

Anticipación de la jubilación y crisis de empresa. Un comentario crítico a partir del Anteproyecto de Reforma de la Seguridad Social¹

Ricardo Esteban Legarreta

Profesor titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Autónoma de Barcelona.

SUMARIO. 1. Propósito general del estudio. Mantenimiento de un sistema dual de jubilación anticipada: jubilación anticipada por crisis y jubilación anticipada voluntaria o no causal. 3. Requisitos exigidos para acceder a la jubilación anticipada de carácter causal. 3.1. Régimen vigente. La anticipación de la jubilación a 61 años y la necesidad de causa extintiva ajena a la voluntad del trabajador. 3.2. La anticipación de la jubilación en la reforma: la acreditación de la crisis de empresa. 4. Efectos de la jubilación anticipada causal en perspectiva comparada. 4.1. Supuestos de posible acceso a la pensión a 61 años en el régimen vigente. 4.2 Anteproyecto de reforma, jubilación anticipada causal y afectación sobre los trabajadores afectados por crisis de empresa. 4.3. Mecanismos de protección de las carreras de cotización de trabajadores despedidos en situaciones de crisis de empresas y el sorprendente inmovilismo del Anteproyecto de reforma. 5. Las prejubilaciones sin causa extintiva económica. Breve apunte y una reflexión sobre la reforma en trámite. 5.1 Régimen actual. 5.2. Incidencia de la reforma sobre las prejubilaciones programadas.

1. Propósito general del estudio.

Las páginas que siguen pretenden aportar algunas reflexiones a propósito de la reforma de la pensión de jubilación y, más en particular, en torno a su papel de acompañamiento en las situaciones de crisis de empresa. Es de sobra conocido que nuestro sistema de Seguridad Social ha sido una herramienta clave en la intervención de los poderes públicos en los procesos de reestructuración de empresas², considerando que el sistema se decanta por el acompañamiento preferente de los trabajadores de edad³ por dos razones notorias y

¹ Comunicación presentada a la ponencia “La reforma de la pensión de jubilación” a cargo del profesor Manuel Ramón Alarcón Caracuel, en las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social (Lleida 10 y 11 de marzo de 2011). Esta comunicación se ha elaborado en marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2007-61746), concedido bajo el título “La reconfiguración de la intervención pública en los procesos de reestructuración empresarial: situación actual y retos de futuro” para el periodo 2008-2010.

² Todo ello sin perjuicio de que aparentemente, la Ley 35/2002, que implantó el vigente sistema de anticipación de la edad de jubilación planteaba la reforma en clave inversa, buscando “(...) proceder a la modificación de la regulación de la pensión de jubilación en el sentido de que la misma no viniera a 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 (...)”

³ El informe del Consejo Económico y Social: *Vida laboral y prejubilaciones*, Madrid, CES, 2000, informe núm. 2/2000, pág. 109, concluye sin ningún rodeo el importante papel representado por el sistema de la Seguridad Social en dichos procesos. Así, se señala que “es fácil presumir el papel determinante que ese Sistema juega a la hora de acordar, entre empresas y representantes de los trabajadores, los criterios configuradores del expediente de regulación de empleo, de manera que las razones que se valoran cuando se prioriza a los trabajadores de mayor edad, tanto en ERE como en los planes de bajas voluntarias incentivadas, tienen como objetivo buscar la solución menos traumática, de modo que se asegure a los trabajadores que abandonen el empleo la percepción de una renta, aunque sea mínima, hasta que puedan acceder a la prestación de jubilación”. Por su parte,

poco discutidas. La primera, en situaciones de crisis empresarial los trabajadores de edad son candidatos preferentes a ser objeto de despidos económicos. La segunda, el dato difícilmente rebatible sobre la actitud refractaria de los empleadores a contratar trabajadores de edad, de modo especialmente intenso cuando dichos trabajadores han sido objeto de despidos por causas económicas. No es casual que el Documento aprobado por la Comisión del Pacto de Toledo el 29 de septiembre de 2010⁴ --antesala de la reforma de Seguridad Social—haya proclamado un “secreto a voces”; a saber, “que la jubilación anticipada se ha convertido, básicamente, en una fórmula de regulación de empleo”, circunstancia que “A juicio de la Comisión (...) debe modificarse”⁵.

En este sentido, el análisis llevado a cabo va a tener en cuenta que nuestro sistema de Seguridad Social interviene sobre una realidad plural, en la que la salida del mercado de trabajo de contingentes de trabajadores de edad se da tanto en contextos de prejubilación programada⁶ —entendida como aquélla en la que el trabajador es objeto de acompañamiento mediante mecanismos empresariales de protección complementaria más o menos generosos— como en situaciones de prejubilación no programada, en los cuales el sistema de Seguridad Social actúa en solitario y puede mostrar de modo más lacerante su precariedad. Cabe advertir que en todo caso, las prejubilaciones “programadas” con un generoso conjunto de dispositivos van más bien a la baja, teniendo en cuenta los costes que comportan y el hecho objetivo de que las empresas que ponen en marcha este tipo de planes son crecientemente minoritarias en el contexto de nuestro tejido empresarial⁷. Otra cosa es que puedan subsistir prejubilaciones programadas de “intensidad menor” que conviven con las no programadas.

CAMBEIRO RELOVA, L.: “Prejubilación en ERE”, en CABEZA PEREIRO, J.; BALLESTER PASTOR, M^a.A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (directores): *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, pág. 179, señala que como resultado de las prácticas empresariales, “la Seguridad Social desempeña una función primordial en la financiación de los procesos de reestructuración y con ello arriesga el futuro de liquidez para hacer frente a futuras pensiones”.

⁴ Ejemplar fotocopiado, apartado 12, pág. 56.

⁵ CABEZA PEREIRO, J.: Algunas consideraciones sobre la prejubilación a la vista de la doctrina reciente”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (Coordinadora): *Tratado de jubilación*, Madrid, Lustel, 2007, pág. 1287pág. 1288, subraya también la estrecha relación entre los pactos de prejubilación y la regulación de la anticipación de la edad de jubilación, de manera que las reformas “han cambiado de forma acelerada la fisonomía de los pactos de prejubilación para acomodarse a tales instrumentos”.

⁶ Tomamos esta diferenciación conceptual de LOPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, Madrid, Civitas/UAM, 1998, pág. 96, donde se establece la diferencia entre la prejubilación programada que sería la “situación en la que se prevé y planifica la cobertura futura del trabajador con la intervención de la empresa” y la prejubilación no programada en la que “el trabajador tiene que solicitar las correspondientes prestaciones públicas sin que la empresa esté presente ni directa ni indirectamente durante el proceso de la prejubilación del trabajador”.

⁷ Señala CABEZA PEREIRO, J.: Algunas consideraciones sobre la prejubilación...”, ob. cit., pág. 1287, que en la actualidad estos planes se proponen por “un pequeño puñado de empresas y grupos capaces de ofrecer a sus empleados y empleadas mayores unas condiciones mínimamente atractivas como para poder asumirse en una fase de consultas y ofrecerse a continuación con la seguridad de que van a ser aceptadas por la inmensa mayoría del colectivo de personas destinatarias del plan.”

Ciertamente el presente artículo y las reflexiones en él contenidas se llevan a cabo con carácter provisional o preliminar si consideramos la naturaleza de los textos que recogen las grandes líneas de la reforma. En estos momentos contamos fundamentalmente con el Anteproyecto de Ley sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social (en adelante Anteproyecto)⁸ del sistema de pensiones y con el texto del Acuerdo Económico y Social que le precedió y que, en buena parte recogía los acuerdos en materia de reforma de la pensión de jubilación⁹. Ciertamente, no son textos cerrados pero permiten extraer algunas orientaciones que no parece que vayan a variar significativamente a lo largo del recorrido de la tramitación de la reforma.

