 4, July 2006. pàgs. 525 *et seq.*

<sup>1282</sup> Public Law 106-182. RIX, S.E., "Comments on International...*op cit.* pàgs. 348

<sup>1283</sup> Public Law 98-21

<sup>1284</sup> LANGBEIN, J.H., WOLK, B.A., *Pension and employee benefit law*, 2nd edition, The Foundation Press, New York, 1995. pàg. 110; ROTHSTEIN, M.A., LIEBMAN, L., *Employment Law. Cases and materials*. 5th edition, Foundation Press, New York, 2003. pàg. 1254

<sup>1285</sup> Les fonts d'ingressos per les persones de 65 anys o més van ser l'any 2004: Seguretat Social (39%), guany (26%), pensions (20%), actius (13%) i altres (2%). Font: Source of Income for persons age 65 and older, 2004. U.S Bureau of Statistics.

<sup>1286</sup> WELLER, C.E., "A proposal for more retirement income security", *Journal of Aging & Social Policy*, Vol. 19, n°1, 2007. pàgs. 21-23

En aquest sentit, una font important i complementària d'ingressos de la jubilació prové dels plans de pensions privats que pot preveure l'empresari <sup>1287</sup>, essent-ne els més utilitzats els anomenats *defined benefit plan* (pla de jubilació definida) i recentment els *defined contributed plan* (pla de jubilació contributiva).

En un *defined benefit plan* l'empresari es compromet a pagar al treballador una quantitat fixa de diner, normalment cada mes, un cop el treballador es jubila. Aquesta quantia fixa es determina en base al salari i el temps en què el treballador ha prestat serveis a l'empresari. En canvi, en un *defined contribution plan* l'empresari es compromet a pagar una quantitat determinada mentre el treballador treballa però no li promet cap quantitat específica quan el treballador es jubila<sup>1288</sup>. Aquest pla de contribució especifica les contribucions que es faran, però la quantitat de la prestació depen de l'inversió que en faci del treballador de la quantitat de la contribució. Per tant, el risc de mantenir la quantia del pla s'ha traslladat al treballador.

El perill d'aquest tipus de plans contributius és el fet que els ingressos d'aquest pla depenen en exclusiva de la inversió que en faci el treballador. És a dir, mentre que els plans tradicionals anomenats *defined benefit plan*, el treballador quan es jubila rep cada mes la quantitat vitalícia que li ha reservat l'empresari per a aquest fi, en un *defined contribution plan*, el treballador mentre treballa rep ja la quantia d'aquest pla que s'obté de les contribucions que fan empresari i treballador. El treballador pot decidir el percentatge de la seva contribució, els actius, com els utilitza i reparteix quan es jubili. Per tant, la responsabilitat recau en la decisió de contribució i repartiment del treballador <sup>1289</sup>. Aleshores quan es jubila rep la quantitat global de la contribució. A més, al treballador no li cal esperar el moment de la jubilació per fer-ne us, sinó que hi ha la possibilitat de retirar els ingressos d'aquest pla quan ho desitgi, fet que propicia que en un moment de necessitat econòmica el treballador en faci ús i ja no compti amb aquest fons per la seva jubilació<sup>1290</sup>.

---

<sup>1287</sup> Els plans privats de jubilació van esdevenir populars durant la Segona Guerra Mundial, una període en què hi havia més oferta que demanda de treball disponible. Els empresaris oferien plans de jubilació per atraure treballadors. REPA, B.K., *Your rights...op cit.* pàg. 443

<sup>1288</sup> *Idem.* pàg. 445

<sup>1289</sup> I, el problema deriva del fet que és probable que el treballador estigui mancat de coneixements financers suficients per gestionar els ingressos de la seva futura jubilació provinent del pla privat. MORGAN, L.A., ECKERT, J.K., "Retirement Financial Preparation: implications for policy", *Journal of Aging & Social Policy*, Vol. 16, nº 2, 2004. pàg. 20

<sup>1290</sup> MUNNELL, A.H., "Working longer...op cit." pàg. 17

Hi ha diversos tipus d'aquests darrers plans contributius, els més comuns dels quals són els 401(k) plans prevists a l'*Internal Revenue Code* <sup>1291</sup>. El treballador, amb aquest pla, contribueix part del seu salari a un compte obert per l'empresari i administrat per un banc o un altre tipus d'institució financera. Depenent de les clàusules del pla, normalment l'empresari també contribueix de forma addicional a la contribució del treballador. No obstant, a diferència dels plans de pensió tradicionals, l'empresari no està obligat a contribuir i si ho fa, pot canviar la quantia de la contribució cada any <sup>1292</sup>. Aquesta modalitat de pla privat de jubilació va créixer ràpidament a partir dels anys noranta, en concret l'increment va ser del 25% durant el període d'anys entre 1980 a 1999 <sup>1293</sup>, i és avui el pla privat de jubilació majoritari.

En tot cas, en una economia de mercat com és l'americana, són els empresaris individuals els que decideixen voluntàriament si desitgen o no oferir plans de jubilació als seus treballadors <sup>1294</sup>. L'any 2007, només el 61% dels treballadors en el sector privat tenien un pla de jubilació. D'aquests, el 55% comptava amb *defined contribution plans* oferts per l'empresari <sup>1295</sup>.

També s'ha de tenir en compte que, encara que voluntari, en el cas que l'empresari decideix oferir un pla privat de jubilació al treballador ha de complir amb la regulació que disposa la *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA) <sup>1296</sup>, una llei federal que estableix uns estàndards mínims que ha de complir tot pla de pensió privat relacionats amb la informació que l'empresari ha de proporcionar al treballador sobre el pla privat de jubilació i la seva forma de finançament. L'ERISA garanteix que els drets a la pensió del pla de jubilació privat no poden ser retirats o denegats als treballadors.

---

<sup>1291</sup> 26 U.S.C. L'*Internal Revenue Code* és el major cos de normes tributàries dels Estats Units.

<sup>1292</sup> REPA, B.K., *Your rights...op cit.* pàg. 449

<sup>1293</sup> HEDGE, J.W., BORMAN, W.C., LAMMLEIN, S.E., *The aging workforce. Realities, myths and implications for organizations*. American Psychological Association, Washington D.C., 2006. pàgs. 17-19.

<sup>1294</sup> HYLTON, M.O., SCHALL, L.A., *Cases and materials on Benefit law*, West Publishing, Minnesota, 1998. pàgs. 34 i 35

<sup>1295</sup> PURCELL, P., TOPOLESKI, J.J., *401(k) plans and retirements savings: issues for Congress*, Congressional research service, July 14, 2009

<sup>1296</sup> Sections 5, 18, 26, 29 and 42 U.S.C.

***c) Recopilació sobre els canvis sobre la jubilació que contribueixen a la permanència en actiu dels treballadors d'edat***

Són diversos els elements que en les últimes dècades han afavorit que els treballadors d'edat es mantinguin en actiu i no es jubilin anticipadament, elements que influeixen sobre la decisió de jubilar-se i, d'aquesta manera, s'incideix en elevar la taxa d'ocupació dels treballadors de més edat <sup>1297</sup>.

Primerament, i en l'àmbit de la seguretat social que proporciona pensions de jubilació públiques, ha augmentat gradualment l'edat ordinària de jubilació, dels 65 anys que la llei originària de seguretat social exigia a 67 anys pels que han nascut a partir de l'any 1960. També cal anotar l'eliminació de la jubilació forçosa, així com la supressió del denominat *earning test* que deduïa en una determinada quantia la pensió als treballadors que continuaven en actiu més enllà de l'edat ordinària de jubilació <sup>1298</sup>.

En segon lloc, pel que fa als plans de jubilació privats que ofereix l'empresari i que actuen com a font complementària de les pensions públiques s'ha presenciat la transició dels *defined benefit plans* a *defined contribution plans*. Aquests, a diferència dels anteriors que atorgaven una quantia fixa i vitalícia quan el treballador es jubilava, es caracteritzen pel fet que el risc de la gestió és del treballador, de forma que, no és tant fixa i determinada la quantia del pla de jubilació quan aquest sigui desemborsat. És més, hi ha la possibilitat que el beneficiari retiri abans d'accedir a la jubilació els ingressos derivats del pla de pensió privat que ell mateix ha administrat <sup>1299</sup>.

---

<sup>1297</sup> PURCELL, P.J., "Older workers: employment and retirement trends", *Monthly Labor Review*, October 2000, pàgs. 19-29. Atinent a l'envelliment de la població i com aquest fenomen afectarà a la força de treball i, en última instància, l'economia, l'autor manifesta que "given that the aging of the population and the impeding retirement of the baby-boom generation are likely to affect the supply of labor and the productive capacity of the economy, both the Social Security Act and the tax code may be amended to provide incentives for people to work longer".

<sup>1298</sup> EYSTER, L., JOHNSON, R.W., TODER, E., *Current strategies to employ and retain older workers. Final Report*. The Urban Institute, Washington, 2008 pàg. 32

<sup>1299</sup> GENDELL, M., "Older workers: increasing their labor force participation and hours of work", *Monthly Labor Review*, January, 2008. pàg. 42, 52. Al 1956 el Congrés va permetre a les dones jubilar-se als 62 anys, opció que també es va fer possible pels homes al 1961. Pel que fa a les prestacions de salut públiques, el sistema *Medicare*, al 1965 es va establir un assegurança de salut per les persones a partir de 65 anys, de forma que facilitava la jubilació als 65 anys. També en relació al sistema de pensions de jubilació privada afavoria la jubilació anticipada ja que s'utilitzaven els *defined benefit plan* amb una cobertura fixa pels treballadors. Els canvis actuals, com manifesta l'autor "contributed to increases in income inequality, income volatility, and job insecurity" i que "became increasingly difficult for many workers to accumulate sufficient resources to maintain their standard of living in retirement".

En tercer lloc, també cal tenir en compte que l'assegurança d'assistència mèdica que l'empresari pot assegurar als treballadors. Com s'ha mencionat, als Estats Units l'assistència sanitària no és universal i gratuïta, sinó que depen dels empresaris que ofereixin aquesta prestació o que els ciutadans es proveeixen d'assistència sanitària privada<sup>1300</sup>. Només a partir dels 65 anys es pot tenir dret al *Medicare*, un programa d'assistència sanitària gratuïta. Així, els treballadors tendeixen a no jubilar-se anticipadament abans dels 65 anys que és l'edat a partir de la qual es té dret a l'assistència mèdica gratuïta del *Medicare*<sup>1301</sup>.

Tots aquests factors relacionats amb la jubilació, l'assistència sanitària, juntament amb la important protecció de l'ADEA propicien que els treballadors es mantinguin treballant.

#### **4.4 A mode de conclusió: el contrast entre la normativa antidiscriminatòria per raó d'edat dels Estats Units i el model social europeu de protecció dels treballadors d'edat**

A Europa, el repte de la inserció de les treballadors d'edat en el mercat de treball, tema que ha esdevingut candent a causa de l'envelliment demogràfic mundial, s'ha enfocat a impulsar polítiques d'ocupació que fomentin la participació dels treballadors de més edat en el mercat de treball per tal d'afavorir la contractació, la formació i el manteniment en actiu dels treballadors adults. Entretant, als Estats Units s'ha plantejat a partir de la discriminació per raó d'edat per tal que les empreses no es desprenguin dels treballadors grans per raó d'edat<sup>1302</sup>.

De fet, pot resultar curiós que els Estats Units, tot i ser un país que no destaca pel seu elevat nivell de benestar social que garanteix als seus ciutadans, compta ja des de 1967

---

<sup>1300</sup> Cal recordar que l'ADEA prohibeix la discriminació per raó d'edat respecte a "compensations, terms, conditions or privileges of employment". Així no es permet proveir prestacions exclusivament a treballadors joves que exclouin a treballadors grans per motiu de l'edat.

<sup>1301</sup> JOHNSON, R.W., DAVIDOFF, A.J., PERESE, K., "Health insurance costs and early retirement decisions" *Industrial and Labor Relations Review*, Cornell University, Vol. 56, núm. 4, July 2003, pàg. 727

<sup>1302</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario", dins CAMAS RODA, F (coordinador), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Editorial Bosch, 2009. pàg. 16

d'una llei que prohibeix la discriminació per raó d'edat en el treball <sup>1303</sup>, l'ADEA, que des de l'any que es va aprovar i amb diverses reformes posteriors, protegeix els treballadors partir dels 40 anys contra de la discriminació per raó d'edat en el treball.

La diversitat de plantejaments a l'hora d'abordar i el fet que Estats Units s'empari gairebé en exclusiva a l'ADEA radica la poca despesa que dedica el país a les polítiques d'ocupació donat el caràcter predominantment liberal, que es tradueix en una òbvia escassetat de polítiques públiques que fomentin l'ocupació dels treballadors d'edat. És per aquest motiu que la major eina de què disposen els treballadors grans per eliminar els obstacles que els suposa l'accés a la força de treball als Estats Units se centra en la protecció que preveu l'ADEA <sup>1304</sup> que pretén posar cert fre a l'ampli marge de decisió de que gaudeix l'empresari deguda la doctrina de l'*employment-at-will*.

En canvi, les relacions laborals en el si dels Estats europeus no es basen tan sols en la voluntat de les parts com a nord-amèrica, sinó que, fruit de la industrialització, existeixen normes laboral que tendeixen a protegir els drets bàsics i irrenunciabls dels treballadors –entre ells, el dret a no ser discriminat- davant la part més forta de la relació laboral que personifica l'empresari. També a Europa la negociació col·lectiva entre empresari i treballadors juga un paper molt més rellevant que als Estats Units a l'hora d'acordar les condicions de treball. És més, el fet que a bona part dels Estats d'Europa comptin amb importants sistemes de seguretat social preveuen l'assistència sanitària universal i gratuïta i altres prestacions, com la jubilació, no lligades exclusivament a l'oferiment de l'empresari sinó a la sola participació del treballador en el mercat de treball o fins i tot sense estar-hi vinculats –les prestacions no contributives per carència de rendes- limita també el cost dels empresaris pels treballadors d'edat que prestein

---

<sup>1303</sup> Com assenyala MACNICOL “for a nation which in other respects is such a “welfare laggard” the U.S.A has experienced a lively debate on age discrimination in employment since at least the 1930s. By the 1950s and 1960s, the “social justice” and “labour supply” motives (...) and the political urgency od dealing with the wider issue of civil rights was a vital factor in delivering legislation in 1967”. MACNICOL, J., *Age discrimination. An historical and contemporary analysis*, Cambridge University Press, New York, 2006. pàg. 266

<sup>1304</sup> L'*Americans with Disabilities Act (ADA)*, aprovada el 1990 (42 U.S.C) prohibeix la discriminació de les persones amb discapacitats en tots els àmbits de la societat, no només el laboral, i obliga a les empreses a realitzar les mesures necessàries i modificar les condicions de treball per acomodar aquestes persones en el treball. En tant que la generació dels *baby boom* representa un gruix important de la població que augmenta la mitjana d'edat a la força del treball i que a causa de l'edat avançada és susceptible de patir mancances físiques, es preveu que també l'ADA tindrà un impacte important en sobre l'ocupació dels treballadors d'edat, ja que caldrà transformar els llocs de treball per adaptar-los al capital humà dels treballadors grans.



serveis per ells, a la vegada que els treballadors no depenen tan sols de les prestacions que ofereix l'empresari per tenir dret a aquestes prestacions<sup>1305</sup>.

