

ANTICIPACIÓN DE LA JUBILACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESA. UN COMENTARIO CRÍTICO A PARTIR DEL ANTEPROYECTO* DE REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Barcelona*

Extracto:

EL artículo aborda la cuestión del tratamiento de la anticipación de la jubilación y la reestructuración de empresa, teniendo en cuenta el telón de fondo de la reforma de la jubilación actualmente en marcha en España. De este modo, se lleva a cabo una comparación entre el régimen vigente y el contenido de reforma previsto, con un doble sistema de anticipación de la jubilación: la anticipación por crisis y la anticipación de la jubilación voluntaria, dentro de la cual podrían incardinarse los procesos mediante acuerdo de prejubilación, más allá de la situación de crisis de empresa.

El artículo resalta los aspectos más importantes de la futura jubilación por crisis de empresa, destacando en especial el análisis de las causas de extinción del contrato de trabajo que permiten el derecho a esta jubilación a partir de los 61 años, así como las consecuencias sobre la cuantía de la pensión. Seguidamente, el artículo describe las principales características del nuevo sistema de jubilación voluntaria a partir de los 63 años, los requisitos y las consecuencias sobre la cuantía de la pensión, así como el encaje de las prejubilaciones privadas en la futura regulación de la jubilación voluntaria.

Palabras clave: jubilación anticipada, reestructuración de empresas y trabajadores de edad.

* En el momento de cierre del artículo, el Consejo de Ministros había aprobado ya el Proyecto de Ley sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social (reunión de 25 de marzo), pero no ha sido posible consultar el texto completo del mismo. No obstante, de la información aparecida en la página web del Ministerio de Trabajo e Inmigración se constatan escasos cambios entre el Proyecto y el Anteproyecto. Por esta razón, con carácter general, el contenido que el artículo atribuye al Anteproyecto de ley es también atribuible al Proyecto de ley, en el bien entendido que cuando se ha detectado algún cambio, se ha señalado oportunamente en el texto de este artículo. La información «provisional» obtenida proviene de las siguientes fuentes: a) noticia publicada el 25 de marzo de 2011 en la página www.mtin.es. «El gobierno aprueba el proyecto de ley de reforma del sistema de pensiones», así como b) un resumen del proyecto, publicado en diapositivas en la misma noticia, bajo título más bien pretencioso: «Una reforma para la garantía y mejora de las pensiones en España».

** El presente artículo corresponde, tras la oportuna actualización y ampliación, a la comunicación presentada a la ponencia «La reforma de la pensión de jubilación» defendida por el profesor Manuel Ramón ALARCÓN CARACUEL, en las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social (Lleida 10 y 11 de marzo de 2011). El texto se ha elaborado en el 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.

ENTERPRISE REORGANIZATION AND ADVANCED RETIREMENT. A CRITICAL COMMENTARY FROM THE COMING REFORM OF RETIREMENT

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Universidad Autónoma de Barcelona*

Abstract:

THIS paper deals with the advanced retirement regulation related to company reorganization, keeping in mind the background of the ongoing reform of retirement pension in Spain. Thus, the paper compares the current system of retirement to the one of the projected reform; namely, the article is focused on the two advanced retirement systems included in the project of reform: the one related with company crisis and the one so-called voluntary system, through which companies could manage the departure of employees over 50, beyond a crisis context. This way, the paper underlines the main points of the coming regulation of retirement in case of company crisis (from 61), as well as the need of some specific employment termination, or the consequences on the final amount of pensions. Besides, the article tackles the most important features of the new system of voluntary advanced retirement (from 63): for instance, the main conditions to be fulfilled, and its role as a framework to encourage the departure of elder employees.

Keywords: advanced retirement, enterprise reorganization and elder employees.

Sumario

1. Propósito general del estudio.
2. 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 los 61 años y la necesidad de causa extintiva ajena a la voluntad del trabajador.
 - 3.2. La anticipación de la jubilación por crisis de empresa.
4. Efectos de la jubilación anticipada causal en perspectiva comparada.
 - 4.1. Supuestos de posible acceso a la pensión a los 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 empresa 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 estrictamente privadas.
6. Conclusiones.

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 empresas,¹ considerando que el sistema se decanta por el acompañamiento preferente de los trabajadores de edad² por dos razones notorias y 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 2010³ –antesala de la reforma de la Seguridad Social– haya proclamado un «secreto a voces»; a saber, «que la jubilación anticipada se ha convertido, básicamente

¹ Todo ello sin perjuicio de que aparentemente, la Ley 35/2002, que implantó el vigente sistema de anticipación de la edad de jubilación planteara 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 (...).

² 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 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, 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».

³ Ejemplar fotocopiado, apartado 12, pág. 56.

camente, en una fórmula de regulación de empleo», circunstancia que «A juicio de la Comisión (...) debe modificarse».⁴

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 programada⁵ –entendida como aquella en la que el trabajador es objeto de acompañamiento mediante mecanismos empresariales 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 empresarial,⁶ sobre todo cuando la prejubilación se diseña única y exclusivamente a cargo de la empresa.⁷ Otra cosa es que puedan subsistir prejubilaciones programadas de «intensidad menor» y carácter mixto –es decir, con el aprovechamiento de, al menos, el nivel contributivo de protección por desempleo–, que conviven con las no programadas.