Con carácter puramente introductorio he considerado conviene resaltar algunos de los aspectos más llamativos del Anteproyecto, en los que a la luz de la exposición de motivos se perseguiría mantener la estabilidad financiera del sistema de Seguridad Social. Así, un elemento emblemático en el texto es el del retraso de la edad pensionable a los 67 años, si bien manteniendo la edad de 65 cuando se acredite un elevado volumen de trimestres cotizados¹⁰. A la anterior, el Anteproyecto añade una importante reforma en el ámbito del cálculo de la base reguladora de la prestación, al pasar de un cálculo basado en 15 años a otro fundamentado en las cotizaciones correspondientes a los 25 años anteriores a la jubilación. Más allá de estas cuestiones, el Anteproyecto contiene el embrión de otras reformas de calado, que afectarían entre otros a la escala de porcentajes del artículo 163 LGSS o bien al régimen de complementos a mínimos, reforma de alcance general, pero de especial incidencia en las pensiones de jubilación. Y entre estas reformas destaca el tratamiento de la anticipación de la edad de jubilación, un ámbito en el que se detecta el interés de incidir de manera sensible, lo que justifica la presente aportación.

En todo caso, se ha de destacar la fuerte carga de aplicación transitoria de la reforma, circunstancia que hace prever que algunas de las materias reformadas pueden sufrir, a su vez, nuevas modificaciones con anterioridad a su plena entrada en vigor. Por lo demás, en el ámbito objeto de este estudio – la jubilación anticipada y la crisis de empresa— la intensa transitoriedad en la aplicación de la futura ley dificulta la realización de una adecuada crítica del mismo.

⁸ Ejemplar fotocopiado, enero de 2011, sin fecha.

⁹ El Acuerdo Económico y Social de enero de 2011 ha sido suscrito por las centrales sindicales CCOO y UGT, así como por las organizaciones patronales CEOE y CEPIME y el Gobierno del Estado. De especial significación para lo aquí tratado es el Apartado II de la Parte primera, cuyo contenido se desarrolla a partir de la rúbrica Pensiones (Acuerdo para la Reforma y Fortalecimiento del Sistema Público de Empleo).

¹⁰ De acuerdo con el redactado del futuro artículo 161 LGSS reflejado en el Anteproyecto, podrán también jubilarse los trabajadores que hayan alcanzado la edad de 65 años y acrediten 38 años y 6 meses de cotización “sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias”.

2. Mantenimiento de un sistema dual de jubilación anticipada: jubilación anticipada por crisis y jubilación anticipada voluntaria o no causal.

Este estudio parte de un dato normativo que con toda probabilidad va a mantenerse tras la aprobación de la reforma: la presencia de un sistema dual de acceso a la jubilación anticipada. El primero de los accesos, que podríamos denominar jubilación anticipada causal, estaría caracterizado por la exigencia de una causa justificativa que vaya más allá de la libre voluntad del trabajador —o de la libre voluntad de trabajador y empresario, como se verá— a la hora de anticipar la edad de jubilación a partir de los 61 años. Como es sabido, en el régimen vigente la causa que habilita para anticipar la edad de jubilación es la extinción del contrato de trabajo ajena o independiente de la voluntad del trabajador. En la reforma, la causa de la jubilación anticipada causal —valga la redundancia— reduce su alcance ya que la extinción del contrato de trabajo ha de responder a una crisis de empresa, si bien la edad máxima de anticipación se mantiene en 61 años.

El segundo sistema de acceso a la jubilación anticipada --vigente actualmente y previsto también para el marco “post-reforma” con un carácter más abierto— permite hoy en día el acceso a la jubilación anticipada a partir de los 61 años en caso de acuerdo individual o colectivo de prejubilación¹¹, lo que conlleva unos costes empresariales adicionales (art. 161 bis LGSS) en materia de prestaciones de desempleo y la cotización asociada a dichas prestaciones. La reforma parece pretender “liberalizar” este segundo tipo de anticipación de la jubilación —en la Anteproyecto se prevé a partir de los 63 años-- ya que su planteamiento es el de aceptar con carácter general las jubilaciones anticipadas a partir de los 63 años sin exigir costes adicionales para las empresas y tampoco causa extintiva alguna: ni ajena a la voluntad del trabajador ni fundada en un acuerdo de prejubilación. Ahora bien, la edad se ha desplazado de los 61 a los 63 años, lo que no es un cambio menor, como tendremos ocasión de remarcar más adelante.

A continuación abordaremos un análisis de ambos tipos de jubilaciones anticipadas siguiendo el hilo de la comparación entre el régimen vigente y la perspectiva de reforma. Para ello, nos referiremos en primer lugar a los requisitos de acceso a la jubilación anticipada causal (3); y a los efectos de esta jubilación sobre la pensión de jubilación (4), apartado en el que nos detendremos brevemente en el régimen jurídico de los convenios especiales obligatorios del artículo 51.15 LGSS (4.3). A continuación, el artículo se cierra

¹¹ Como ha señalado MONERÉO PÉREZ, J.L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número extra de Seguridad Social, 2010, pág. 186, esta mención constituye una de las diversas referencias de nuestras normas laborales a las prejubilaciones

con una aproximación a la jubilación anticipada no causal, comparando el esquema vigente con el planteamiento expresado en el Anteproyecto (5).

3. Requisitos exigidos para acceder a la jubilación anticipada de carácter causal.

3.1. Régimen vigente. La anticipación de la jubilación a 61 años y la necesidad de causa extintiva ajena a la voluntad del trabajador.

Más allá de la vigencia de un régimen transitorio para los trabajadores que acrediten cotizaciones a mutualidades laborales con anterioridad a 1 de enero de 1967, en el sistema todavía vigente, para que un trabajador pueda jubilarse a partir de los 61 años sería imprescindible que acredite, fundamentalmente, una extinción del contrato de trabajo por causa ajena a su voluntad, y un volumen de cotizaciones a la Seguridad Social no inferior a los 30 años¹², para lo cual la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social introduce el cómputo de servicio militar o de la prestación social substitutoria con el límite de un año.

Además, el trabajador deberá permanecer inscrito como demandante ante el Servicio Público de Empleo, al menos durante un periodo no inferior a los seis meses. En tercer lugar, se exige que la extinción del contrato de trabajo no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, (art. 161 bis 2 LGSS), lo que sugeriría que el legislador pretende primar el deber de trabajar y el deber de solidaridad implícito en aquél deber constitucional (art. 35. 1 de la Constitución Española), por encima de la plena libertad del trabajador, de modo que el acceso anticipado a la jubilación ha de depender de un dato absolutamente ajeno a la voluntad del trabajador. A estos efectos, el artículo 161 bis 2 d] LGSS establece una interpretación auténtica de qué cabrá entender por extinción ajena a la voluntad del trabajador¹³: “Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1”; es decir, por las causas extintivas que dan acceso a las prestaciones por desempleo. Como es sabido, tal clarificación se introduce mediante la Ley 40/2007 a fin de plasmar el cambio jurisprudencial favorable a considerar que toda extinción que tuviese su origen en despidos colectivos era ajena a la voluntad del trabajador, cambio jurisprudencial que se reflejó en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006 (RJ 8226). A este respecto, el TS optó por la interpretación favorable a la

¹² Téngase en cuenta que la Ley está exigiendo treinta años de cotización reales, de modo que prácticamente no hay la posibilidad de añadir años asimilados a cotizados, salvo lo que se dirá en el texto principal respecto a los periodos de servicio militar o de prestación social substitutoria.