Tots aquests elements de protecció dels treballadors expliquen que a Europa no s'hagi introduït una legislació específica contra la discriminació per raó d'edat dècades posteriors al 1967, any en què als Estats Units es va aprovar l'ADEA<sup>1306</sup>. Així, en el si de la Unió Europea, no va ser fins l'any 2000 que es va adoptar la Directiva 2000/78/CE, de 27 de novembre, que estableix un marc general per la igualtat de tractament en el treball i l'ocupació. A partir d'aquesta norma es va fer efectiu el principi d'igualtat i no discriminació establert a l'art. 13 del Tractat d'Amsterdam de 1999<sup>1307</sup>. La protecció de la Directiva contra la discriminació per edat és una regulació assimilable a la que conté l'ADEA. Així, la Directiva prohibeix la discriminació per raó d'edat només en l'àmbit del treball i l'ocupació, tant la discriminació directa – assimilable a la doctrina *disparate treatment*- com indirecta –assimilable a la doctrina *adverse impact*-. I, a diferència d'altres motius de discriminació prohibits per la Directiva, l'abast de la prohibició per motiu de l'edat és més limitat en tant que es preveuen notables excepcions que es poden al·legar per justificar una diferència de

---

<sup>1305</sup> ADNETT, N., HARDY, S., "The peculiar case of age discrimination: americanizing the European Social model?", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 23, nº 1, February 2007. pàg. 37

<sup>1306</sup> Tal com afegeix RIX, "a feature distinguishing Europe (...) from the United States is the extent and nature of the debate on older workers and where the debate is occurring. Significantly more attention is being paid to older worker issues in Europe (...) than in the United States, and the discussion abroad about what to do about those workers occurs more frequently at the government level, with the active involvement of social partners –labor and employers associations-. In contrast, in the United States, where the demographic picture is more favorable than it is in Europe (...) and where the need of Social Security reform is perceived as less urgent, older worker employment has not been singled out for much congressional attention. Rather, efforts to expand employment opportunities for older workers have tended to rest largely with organizations for older persons and older worker advocates, whose efforts have been buttressed by a sizable body of scholarly, research and policy analyses on the aging workforce". RIX, S.E., "Comments on 'International responses to an aging labor force'", dins GHILARDUCCI, T., TURNER, J., *Work options for older americans*, University of Notre Dame Press, United States, 2007 pàgs. 348

<sup>1307</sup> De fet, la introducció primera d'un principi d'igualtat a la normativa de la Unió Europea, la clàusula d'igualtat de tractament respecte els salaris dels homes i les dones prevista al Tractat de Roma de 1957 (art. 119 TCEE), va ser el resultat de la pretensió econòmica de França per evitar el *social dumping*. Dit d'una altra manera, la inclusió d'aquest principi d'igualtat retributiva responia únicament a objectius econòmics vinculats en exclusiva al bon funcionament del mercat comú i la lluita contra la competència deslleial entre els Estats membres de la organització comunitària. El precepte va ser introduït a iniciativa de França que considerava que la seva legislació en aquest tema era més avançada que la dels altres països membres i temia que aquest fet repercutís negativament a la competitivitat de les seves empreses. Es tractava, doncs, d'un principi d'igualtat de recursos econòmic, reduït a les retribucions per treball igual i que no era extensible a l'accés al treball i a la resta de condicions de treball. COLINA ROBLEDÓ, M., RAMÍREZ RAMÍREZ, J.M, SALA FRANCO, T., *Derecho Social Comunitario*, Segona Edició. Tirant lo Blanch, València 1995. pàg. 350

tractament basada en l'edat, com així mateix succeeix a les normes antidiscriminatòries estatunidenques.

És més, talment com l'ADEA als Estats Units que es va adoptar per la preocupació creixent de l'exclusió que patien els treballadors d'edat en el mercat de treball, la Directiva europea també representa la pretensió d'aconseguir la igualtat dels treballadors grans respecte dels joves, no només per protegir el dret fonamental a la igualtat i no ser discriminat, sinó també per aconseguir un objectiu econòmic<sup>1308</sup>, el d'aconseguir fer front a la tergiversació de la piràmide de població activa i passiva i la viabilitat i sostenibilitat futures del sistema de pensions que està provocant l'envelliment progressiu de la població. Per tant, des d'aquest punt de vista, si bé a causa de les característiques del mercat de treball europeu i la fe en les polítiques d'ocupació, les mesures antidiscriminatòries per edat no s'han introduït fins recentment, la Directiva 2000/78/CE evidencia que el present dels Estats Units envers la discriminació per raó d'edat pot ser vist com el futur del model social europeu en el sentit que s'utilitza la legislació antidiscriminatòria per influir en la taxa d'ocupació dels treballadors d'edat. S'americanitza així el model social europeu i el principi d'igualtat encarnat en la Directiva es posa al servei de garantir la seguretat en el treball dels treballadors d'edat avançada<sup>1309</sup>. També l'assimilació del model americà per part del model social europeu s'observa a través de la regulació de normes antidiscriminatòries com la Directa 2000/78/CE, i per tant, de *hard law* (normes vinculants) en contraposició a la utilització d'instruments de *soft law* (compromisos no vinculants) en què la Unió Europea s'havia caracteritzat per aconseguir els seus objectius de política social comunitària.

---

<sup>1308</sup> FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002. pàgs. 105, 145, 199.

<sup>1309</sup> En qualsevol cas, com conclouen ADNETT i HARDY: "the growing political power of elderly in Europe may, as in the Us, cause legislation that was intended as establishing a bases for efficiency-based legislation into one for wealth-grabbing bt the elderly. However, in the EU, given the grater importance of state pensions, the exercise of this political power may target increasing the tax burden on younger generations rather than extending the work like of elderly workers". ADNETT, N., HARDY, S., "The peculiar case...*op cit.* pàgs. 39 i 40

## **CONCLUSIONS (ENGLISH)**

Once this essay about Spanish and Catalan employment policies for older workers, including retirement measures, and European and Spanish age discrimination legislation and its comparison with US law has been finalized, it is time to set its conclusions, which are those that follow:

### **CHAPTER I. SPANISH EMPLOYMENT POLICIES FOR OLDER WORKERS: THE EXISTING MEASURES TO PROMOTE THEIR EMPLOYMENT**

#### **1. Employment policies target older workers as one of its main beneficiaries: aged people as a disadvantaged group in accessing and remaining in the labour market**

Employment policies are part of the global economic policies in the specific branch of labour market. They are integrated by all measures taken by the government in order to influence the labour market and improve employment and, if possible, achieve full employment.

In the European Union, employment policies are a Member State competence. However, the EU can act only under the principle of subsidiarity, if in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and are better achieved at Union level.

Focusing on Spain, by virtue of the Employment Act 56/2003, 16 December, employment policies are the decisions taken by the State and autonomous communities whose aims are to develop programs and measures to create employment, generate quantitative and qualitative employment, level offer and demand of employment and reduce unemployment as well as protect people who are unemployed. This Employment Act follows the classical OECD classification of employment policies when it distinguishes between active and passive employment policies. Active employment policies relate to public measures involving training, bonuses given to employers who contract certain workers with difficulties to enter the labour market, employability assessment, job search services. On the other hand, passive employment measures refer to benefits granted by the social security system to those who are unemployed in order

to compensate the lack of income while they are receiving unemployment benefits. In any case, current legislation related to employment policies increasingly tends to combine active and passive employment policies, e.g. unemployment benefit comes together with training actions and a continuous job assessment.

Nowadays, employment policies tend to be selective, in the sense that they are not available for all citizens but they target certain groups of people, those who have more difficulties to enter and remain into the labour market. Employment policies focuses on these groups with major employment difficulties and make them the beneficiaries of employment measures in order to improve their employability.

Older workers are one of these collectives traditionally considered as a disadvantage group in the labour market. Due to different factors, such as low level of education, lack of adaptability to rapid technology changes, family responsibilities or simply prejudices when hiring aged people, older workers have to cope with a changeable, flexible and often precarious labour world, in which, when they are expelled from, it is highly difficult to be employed again at advanced ages. Certainly, once unemployed, older workers remain anchored into unemployment and, often into long-term unemployment, lasting at least one year, which increases the difficulty of employability and, in worst cases, can lead to social exclusion.

## **2. Older workers from 45 years old in Spain: the difficulty in legislation when delimiting older workers because of age**

All in all, the point of issue is to fix a specific age from which a person is advanced in age. That is controversial because older people are not a homogeneous group compared to women or people of the same national origin. Everybody is a particular age and the ageing process does not affect equally to all aged people but each person can have different physical and mental capacity at the same age, especially with the current high life expectancy. That is why ageing is considered a social construction that depends on the social criteria of each time.

Concerning laws, ILO Recommendation about older workers, 1980 (No 162), states that older workers are those who are liable to encounter difficulties in employment and

occupation because of advancement in age but does leave to States the decision of delimiting an age. Within the EU, the European Councils of Lisbon of 2000 fixed that older workers are those from 55 years old. However, in Spain, laws, traditionally, as in the Spanish Employment Act 56/2003, consider that older workers, for which preference in employment measures to promote their employability is given, are those from 45 years old. Thus 45 years old is the age in which employment difficulties start to arise.

### **3. The consequences of ageing in the labour market and the reconsideration of retirement schemes: enlarging the working careers of older workers**

The importance to encourage the employability of older workers is not only a social care for aged people and their difficulties in finding a job but also, and most importantly, lies in the ageing of the population. The global ageing process characterized by low fertility rates and long life expectancy rates due to generalization of population's welfare has an important impact on Social Security systems based on distribution instead of capitalization, as it is the case of Spain. Certainly, adaptation to ageing and the approach of death marks a central feature of social organization. From the economic perspective, ageing absorbs from State economic resources that fund retirement pensions or elderly social and health care programs. And from the perspective of labour and social security law, ageing unbalances the dependency rate between workers who contribute to fund public pensions and pensioners to whom retirement pensions are paid. Therefore, it alters intergenerational solidarity inherent of the public pension systems and, above all, ageing implies a challenge to the Welfare State in the sense of seeing whether it will be able to grant sufficient retirement pensions and remain sustainable in the future.

Concerned by ageing consequences to the workforce pyramid –with a lot of older workers - and social security system, EU promotes active ageing in order to enlarge working careers of aged people and delay the age at which they retire. Therefore, for instance, the Europe 2020 strategy has set an EU employment rate target of 75% of women and men aged 20-64 by 2020. To achieve this rate, the European Commission is encouraging Member States to implement active ageing policies that both discourage the use of early retirement schemes and aim favouring employment retention and the

reintegration of senior workers. In fact, year 2012 has been declared the European Year for Active ageing to contribute to achieve these aims.

#### **4. The effectiveness of Spanish and Catalan active employment policies for older workers: bonuses to hire older workers, lifelong learning and job assessment for aged people**

Employment competence in Spain is territorially distributed between the State and autonomous communities. The labour legislation is a competence of the State. However, autonomous communities have competence to develop their own active employment policies because they are related to economic development of the community – in which they can have competences - and not only to labour law that is exclusively reserved to the State.

The main active employment measure set by the State to promote the employability of older workers are bonus for employers who hire older workers. Nevertheless, the truth is that, although still existing, this kind of bonuses have been reduced and restricted since legislative labour reforms of last years of economic crisis, being Law 3/2012, 6 July, the latter. As a result of the reform, currently bonuses to hire unemployed people aged 45 years old are only given to employers in companies with 50 or more employees. This bonus consists of 1.500 Euros during 3 years. In any case, with Law 3/2012 bonuses consisting of reduced social security employee quotes that were set to for employers who maintain employment of older workers from 59 remain untouched.

Another important change resulting from the labour reform of 2012 is that the specific contract to promote indefinite labour contract set in 1997 when hiring people aged 45 years or over has disappeared. The main incentive feature of this contract was that employers who used this contract had an advantage in case of fair dismiss as they had to pay compensation to workers which was reduced compared to the rest of contracts. However, as Law 3/2012 has generalized this reduced compensation for all kind of contracts in case that are extinguished by a fair dismiss, the contract to promote indefinite labour contracts for people aged 45 or older has been abolished, disappearing in that way, an employment measure for older workers.

Learning or training programs, as a way to improve employability, are another active employment measure that is being progressively promoted in order to improve employability of aged people, who often have low level of studies, by enlarging their skills when there are unemployed or even when employed to adapt to the new demands of labour market. Immersed in the lifelong learning aim set by the EU, Spanish Royal Decree 395/1997 that regulates the Spanish system of vocational training for employment sets different kinds of training activities carried out either by companies to their employees - by which companies receive bonuses - or by public services to unemployed people. The norm indicates that employed or unemployed people aged 45 or over are given priority to these programs. In this sense, the autonomous community of Catalonia annually grants subventions to fund training programs addressed to both employed and unemployed workers, giving preference to workers aged 45 years old or over. Furthermore, EU also has a specific training program for aged. It is called Grundvig and it is a specific strand of the lifelong learning programme supporting learning for adults. Although older workers are strongly encouraged to develop and maintain skills and competences thorough lifelong learning and are considered a priority group to take part in vocational training initiatives, there is not a specific learning program solely addressed to aged people and vocational training rates of aged are still low.

Finally, job assessment, re-employment services and job search support provided by Employment Services are also another active employment policy for aged people. In Catalonia, it is the Employment Service of Catalonia the public organization that provides employment assistance and matches vacancies with job seekers. One new service introduced by Law 3/2012 and addressed to groups with major difficulties to enter the labour market, such as people from 45 years old or over, is that Public Employment Services have to design individual and personalized itineraries of employment adapted to the skills and competences of the job seeker. Moreover, subject to Spanish Employment Law 56/2003, employment agencies are banned from discriminating on grounds of age in accessing the labour market.

## **5. The passive employment policies for older workers: social security unemployment benefits to avoid social exclusion**

In contrast with active employment policies that promote carry on working, passive employment policies for older workers enlarge unemployment benefits when they have ended their dole and are still without work, so that they are addressed to long-term unemployed aged. Therefore, passive employment policies for older workers are particular social security benefits created specifically for older workers because of their difficulties to find a job once unemployed and also due to their proximity to retirement age. That is why these kind of benefits are called “preretirement benefits”. Regulating those benefits is a State competence as social security is an exclusive competence of the State.