¹³ La LGSS señala (art. 161 bis) que “A tales efectos, se entenderá por libre voluntad 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”

consideración de las extinciones como involuntarias¹⁴, ya que según el Alto Tribunal lo que realmente extingue el contrato de trabajo no es la manifestación de voluntad del trabajador de ser incluido en una lista de trabajadores, sino la resolución administrativa que, tras apreciar las causas alegadas por la empresa, autoriza el expediente de regulación de empleo. De ahí que, como hemos señalado, el artículo 161 LGSS subraye que en cualquier caso se va a considerar que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas del artículo 208.1.1 LGSS¹⁵.

En todo caso, la aceptación del despido colectivo como vía de acceso a la jubilación anticipada me parece acertada con algunas cautelas a propósito de la evitación de su utilización abusiva¹⁶, cuestión a la que me referiré en el siguiente apartado. Todo ello, máxime teniendo en cuenta que otras vías extintivas de utilización creciente como el despido objetivo por causas económicas o incluso el despido disciplinario han ocultado¹⁷ ofertas empresariales de prejubilación sin causa extintiva alguna, lo que hasta la fecha no ha impedido que dichos trabajadores accedan a la jubilación del artículo 161 bis LGSS.

3.2. La anticipación de la jubilación en la reforma: la acreditación de la crisis de empresa.

La reforma de Seguridad Social actualmente en ciernes puede significar un sensible giro en el terreno de la causa de la anticipación de la edad de jubilación. A este respecto, el Anteproyecto de Ley viene a establecer que la jubilación anticipada a los 61 años estará justificada –casi— única y exclusivamente por razón de crisis de empresa, si bien dicha

¹⁴ Como ha señalado MONEREO PÉREZ, J.L.: “EREs, prolongación de la vida activa...” ob. cit., pág. 187, en estos casos, “Estaríamos ante un contrato de adhesión estricto, donde el elemento de la voluntariedad (libertad) queda prácticamente desvirtuado desde un mínimo normativismo realista”.

¹⁵ Sobre este conflicto, son de gran interés las reflexiones de SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL y GIL, J.L.: “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, ob. cit, pág. 1108 y ss, donde se señalan las diversas interpretaciones existentes con anterioridad al giro jurisprudencial de 2006 y la firmeza con la que la Administración consideraba que las extinciones en ERE, previa aceptación de propuesta de prejubilación, no eran ajenas a la voluntad de los trabajadores. Al respecto, son de especial interés los datos de la nota núm. 15, pág. 1109. *Vid* también las interesantes reflexiones aportadas por BADIOLA SÁNCHEZ, A. M^a.: “Despido colectivo y jubilación”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (Coordinadora): *Tratado de jubilación*, Madrid, Iustel, 2007, págs. 1480 y ss.

¹⁶ En este sentido, entiendo que la Administración tendría el deber, a través de la vía del examen de concurrencia de fraude de ley o de abuso de derecho, de controlar la realidad de la causa en supuestos de ERE pactado con una abrumadora mayoría de trabajadores de edad en la lista de trabajadores.

¹⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL y GIL, J.L.: “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, ob. cit. pág. 1105, señalan una práctica habitual en supuestos de prejubilación programada o pactada previamente, de modo que “es usual hacerlo por alguna de las causas que dan derecho a la prestación contributiva de desempleo, de tal manera que la compensación económica de la prejubilación se sufrague, en parte, a través de la percepción de una prestación pública”, añadiendo posteriormente cómo la empresa obtiene dos beneficios: “en primer lugar, se retrasa el acceso a la jubilación durante, al menos, dos años, y, en segundo lugar, durante ese periodo el trabajador percibe una renta mensual abonada por el Servicio Público de Empleo”.

noción se incardina bajo la rúbrica de jubilación anticipada “por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador”. Llámese como se la quiera llamar, la futura o inminente jubilación anticipada causal sigue en parte la estela de los regímenes específicos del pasado, como el vinculado a procedimientos de reconversión. De este modo, se pretende vincular la jubilación anticipada a los 61 años en una situación de crisis de empresa, noción que como veremos, abraza más supuestos que los despidos colectivos y los despidos objetivos por causa empresarial. Más allá de lo anterior, la redacción del artículo 161 bis 2 LGSS propuesta por el Anteproyecto establece en su apartado A) dos requisitos previstos hoy en día para la jubilación anticipada causal: la inscripción como demandante de empleo durante un plazo no inferior a seis meses y la acreditación de un prolongado periodo de cotización efectiva que pasa de los 30 años actuales a los 33 años en el Anteproyecto, en los que tampoco se computarán los días cuota, pero sí se mantiene el cómputo de hasta un año del servicio militar o del servicio social sustitutorio.

El Anteproyecto exige que “el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de crisis o de cierre de empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral”, para lo cual el legislador identifica las causas de extinción que permitirán acceder a la jubilación anticipada. Se trata del despido colectivo por causas económicas, autorizado por la Autoridad Laboral (art. 51 TRLET); el despido objetivo por causas económicas, conforme al artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores; la extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, concursal; la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual y la extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor. A las causas anteriores, la Ley añade la extinción de la relación laboral colmo consecuencia de la violencia de género.

La lectura del Anteproyecto sugiere que el Gobierno pretende introducir límites a la jubilación anticipada causal, razón por la cual persigue evitar que cualquier extinción ajena a la voluntad del trabajador permita jubilarse anticipadamente a partir de los 61 años. Por lo tanto, una primera conclusión es evidente: el futuro régimen jurídico podría servir para forzar la utilización de despidos por causas económicas, ya sean colectivos ya sean individuales, evitando de este modo la utilización desviada de despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes, --que han sido y todavía son escandalosamente utilizados a fin de eludir la tramitación de despidos colectivos.

Además, la única causa mencionada en el despido colectivo y en el despido objetivo es la económica, lo que sugiere que si la causa es técnica, organizativa o de producción, la empresa no podrá utilizar tan abiertamente la anticipación de la edad de jubilación, ya que el trabajador despedido no podrá jubilarse hasta los 63 años, edad prevista para la anticipación no causal o voluntaria de la jubilación. Ahora bien, podría interpretarse, alternativamente, que el redactor del Anteproyecto ha incurrido en un aparente desliz y se ha querido referir a

las causas económicas en un sentido amplio, es decir, incluyendo las causas técnicas, organizativas o de producción. De hecho, el texto se refiere al despido objetivo y al despido económico por “causas” –en plural— económicas, lo que sugeriría esta segunda interpretación. Abundando en lo anterior, la Ley clarifica que el cese en el trabajo deberá haberse producido como consecuencia de una situación de crisis o de cierre de empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral, lo que puede deberse no solo a la causa económica, sino que cabrían también las otras causas mencionadas en la Ley.

En todo caso, para apreciar la existencia de crisis de empresa que impida la continuidad de la actividad laboral en caso de despido colectivo, sería suficiente con la autorización administrativa. Ahora bien, la reforma exige a mi juicio que en caso de acuerdo y ulterior homologación administrativa del despido colectivo (art. 51 TRLET), la Autoridad laboral debería verificar la ausencia de fraude o abuso de derecho, a fin de evitar la utilización del despido colectivo como “pasarela de terciopelo” hacia la jubilación anticipada, todo ello teniendo en cuenta que el nuevo régimen jurídico podría potenciar dicha estrategia empresarial mediante despidos colectivos sin causa económica real¹⁸.

El despido objetivo plantea numerosos y variados problemas. De un lado, los simples supuestos de conciliación del despido como improcedente, en sede administrativa o judicial, ya plantean dificultades, teniendo en cuenta que en ocasiones el acuerdo no surge por falta de causa, sino por las dudas empresariales a propósito de la viabilidad de una sentencia favorable. Sin embargo, la voluntad transaccional podría sugerir la falta de una causa real y solvente de despido que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral. Todo ello, lógicamente, podría impedir el acceso a la jubilación a los 61 años.

Mayores dudas surgen en supuestos de impugnación del despido y ulterior declaración judicial de improcedencia. En este sentido, el Anteproyecto no establece matiz alguno a propósito de la calificación judicial del despido, pero a mi juicio es evidente que este despido debe estar fundado en una causa que “impida objetivamente la continuidad de su relación laboral”, razón por la cual el despido declarado judicialmente como improcedente, no debería abrir la puerta a la jubilación anticipada.

Las dudas se tornan certeza –de no acceso a la jubilación a los 61 años -- en el caso de despidos objetivos por causa económica reconocidos como improcedentes por el empresario, ya que en tal caso no quedará acreditada la situación de crisis que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral; antes al contrario, tal opción puede sugerir la intencionalidad de lograr una indemnización rebajada por despido objetivo improcedente. En este sentido, la aceptación por parte de la Ley 35/2010 (disposición

¹⁸ Como señala BADIOLA SÁNCHEZ, A. M^a.: “Despido colectivo y jubilación”, ob. cit., pág. 1481, en ocasiones el recurso al ERE “es simplemente el elegido de forma voluntaria por parte de los sujetos implicados en el proceso por las indudables ventajas que les aporta el acceso a una extinción consensuada”.

adicional 1ª de la Ley 12/2001, apartado 4) de que en los contratos para el fomento de la contratación indefinida se pueda reconocer la improcedencia del despido objetivo a renglón seguido de haberlo ejecutado¹⁹, me lleva a pensar que en tales supuestos no debería abrirse la puerta a jubilaciones a partir de los 61 años. Yendo más allá, donde no me cabe ninguna duda de la imposibilidad de jubilación a los 61 sería en el supuesto en que el trabajador alegue y acredite que la causa real del despido es disciplinaria, a los efectos de que se declare la inadecuación del procedimiento de despido objetivo a la extinción contractual (Ley 12/2001).

Como es natural, tampoco debería permitir el acceso a esta jubilación el despido o los despidos objetivos declarados nulos de conformidad con el artículo 124 LPL por no haberse procedido a la tramitación de un despido colectivo en el caso de que procediera en base a los umbrales numéricos del artículo 51 TRLET. La paradoja puede estar en que precisamente, el despido objetivo por causa económica constituya una “puerta de atrás” para jubilaciones anticipadas derivadas crisis ficticias. Incluso, la futura regulación podría alimentar las presiones para que el trabajador de edad despedido individualmente por causas económicas no impugne el despido por miedo a perder el acceso a la jubilación anticipada a partir de los 61 años.

En otro orden de cosas, los despidos tácitos por causa económica o de crisis de empresa podrían acarrear graves perjuicios al trabajador dispuesto a jubilarse a partir de los 61 años. En tales casos, y cuando la causa real del despido sea económica, los trabajadores deberían poder acreditar que la extinción fue debida a una crisis de empresa. Ahora bien, hemos de contar con la literalidad de la Ley que no parece muy amiga de permitir que un despido tácito por causa económica permita el acceso a la jubilación anticipada. A este respecto, otro tanto cabe señalar a propósito de las extinciones instadas a través del artículo 50 1 b) TRLET, cuando el impago de salarios derive de una situación de crisis de empresa.

En lo que concierne a la edad que va a permitir el acceso a esta jubilación anticipada, se establece un mínimo de 61 años, diferenciado de la edad prevista para los supuestos de la futura jubilación anticipada no causal o voluntaria, que se desplaza de los 61 a los 63 años. A mi juicio, el planteamiento del Anteproyecto merece una valoración matizada ya que, por una parte mantiene tácitamente un papel no desdeñable del sistema de pensiones en los procesos de reestructuración empresarial, lo que no encaja con las críticas vertidas a esta situación por la Comisión del Pacto de Toledo. En este sentido,

¹⁹ Téngase en cuenta que la doctrina judicial ha aceptado también el reconocimiento de la improcedencia en despidos objetivos con anterioridad a la reforma de 2010 y sin condicionarla a que los contratos sean de fomento de la contratación indefinida y sin que, evidentemente, dicha posibilidad se refleje en el artículo 53 TRLET. En este sentido: STSJ de Madrid de 31 de enero de 2005 (AS 2006/2049) y STSJ de Andalucía/Málaga, de 15 de marzo de 2007 (JUR 2008/253086).

habría sido más razonable desplazar la edad de acceso a esta jubilación a los 63 años, mientras que la anticipación no causal podría haberse desplazado hasta los 65 años, teniendo en cuenta el desplazamiento general que la jubilación ordinaria va a experimentar hacia los 67 años. A este respecto, se ha de recordar que con el esquema del Anteproyecto, la combinación entre desempleo y anticipación de la edad de jubilación puede facilitar salidas muy tempranas del mercado de trabajo y mantener las inercias que se han dado hasta ahora.

Ahora bien, siempre que la noción de crisis de empresa sea objeto de una lectura restrictiva, el mantenimiento de la anticipación de la edad de jubilación en 61 años puede favorecer la protección de trabajadores que, en algunos casos, deberían permanecer dos años más bajo la áspera protección del subsidio de prejubilación.

En otro orden de cosas, el acceso a la jubilación anticipada por crisis va a verse dificultado mediante la exigencia general de 33 años de cotización para acceder a todo tipo de jubilación anticipada, en lugar de los 30 años ahora exigidos. Este requisito puede favorecer, por la vía de los hechos, que la jubilación anticipada sea una realidad más cercana a los 63 que a los 61 años, lo que dependerá de la carrera de cotización acreditada por los solicitantes de pensiones, un dato que en general va a la baja teniendo en cuenta que los trabajadores que se incorporaron al mercado de trabajo en los años setenta suelen acreditar carreras de cotización más breves que los que les precedieron en periodos anteriores²⁰.

Procederé a continuación a efectuar una comparación entre los efectos de la jubilación anticipada en el régimen vigente, de un lado, y en el sistema diseñado en el Anteproyecto de reforma, en una segunda fase.

4. Efectos de la jubilación anticipada causal en perspectiva comparada.

4.1. Supuestos de posible acceso a la pensión a 61 años en el régimen vigente.

Como es sabido, la normativa vigente prevé que por cada año o fracción de año que el trabajador anticipe su jubilación tomando como referencia la edad pensionable --65 años--, va a perder entre un 6 y un 7'5 por ciento de la cuantía de su pensión, de modo que en el caso de despidos de trabajadores de 58-59 años --y lógicamente, también de trabajadores algo más jóvenes que no encuentren empleo--, tras el cobro de dos años de prestaciones de

²⁰ Como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto, "El sistema de Seguridad Social español ha asistido últimamente a una progresiva disminución del periodo de actividad laboral (...) por un lado, los años de formación y de estudio de los jóvenes se ha prolongado y su acceso al mercado de trabajo, por esa razón, se ha retrasado en relación con la edad a la que era habitual su incorporación en pasadas generaciones".

desempleo²¹, el acceso a la jubilación a los 61 años significaría la pérdida de entre un máximo de un 30 por 100 y un mínimo de un 24 por 100 de la pensión que le habría correspondido cobrar de jubilarse a los 65 años, porcentaje que dependerá de la cantidad de años que se anticipe la jubilación y, también, de los años de cotización acreditados, teniendo en cuenta que el régimen vigente tiene en consideración el carácter más o menos prolongado de cada carrera de cotización²².