Basically there are two types of benefits addressed to aged people, both have been modified recently by Royal Decree-Law 20/2012, 13 July. This norm has made more difficult to be entitled to these benefits by restricting their requirements. Firstly, there is a special benefit for people aged 52 or more, an age that has been recently incremented to 55 years old. To be entitled to the benefit it is required not to exceed certain amount of annual income and have been contributing to the social security system during at least six years. This benefit ends when the beneficiary can access to retirement pension, whichever it may be, even early retirement. Secondly, another type of benefit for older workers is the unemployment benefit to people aged 45 or over who have finalized the maximum legal period to perceive the ordinary unemployment benefit. However, since Royal Decree-Law 20/2012, this benefit has been eliminated for new potential beneficiaries.

A part from those unemployment benefits addressed to aged people, a complementary benefit is the inclusion active benefit reserved for aged people from 45 years old who are in risk of social exclusion. Thus, it is an exceptional measure when there is an exclusion risk for those aged people who are long-term unemployed, no entitled to ordinary unemployment benefit and have low income to live. It is not solely an economic benefit but also an active employment policy because it also provides active employment actions to improve employability and find a job.



Employment passive policy for older workers is an important social measure as it takes into account that for aged people who are unemployed is highly difficult to find a job because of their advanced age, and the difficulty to enter or re-enter the labour market increases along with the time they remain unemployed and become more older.

## **CHAPTER II. RETIREMENT REGULATION USED AS AN EMPLOYMENT POLICY TOOL IN SPAIN: THE NEW RETIREMENT REQUIREMENTS RESULTING FROM LAW 27/2011, 1 AUGUST**

### **1. The reform of retirement schemes to enlarge the working careers of older workers in Law 27/2011**

Ageing implies a demographic change in the workforce and a challenge to the social security system in the sense of seeing whether it will be able to grant sufficient retirement pensions and remain sustainable in the future. To cope with population ageing EU, as seen promotes active ageing and, related to the field of retirement, the measures proposed are raise the pensionable age and disincentive early retirement.

In Spain, the reforms undertaken from the signing of Toledo Pact in 1995 until Law 27/2001 have pretended to establish a flexible and gradual retirement system in order to enlarge working careers of older workers, permitting to work after retiring. However, early retirement schemes are still legally maintained.

Indeed, as a result of Law 27/2011, there are two types of legal retirement age to receive a full retirement pension -that are going to be applied progressively-: 65 years old for those who have contributed to the system for 38 years and six months or 67 years old having contributed for 38 years. Moreover, the law continues to set economic incentives for those who, even tough they can already retire, decide to continue working beyond the pensionable age, so that continue to contribute to the system. Also, Law 27/2011 restricts, although maintains, early retirement schemes, and has restricted mandatory retirement in collective agreements. At last, mandatory retirement, has been recently abolished by Law 3/2012.

## **2. Strengthening access to retirement by 27/2011 Spanish Act and the correlative need to have effective employment policies for older workers**

Once more, the reform produced by Law 27/2012, as previous reforms, submit age retirement to employment policies tendencies. Increasing the employment rate of older workers along with increasing the full retirement age for social security are the solutions defended by the EU and implemented in Spain to deal with the economic impact of demographic changes. Also, spreading the use of retirement private pensions is becoming encouraged to prevent the social security system from being the unique economic support of elderly, as they exist in U.S.

In any case, strengthening access to retirement is not an adequate solution if it does not go along with effective employment policies for older workers. Older workers are a disadvantaged group that has major difficulties to enter and re-enter the labour market. Hence, solely making more difficult for them to be entitled to retirement pensions is not desirable. All in all, more than focusing on older workers' decision, legislation would have to focus previously in removing barriers to retention and hiring older workers that exist. As for the retirement regulation, laws would have to provide a flexible retirement as long as retirement pension is a right to all aged people granted by the social security system that has to be preserved as a fundamental piece of our social State.

### **CHAPTER III. AGE DISCRIMINATION AS AN OBSTACLE TO THE EMPLOYMENT OF OLDER WORKERS: THE SCOPE OF LEGAL PROTECTION OF AGE DISCRIMINATION AND A COMPARED REFERENCE TO US AGE DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT LAW**

#### **1. Age discrimination as an emerging form of discrimination that disincentives older workers to remain in the labour market**

Age discrimination is one of the main disincentives for older workers to remain active as it limits or denies their access to labour market because of their age. Thus, discrimination on the grounds of age is a collateral issue that it is taken into account in the employment strategy Europe 2020 when considering the need to raise the

employment rate of older workers as a key to mitigate the ageing impact on labour force and social security system.

In this sense, employment policies and anti-discriminatory legislation are interrelated; the former tend to raise the employment rate of older workers and the latter cares for making the access to employment for older people possible and procures that barriers based on negative stereotypes about aged people do not be prevailing over their abilities to work.

According to ILO reports, discrimination based on age is an emerging form of discrimination in our ageing world. It arises when negative stereotypes about older people and ageing process are taken. In the field of employment, thorough age discrimination a group of people is homogenized on the ground of being old, so that the whole people of advanced years are supposed to be slow, with little ability to adapt and with poor health. All these prejudices, plus legislative protection for older workers that some legal systems establish in the sense that making difficult to dismiss older workers, are obstacles to the hiring of older workers.

The ILO Discrimination in Employment and Occupation Convention, 1958 (No. 111) states that Each Member for which this Convention is in force undertakes to declare and pursue a national policy designed to promote equality of opportunity and treatment in respect of employment and occupation, with a view to eliminating any discrimination in respect of different grounds, in within which, however, age is not mentioned. It is the ILO Older Workers Recommendation, 1980 (No. 162), applied to all workers who are liable to encounter difficulties in employment and occupation because of advancement in age, that demands to Member States to promote equality of opportunity and treatment for workers, whatever their age, and of laws and regulations and of practice on the subject, take measures for the prevention of discrimination in employment and occupation with regard to older workers. As it is known, ILO Conventions are legally binding instruments for Member States which ratify them, whereas ILO Recommendations are not binding, so that the ILO norm that expressly declares the need to prohibit age discrimination, R162, cannot be enforced and have a minor effect compared to C111 that prohibits employment discrimination in other grounds different

of age, i.e., race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin.

## **2. The narrow scope of Directive 2000/78/CE on Employment Equality when prohibiting age discrimination and the broad permitted existing forms of direct age discrimination legitimated by the European Union Court of Justice**

The Amsterdam Treaty of 1997 introduced article 13 to the EC Treaty - current article 19 TFUE -, which enlarged the list of non-discrimination causes that the European Union institutions are empowered to combat, initially restricted to sex and national origin causes, to other basis, such as the one of age. Based on this article, EU adopted the Directive 2000/78/EC of 27 November 2000, establishing a general framework for equal treatment and combating discrimination on the grounds of religion or belief, age or sexual orientation as regards employment and occupation (art. 1). It is truth that, as consideration 9 of the Directive declares, “employment and occupation are key elements in guaranteeing equal opportunities for all and contribute strongly to the full participation of citizens in economic, cultural and social life and realising their potential”. Hence, ensuring equal treatment in employment is the starting point to combat discrimination in the rest of areas of life. This does not justify narrowing the scope of the prohibition of discrimination in the sole field of employment and occupation. In contrast, within the EU discrimination based on race or ethnic origin is prohibited in employment, occupation and vocational training, as well as in non-employment areas such as social protection, health care, education and access to goods and services, including housing, which are available to the public (Directive 2000/43/EC). And discrimination based on sex is prohibited in the same range of areas, with the exception of education and media and advertising (Directive 2006/54/EC). However, discrimination based on age, religion and belief, sexual orientation and disability is prohibited only in employment, occupation and vocational training. Therefore, a good EU proposal that is being debated is the so-called “Horizontal Directive”, a proposal of 2008 to enact a Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation. That would be more according with Article 19 TFUE because it does empower EU to combat age discrimination in all areas, and not solely in employment.

The Directive 2000/78/EC concerns applying the non-discrimination principle to both the public and private sectors in relation to: conditions of access to employed or self-employed activities, including promotion; vocational training; employment and working condition, including pay and dismissals; membership of and involvement in an organisation of employers or workers or any other organisation whose members carry on a particular profession (art. 3). The Directive sets a minimum protection floor, beyond these covered areas; it is the will of Member States to protect age discrimination in national law.

Directive 2000/78/EC aims to combat both direct and indirect forms of age discrimination and it does not delimitate any age to which the Directive is applied, so that all people are covered by the Directive, whichever their age may be. Direct discrimination which occurs where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation (art.2(a)). Indirect discrimination is a concept taken from the U.S doctrine of adverse impact stated in *Griggs v. Duke Power Co.* (401 U.S. 424, 1971) It is referred to any provision, criterion or practice which is neutral on its face but is liable to adversely affect one or more specific individuals or incite discrimination (art.2(b)). Also, harassment, which creates a hostile environment, is deemed to be discrimination (art. 2.3). A clear example of harassment would be the multiple suicides of aged workers in *France Télécom* during 2009 and 2010 due to harassment developed by the company to their workers on the grounds of age.

Nevertheless, the Directive itself permits differences in treatment on grounds of age are permissible in three circumstances. Firstly, in case of indirect discrimination when the measure is justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary, so that the employer prove that the indirectly discriminating measure has been taken not with regard to age (art. 2(b)(i)). Secondly, a difference in treatment based on age where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such age constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate (art. 4.1). Concerning the possibility of fixing a maximum age in hiring for specific professions, e.g. fire-fighters (*Colin Wolf*, C-229/08), the European Union Court of Justice concludes that a maximum age for

recruitment to intermediate career posts in the fire service at 30 years can be justified as appropriate to the objective of ensuring the operational capacity and proper functioning of the professional fire service, which constitutes a legitimate objective within the meaning of Article 4(1) of the Directive. Last but not least, in case of direct discrimination, when the measure is objectively and reasonably justified by a legitimate labour market aim and are appropriate and necessary to the achievement of that aim, e.g., protection of young people and older workers, requirements as to the extent of job experience (art. 6.1). Jurisprudence of the European Union Court of Justice has dealt with numerous cases involving this exception of justifying differences of treatment on grounds of age covered by article 6.1 of the Directive. Especially, the majority of cases refer to the possibility of fixing mandatory retirement ages and the case law tend to uphold these state norms and accept an open-ended justification list of employment policies in which direct discrimination on grounds of age may be, a doctrine started in the case *Palacios de la Villa* C-41/05 and applied to subsequent cases, i.e., *Kukukdeveci* C-555/07, *Petersen* C- 34/08, *Rosenbalt* C-45/09, *Vasil Ivanov Georgiev* C-250/09.

As a consequence, falling under Directive 2000/78/EC, both direct and indirect age discrimination can be justified. This generates a weak protection of the prohibition of age discrimination within the EU compared to the provisions relating to discrimination on other prohibited grounds. Furthermore, in permitting expressly existing forms of age discrimination, which are supported by the European Court of Justice, the Directive and jurisprudence seems to be strengthening age discrimination.

### **3. Spanish implementation of 2000/78/EC and other legislation prohibiting age discrimination in employment**

Spain implemented Directive 2000/78/EC into national law by the Law 62/2003, 30 December. Nevertheless, before implementing the European norm, the Spanish law already protected age discrimination thorough article 14 of Spanish Constitution that sets the fundamental right of not being discriminated on the grounds of “personal circumstances”, expression within which age is included (Constitutional Court Case 75/2003, 3 August). Specifically, in labour relations and employment, article 4.2.c) of the Workers Statute includes the worker’s right to not be discriminated directly or indirectly –both notions of discrimination are extracted from Law 62/2003

implementing Directive 2000/78/EC-, on the grounds of age. Moreover, article 17.1 of the Workers Statute states that legal dispositions, contracts, collective agreements or employer decisions including age discrimination measures will be deemed invalid.

Jurisprudence on the basis of these articles prohibiting age discrimination in employment has dealt with cases concerning age discrimination in pre-employment moment – candidates' selection-, during the labour relation –harassment and impossibility to promote-. All in all, especially prolific are cases about the ending of the labour relation related to mandatory retirement measures and the inclusion of older workers in collective dismissing process. In deciding whether it has to prevail age or another objective aim that justifies the difference in treatment in employment because of age, such as, an employment policy or a particular physical need on some professions, the Courts tend to be flexible in permitting aims based on age limitations.

#### **4. The pioneer law of age discrimination in employment: US Age Discrimination in Employment Act (ADEA)**

A cause of the liberal tradition of United States, historically its labour relations follow the doctrine of employment-at-will, by which employer and employee are considered equal parts and, as a result, employers can hire and dismiss employees freely and with no cause. Given the wide power of decision of employers that permits to treat employees unequally, and in the context of civil rights movements of the sixties against social segregation, employment discrimination laws were enacted by the Congress. The first was the Title VII of the Civil Rights Act of 1964 that prohibits discrimination based on race, religion, sex or national origin. Later, in 1967, the Congress enacted the Age Discrimination in Employment Act (ADEA), with the terms similar to Title VII but restricted to employment field. It is the first legislative initiative prohibiting specifically age discrimination in employment.

It was enacted to promote employment of older persons based on their ability rather than age; to prohibit arbitrary age discrimination in employment; and to help employers and workers find ways of meeting problems arising from the impact of age on employment. In this sense, ADEA prohibits employment discrimination against persons over the age of 40.

The ADEA, which applies to employers, labour organizations, and employment agencies, makes it unlawful for an employer to fail or refuse to hire or to discharge any individual or otherwise discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's age. The statute not only applies to hiring, discharge, and promotion, but also prohibits discrimination in employee benefit plans such as health coverage and pensions. The Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) is responsible for enforcing the provisions of the ADEA.

Nevertheless, the ADEA applies only to employers who have twenty or more employees for each working day in each of twenty or more calendar weeks in the current or preceding calendar year. A labour organization is covered by the ADEA if it exists for the purpose of dealing with employers concerning grievances, labour disputes, wages, rates of pay, hours, or other terms or conditions of employment. An employment agency and its agents are subject to the ADEA if the agency regularly undertakes with or without compensation the procurement of employees for an employer, other than an agency of the United States. The ADEA also covers congressional and most federal employees.