.Además, a lo anterior cabe añadir los perjuicios adicionales que se van a proyectar sobre el montante de la base reguladora teniendo en cuenta que los últimos años de cotización a la Seguridad Social pueden realizarse tomando bases de cotización muy bajas —en concreto, las correspondientes al periodo de percibo del subsidio de mayores de 52 años (art. 218.1 LGSS)— circunstancia que posteriormente revertirá negativamente sobre la cuantía de la pensión. Por lo contrario, el único periodo en el que el trabajador quedará indemne será el que corresponda -- dentro del *íter* hacia la pensión de jubilación—al cobro de la prestación de desempleo, dado que las bases de cotización durante dicho periodo corresponderán a un promedio de las cotizadas dentro de los 180 días anteriores al hecho causante (art. 214 LGSS).

Como matiz a lo anterior, cabe señalar que el trabajador puede formalizar un convenio especial con la Seguridad Social, a fin y efecto de mejorar las cotizaciones durante los años que medien entre la finalización de la prestación contributiva de desempleo y el acceso definitivo a la pensión de jubilación tras la percepción durante diversos años, en su caso, del subsidio de mayores de 52 años. Ahora bien, los altos costes del convenio de Seguridad Social y los muy limitados ingresos que cabe esperar de un trabajador en situación de desempleo prolongado implicarán, por lo general, la no formalización del convenio especial y un acceso inmediato a la pensión anticipada de jubilación²³.

²¹ Lo afirmado en texto principal presupone que el trabajador no va a querer pasar al nivel asistencial de desempleo, de modo que agotadas las prestaciones por desempleo del nivel contributivo optaría por el acceso a la pensión de jubilación. Una trayectoria que es bastante generalizada, pero no obligatoria.

²² Así, si el trabajador acredita unas cotizaciones de entre 30 y 34 años completos, el descuento por cada año o fracción de año de adelanto será de un 7'5 por 100. Si las cotizaciones acreditadas están entre los 35 y 37 años completos, el descuento por cada año o fracción de año de adelanto en la edad de jubilación será de un 7 por 100. El descuento disminuye aún más, hasta un 6'5 por 100 por cada año o fracción de año, si se acreditan cotizaciones entre los 38 y 39 años. Para finalizar, se aplicará un descuento mínimo del 6 por 100 por año o fracción de año de adelanto cuando el trabajador acredite 40 o más años cotizados.

²³ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El subsidio de prejubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 81. Por lo contrario, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL y GIL, J.L.: "La jubilación como medida de reestructuración empresarial", ob. cit., pág. 1107 señalan que en los supuestos de prejubilaciones programadas, acompañadas de importantes compromisos empresariales, la tendencia va en la línea de "esperar hasta los sesenta y cinco años, a fin de que el trabajador obtenga un mayor porcentaje de la pensión de jubilación".

4.2 Anteproyecto de reforma, jubilación anticipada causal y afectación sobre los trabajadores afectados por crisis de empresa.

El Anteproyecto plantea un cambio de carácter desigual teniendo en cuenta que la reducción de la cuantía de la pensión sigue en algunos extremos una lógica bastante similar a la actual, mientras que en otros puntos la inspiración es significativamente diferenciada. En este sentido, el artículo 161 bis LGSS previsto en el Anteproyecto (art. 5) prevé “la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre, que en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de aplicación de los establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, de un coeficiente de 1’875 por trimestre”.

Una primera cuestión que se plantea es la de si a partir de 2013 la edad de jubilación de referencia serán los 67 años o bien deberá tenerse en cuenta la que sea transitoriamente de aplicación. A mi juicio, a pesar de la literalidad del Anteproyecto, entiendo que por edad legal de jubilación ha de entenderse la que sea de aplicación transitoriamente o bien los 65 años, para el caso en que la carrera de cotización del trabajador permita jubilarse a esta edad. Por lo tanto, a primera vista, el carácter más o menos gravoso del sistema deberá valorarse en cada caso en base al tiempo que falte para el cumplimiento de la edad de jubilación ya que, por poner un ejemplo extremo, la jubilación en el año 2013 va a ser a los 65 años y un mes mientras que en 2027 estará situada en los 67 años, salvo que el trabajador acredite con anterioridad los trimestres que permitan acceder a la jubilación plena o sin descuentos, todo ello de conformidad con lo previsto en la “futura” disposición transitoria vigésima de la LGSS ubicada en el artículo 4 del Anteproyecto de Ley²⁴. Dicho lo anterior, el examen del nuevo sistema nos permite constatar que para el año 2013 una jubilación a los 61 años puede comportar una reducción notable de la cuantía de la pensión, ya que en tal supuesto, el número de trimestres anticipados podría llegar a ser de 17²⁵, lo que comportará una disminución “plana o general” del 31’87 por 100, que como veremos se aplicará también a los supuestos de anticipación de la jubilación voluntaria o sin causa²⁶. Obsérvese que en el sistema todavía vigente, una jubilación a los 61 años

²⁴ A estos efectos, la mencionada disposición establece que durante 2013 la edad legal de jubilación será de 65 años y un mes, salvo que se acrediten cotizaciones equivalentes a 35 años y 3 meses o más, supuesto en que la jubilación se mantendrá en los 65 años. Sin embargo, a partir de 2027 la edad de jubilación pasa a ser de 67 años, salvo que se acrediten 38 años y 6 meses de cotización o más, en cuyo caso el trabajador podrá continuar jubilándose a partir de los 65 años.

²⁵ Nótese que los 16 trimestres corresponderían a 4 por cada año anticipado, a lo que debería añadirse un trimestre adicional porque el trabajador debería jubilarse ya con 65 años y un mes, salvo que acredite elevados periodos de cotización.

²⁶ El Acuerdo Económico y Social (cit) establecía en su tabla número 3 (pág. 16) un llamativo sistema según el cual, cuando la anticipación por crisis se llevase a cabo a los 61 años, la reducción sería del 42 por 100. En caso de jubilación a 62 años, el porcentaje negociado era del 37’5 por 100 y, a partir

comportará como máximo y en el peor de los casos una disminución del 30 por 100 en la cuantía de la pensión.

Además, si ello no se enmienda en la tramitación parlamentaria del futuro Proyecto, los descuentos no tendrán en cuenta de modo directo la carrera de cotización del interesado. A decir verdad, los trabajadores con una carrera más prolongada verán menos gravada la cuantía de la pensión ya que su edad real de jubilación se podrá mantener por debajo de la edad legal prevista para cada momento, pero salvo matices menores la reforma muestra aquí toda su crudeza²⁷. A mayor abundamiento, se me antoja especialmente criticable que el Anteproyecto haya establecido un sistema tan duro de descuentos cuando en realidad la causa extintiva se limita de modo prácticamente total a situaciones de crisis de empresa, y el margen temporal desde que es posible jubilarse (61 años) hasta la edad base de jubilación (67) va a ser en un futuro de hasta seis años.

Dentro de este panorama crítico con la proyectada reforma solo hay un elemento que parecería positivo –o al menos, no negativo—para los trabajadores que pierdan su empleo a causa de una crisis de empresa y es que, para tales supuestos el Anteproyecto establece medidas compensatorias en el cálculo de la base reguladora de la pensión. A estos efectos, la reforma propone diversas medidas de importancia e intensidad variable siendo la primera de ellas la ampliación general del periodo de bases de cotización considerado para calcular la base reguladora, que pasa de los 15 años actuales hasta los 25 años (“futuro” artículo 162.1 LGSS incluido en el artículo 4 del Anteproyecto), un cambio que está previsto llevar a cabo de modo paulatino, entre 2013 y 2022. Sin entrar en un análisis en perspectiva general, que sería mucho más crítico, esta reforma puede paliar las graves injusticias padecidas por trabajadores de edad despedidos en edades tempranas y que ven drásticamente reducida su base reguladora de jubilación al verse obligados a cobrar durante años el subsidio de prejubilación, provisto de una modesta cotización a la Seguridad Social (art. 218 LGSS)²⁸, aunque no ha de perderse de vista que la reforma viene acompañada también de un régimen más severo en materia de integración de lagunas de cotización; en

de 63 años el acuerdo parecería establecer que el porcentaje de descuento sobre la cuantía de la pensión sería del 33 por 100, no disminuyendo conforme la edad de acceso a la pensión se acercase a la legal. De este modo, parecería que se pretendía disuadir de incluir entre los despedidos por crisis a trabajadores muy cercanos a la edad de jubilación.

²⁷ Es verdad que, por poner un ejemplo, en 2027 los trabajadores que se jubilen anticipadamente por crisis de empresa pueden “beneficiarse” de descuentos inferiores si acreditan haber cotizado durante 38 años y 6 meses. Ahora bien, de mantenerse la tendencia actual, no va a haber muchos trabajadores que a los 65 años o en meses posteriores puedan acreditar la friolera cifra de 38 años y seis meses de cotización.

²⁸ Recuérdese que la Ley prevé para estos casos una cotización que utilizará una base equivalente al 125 por 100 de la base mínima de cotización.

concreto, los recortes afectan matizadamente a las lagunas que se detecten más allá de los 24 meses inmediatamente anteriores a la jubilación del trabajador²⁹.

Con alcance más particular el Anteproyecto muestra su sensibilidad con los trabajadores afectados por crisis de empresa ya que prevé mecanismos dirigidos a favorecer una aplicación “anticipada o no transitoria” de la Ley cuando ello pueda favorecerles. De este modo, entre 2013 y 2016 si estos trabajadores cumplen con el requisito de haber percibido prestaciones o subsidios por desempleo durante al menos 3 años completos dentro del periodo de cálculo, podrán utilizar 20 años de bases de cotización en el periodo de cálculo de su base reguladora siempre que ello resulte más favorable. Asimismo, entre 2017 y 2021, los trabajadores despedidos en un contexto de crisis de empresa tendrán derecho a utilizar, en el periodo de cálculo de su base reguladora, 25 años de bases de cotización, siempre que ello resulte más favorable. Para ello, deberán también acreditar que han percibido en dicho periodo un total de 3 años completos de prestaciones o subsidios de desempleo. No está de más matizar que el sistema de Seguridad Social pretende cobrarse este régimen más favorable obligando por lo general al trabajador a pagar este “privilegio” cobrando, al menos durante un año, las magras cuantías del subsidio asistencial de desempleo.

4.3. Mecanismos de protección de las carreras de cotización de trabajadores despedidos en situaciones de crisis de empresas y el sorprendente inmovilismo del Anteproyecto de reforma.

Como es sabido, fruto de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, nuestro ordenamiento jurídico prevé (art. 51.15 TRLET) que las empresas que incluyan entre los afectados por despidos colectivos a trabajadores de 55 o más años, la obligación³⁰ de constituir convenios especiales de Seguridad Social que eviten los efectos negativos que el periodo de tránsito hacia la jubilación –anticipada o no—va a tener en su carrera de cotización. Todo ello tiene una notable importancia teniendo en cuenta que tras la finalización de las prestaciones por desempleo, el magro régimen de cotización por jubilación previsto para los perceptores de

²⁹ A este respecto, el Anteproyecto prevé (“futuro” artículo 161.1.2 LGSS) que del mes vigésimo quinto en adelante, las lagunas se cubrirán solo con el 50 por 100 de la base correspondiente al salario mínimo interprofesional. Ahora bien, en tal caso, los trabajadores que hayan cotizado con bases superiores a la mínima dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al periodo de cálculo de la base reguladora de la pensión, podrían integrar de modo más generoso las lagunas de cotización.

³⁰ Deber que constituye una auténtica excepción en el ámbito de los Convenios Especiales de Seguridad Social, que tienen en su voluntariedad un rasgo definidor: LÓPEZ GANDIA, J.: *La nueva regulación del convenio especial de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 9. Por lo tanto, difícilmente podemos asimilar este subtipo de convenio especial al contrato de seguro, asimilación que ha sido defendida por algunos autores. En este sentido, *vid* las páginas 79 y 80 de la obra mencionada.

los subsidios de prejubilación (art. 218 LGSS), puede generar claros perjuicios en sus carreras de cotización³¹, sobre todo en el caso de trabajadores de retribución alta o media³². Más allá de las previsiones básicas del art. 51.15 TRLET, la LGSS detalla este mandato en su disposición adicional 31ª estableciendo una serie de límites y condiciones que a su vez son objeto de desarrollo mediante el artículo 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

El régimen de este convenio especial es claramente criticable porque en su diseño parece haberse pensado prioritariamente en el interés empresarial descuidándose en parte el de los trabajadores despedidos, habiéndose obviado también los legítimos intereses del sistema de Seguridad Social. En este sentido, el planteamiento del convenio especial es llamativo en tanto en cuanto las obligaciones de cotización del sistema de protección por desempleo se mantienen prácticamente intactas (arts. 214 y 218 LGSS), lo que significa que la empresa sólo se verá obligada a cotizar a partir del “suelo” de las obligaciones del Servicio Público Estatal de Empleo³³. Asimismo, llama la atención que el único despido que genera la obligación de convenio de Seguridad Social es el colectivo³⁴, ignorándose totalmente la figura del despido objetivo por causas económicas. En fin, otro elemento sin duda muy criticable radica en que el convenio se va a extender hasta que el trabajador acceda a la jubilación, anticipada o no, si bien la normativa establece que la obligación empresarial de hacerse cargo del convenio finalizará cuando el trabajador alcance la edad de 61 años, de modo que éste último deberá hacerse cargo de unos costes que en muchos casos no va a poder asumir³⁵, circunstancia que puede llevar a una extinción forzada del convenio especial, por impago de cotizaciones o bien obligar al trabajador a jubilarse a la edad de 61 años, precisamente, por no poder asumir los costes del convenio.

³¹ Como señala LÓPEZ GANDIA, J.: *La nueva regulación...*, ob. cit. pág. 27, este régimen de cotización obliga “a un trabajador que percibe un subsidio que puede no llegar al SMI y que sufre graves dificultades para volver a encontrar empleo, a que financie un convenio especial si no quiere verse condenado a acceder en su día a una pensión de Jubilación muy baja, salvo que se traslade al empresario el coste en expediente de regulación de empleo o acuerdos colectivos”.

³² Como se ha apuntado anteriormente, el Servicio Público de Empleo Estatal cotizará por una base equivalente al 125 por 100 de la base mínima de cotización.

³³ A título de ejemplo, ello significa que de la base de cotización por la que deberá cotizar la empresa, deberá restarse la base de cotización por la que deberá cotizar el Servicio Público de Empleo Estatal; es decir, de la correspondiente a un 125 por 100 del salario mínimo interprofesional de conformidad con lo previsto en el artículo 214 LGSS.

³⁴ Del cual, por cierto, se excluyen los despidos colectivos causados en el ámbito de procedimientos concursales.