When alleging employment discrimination, there are two types of claims that a plaintiff can make: disparate treatment and adverse impact, which can be assimilated to direct and indirect discrimination measures that are prohibited by EU Directive 2000/78/EC. Disparate treatment occurs when an employer intentionally discriminates against an employee or enacts a policy with the intent to treat or affect the employee differently from others because of the employee's age. Such disparate treatment claims require proof that the employer intended to discriminate against the complaining party when it took the challenged employment action. Meanwhile, adverse impact occurs when the employer's acts or policies are facially neutral, but have an adverse impact on a class of employees and are not otherwise reasonable. Unlike disparate treatment claims, disparate impact claims may be established without proof of discriminatory intent, relieving the victim of an often insurmountable burden.



Since 1997 that ADEA was enacted some analysis have been made to look for the effectiveness of the ADEA in the employability of older workers. It has been observed that whereas ADEA is useful in protecting employed workers from being discriminated at work or at the moment of dismissing –through ADEA mandatory retirement was eliminated with some exceptions-, it is highly difficult to proof ADEA at the moment of hiring. Therefore, there is no empirical evidence that ADEA has improved employability prospects for older workers.

The ADEA is the main tool for older workers to be protected in employment in the U.S. Compared to European States, such as Spain, the US does not invest much in employment policies. There are some federal programmes dealing with training and job assessment intended to promote employment, some addressed only to older workers and other to all workers whichever age are they. The programmes are: the Workforce Investment ACT (WIA), the Senior Community Service Employment (SCSEO) and the Alternative Trade Adjustment Assistance (ATAA). However, these are few active employment initiatives, so that the ADEA becomes the main mean to protect American aged people at work and encourage its employability.

Eventually, considering the Spanish recent restrictions in employment policies, both active and passive, adressed to aged people, the progressive endurance of the requirements to enter the retirement pension and the growing importance of an age discrimination perspective in adressing employable difficulties of older workers as well as to increase its participation rate in the labour market, this raises the question of wheter the future of Spain in this sense would be the current protection model existing in the US, more focused to deal directly with cases of age discrimination at work than in effective employment policies for older workers and, also, more to do with both public and private funding retirement pensions than in ensuring to grant fully public retirement pensions provided by the Social Security system.



## BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., “La normativa de la OIT en favor de los trabajadores de edad: empleo, condiciones de trabajo i terminación de la relación de trabajo” *Revista Tècnico Laboral*, núm. 87, 2001

ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., “La normativa internacional sobre los trabajadores de edad: jubilación i prestaciones de vejez” *Revista técnico-laboral*, núm. 88, vol. XXII, 2001

ADNETT, N., HARDY, S., “The peculiar case of age discrimination: americanizing the European Social model?”, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 23, nº 1, February 2007

AGENCIA ESTATAL DE EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS Y LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS (AEVAL), *La política de bonificación y reducción de cuotas de la seguridad social*, Ministerio de la Presidencia, Madrid, setembre 2009

AGUILERA IZQUIERDO, R., “El principio de <causalidad> en la contratación temporal”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001

AGUILERA IZQUIERDO, R., “La política comunitaria en la lucha contra la exclusión social”, *Civitas: Revista española de Derecho del trabajo*, núm. 131, 2006

AGUILERA IZQUIERDO, R., GARCÍA PIÑEIRO, N.P., “La formación profesional para el empleo: reflexiones para su reforma”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 147, 2010

ALARCÓN CARACUEL, M.R (coordinador), *Dret del Treball i de la Seguretat Social*. Tecnos, Madrid, 2000

ALARCÓN CARACUEL, M.R, “El concepto de jubilación flexible”, *Temas Laborales*, núm. 66/2002

ALARCÓN CARACUEL, M.R, GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*. Editorial Tecnos. Cuarta edició. Madrid, 1991. pàg. 267

ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La financiación de la Seguridad Social” a PARDELL VEA (coord.), *La reforma de las pensiones de 1997*. ACI- Marcial Pons. Madrid, 1998

ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La jubilación es un derecho”, posted by *elcorreo.es*, 10 març 2010

ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Política de empleo y protección por desempleo”, dins MARTÍNEZ ABASCAL, V.A (coordinador), *Política de empleo y protección social. Segundas jornadas universitarias tarraconenses de derecho social*. Facultat Rovira i Virgili, Esplugues de Llobregat, 1996

ALBIOL MONTESINOS, A., “Jubilación forzosa y convenio colectivo”. dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007

ALCOBERRO, R., “El liberalisme individualista nord-americà”, *Filosofia i Pensament*, <http://www.alcoberro.info/>, 26.02.2010

ALEMÁN PÁEZ, A., “Grupos vulnerables, procesos de formación y políticas sociolaborales”, *Documentación laboral*, núm. 71, 2004

ALLEN, S.G., CLARK, R.L., GHENT, L.S., Phasing into retirement, *Industrial and Labor Relations Review*, Cornell University, Vol. 58, nº 1, October 2004

ALONSO GARCÍA, B., “El principio de no discriminación por origen racial o étnico en la Unión Europea: su aplicación al empleo y a la política social”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2003

ALONSO OLEA, M., TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª edició. Editorial Civitas, Madrid, 2002

ALUJAS RUIZ, J.A., “La política de fomento del empleo: Eje fundamental de las políticas activas de mercado de trabajo en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 51, 2004

ÁLVAREZ CONDE, E., “Principio de igualdad” a ALVÁREZ CONDE, E., FIGUERUELO BURRIEZA, A., NUÑO GÓMEZ, L., (Directors), *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Iustel, Madrid, 2009

ÁLVAREZ CONDE, E., FIGUERUELO, BURRIEZA, A., NUÑO GÓMEZ, L. (Directors), *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Editorial Iustel, Madrid, 2009

ÁLVAREZ CORTÉS, J.A., El subsidio por desempleo para mayores de 52 años: algo mas que asistencial social, algo mas que prestación asistencial (Un comentario a la STS 23-6-93, sala IV)” *Relaciones Laborales*, núm. 3, 1994

ALVAREZ DE LA ROSA, M., “El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 15, 1982

ALZAGA RUIZ, I., *La eficacia de la directivas comunitarias en el ámbito laboral*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009

AMARELO, C., FERNÁNDEZ, T., “L’evolució de l’ocupació a Catalunya en el marc de l’Agenda de Lisboa i de l’Estratègia europea per a l’ocupació” *Dossier Nota d’Economia*, núm. 80, 3r quadrimestre de 2004

AMOR BRAVO, E., “Veinte años del programa de Escuelas taller, Casas de oficios y Taller de empleo. (Reflexiones para el futuro), *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 71, 2008

AMOR BRAVO, E.M., “Las cualificaciones profesionales: un reto para los sistemas de educación y formación de la sociedad española”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 81, 2009

APARICIO PÉREZ, M.A. (Director), *Temas de Dret Constitucional (I). Introducció històrico constitucional, els principis estructurals, les institucions bàsiques de l'Estat i les fonts del dret*. Universitat de Barcelona Publicacions. Barcelona, 1996

APARICIO PÉREZ, M.A., (Director) *Temas de Dret Constitucional (I). Introducció històrico constitucional, els principis estructurals, les institucions bàsiques de l'Estat i les fonts del dret*. Universitat de Barcelona Publicacions. Barcelona, 1996

APARICIÓN TOVAR, J., “La Seguridad Social en la Constitución”, dins SEMPERE NAVARRO, A.V (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003

APARICIO TOVAR, L., OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007

ARAGÓN, J., ROCHA, F., TORRENTS, J., *Pactos i medidas de fomento del empleo en las Comunidades Autónomas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000

ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*. Ediciones Laborum. Murcia, 2002

ARMENGOL BADIA, M., ESCRIBÀ OLIVÁN, G., PAGÉS PUIG, P., *COPCOM, Consell d'orientació per competències per a col·lectius majors de 45 anys*, Servei d'Ocupació de Catalunya, Barcelona, 2005

ARUFE VARELA, A., “El nuevo <compromiso de actividad>, de situación legal de desempleo y de beneficiarios del subsidio por desempleo”, *Actualidad Laboral*, núm. 33, 2002

AUER, P., FORTUNY, M., *Ageing of the Labour Force in OECD Countries: Economic and Social Consequence*. International Labour Organization, Publicacions de l'OIT, 2000

AUTOR, D., DORN, D., “This job is ‘getting old’: measuring changes in job opportunities using occupational age structure”, *American Economic Review*, Vol. 22, No 2, 2009

BALIBAR, E., WALLERSTEIN, I., *Raza, nación y clase*, Iepala, Madrid, 1991

BALLAM, D.A., “Exploding the original myth regarding employment-at-will: The true origins of the doctrine”, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 17, issue 1, 1996

BALLESTER PASTOR, M.A. (Coordinadora), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo blanch, València, 2010

BALLESTER PASTOR, M.A., “Las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78), a SALINAS MOLINA, F., MOLINER TAMBORERO, G. (Directors), *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003

BALLESTER, PASTOR, M.A., “Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario”, a CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Directors), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

BARNARD, A., HEPPLER, B., “Substantive equality”, *Cambridge Law Journal*, núm. 59, 2000, pàg. 562; FREDMAN, S., “Equality: a new generation?”, *Industrial Law Journal*, núm. 30

BARNARD, C., *EC Employment Law*, second edition, Oxford University Press, Oxford, 2000

BARTH, M.C., "An aging workforce in an increasingly global world", *Journal of aging and social policy*, Vol. 11, No. 2/3, 2000

BASS, A.A., "Emergence of the third age: toward a productive aging society", *Journal of aging and social policy*, Vol. 11, No 213, 2000

BAYLOS GRAU, A.P., (Coordinador), *La reforma laboral de 1994*, Universidad de Castilla- la Mancha, Murcia, 1996

BAZ TEJEDOR, "Reflexiones acerca de la edad en las políticas activas de empleo", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2007

BAZO, M.T., "La institución social de la jubilación y la personas jubiladas", *RMTAS*, núm. extra de jubilació flexible, 2002

BEAVOIR, S., *La vejez*, Editorial Edhasa, Capellades, 1983

BELL, M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., "La Renta Activa de Inserción a la luz del Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre: una reforma inacabada". *Diario La Ley*, núm. 1, 2007

BEVERIDGE, W., *Full Employment in a Free Society*, Londres, 1944, Edició espanyola traduïda del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989

BLANCO ÁNGEL, F., *Redistribución y Equidad en el sistema español de pensiones de jubilación. Las reformas del pacto de Toledo*, CES, Madrid, 1999

BLANPAIN, R., (director)., *Regulating employment relations, work and labour laws*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010



BLANPAIN, R., BISON-RAPP, S., CORBETT, W., JOSEPHS, H., ZIMMER, M., *The Global Workplace: International and Comparative Employment Law - Cases and Materials*, Cambridge University Press, New York , 2007

BLASCO LAHOZ, J.F, LÓPEZ GANDÍA, J, MOMPARTLER CARRASCO, M.A, *Curso de Seguridad Social (Régimen general y prestaciones no contributives)*, 5ª edició. Tirant lo blanch. València, 2000

BONFIELD, L., *American Law and the American Legal System in a nutshell*, Thomson West, United States, 2006

BORCHARTDT, K.D., *El ABC del Derecho comunitario*, Comissió Europea, Bèlgica, 2000

BURGOS GINER, M.A., “La exclusión del trabajador fijo-discontinuo de la prestación no contributiva de desempleo por razón de edad”, *Aranzadi Social*, 2004/742, 2004

BUTLER, R.N., “Ageism”, a MADDOX, G.L., *The encyclopedia of aging*, Springer, New York, 1995

CABEZA PEREIRO, “La cuestión social en el derecho originario de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, número 63, 2000

CABEZA PEREIRO, J., “Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad”, a BALLESTER PASTOR, M.A (Coordinadora), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo blanch, València, 2010

CABEZA PEREIRO, J., “Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005, 1 de julio”, *Actualidad laboral*, núm. 8, abril 2006

CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., “Los presupuestos de la estrategia europea para el empleo 2020”, a CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER

PASTOR, M.A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010

CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico español*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010

CABEZA PEREIRO, J., *La extinción del desempleo*, Editorial Comares, Granada, 1997

CACHÓN RODRÍGUEZ, L., *Colectivos desfavorecidos en el mercado de trabajo y políticas activas de empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004

CALVO GALLEGO, F.J, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Nuevas normas en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010;

CALVO GALLEGO, FJ., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*. Editorial Mergablum. Sevilla, 2002,

CALVO GALLEGO, J., “La jubilación flexible”, AAVV, *Tratado de jubilación*. Editorial iustel, Madrid 2007

CALVO GALLEGO, J., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, núm. 21-22, 2010

CÁMARA BOTÍA, A., “Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001

CÁMARA BOTÍA, A., “Sobre la posición jurídica de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal”, *Revista Española del Trabajo*, núm. 124, 2004

CAMAS RODA, F., (coordinador), *Estudis de la Universitat de Girona en el marc del projecte Equal ad-46. Col·lectius amb especials dificultats d'accés al mercat de treball*;

*conciliació de la vida personal, familiar i laboral; competitivitat de les empreses del tercer sector*, Universitat de Girona, Girona, 2007

CAMAS RODA, F., *La formación profesional en los ámbitos educativo y laboral. Análisis tras la LO 2/2006, de Educación, y el RD 395/2007 de Formación Profesional para el Empleo*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007

CAMÓS VICTORIA, I., “La protección de la vejez en el ámbito de la OIT” *Relaciones laborales*, núm. 18, 2001

CAMÓS VICTORIA, I., “La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social”, dins SEMPERE NAVARRO, A.V (Dir.), *Pensiones por Jubilación o Vejez*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004

CAMÓS VICTORIA, I., “Los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad social”, dins AAVV., *Tratado de jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007

CAMÓS VICTORIA, I., *Ultimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*. Tirant lo blanch, València, 2003

CASAS BAAMONDE, M.E., “Dos importantes sentencias en la protección por desempleo de los trabajadores de edad avanzada. Sobre las sentencias del TCT de 16 de diciembre y 27 de enero de 1987, y el subsidio asistencial a favor de trabajadores mayores de 55 años: el periodo de carencia específico, su cumplimiento y su cómputo”. *Relaciones Laborales*, vol. 1, 1987

CASAS BAAMONDE, M.E., Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas, *Revista española de Derecho del Trabajo, Civitas*, núm. 1, 1980

CASTELLANO BURGUILLO, E., “No discriminación por razón de edad”, *Aranzadi Social*, BIB 2007/3038, 2007

CASTELLS, A., “Los límites del Estado del Bienestar Tradicional”, dins *Crisis economica y Estado de Bienestar*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1989

CAVAS MARTÍNEZ, F i FERNÁNDEZ ORRICO, F.J, “La jubilación”, dins CAVAS MARTÍNEZ, F (dir) “La reforma de la Seguridad Social de 2007. *Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*” Ediciones Laborum, 2007

CAVAS MARTÍNEZ, F, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J, “La reforma de la jubilación”, *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo*. Editorial Bomarzo. Albacete, 2007

CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma de la Seguridad Social 2007”, *Aranzadi Social*, núm. 19/2007 (Tribuna) Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2007

CAVAS MARTÍNEZ, F., FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Medidas urgentes para el fomento y el mantenimiento del empleo y para la protección de las personas desempleadas”, *Aranzadi Social* núm. 2, 2009

CCOO, *L'ocupació a Catalunya, 2009*, CCOO de Catalunya, juny de 2010

CES GARCÍA, E.M., “Una sociedad inclusiva para una población que envejece: el desafío del empleo y la protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 42, 2003

CES, *La pobreza y la exclusión social en España : aprobado por el Pleno en sesión extraordinaria de 27 de noviembre de 1996*, núm. 8, 1996

CES, “La reforma de las pensiones de jubilación en Europa”. *Observatorio de Relaciones Industriales*, núm. 63, 2003.; OIT, *World of Work Report 2012. Better jobs for a better economy*, International Institute for Labour Studies, Geneve, 2012

CES, *La pobreza y la exclusión social en España: propuestas de actuación en el marco del plan nacional para la inclusión social*, núm. 2, 2001

CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2009*, CES, Madrid, junio 2010

CHARRO BAENA, P., SAN MARTIN MAZZUCCONI, C., “Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra sobre “Igualdad de oportunidades para todos”, 2008

COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ RAMÍREZ, J.M, SALA FRANCO, T., *Derecho Social Comunitario*, Segona Edició. Tirant lo Blanch, València 1995

COLINA ROBLEDO, M., “La consolidación y el relanzamiento de la estrategia de Lisboa. Más Europa, más empleo y más cohesión social. La cumbre y el Consejo Europeo de Barcelona. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 42, 2003

COLLADO GARCÍA, L., PIQUERAS PIQUERAS, M., *El subsidio por desempleo. Un estudio del nivel asistencial de protección*, Editorial Trotta, Valladolid, 1997

COMISSIÓ EUROPEA, *Ageing report: economic and budgetary projections for the EU-27 member states, 2008-2060*, *European Economy* núm. 2, 2009

COMISSIÓ EUROPEA, *Hacer realidad un espacio europeo del aprendizaje permanente*, (COM(2001) 678 final), Bruselas, 21.11.2001

COMISSIÓ EUROPEA, *Developing anti-discrimination law in Europe. The 25 EU Member States compared*, July 2007, European Comisión, Belgium, 2007

COMISSIÓ EUROPEA, *Discrimination in the EU in 2009*, Eurobarometer, November 2009

COMISSIÓ EUROPEA, *El empleo en Europa 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2011

COMISSIÓ EUROPEA, *Europa 2010. Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM(2010) 2020, Brusel·les, 3.2.2010

COMISSIÓ EUROPEA, *Joint report on pensions. Progress and key challenges in the delivery of adequate and sustainable pensions in Europe*, European Economy, Occasional Papers núm. 71, November 2010

COMISSIÓ EUROPEA, *La discriminación en la UE 2009*, Eurobarómetro (Report 317), 2009.

COMISSIÓ EUROPEA, *Libro Verde-Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada*, COM (2004) 379 final, Bruselas, 2004

COMISSIÓ EUROPEA, *Propuesta de Decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. Parte II de las Directrices Integradas Europa 2020*. COM(2010) 193 final, Bruselas, 27.4.2010

COMISSIÓ EUROPEA, *Work and health in the EU. A statistical portrait*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2004

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2009*, CES, Madrid, junio 2010

CONSORCI PER A LA FORMACIÓ CONTÍNUA DE CATALUNYA, *Formació de demanda: prospectiva i perspectiva*, Generalitat de Catalunya: Consorci per a la Formació Contínua de Catalunya, 2008

COROMINAS, J., *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Editorial Gredos. 1976

CORREA CARRASCO, M., “La jubilación forzosa y las fuentes del derecho del trabajo”. *Civitas: Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 126, 2005

CRISTÓBAL RONCERO, R., “Políticas de empleo en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001

CRUZ VILLALÓN, J., “La reforma laboral de 2006 en el marco de la concertación social”, dins CRUZ VILLALÓN, J., (Coordinador), *La reforma laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006*, de 9 de junio, Lex Nova, Valladolid, 2006

CRUZ VILLALÓN, J., GÓMEZ GORDILLO, R., “Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos: Comunitario, Nacional y Autonómico”, *Temas Laborales*, núm. 61, 2001

CRUZ VILLALÓN, J.C., “Algunas claves de la reforma laboral de 2010”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010

CULLELL I NADAL, J.M, FARRÉ-ESCOFET, E., *Capitalisme i crisi econòmica*. Edicions 62, Barcelona, 1975

CURRIE, D.P., *The Constitution of the United States*, second edition, the University of Chicago press, Chicago, 1997

DAGUERRE, A., *Active labour market policies and welfare reform. Europe and the U.S. in comparative perspective*, Palgrave macmillan, New York, 2007

DAU-SCHMIDT, K.G., BRUN, C.L., “United States of America”, dins BLANPAIN, R. (Editor), *Labour Law in motion. Diversification of the Labour Force & terms and consitions of employment*, Bulletin of Comparative Labour Relations, núm. 53, Kluwer Law International, United Kingdom, 2006

DE LA MAZA ARROYO, S., CRUZ ROCHE, I., “La flexibilización de la edad de jubilación: aspectos económicos de la política social”, *Temas laborales*, núm. 66, 2002

DE LA PUEBLA PINILLA, A, PÉREZ YÁÑEZ, R, “El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el Diálogo Social”. *Relaciones Laborales*, núm 19, 2006

DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El subsistema de formación profesional para el empleo. Comentario al RD 395/2007, de 23 de marzo”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2008

DE LA VILLA GIL, L.E., “El contrato indefinido para el fomento del empleo”, *Documentación Laboral*, núm. 54, 1997.

DE LA VILLA GIL, L.E., “El modelo constitucional de protección social”, dins SEMPERE NAVARRO, A.V (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003

DE LA VILLA GIL, L.E., LÓPEZ CUMBRE, L., “Jubilación y prolongación de la vida activa (las mil y una jubilaciones), *RMTAS* número extraordinari, Seminario “Los ciclos vitales y de la Seguridad Social: Estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos sociológicos y económicos” Santander 2007, 2008

DE LA VILLA SERNA, P., “Las tres <<Cartas>> Europeas sobre Derechos Sociales, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001

DE PALMA, A., “Respuestas de la Administración al envejecimiento de la población” dins AAVV., *El envejecimiento de la población i la protección jurídica de las personas mayores*. Editorial Cedecs, Barcelona, 2002

DE TOCQUEVILLE, A., *Democracy in America* (Translated by George Lawrence), Harper Perennial, New York, 1988

DEL REY GUANTER, S., “La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. 1, 1988



DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., “La protección de los colectivos desfavorecidos: jóvenes, mujeres, minusválidos y persons de la tercera edad”, dins SEMPERE NAVARRO, A.V (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003

DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., “La regulación de la jubilación gradual y flexible: análisis del contenido de la Ley 35/2002, de 12 de julio y de los RR.DD. 1131 y 1132/2002, de 31 de octubre”. *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2003

DEL REY GUANTER, S., GALA DURÁN, C., *La jubilación gradual i flexible*. Tirant lo blanch, València, 2004

DEL REY GUNATER, S., GALA DURÁN, C., “Administraciones públicas y empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2001

DELGÈNES, J.C., CHENAIS, M., ZUNIGO, X. (Directors) *France Telecom. Etat des lieux sur stress et les conditions de travail. Rapport principal*, Technologia, Mai 2010

DEPARTMENT OF LABOR, *Older American worker, age discrimination in employment*; report of the Secretary of Labor to the Congress under section 715 of the Civil rights act of 1964. United States. Department of Labor, Washington, 1965

DESDENTADO BONETE, A., MERCADER UGUINA, J.R., *El desempleo como situación protegida (Un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, Editorial Civitas, Madrid, 2006

DESDENTANO BONETE, A., “La pensión de jubilación en la doctrina unificada del orden social”, dins AAVV., *Tratado de jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007

DESDENTANO BONETE, A., DURÁN HERAS, A., “Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control de gasto”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, extra de jubilación flexible*, 2003

DÍEZ BUESO, L., *La Sentència del Tribunal Constitucional 95/2002 sobre les competències autonòmiques en matèria de formació professional dels treballadors en actiu*, Institut d'Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2002

DOBELSTEIN, A.W., *Understanding the Social Security Act, The foundation of social welfare for America in the twenty-first century*. Oxford University Press, New York, 2009

DOERINGER, P., SUM, A., TERKLA, D., “Devolution of employment and training policy: the case of older workers”, *Journal of aging and social policy*, Vol. 14, Issue ¾, 2002

ERMIDA URIARTE, O., “Primera lectura del pacto mundial para el empleo de la OIT (2009)”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., “El diálogo social: reflexiones sobre su significación y alcance, sus debilidades y riesgos”. *Relaciones laborales* núm.3, 2008

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., “Una enmarañada ampliación de la cobertura por desempleo”, *Relaciones Laborales*, Vol. 1, 1989

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., MORÓN PRIETO, R., “Bonificaciones sociales y contrato de fomento de la contratación indefinida en el marco de la política de empleo: las reformas de 2001 (Leyes 12 y 24/2001 y RDL 16/2001), *Relaciones Laborales*, Vol. 1, 2002

ESPING-ANDERSEN, G., PALIER, B., *Los tres grandes retos del Estado del bienestar*, Traducció de Pau Joan Hernández, Ariel, Barcelona, 2009

ESTEBAN LEGARRETA, R., “Fomento de empleo e intermediación de los beneficiarios de la Renta Activa de Inserción: un estudio de su evolución”, *Temas Laborales*, núm. 74, 2004

ESTEBAN LEGARRETA, R., “Jubilación y políticas de empleo. Un análisis de la reforma de la jubilación en clave de empleo”, Ponencia presentada a les *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social* “Últimes reformes en matèria laboral, de Seguretat Social i en el procés laboral”, Barcelona, 8 i 9 de març 2012

ESTIVILL, J., *Panorama de la lucha contra la exclusión social. Conceptos y estrategias*. OIT, 2003, pàg. 20.

EUROPEAN COMMISSION, *The EU contribution to active ageing and solidarity between generations*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2012

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND

WORKING CONDITIONS, *Working poor in the European Union*, 2004

EYSTER, L., JOHNSON, R.W., TODER, E., *Current strategies to employ and retain older workers. Final Report*. The Urban Institute, Washington, 2008

FARNSWORTH, E.A., *An introduction to the legal system of the United States*, 3rd edition, Oceana Publications, New York, 1996, pàg. 161;

FEDER, J., *The Age Discrimination in Employment Act (ADEA): A legal overview*, Congressional Research Service, june 23, 2010

FÉLIX TEZANOS, J., Desigualdad y exclusión social en las sociedades tecnológicas, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. 35, 2002

FERNÁNDEZ CAVEDA, A., “El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 298, 2008

FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.L., Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009

FERNÁNDEZ ORRICO, F.C., dins SEMPERE NAVARRO, A.V (director) *Pensiones por jubilación o vejez*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Cambios en protección social y políticas activas de empleo nacidas del acuerdo y RDley, de 9 de junio (RCL 2006, 1208)”, *Aranzadi Social*, núm. 14, 2006

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La jubilación total anticipada”, *Estudios financieros*, núm. 240,

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Una respuesta a la viabilidad del sistema de pensiones públicas: la prolongación voluntaria de la vida laboral” *Aranzadi Social*, núm. 20, 2006

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Bonificación de la reforma laboral en la contratación indefinida y para la formación, Reforma Laboral 2010*, Lexnova, 2010

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.P., GARCIA VALVERDE, M.D., “El envejecimiento de la población. Una realidad necesitada de atención”, *Tribuna Social*, núm. 179, 2005

FERRADANS CARAMÉS, C., “El contrato de relevo y la jubilación parcial en un contexto de fomento de la prolongación de la vida activa de los trabajadores” *Civitas: Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 130, 2006

FINA SANGLAS, L., *El reto del empleo*, McGraw-Hill, Madrid, 2001

FISCHL, R.M., “Rethinking the tripartite division of American Work Law”, *Berkeley journal of employment and labor law*, Vol. 28, núm. 1, 2007

FONT, J. (Coordinador), + 45, *Necesidades y estrategia formativas. Los trabajadores mayores de 45 años sin cualificación o en proceso de descualificación en pequeñas y mediana empresas en Cataluña*, Departament d'estudi de medis actuals (DEMA), Barcelona, 2000

FREDMAN, S., “The age of equality”, a FREDMAN, S., SPENCER, S., *Age as an equality issue. Legal and Policy Perspective*. Hart Publishing, USA, 2003.

FREDMAN, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002

FRIEDMAN, J., *Identidad, cultura i proceso global*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001,

FRIEDMAN, L., *Civil rights reader: basic documents of the civil rights movement*, Walker, New York, 1968

FRIEDMAN, L.M., *Your time will come: the law of age discrimination and mandatory retirement*, Russell Sage Foundation, New York, 1984

GALA DURÁN, C., “La Directiva sobre empresas de trabajo temporal y su impacto en España”, *Temas Laborales*, núm. 102, 2009

GALIANA MORENO, “Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”, *Revista Española de Derecho el Trabajo*, número 88, 1998

GALIANA MORENO, J.M, “Consideraciones sobre las medidas de reforma de la seguridad social del acuerdo de 13 de julio de 2006”, dins *Foro de Seguridad Social*, maig de 2007

GÁRATE CASTRO, J., “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm 1, 2011

GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>.C., *La dimensión territorial de la política de empleo*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010.