³⁵ Nótese que la disposición adicional trigésimo primera de la LGSS establece de modo taxativo que el convenio se extenderá hasta que el trabajador alcance los 65 años, salvo que el trabajador, pudiéndolo hacer, anticipe su edad de jubilación. Ahora bien, de acuerdo con TORTUERO PLAZA, J.L.: *Jubilación forzada versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial*, Madrid, Civitas, 2002, pág. 99, difícilmente el trabajador va a poder asumir el pago de las cotizaciones más allá de la extinción de la responsabilidad empresarial

El Anteproyecto pretendería incidir en este terreno de dos modos diferentes. De un lado, como ya se ha señalado en el apartado precedente, el texto de la reforma ha previsto prolongar los periodos que se tendrán en cuenta a los efectos de calcular la base reguladora de la prestación, circunstancia que en principio va a favorecer a los trabajadores de edad afectados por despidos económicos, lo que además se ha potenciado mediante disposiciones transitorias.

Ahora bien, lo anterior no alcanza a compensar a mi juicio el deficiente planteamiento de reforma del convenio especial obligatorio reflejado en la disposición adicional sexta del Anteproyecto. Así el documento modifica ligeramente la disposición adicional 31ª LGSS pero no introduce reforma alguna en el artículo 51.15 TRLET de modo que se mantiene una lógica excesivamente escorada hacia los intereses empresariales. Al respecto, llama poderosamente la atención que el Anteproyecto siga sin contemplar a los despidos objetivos como susceptibles de generar convenios obligatorios de Seguridad Social, máxime si se tiene en cuenta que la noción de despido objetivo integra junto con el despido colectivo la nueva noción de despido por crisis de empresa, clave en el acceso a la jubilación a los 61 años. La única salvedad a esta visión crítica viene del hecho de que la edad hasta la que se extenderá la obligación del convenio a cargo de la empresa se retrasa hasta los 63 años, lo que al menos durante los primeros años de vigencia de la reforma tendrá un cierto interés, considerando que la jubilación seguirá estando muy cerca de los 65 años. Ahora bien, puestos a desconfiar del legislador o a ser pesimistas, cabría augurar que el legislador tiene previsto modificar el TRLET (art. 51.15) a fin y efecto de que la obligación de convenio especial se establezca siempre que el trabajador despedido tenga una edad no inferior a los 57 años. Ciertamente, nada se señala expresamente en el Anteproyecto, si bien tal planteamiento tendría su lógica si consideramos que el desplazamiento de la edad tope de pago empresarial del convenio –desde los 61 hasta los 63 años—podría llevar aparejado el deslizamiento de la edad mínima de los trabajadores despedidos para generar la obligación de constitución del convenio especial.

5. Las prejubilaciones sin causa extintiva económica. Breve apunte y una reflexión sobre la reforma en trámite.

5.1. Régimen actual.

Un capítulo adicional de gran interés en materia de anticipación de la edad de jubilación viene representado por el posible acceso a la jubilación en caso de pacto individual o colectivo de prejubilación, supuesto que hasta la fecha cuenta con una regulación específica en nuestro ordenamiento. El planteamiento de la futura reforma,

orientado hacia un sistema voluntario de anticipación de la jubilación, de alcance general, puede comportar interesantes modificaciones en este terreno.

El régimen vigente considera extinciones voluntarias los supuestos de acogimiento del trabajador a ofertas de prejubilación ajenas a un despido colectivo o a una extinción por iniciativa empresarial, si bien tal circunstancia no impedirá el acceso anticipado a la jubilación bajo algunas condiciones. De este modo, el artículo 161.2 LGSS prevé que se podrá acceder a la jubilación anticipada a los 61 años, a pesar de que la extinción del contrato de trabajo se haya realizado fuera de un contexto de crisis y derive “de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación”. Para ello, la Ley exime al trabajador de la necesidad de que la extinción del contrato sea ajena a su voluntad, así como de su permanencia como inscrito ante los Servicios Públicos de Empleo durante un periodo mínimo de seis meses.

Ahora bien, en la regulación vigente se prevén algunos mecanismos orientados a evitar que la jubilación anticipada cargue todas sus consecuencias sobre el sistema de Seguridad Social, de modo que las empresas que efectúen prejubilaciones pactadas deberán asumir costes substitutivos del desempleo contributivo y de la cotización vinculada al periodo en que hubiese correspondido percibir la prestación³⁶, lo que comporta una más que razonable descarga de responsabilidades del sistema, teniendo en cuenta que esos costes pueden constituir, según los casos, en torno al 15 por 100 del proceso³⁷. Además, ante la ausencia de situación legal de desempleo el trabajador tampoco podrá acceder al subsidio de mayores de 52 años, lo que comporta eliminar una carga adicional para el sistema de Seguridad Social.

De este modo, el régimen de acceso a la jubilación anticipada en el contexto de prejubilaciones ajenas a crisis de empresa combina dos ingredientes. De un lado, no plantea obstáculos en el acceso a la pensión, como reconocimiento al esfuerzo contributivo del trabajador, que deberá acreditar 30 años de cotización. Ahora bien, por otro lado y en

³⁶ Obsérvese que el artículo 161 bis de la LGSS exige, como requisito de acceso de estas personas a la jubilación a partir de los 61 años, que las empresas:

- a) abonen “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”. Por lo tanto, en coherencia con el hecho de que el trabajador no va a tener derecho a las prestaciones por desempleo, es la empresa la que deberá asumir ese coste durante el periodo que hubiese correspondido, de haber mediado un supuesto real de situación legal de desempleo.
- b) Asimismo, las empresas que impulsen planes de prejubilación deberán pagar al trabajador, la cuota que hubiera abonado, o en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial de Seguridad Social. Por lo tanto, también la empresa se va a ver obligada a aportar las cotizaciones que en otro caso habrían correspondido al Servicio Público de Empleo Estatal.

³⁷ Según noticia publicada en el Diario Expansión de 23 de febrero pasado referida al ámbito de Banca Madrid, la utilización de un ERE “permitirá que los trabajadores afectados cobren la prestación por desempleo durante los dos primeros años de la prejubilación. Así, el Estado asumirá el 15 % del coste del proceso de reducción de plantilla del banco”.

compensación a lo anterior, se pretende que el empresario no abuse del sistema de protección por desempleo, de modo que una parte de la responsabilidad será asumida por la empresa que haya tomado la iniciativa de prejubilarse³⁸.

Y es que un número apreciable de planes de prejubilación³⁹ no son supuestos que deriven directamente de la crisis económica, sino que forman parte, *grosso modo*, de la gestión ordinaria de los recursos humanos de determinadas empresas, entre otras, del ámbito de los servicios financieros y las telecomunicaciones⁴⁰. Por ello, cuando la prejubilación sea planteada de un modo transparente y directo y no obedezca a una situación de crisis de empresa, el sistema de la Seguridad Social no debería asumir carga alguna, lo que evidentemente incluye las prestaciones por desempleo pero también el no acceso al subsidio asistencial de desempleo.

5.2. Incidencia de la reforma sobre las prejubilaciones programadas.

El Anteproyecto opera tácitamente sobre las prejubilaciones ajenas a crisis de empresa de un modo diverso, aunque en el documento no aparezca una política expresamente orientada a combatir esta práctica empresarial. No obstante, algunos elementos de la reforma pueden contribuir a la desactivación parcial de las prejubilaciones programadas.

Un primer elemento clave está en la necesidad de que acaezca una crisis de empresa para poder justificar una jubilación a los 61 años, lo que tiene una rotunda incidencia sobre las prejubilaciones pactadas más allá de circunstancias empresariales negativas: en tales casos, el acceso a la jubilación se pospone hasta los 63 años. Ahora bien, ni que decir tiene que este estado de cosas va a exigir un celo especial a la hora de verificar que concurren las circunstancias de crisis que permitan acceder a la jubilación a partir de los 61 años. En este sentido, las diferencias entre ambos regímenes me llevan a pensar que en las empresas o sectores en que la práctica de prejubilaciones programadas es habitual, se explotará hasta el extremo cualquier circunstancia a fin de utilizar el

³⁸ CABEZA PEREIRO, J.: "Algunas consideraciones sobre la prejubilación...", ob. cit., págs. 296 y 297, subrayaba ya antes de la reforma de la Ley 40/2007 cómo el sistema de prejubilaciones programadas con despido aprobado en ERE constituye un abuso sobre la protección por desempleo.

³⁹ Obsérvese que las "prejubilaciones" pactadas individual y colectivamente acaban generando un perjuicio o si se quiere, un no beneficio sobre las arcas del sistema de Seguridad Social, si tenemos en cuenta que los trabajadores cesan anticipadamente en su actividad y, por ende, dejan de realizar aportaciones al sistema y se convierten en pasivos.

⁴⁰ Como señala MONERÉO PÉREZ, J.L.: "EREs, prolongación de la vida activa...", ob. cit., pág. 186, "Uno de los problemas fundamentales de la prejubilación es que se ha pretendido normalizarla al servicio exclusivo de las estrategias de ajuste y reestructuración permanente de las empresas, más allá de las situaciones de crisis extraordinarias y del hecho, paradójico, de que la empresa pueda disponer de cuantiosos recursos económicos para la financiación de las prejubilaciones".

expediente de la anticipación por crisis. Sirvan a estos efectos las reflexiones ya realizadas en apartados anteriores.

Asimismo, con carácter general debe advertirse que el planteamiento del Anteproyecto unifica en un solo régimen las jubilaciones anticipadas auténticamente voluntarias y las jubilaciones anticipadas fruto de la presión empresarial en forma de plan de prejubilación, lo que sin duda simplifica las cosas pero no parece de recibo desde un punto de vista de resultados. En este sentido, la valoración del futuro régimen de jubilación voluntaria que se plantea en este estudio es ambivalente ya que, de un lado, recoge aceptablemente el derecho a anticipar la edad de jubilación, pero al mismo tiempo debería haber introducido mayores cautelas para evitar una utilización abusiva de la misma por parte de las empresas.

Por lo tanto, más allá de las situaciones de crisis de empresa, el Anteproyecto (art. 5) recoge (“futuro” artículo 161 bis LGS) la jubilación “voluntaria”, para la cual se exigen dos requisitos básicos: la edad mínima de 63 años y un requisito común a la anticipación por crisis; a saber, la acreditación de un periodo de cotización no inferior a los 33 años. Ciertamente, elevar la edad de acceso a la jubilación anticipada no causal a los 63 años puede propiciar que las prejubilaciones programadas ajenas a crisis de empresa no se planteen a edades muy tempranas, ya que el aumento de dos años en la espera encarecería las aportaciones empresariales de acompañamiento de los trabajadores prejubilados. Asimismo, la fijación de un periodo de cotización cualificado idéntico al de la jubilación por crisis se me antoja aceptable, teniendo en cuenta que esta regulación pretende también facilitar el acceso a una jubilación anticipada voluntaria, para la cual la exigencia de más de 33 años de cotización –que en justa proporción podría ser razonable⁴¹— dificultaría hasta el extremo el acceso al nuevo beneficio.

El Anteproyecto nos aporta un novedoso requisito como es el de que el importe de la pensión anticipada “ha de resultar superior al 125 por 100 de la cuantía de la pensión mínima que hubiere correspondido al interesado por su situación familiar y edad”. El planteamiento del Anteproyecto introduce un mecanismo de interés a fin de evitar que el derecho a jubilarse anticipadamente de modo voluntario genere desequilibrios en el sistema. Ahora bien, la exigencia se me antoja excesiva planteada con carácter general ya que habría sido más equilibrado y razonable el requisito de que tras el cálculo, la pensión alcance al menos la cuantía de la pensión mínima. Ahora bien, si lo que se pretende es poner freno a las prejubilaciones programadas, la medida me parece más razonable ya que obligará a que las empresas asuman mayores obligaciones en materia de convenios especiales de Seguridad Social. En todo caso, el planteamiento del Anteproyecto me parece

⁴¹ Piénsese que en términos de estricta proporcionalidad, si se exigen 33 años para jubilarse a los 61, podría parecer lógico exigir 35 años para jubilarse a los 63.

más aceptable que la draconiana propuesta del Acuerdo Económico y Social, consistente en la exclusión de los trabajadores jubilados anticipadamente del derecho a complementos a mínimos, posibilidad que a mi juicio vulneraba el principio constitucional de suficiencia, (art. 41 CE), sobre todo teniendo en cuenta que en la actualidad el régimen legal de pensión mínima es de alcance generalizado para las pensiones contributivas (art. 50 LGSS). En todo caso, se ha de recordar que podría suceder que trabajadores en realidad despedidos por una situación de crisis *de facto* no puedan acceder a la jubilación anticipada voluntaria cuando la extinción del contrato de trabajo no se haya llevado a cabo mediante alguna de las formas anteriormente señaladas.

En lo que concierne a las consecuencias de la anticipación voluntaria de la pensión de jubilación es llamativo cómo el descuento por cada trimestre o fracción anticipada de trimestre – 1'875 por 100-- se prevé en el mismo porcentaje que para la jubilación anticipada por crisis. Dicho en otras palabras, llama la atención que se penalice igual a quien pierde su empleo de modo involuntario que a quien accede de modo voluntario a la jubilación anticipada. Y llama más la atención esta lógica si tenemos en cuenta que el espacio temporal entre la jubilación anticipada y la edad legal de jubilación es potencialmente mucho mayor en la anticipación de la jubilación por crisis que en la anticipación voluntaria. De este modo, parecería que se pretende presionar a los trabajadores víctima de despidos por crisis a fin de que retrasen al máximo el acceso a la jubilación, siempre y cuando, por añadidura, acrediten el requisito de los 33 años de cotización.

Por lo demás, la reforma y la generalización del carácter voluntario de la jubilación anticipada puede comportar un efecto que considero claramente negativo desde el punto de vista de la disuasión de las prejubilaciones programadas extra-crisis. En este sentido, la fijación generalizada –si bien condicionada a una prolongada carrera de cotización—de la jubilación anticipada “voluntaria” a partir de los 63 años comporta la desaparición de la obligación empresarial de satisfacer al trabajador la cuantía que éste habría percibido en concepto de prestación por desempleo, así como la cotización correspondiente a dicho periodo (art. 161 bis LGSS vigente). Ya he comentado la significación de dicha medida y su interés, de modo que su desaparición es un elemento que debe valorarse negativamente. En este sentido, entiendo que la generalización de una jubilación anticipada voluntaria pueda dar lugar a que las prejubilaciones se diluyan en el nuevo marco, pero no hay que olvidar que estas operaciones acaban comportando una clara carga para el sistema de Seguridad Social. Por todo lo señalado entiendo que no habría estado de más la fijación de controles sobre empresas de una cierta dimensión, a fin y efecto de detectar y evitar flujos importantes –aunque disimulados mediante goteo-- de trabajadores desde la actividad a la jubilación “voluntaria” mediando un despido disciplinario improcedente. No con el ánimo de prohibirlos en un sentido estricto, pero sí para establecer obligaciones adicionales –en forma

de prestaciones por desempleo o cotizaciones—que descarguen a nuestro maltrecho sistema de Seguridad Social.