GARCÍA GIL, B., “Novedades y modificaciones a la Ley de Empleo”, *Aranzadi Social*, 1/2011 (BIB 2011/429), 2011

GARCÍA GIL, B., *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006

GARCIA NINET, J.I., “En torno a los ciclos vitales y de la Seguridad Social. Estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos jurídicos, sociológicos y económicos” *RMTAS número extraordinari, Seminario “Los ciclos vitales y de la Seguridad Social: Estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos sociológicos y económicos” Santander 2007, 2008.*

GARCIA NINET, J.I., VICENTE PALACIO, A., “La protección por vejez en la Ley de Bases de 1963” dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación.* Editorial iustel. Madrid, 2007

GARCÍA ORTEGA, J., “Las nuevas edades de jubilación y sus efectos en la cotización y en la cobertura”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, junio 2012

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La jubilación parcial y el contrato de relevo” dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación.* Editorial iustel. Madrid, 2007

GENDELL, M., “Older workers: increasing their labor force participation and hours of work”, *Monthly Law Review*, January, 2008

GENERAL ACCOUNTING OFFICE (GAO)., *Older workers: demographic trends pose challenges for employers and workers*, General Accounting Office, Washington, 2001

GENERAL ACCOUNTING OFFICE (GAO)., *Older workers: policies of other nations to increase labor force participation*, General Accounting Office, Washington, 2003

GENERALITAT DE CATALUNYA, *Estratègia Catalana per a l'Ocupació 2007-2013, Pla general d'ocupació de Catalunya*, 5 de setembre de 2006

GHOSHEH, N., *Age discrimination and older workers: theory and legislation in comparative context*, Conditions of work and employment series n° 20, International Labour Office, Geneva, 2008

GHOSHEH, N.S., LEE, S., MCCANN, D., *Conditions of work and employment for older workers in industrialized countries: understanding the issues*, Conditions of Work and Employment Series, núm. 15, International Labour Office, Geneva, 2006

GIANNAKOURIS, K., *Population and social conditions*, Eurostat, statistics un focus, 2008

GIRÓ MIRANDA, J; “El significado de la vejez” dins GIRÓ MIRANDA, J (coordinador) *Envejecimiento y sociedad. Una perspectiva pluridisciplinar*. Universidad de la Rioja, Logroño, 2004

GLENN, E.N., *Unequal freedom : how race and gender shaped American citizenship*, Harvard University Press, Cambridge, 2002

GLYN, T.P., ARNOW-RICHMAN, R.S., SULLIVAN, C.A., *Employment Law. Private ordering and its limitations*, Aspen Publishers, New York, 2007

GOERLICH PESET, J.M., “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010

GOERLICH PESET, J.M., *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2009

GOLD, M.E., Disparate impact under the Age Discrimination in Employment Act of 1967, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Vol. 25, núm. 1, 2004

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “El contrato de fomento de la contratación indefinida, o el despido improcedente como centro de gravedad del sistema laboral”, dins IGNACIO

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MERCADER UGUINA, J.R., (Directors)., *La reforma laboral 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “El subsidio por desempleo para migrantes comunitarios mayores de cincuenta y dos años”, *Documentación Laboral*, núm. 47, 1995

GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA; *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011

GONZÁLEZ LABRADA, M., “Regulación de la pensiones de jubilación a partir de la Constitución de 1931” dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Incentivos para la contratación indefinida y para la conversión del empleo temporal en fijo”, ”, dins CRUZ VILLALÓN, J., (Coordinador)., *La reforma laboral de 2006. Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2006

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas laborales*, núm. 59, 2001

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La jubilación ordinaria”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección por desempleo”, *Relaciones Laborales*, Vol. 2, 1993

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010

GONZÁLEZ RABANAL, C., “La necesidad de repensar el Estado de bienestar”, *RMTAS*, núm. 31, 2001



GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “Empleo”, a CALONGE VELÁZQUEZ, A., (Coordinador), *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Lex Nova, Valladolid, 2002

GONZALO GONZÁLEZ, B., “Nuevas formas y contenidos nuevos de la coordinación europea de las pensiones de Seguridad Social” en LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007

GRAU PINEDA, C., ¿Son las bonificaciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social española medidas selectivas de fomento del empleo compatibles con la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado?, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2010

GROFMAN, B., *Legacies of the 1964 Civil Rights Act*, University Press of Virginia, Charlottesville 2000

GUILLÉN, A.M., GUTIÉRREZ, R., “Comentarios sobre los aspectos social y de empleo de la estrategia UE-2020”, a MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *El empleo y la dimensión social en la estrategia UE-2020*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010

GUTIÉRREZ-DOMÈNECH, M., *L'ocupació a partir dels 55 anys*, Documents d'economia “la Caiza”, núm. 02, desembre 2006

HAGGARD, T.R., *Understanding employment discrimination*, second edition, Lexis Nexis, Newark – San Francisco, 2008

HANTRAIS, L., *Social policy in the European Union*, 2a edició, Macmillan Press Ltd, London, 2000

HEDGE, J.W., BORMAN, W.C., LAMMLEIN, S.E., *The aging workforce. Realities, myths and implications for organizations*. American Psychological Association, Washington D.C., 2006

HENDERSON, S.D., *Labor Law. Cases and comment*, Foundation Press, New York, 2001. pàgs. 3, 4, 14;

HEPPLE QC, B., “Implementing the Framework Directive 2000/78/EC”, *a Age as an equality issue. Legal and policy perspectives*, Hart Publishing, USA, 2003

HERCE, J.A, ALONSO MESEGUER, J., *La reforma de les pensions davant de la revisió del Pacte de Toledo*. Servei d'Estudis “la Caixa”. Col·lecció estudis econòmics, núm. 19. Barcelona, 2000

HERRADOR BUENDÍA, F. M, “La influencia comunitaria europea en el diálogo social español”, *RMTAS*, núm. 26, 2000

HERRADOR BUENDÍA, F.M., “Aproximación teórica al fenómeno del desempleo: el caso del desempleo de larga duración”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35, 2002

HERRAIZ MARTÍN, M., “Subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 años: la problemática del cómputo de las rentas irregulares y de su atribución en el supuesto de bienes gananciales” *Aranzadi Social*, paraf. 31, 2000

HIERRO HIERRO, F.J., “Las bonificaciones a la contratación como instrumento para elevar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas”, dins, SEMPERE NAVARRO, A.V., (Director), *La reforma laboral de 2010*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010

HOWARD, E., “The year of equal opportunities for all-2007: Is the EU moving away from a formal idea of equality?”, *European Law Journal*, vol. 14, núm. 2, març 2008

HUTCHENS, R., GRACE-MARTIN, K., “Employer willingness to permit phased retirement: why are some more willing than others?”, *Industrial and Labor Relations Review*, Cornell University, Vol. 59, nº 4, July 2006

HYLTON, M.O., SCHALL, L.A., *Cases and materials on Benefit law*, West Publishing, Minnesota, 1998

IGNACIO MARÍN, J., *Medidas de fomento de empleo para jóvenes y desempleados*, Ponencia sobre la reforma laboral presentada a las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Lleida, febrero 2010

ISSACHAROFF, S., WORTH HARRIS, E., “Is age discrimination really age discrimination? The ADEA’s unnatural solution”, *New York University Law Review*, 72 N.Y.U.L. Rev. 780., October 1997.

JIMÉNEZ-RIDRUEJO AYUSO, Z., *La sostenibilidad del sistema de pensiones en España: envejecimiento, inmigración y productividad*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Universidad de Valladolid, 2007

JOHNSON, R.W., DAVIDOFF, A.J., PERESE, K., “Health insurance costs and early retirement decisions” *Industrial and Labor Relations Review*, Cornell University, Vol. 56, núm. 4, July 2003

JOHNSTON, R.W., “Trends in job demands among older workers, 1992-2002”, *Monthly Labor Review*, July 2004

JOLIVET, A., SHANHEON, L., *Employment consitions in an ageing world: meetig the working time challenge*, International Labour Office, Geneva, 2004.

KALET, J.E., *Age discrimination in Employment Law*, second edition, Washington, 1990

LACY, A., “You are not quite old as you think: making the case for reverse age discrimination under ADEA”, *Berkeley Journal of employment and labor law*, Vol. 26, núm. 2, 2005

LAHERA FORTEZA, J., “La reforma de la contratación laboral” *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2010

LAHEY, J.N.,”Age discrimination and hiring. Evidence from a labor market experiment”, dins EBERTS, R.W., HOBBIE, R.A. (editors)., *Older and out of work*.

*Jobs and social Insurance for a changing economy*, National Academy of Social Insurance, 2008

LANGBEIN, J.H., WOLK, B.A., *Pension and employee benefit law*, 2nd edition, The Foundation Press, New York, 1995

LEROUGE, L., “Los riesgos psicosociales: la respuesta del derecho laboral francés”, *Tribuna Social*, 2010.

LEVY, P.B (editor), *Documentary history of the modern civil rights movement*, Greenwood Press, New York 1992

LICERAS RUIZ, D., “Las políticas de creación de empleo”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 5, 2003

LIEBERWITZ, R.L., “Developments in Labor and Employment Law in the United States”, publicat en francès a “Actualités juridiques internationales”, *Bulletin de Droit Comparé du travail et de la Sécurité Sociale*, COMTRASEC, UMR CNRS, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000

LIEBERWITZ, R.L., “Employment discrimination law in the United States: on the road to equality?”, dins BLANPAIN, R. (editor), *New developments in Employment Discrimination Law*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, núm. 68, Kluwer Law International, United Kingdom, 2008

LIEBERWITZ, R.L., *The Working Poor : A Report on the United States*, International Seminar on Comparative Labour Law, Industrial Relations and Social Security, Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale de l'Université Montesquieu Bordeaux IV, France, June 29, 2009

LINDE PANIAGUA, E., (Coordinador), *Políticas de la Unión Europea*, 3a edició, Colex, Madrid, 2006

LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age discrimination in Employment Law*, BNA Books, Washington, 2003

LINDEMANN, B.T., KADUE, D.D., *Age Discrimination in Employment Law, 2010 Cumulative Supplement*, BNA Books, United States, 2009

LÓPEZ CUMBRE, L. *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998

LÓPEZ CUMBRE, L., “Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo, La jubilación al servicio del reparto de empleo”, *Tribuna Social*, núm. 85, 1998

LÓPEZ CUMBRE, L., “El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002

LÓPEZ CUMBRE, L., “Jubilación flexible en la Unión Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, extra de jubilación flexible*, 2003

LÓPEZ CUMBRE, L., “La jubilación. Entre derecho y a obligación”. dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007

LÓPEZ CUMBRE, L., “La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma de 2011”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011

LÓPEZ CUMBRE, L., “La reforma de la jubilación en países de nuestro entorno”, *Boletín CEMICAL* núm. 37, maig de 2011

LÓPEZ CUMBRE, L., “La reforma de la Seguridad Social 2011: exigida por los mercados, necesaria para el Estado”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, junio 2012

LÓPEZ CUMBRE, L., *De la jubilación flexible a la flexibilidad en la jubilación*. Madrid, 2005

LÓPEZ CUMBRE., “Jubilación flexible e la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, extra de jubilación flexible, 2002

LÓPEZ GANDÍA, J., “El acuerdo de 2006 sobre medidas en matèria de Seguridad Social (luces i sombras), *Revista de Derecho Social*, núm. 35. 2006

LÓPEZ GANDÍA, J., “La jubilación anticipada”, *Boletín CEMICAL* núm. 39, maig 2011

LÓPEZ GANDÍA, J., “La Reforma de la jubilación en la Ley de medidas de la Seguridad Social de 2007”, *Revista de Derecho Social*, núm. 38, 2007

LÓPEZ GANDÍA, J., “La reforma de la Seguridad Social tras la Ley 27/2011 y normas posteriores”. Ponència presentada a les *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social* “Últimes reformes en matèria laboral, de Seguretat Social i en el procés laboral”, Barcelona, 8 i 9 de març 2012

LÓPEZ GANDÍA, J., *La jubilación parcial*. Editorial Bomarzo. Albacete, 2004.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., “Cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal: una perspectivas de estudio comparado”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 131, 2006

LOUSADA AROCHENA, J.F., *A propósito de la STJUE de 5 de marzo de 2009. La discriminación por edad en la jurisprudencia comunitaria*, [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), TOL.159.114, juny 2009

LOY, G., “El empleo de los trabajadores maduros”, dins MERCADER UGINA, J.R., *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex Nova, Valladolid, 2009

LUJÁN ALCARAZ, J., “El contrato para fomento de la contratación indefinida tras el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma laboral”, *Aranzadi Social*, núm. 7, 2010

LUJÁN ALCARAZ, J., “El programa temporal de protección por desempleo e inserción”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2009

LYON-CAEN, G., LYON-CAEN.A., *Droit social international et européen*. 8ª edició. Editorial Précis Dalloz. Paris, 1993

MACNICOL, J., *Age discrimination. An historical and contemporary analysis*, Cambridge University Press, New York, 2006

MALDONADO MOLINA, J.A., *La protección de la vejez en España*. Tirant lo blanch. València, 2002

MARAVALL, H., “La Reforma de la Seguridad Social en el marco del diálogo social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 35, 2006

MARIONI, P (coordinador)., Colloque <age et travail>. Emploi et travail des seniors: des connaissances à l’action. DARES, 13 març 2007.

MÁRQUEZ PRIETO, A., *La protección por desempleo en España y otros Estados europeos*, Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales, Madrid, 2001

MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Nuevos fundamentos para el derecho del trabajo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837/2012, 2012

MARTÍN PUEBLA, E., “El marco europeo de cualificaciones para el aprendizaje permanente. Un instrumento para fomentar la movilidad laboral y la transparencia del mercado de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2009

MARTÍN VALVERDE, A., “La política de empleo: caracterización general y relaciones con el derecho del trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 9, 1983

MARTIN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J., (Directors)., *Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2009

MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., “Derecho del trabajo y políticas de empleo”, dins NAVARRO, A.V. (director), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003

MARTÍNEZ FONS, D., *Libre competencia y derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2006. pàg. 146; GRAU PINEDA, C., *Bonificaciones en la contratación y fomento de empleo*, Tirant lo blanch, València, 2010

MELLA MÉNDEZ, I., “Sobre la posibilidad de seguir pactando en convenio colectivo edades de jubilación tras la derogación de la DA 10ª ET”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2002

MELLA MÉNDEZ, L., *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2002

MELLA MÉNDEZ, L., “La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: notas sobre su naturaleza jurídica”, dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La edad máxima como límite para el acceso a la función pública”, *Aranzadi Social*, 2005/2009, 2005

MERCADER UGUINA, J.R., *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2009

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Información sobre mercado de trabajo de jóvenes, personas con discapacidad, extranjeros, mayores de 45 años y mujeres*, Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), Madrid, 2009

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2011



MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *La política de empleo en España. Informe de base sobre las instituciones, procedimientos y medidas de política de empleo*, Madrid, 2003

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Las nuevas tecnologías en la década de los noventa. Una estrategia socioeconómica*, Madrid, 1990

MIÑARRO YANINI, M., “Aspectos clave de la modificación del régimen jurídico del trabajo en empresas de trabajo temporal por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2011

MOLINA HERMOSILLA, O., MOLINA NAVARRETE, C., “Más acá y más allá del trabajo: comentario a la Ley 56/2003, de empleo”, *Estudios Financieros*, núm. 10, 2004

MOLINA NAVARRETE, C., VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “El “derecho a” y las “políticas de” de inserción a favor de los desempleador más vulnerables: balance del quinquenio de “rentas activas de inserción”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 268, 2005

MOMPARLER CARRASCO, M.A., MORRO LÓPEZ, J., GARCÍA NINET, J.I., “Tres consideraciones en torno a las restricciones reglamentarias impuestas en materia de desempleo por el RD 625/1985, de 2 de abril (En torno a la sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1991)”, *Tribuna Social*, núm. 8-9, 1991

MONEREO PÉREZ, J.L, et.al., *Manual de política i derecho del empleo*, Tecnos, Madrid, 2011

MONEREO PÉREZ, J.L., *Concertación y diálogo social. Editorial lex nova*. Valladolid, 1999

MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., “El espacio de las pensiones privadas: Los planes de pensiones”, a MONEREO PÉREZ, J.L (Director), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: aspectos críticos*, Editorial Comares, Granada, 2010

MONEREO PÉREZ, J.L., MALDONADO MOLINA, J.A., “La reforma de la jubilación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, junio 2012

MONEY, M.K., *Black workers remember : an oral history of segregation, unionism, and the freedom struggle*, University of California Press, Berkeley, 2001

MONTOYA MELGAR, A., “Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida” *Documentación Laboral*, núm. 58, 1999

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 25ena edición, Tecnos, Madrid, 2004

MONTOYA MELGAR, A., SÁNCHEZ URÁN AZAÑA., “La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental”, *Aranzadi Social*, 2007/3260, 2007

MONTOYA MELGAR, A., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA., “La protección pública de la tercera edad y su complejo marco jurídico”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 120, 2003

MONTOYA MELGAR, A., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario de Seguridad Social, jubilación flexible, 2002

MORALES ORTEGA, J.M., “El régimen de incentivos a la contratación tras la Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010

MORALES VÁLLEZ, C.E., “La jubilación forzosa”, *Tribuna Social*, núm. 197, 2007

MORENO DE LA VEGA Y LOMO, F.M “Jubilación y edad del potencial beneficiario: estado de la cuestión al hilo de la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social”. *Aranzadi Social*. Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2007

MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M<sup>a</sup>., “El alcance subjetivo del programa de Renta Activa de Inserción para el año 2005: un nuevo estancamiento en el proceso de universalización subjetiva”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 51, 2005

MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M<sup>a</sup>., “El carácter dual del contenido prestacional de la renta activa de inserción. A propósito del programa para el año 2005”, *Aranzadi Social*, núm. 14/2005 (BIB 2005/2221), 2005

MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M<sup>a</sup>., *El nuevo régimen jurídico de la Renta Activa de Inserción (A propósito del Real Decreto 1369/2006)*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007

MORENO MARCOS, M., “Medidas de fomento al empleo y Reglamento 2204/2002/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo. (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de abril de 2005)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006

MORGADO PANADERO, P., “Las políticas de fomento del empleo a la luz de las últimas reformas laborales” *Relaciones Laborales*, Vol. 2, 2007

MORGAN, L.A., ECKERT, J.K., “Retirement Financial Preparation: implications for policy”, *Journal of Aging & Social Policy*, Vol. 16, nº 2, 2004

MORRO LÓPEZ, J.L., “La protección de la jubilación en los convenios de la OIT”, dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007.

MORRO LÓPEZ, J.L., “La protección de la jubilación en los convenios de la OIT”, dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007

MUHL, C.J., “The law at work. Age discrimination”, *Monthly Labor Review*, April 2000

MUHL, C.J., The employment –at-will doctrine: three major exceptions, *Monthly Labor Review*, January, 2001

MUNNELL, A.H., “Working longer. A potential win-win proposition”, dins GHILARDUCCI, T., TURNER, J., *Work options for older americans*, University of Notre Dame Press, United States, 2007

NAVARRO NIETO, F., *El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea*, CES, Madrid, 2000

NEACÇU, D., *Introduction to U.S Law and legal research*, Transnational Publishers, United States, 2005, pàg. 44

NEUMARK, D., STOCK, W.A., “Age discrimination laws and labor market efficiency”, *Journal of Political Economy*, nº 5, vol. 107, The University of Chicago, 1999

NEUMARK, D., *The Age Discrimination in Employment Act and the challenge of population aging*, Nacional Bureau of Economic Research, Working Paper 14317. Cambridge, September 2008

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad”, dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007

O’CINNEIDE, C., *Age discrimination and European Law*, European Comission, Employment and Social Affairs, Brussels, april 2005

OCDE, *Employment Outlook* , 2007

OCDE, *Panorama des pensions 2011. Les systemes de retraites dans les pays de l’OECD et du G20*, Éditions OECD, 2011

OECD, *OECD Perspectives: Spain Policies for a sustainable recovery*, OECD, October 2011

OECD, *Ageing and Employment Policies. United States*, OECD, Paris, 2005

OECD, *Live Longer, Work Longer. Ageing and Employment Policies*, OECD, Paris, 2006

OECD, *The OECD Jobs Strategy. Pushing ahead with the strategy*, Paris, 1996.

OECD, *The Public Employment Service in the United States*, Paris, 2000

OIT, “Discriminación en la contratación?”, *Trabajo, la revista de la OIT*, núm. 59, abril 200

OIT, “Informe sobre el empleo en el mundo, 1998-1999”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001

OIT, “Pension reform and ageing populations in developed countries”, *World of Work Magazine (The magazine of the ILO)*, núm. 71, April 2011

OIT, *Ageing: training package on ageing: managing diversity and equality at the workplace*, International Labour Office, Geneva, 2008

OIT, *An inclusive society for an ageing population: The employment and social protection challenge*. Paper contributed by the ILO to the Second World Assembly on ageing. Madrid, 8-12 d’abril de 2002

OIT, *Equality in employment and occupation*, International Labour Conference, 83rd Session, Report III(4B), Geneva, 1996

OIT, *Equality in employment and occupation: General survey of the reports on the Discrimination (Employment and occupation) Convention (Nº 111) and*

*Recommendation (N° 111), 1958, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 75th Session, Report III (Part 4B), Geneva, 1988*

OIT, *Estudio general sobre los instrumentos relativos al empleo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010

OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, Ginebra, 2003

OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, 96ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007

OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse, Informe global con arreglo al seguimiento de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, Ginebra, 2011

OIT, *Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión, Ginebra, 19 de junio de 2009

OIT, *Pensiones de seguridad social: Desarrollo y reforma* OIT/00/14, 28 d'abril de 2000

OIT, *Política de empleo, con especial referencia a los problemas del empleo en los países en vías de desarrollo*, Informe VIII (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 48ª reunión, Ginebra, 1964

OIT, *Promover el empleo. Políticas, capacitación, empresas*, Informe III (Parte 1B), Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2004

OIT, *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Conference, 82nd session, Geneva, 1995

OIT, *Resolución relativa a las calificaciones para la mejora de la productividad, el crecimiento del empleo y el desarrollo*, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 97.ª reunión, 2008

OIT, *Social Security: Issues, challenges and prospects*, International Labour Conference, 89th Session, International Labour Office, Geneva, 2001

OIT, *World Social Security Report 2010–11: Providing coverage in times of crisis and beyond*, International Labour Office, Geneva, 2010

OIT; *Recuperación y crecimiento bajo el signo del trabajo decente*, Conferencia Internacional del Trabajo, 99ª reunión, Informe I (C), Ginebra, 2010

OJEDA AVILÉS, A, “Promoción del empleo y diálogo social en el Ordenamiento Comunitario”, *RMTAS* núm. 52, 2004

OJEDA AVILÉS, A., “La dimensión comunitaria de la jubilación”, dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007

OLARTE ENCABO, S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2008

OMS, *Active ageing: from evidence to action*, World Health Organization, Ginebra, 2001

ONU, *Replacement Migration: Is it a solution to Declining and Ageing Population?*, New York, 2000

ONU, *Estudio Económico y Social Mundial 2007: el desarrollo en un mundo que envejece*, Consell Econòmic i Social de les Nacions Unides, abril, 2007

ONU, *World Economic and Social Survey 2007: Development in an Ageing World*, Ginebra, 2007

ONU, *World Population Prospects. The 2006 Revision*. United Nations, 2006

PALACIO MORENA, J.I., ÁLVAREZ ALEDO, c., *El mercado de trabajo: análisis y políticas*, Akal Ediciones, Madrid, 2004

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales” dins MARTÍNEZ ABASCAL, V.A (coordinador), *Política de empleo y protección social. Segundas jornadas universitarias tarraconenses de derecho social*. Facultat Rovira i Virgili, Esplugues de Llobregat, 1996

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 8, 1983

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La versión 2010 de la reforma laboral permanente”, dins IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, MERCADER UGUINA, J.R., (Directors), *La reforma laboral 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La jubilación en el sistema laboral y de protección social” dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007

PANIZO ROBLES, J.A “El acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (comentario de urgencia) *Tribuna Social*, núm 190-192, 2006



PANIZO ROBLES, J.A., “La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social” *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 298, 2008

PANIZO ROBLES, J.A.,” Jubilación parcial y anticipada. Realización de trabajos penosos, tóxicos y peligrosos”. *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, maig 2007

PANIZO ROBLES, J.A., “Jubilación parcial y contrato de relevo”. *Revista de Estudios Financieros*, núm. 223, 43/2001

PANIZO ROBLES, J.A., “Las modificaciones en la regulación de la pensión de Seguridad Social por jubilación (los nuevos mecanismos de la jubilación gradual i flexible” *Estudios Financieros*, núm. 237 60/2002

PEARSON, M., *Experience, Skill and Competitiveness: the Implications of an Ageing Population for the Workplace*, European Foundation for the Improvement Conditions, Dublin, 1996

PÉREZ ALONSO, M., MAGALLÓN ORTÍN, M., *Las bonificaciones tras la reforma laboral operada por el RDL 10/2010*, Tirantonline, 28.06.2010

PÉREZ AMORÓS, F., “Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral. Especial consideración en materia de Política de Empleo”, *Revista española de Derecho del Trabajo, Civitas*, núm. 26, 1986

PÉREZ CAMPOS, A.I., “Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (Enero-junio 2010), *Aranzadi Social*, BIB 2010/1908, 2010

PÉREZ ESPARRELLS, C., “La formación profesional y el sistema nacional de cualificaciones: una clave de futuro”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 31, 2001

PÉREZ YÁNEZ, R., “Comentario de urgencia a las recientes reformas en materia de protección por desempleo. La nueva Renta Activa de Inserción y la extensión de la protección por desempleo a cargos públicos y sindicales”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007

PÉREZ YAÑEZ, R., “Medidas recientes de fomento del empleo, actualización de las cuantías del SMI y del IPREM y otras novedades de interés”, *Relaciones Laborales*, núm. 7, 2006

PÉREZ-DÍAZ, V., RODRÍGUEZ, J.C., *La generación de la transición: entre el trabajo y la jubilación*, Colección Estudios Económicos “la Caixa” núm. 35, Barcelona, 2007

PLAYER, M.A., *Federal law of employment discrimination in a nutshell*, 3rd edition. West publishing Co. United States, 1992

POSNER, R., *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995

POSNER, R.A., “Employment discrimination: age discrimination and sexual harassment”, *Internacional Review of Law and Economics*, nº 19, 1999

PRADAS MONTILLA, R., “Sobre los incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo”, *Documentación Laboral*, núm. 54, 1997

PRADOS DE REYES, F.J., MOLINA MARTÑIN, A.M., “Los nuevos criterios para la ordenación de la intermediación laboral”, *Revista de Derecho Social*, núm. 54, 2011

PRATS MONNÉ, X., “Envejecimiento, oferta de trabajadores y UE 2020”, a AA.VV., *El empleo y la dimensión social en la estrategia UE-2020*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010

PRATS MONNÉ, X., “Flexiseguridad: Más allá de la crisis”, a MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *El empleo y la dimensión social en la estrategia UE-2020*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010

PRIETO PRIETO, A., “La nueva fase de la Estrategia Europea de Empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004

PUEBLA PINILLA, A., GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *Nueva reforma laboral RDL 10/2010, L35/2010*, Ediciones Francis y Taylor, Santiago de Compostela, 2010

PUMAR BELTRAN, N., “La jubilación parcial como manifestación de flexibilidad”, *Temas Laborales*, núm. 82, 2005

PUMAR BELTRÁN, N., *Política activa de empleo y seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

PURCALLA BONILLA, M.A (Director)., *La renda mínima d’inserció catalana en el sistema de protecció social*, Generalitat de Catalunya, Institut d’Estudis Autònoms, 2006

PURCALLA BONILLA, M.A, CISCART, N., “Derecho de Empleo: delimitación y contenido”, *Tribuna Social*, núm. 131, 2001

PURCALLA BONILLA, M.A., “La reforma del subsidio de desempleo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2002

PURCELL, P., TOPOLESKI, J.J., *401(k) plans and retirements savings: issues for Congress*, Congressional research service, July 14, 2009

PURCELL, P.J., “Older workers: employment and retirement trends”, *Monthly Labor Review*, October 2000

QUESADA SEGURA, R., “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, extra igualdad, 2007

QUESADA SEGURA, R., *Los principios constitucionales y el modelo legal de protección por desempleo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004

RAMONEDA, J., “Temps moderns”, pròleg a l’edició RAMONEDA, J, (Director), *Les cultures del treball*, Centre de Cultura Contemporània de Barcelona i Institut d’Edicions de la Diputació de Barcelona, Barcelona, 2000

RAMOS QUINTANA, M.I., “Determinación del período de ocupación cotizada y ampliación del ámbito subjetivo del subsidio de desempleo”, *Relaciones Laborales*, vol. 1, 1991

RAMOS QUINTANA, M.I., “Intermediación laboral y empresas de trabajo temporal en la reforma de 2010: la promoción en la intervención privada en el mercado de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2011

RAYA DIEZ, E., “Exclusión social: Indicadores para su estudio y aplicación para el trabajo social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70, 2000

RECIO, E., *Gestionar la edad en la sociedad del conocimiento*. VIII Informe Randstad, ESADE, 2007

REPA, B.K., *Your rights in the workplace*, 8th edition, Nolo, United States, 2007

RICO LETOSA, S., “Flexibilización del requisito de la edad en la pensión de jubilación contributiva (Breve comentario al Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección social y al Real Decreto Ley 16/2001). *Relaciones laborales*, núm. 2, 2002

RIESENHUBER, K., “The EC Anti-discrimination Framework Directive 2000/78”, a TEN BOKUM, N., FLANAGAN, F., SANS, R. VON STEINAU-STEINRÜCK, R. (editors), *Age discrimination law in Europe*, Wolters Kluwer., The Netherlands, 2009

RIVAS VALLEJO, P., *El fomento de la contratación estable*, Ponencia presentada a las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Lleida, 10/11 marzo 2011

RIVERO LAMAS, J., “La jubilación como medida del fomento del empleo”, *Civitas: Revista espanyola de Derecho del Trabajo*, núm. 131, 2006

RIVERO LAMAS, J., a “La jubilación como medida del fomento del empleo”. *Revista española de derecho del trabajo*. Núm. 131, 2006

RIX, S.E., “Comments on ‘International responses to an aging labor force’”, dins GHILARDUCCI, T., TURNER, J., *Work options for older americans*, University of Notre Dame Press, United States, 2007

RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R., “La jubilación flexible y la jubilación parcial”, *Tribuna Social*, núm. 152-153, 2003

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER M., “Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario”, dins CAMAS RODA, F. (coordinador), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Editorial Bosch, 2009

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., “Efecto directo e invocabilidad *inter privatos* de las directivas laborales”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2010

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo”, *Relaciones laborales*, núm. 2, 2008

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “Jubilación y discriminació en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario”, dins CAMAS RODA, F., (coordinador), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Editorial Boch, 2009

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La flexibilidad de la edad de jubilación (I)”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2002

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-ley 10/2010”, *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2010

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Aproximación a la política de empleo de la Unión Europea”, a FALGUERA BARÓ, M.A., MORALO GALLEGO, S. (coordinadores), *Derecho Social Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “Empleabilidad y acceso a la formación”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2001

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2011

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La normalización de la Renta Activa de Inserción”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2007

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Empleo y exclusión social”, *Relaciones laborales*, núm. 1, 2002

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “No discriminación en las relaciones laborales”, a BORRAJO DACRUZ, E., (Director), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid, 1983

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social”, *Relaciones Laborales*, Vol. 2, 1988

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Política de empleo y dimensión territorial”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1998

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Travailleurs pauvres et droit du travail*, comunicació de la ponència presentada al Seminari internacional de Dret comparat del Treball, de Relacions laborals i de Seguretat Social, sobre el tema “Dret social i treballadors pobres” organitzat pel Centre de Dret comparat del Treball i de la Seguretat Social

(COMPTRASEC) de la Universitat Montesquieu Bordeaux IV, Bordeus, 29 de juny- 10 de juliol de 2009.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., CASAS BAAMONDE, M.E., “La reforma del mercado de trabajo <para el incremento del empleo y la mejora de su calidad”, *Relaciones Laborales*, Vol. 1, 2001

ROJAS CASTRO, M., “El decretazo y el retorno de los emigrantes”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2002

ROJO TORRECILLA, E., “La reforma laboral desequilibra las relaciones laborales según mi parecer”, <http://eduardorjoblog.blogspot.com/>, 28 de febrer de 2012

ROJO TORRECILLA, E., “El nuevo marco de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías”, dins ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, València, 2011

ROJO TORRECILLA, E., “Las política de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998

ROJO TORRECILLA, E., *Apuntes sobre la regulación de la Renta Mínima de Inserción en Cataluña. 1997-2011. Las sombras de la nueva reforma tras la Ley 7/2011*, <http://eduardorjoblog.com>, 1 de setembre de 2011

ROJO TORRECILLA, E., CAMAS RODA, F., “¿El principio del fin? De la temporalidad a la estabilidad: ¿un viaje de ida y vuelta?”, *Aranzadi Social* vol. V, 1998

ROJO TORRECILLA, E., *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006

ROMANS, F., *Statistics in focus. Population and social conditions*, 97/2007, Eurostat, European Communities, 2007

RONCAGLIA, A., *Elements fonamentals d'economia política*. Eumo editorial. Universitat de Vic. Capellades, 1997

ROSEBERRY, L.M., *The limits of Employment Discrimination Law in the United states and European Community*, DJOF Publishing, Copenhagen, 1999

ROTHSTEIN, M.A., CRAVER, C.B., SCHROEDER, E.O., SHOBEN, E.W., *Employment Law*, Volume 1, 3rd edition, Thomson West, United States, 2004

ROTHSTEIN, M.A., LIEBMAN, L., *Employment Law. Cases and materials*. 5th edition, Foundation Press, New York, 2003

RUANO ALBERTOS, S., “Análisis del subsidio por desempleo para mayores de 52 años. Pronunciamientos de los Tribunals de Justicia Comunitarios. A propósito de la Sentencia 1999/32. Caso Ferreiro Alvite”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32, 2001

SÁNCHEZ VERA, P., “Empleo, flexibilidad de la jubilación e ideología. Breve cronología del debate en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, extra de jubilación flexible*, 2003

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA., “Trabajadores de <edad avanzada>: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2002

SANGUINETI RAYMOND, W., “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 39, 2007

SARGEANT, M., *Age discrimination and diversity. Multiple discrimination from an age perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011



- SARGEANT, M., *Age discrimination in employment*, Gower, United States, 2007
- SCHROEDER, O. (editor), *De facto segregation and civil rights; struggle for legal and social equality*, W.S. Hein, Buffalo, N.Y, 1965
- SCHULZ, J.H., “ ‘the full monty’ and life-long learning in the 21st century”, *Journal of aging and social policy*, Vol. 11, No 2/3, 2000
- SCOTT, J.A., “Age discrimination legislation and the employment of older workers” *Labour Economics*, vol. 11, issue 2, April 2004
- SEGRAVE, K., *Age discrimination by employers*, McFarland & Company, Inc. Publishers, North Carolina, 2001
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “El Convenio especial en EREs extintivos (Nota sobre el alcance de la Ley 27/2011)”, *Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 10, 2012
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Actualización del sistema de Seguridad Social (II): una visión sinóptica y global de la Ley 27/2011”, *Aranzadi Social*, núm. 7, 2011
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Momento en que deben de concurrir los requisitos para percibir el subsidio por desempleo”, *Aranzadi Social*, vol. IV, 1997
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Semblanza de la Reforma Laboral”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 837/2012, 2012
- SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., “Igualdad y discriminación en el derecho comunitario”, a FALGUERA BARÓ, M.A., MORALO GALLEGO, A., (coordinadores), *Derecho Social Europeo*, Consejo General del Poder Judicial, 2007
- SEMPERE NAVARRO, A.V., MARTÍN JIMÉNEZ, R., “La reforma del mercado de trabajo mediante RDL 10/2010” *Aranzadi Social*, núm. 7, 2010

SEMPRE RE NAVARRO, A.V., QUINTANILLA NAVARRO, R.Y (Directores)., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparativo de la situación actual y propuestas de futuro*, CES, Madrid, 2009

SERVEI D'OCUPACIÓ DE CATALUNYA, *Estratègia catalana per a l'ocupació, 2006-2008. Pla General d'Ocupació de Catalunya*. Generalitat de Catalunya, Departament de Treball i Indústria, novembre 2006

SHAMAN, J. M., *Equality and liberty in the golden age of State Constitutional Law*, Oxford University Press, New York, 2006

SIMMEL, G., "La metròpolis y la vida mental", *Bifurcaciones*, núm. 5., primavera 2005

SINISCALCO, G.R., RAHM, R.H., QUINN, S.M., Adverse impact liability for age discrimination, *Employee Relations Law Journal*, vol. 28, issue 2, winter 2002

SKRENTNY, J.S., *Minority rights revolution* , Harvard University Press, Cambridge, 2002

SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., "Régimen jurídico de las agencias de colocación", *Temas Laborales*, núm. 110, 2011

SOC, Diagnosi per a l'Estratègia Catalana per a l'Ocupació 2012-2020. Informe territorial del mercat de treball, adequació de les polítiques actives d'ocupació a Catalunya i definició dels eixos estratègics 2012-2020, 14 de juliol de 2011

SOC, *Pla de desenvolupament de les polítiques actives d'ocupació de Catalunya (PDPA) 2012-2013*, aprovat pel Consell de direcció del SOC en sessió del 16 de febrer de 2012

SOC, *Plans d'ocupació 2005-2007*, Institut Català d'Avaluació de Polítiques Públiques, Barcelona, gener de 2010

SPERO, S.D., HARRIS, A.L., *Black worker; the Negro and the labor movement*, Columbia University Press, New York, 1931

SPINA CARRERA, M., “La jubilación en la Ley 40/2007 de 4 de diciembre”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008

STIGLITZ, J., *El malestar en la globalización*, Taurus, 2002

SUÀREZ CORUJO, B., “La protección social privada”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, junio 2012

SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “Desarrollo histórico de la pensión de jubilación”, dins LÓPEZ CUMBRE, L (coordinadora), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Editorial iustel. Madrid, 2007

SUBIRATS, J., “La concertación social en España. Su incidencia en el ámbito local”, dins *Crisis econòmica y Estado de Bienestar*. Instituto de estudios Fiscales. Madrid, 1989

SULLIVAN, C.A., WALTER, L.M., *Employment Discrimination Law and Practice*, Aspen Publishers, United States of America, 2009

SUSO ARAICO, A., “La relación con el empleo de los trabajadores mayores”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 24, núm. 2, 2006

TAPIA HERMIDA, A., “Despido (jubilación forzosa) por convenio colectivo. (Comentario a la STJCE, Gran Sala, de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*. Núm. 10, 2008

TAPIA HERMIDA, A., “La edad como criterio normativo. Conculcación de la libertad de trabajar y el derecho al trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 326, 2010.

TAULA D'ENTITATS DEL TERCER SECTOR SOCIAL DE CATALUNYA, "Present i futur de la Renda Mínima d'Inserció", *Dossiers del Tercer Sector*, núm. 12, setembre de 2011

TERRADILLOS ORMAETXEA, E., "La interacción entre las políticas activas de empleo y políticas económicas en la Unión Europea, el juego del método abierto de coordinación y sus efectos sobre la política de empleo española" *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 62, 2006

TOHARIA, L., (Director)., *Avaluació de la formació ocupacional a Catalunya 2005-2006*, Servei d'Ocupació de Catalunya, Generalitat de Catalunya, desembre 2008

TOHARIA, L., (Director)., *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la seguridad social para el empleo en la afiliación a la seguridad social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*, Universidad de Alcalá, Ministerio de Trabajo e Inmigración, diciembre 2008

TOMEI, M., "Discrimination and equality at work: a review of concepts", *International Labour Review*, Vol. 142, núm. 4, 2003

TOOSSI, M., "A century of change: the U.S. labor force", 1950-2050, *Monthly Labor Review*, May 2002

TOOSSI, M., "Labor force projections to 2016: more workers in their golden years", *Monthly Labor Review*, November 2007

TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., "Incentivos al empleo y a la calidad en el empleo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001

TORTUERO PLAZA, J.L., "Sentencia 209/1987, de 22 de diciembre. Sobre el derecho del subsidio por desempleo de los mayores de cincuenta y cinco años; colectivos incluidos y excluidos. Y en general sobre los caracteres del Sistema de Seguridad Social" dins *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 1987

TORTUERO PLAZA, J.L., *La reforma de la jubilación: políticas de pensiones y políticas de empleo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010

TORTUERO PLAZA, J.L.: “Una de cal i la otra de arena: endurecimiento de los requisitos de acceso a la jubilación y mejora de la incentivación a la permanencia en activo”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, maig 2007

TRUBEK, D., “Hard and Soft Law in the construction of Social Europe: the role of the Open Method of Coordination” *European Law Journal*, 2005

TUSET ZAMORA, N. (et al.), *La descentralització dels serveis públics d'ocupació. L'impacte de les polítiques actives d'ocupació a Catalunya*, Consell de Treball, Econòmic i Social de Catalunya, Barcelona, 2005

UGT de Catalunya, *La supressió de les escoles taller, cases d'ofici i tallers d'ocupació de Catalunya. El SOC elimina les PAO adreçades als joves i als majors de 45 anys* UGT de Catalunya, març de 2010

UGT de Catalunya, *Majors de 45 anys: massa grans per treballar, massa joves per jubilar-se*, agost de 2007

UNITED STATES COMMISSION ON CIVIL RIGHTS, *Health insurance coverage and employment opportunities for minorities and women*, The Comision, Washington, D.C., 1982

VALDÉS DAL-RÉ, F., “La prohibición de discriminación: una cualificada expresión del moderno ius gentium“, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2008

VALDÉS DAL-RÉ, F., “La reforma de la intermediación laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2010

VALDÉS DAL-RÉ, F., “Persona del trabajador, Constitución, Principio de igualdad”, a AA.VV, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV

Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005

VALDÉS DAL-RÉ., La formación profesional continua, entre el diálogo social y la negociación colectiva, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2001

VALLECILLO GÁMEZ, M.A., MOLINA NAVARRETE, C., “El régimen de estabilidad de la «Renta Activa de Inserción» como subsidio no contributivo de la Seguridad social: ¿Realidad o pretensión? (Impacto jurídico y social del RD 1369/2006, de 24 de noviembre), *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 3, 2007

VALTICOS, N., *Derecho Internacional del Trabajo*.(traducción de M<sup>a</sup>José Triviño) Editorial Tecnos. Madrid, 1977

VÁZQUEZ MARISCAL, A., “Las reformas de los Sistemas de Pensiones en Europa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 54, 2004

VELASCO PORTERO, M.T., GUTIÉRREZ GARCÍA, E., “Discriminación por razón de edad versus fomento del empleo. Comentario a la STJCE de 22 de noviembre de 2005”, *Revista del Ministerio y de Asuntos Sociales*, núm. 67, 2006

VILA LÓPEZ, L., “Política social e inclusión social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35, 2002

VILLA GIL, L.E., “La reforma de la composición del sistema de seguridad social y del modelo de protección social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, junio 2012

VIÑUELAS ZAHÍNOS, M.T., “Política de empleo y discriminatoria por razón de edad”, *Aranzadi social* (BIB 2005/2634), 2006

VON MEHREN, A.T., MURRAY, P.L., *Law in the United States*, 2nd edition, Cambridge University Press, New York, 2007

WALKER, A., “A strategy for active ageing”, *International Social Security Review*, Vol. 55, núm. 1, 2002.

WALKER, A., TAYLOR, P (editors), *Combating age barriers in employment: a European portfolio of good practice*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxembourg, 1998

WELLER, C.E., “A proposal for more retirement income security”, *Journal of Aging & Social Policy*, Vol. 19, nº1, 2007

WIATROWSKI, W.J., “Changing retirement age: ups and downs”, *Monthly Labor Review*, April 2001

WOLF, E., *Europa y la gente sin historia*, FCE, Méxic DF, 2001

YSÀS MOLINERO, H., “La adaptación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de más edad en el contexto de prolongación de la vida laboral: la Estrategia 55 y más”, Comunicació presentada a les *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social* “Últimes reformes en matèria laboral, de Seguretat Social i en el procés laboral”, Barcelona, 8 i 9 de març 2012

ZACHERT, U., “Los derechos fundamentales en los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, *Temas Laborales*, núm. 65, 2002

ZIMMER, SULLIVAN, RICHARD & GALLOWAY, *Cases and materials on Employment Discrimination*, 4th edition, Aspen Publishers, New York, 1997