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 algunos datos del Proyecto,⁹ y con el texto del Acuerdo Social y Económico que le precedió y que en buena parte recogía los acuerdos en materia de reforma de la pensión de jubila-

⁴ CABEZA PEREIRO, J.: «Algunas consideraciones sobre la prejubilación a la vista de la doctrina reciente», en LÓPEZ CUMBRE, L. (coordinadora): *Tratado de jubilación: homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Madrid: Iustel, 2007, págs. 1.287 y 1.288, 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».

⁵ Tomamos esta diferenciación conceptual de LÓPEZ 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». Complementa la definición anterior GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La funcionalidad de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial», *Temas Laborales*, núm. 45 (XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales), págs. 72 a 73, en las que define como prejubilación mixta aquel proceso en el que se combina una base de protección social pública con aportaciones adicionales del empresario, lo que las distinguiría de otra suerte de prejubilación programada, estrictamente privada, que estaría financiada al completo por aportaciones empresariales.

⁶ Señala CABEZA PEREIRO, J.: «Algunas consideraciones sobre la prejubilación...», *op. cit.*, pág. 1.287, 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».

⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La funcionalidad de los instrumentos de protección social...», *op. cit.*, pág. 73, advierte que «estas prejubilaciones privadas son muy infrecuentes debido al alto coste que suponen para la empresa y la complejidad de articular todo ese conjunto de compromisos con garantías para los trabajadores afectados».

⁸ Ejemplar fotocopiado, enero de 2011, sin fecha.

⁹ *Vid. (*)* de la portada.

ción.¹⁰ 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 meramente introductorio he considerado conveniente resaltar algunos de los aspectos más llamativos del Anteproyecto, en los que a la luz de su exposición de motivos se perseguiría mantener la estabilidad financiera del sistema de Seguridad Social. En este sentido el texto sigue muy de cerca las prioridades para la modernización europea de la política de pensiones, expresadas en el denominado *Libro Verde de las Pensiones* de la Comisión Europea,¹¹ que se centrarían en una –presuntamente– equilibrada combinación entre la adecuación o suficiencia de las pensiones y su sostenibilidad. Para ello, la Comisión propone como eje central de las reformas el logro de un «equilibrio sostenible entre el tiempo de trabajo y el tiempo de jubilación»,¹² planteamiento que inspira de modo evidente el Anteproyecto español de reforma, texto que subraya en su exposición de motivos dos circunstancias centrales para justificar la reforma: de un lado, el aumento progresivo experimentado en la tasa de dependencia; es decir, el número creciente de pensionistas en proporción al de activos; del otro, se señala el desequilibrio actuarial generado por una más tardía incorporación de los trabajadores y por una salida cada vez más anticipada del mercado de trabajo, lo que genera que el «esfuerzo contributivo de los trabajadores activos durante su vida laboral no guarda, actualmente, la relación adecuada con las prestaciones reconocidas a los pensionistas». En lo concerniente a la salida anticipada, el Anteproyecto no elude referirse a la utilización «no siempre adecuada» de las distintas fórmulas de jubilación anticipada, si bien las afirmaciones vertidas en la exposición de motivos no muestran una particular beligerancia al respecto.¹³

A partir de aquí, el Anteproyecto efectúa reformas en diversos frentes, de modo que algunas de las propuestas van en la línea de reducir el número de pensionistas y aumentar el de activos, destacando en este punto el elemento más emblemático del texto, que no es otro que el retraso de la edad pensionable a los 67 años, si bien manteniendo la edad de 65 cuando se acredite un elevado volumen de trimestres cotizados.¹⁴ Igualmente, dentro de este bloque destacaría el tratamiento de la anticipación de la edad de jubilación, un ámbito en el que se detecta el interés de incidir de manera sensible en la mayor permanencia de los trabajadores de edad en el mercado de trabajo, y al que nos referiremos ampliamente en las páginas posteriores.

¹⁰ El Acuerdo Social y Económico de enero de 2011 ha sido suscrito por las centrales sindicales CC.OO. y UGT, así como por las organizaciones patronales CEOE y CEPYME 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 Pensiones).

¹¹ Comisión Europea: *Libro Verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*, Bruselas, 7.7.2010, COM (2010)365 final.

¹² El *Libro Verde*, *op. cit.*, pág. 10, argumenta que «El fuerte aumento de las tasas de dependencia de las personas mayores podría evitarse en gran medida si la gente trabajara durante más tiempo (...). De lo contrario, sería inevitable una dolorosa combinación de prestaciones más bajas y cotizaciones más altas».

¹³ En su apartado II, la exposición de motivos del Anteproyecto recuerda que «Por otro lado, la participación de las personas mayores de 50 años en el mercado laboral ha ido descendiendo a causa del uso no siempre adecuado de las posibilidades que ofrecían las distintas fórmulas de jubilación anticipada».

¹⁴ De acuerdo con el redactado del futuro artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social 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».

Un segundo espacio de la reforma estaría representado por las propuestas dirigidas preferentemente al logro de un mayor «equilibrio actuarial» del sistema, lo que se traducirá en una reducción de la cuantía de las pensiones, circunstancia que el Anteproyecto no parece esconder. Entre estas medidas destaca en primer lugar la reforma en la determinación 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,¹⁵ a lo que se añaden algunas restricciones en materia de integración de lagunas de cotización. En fin, cabe señalar que el Anteproyecto propone variaciones significativas en la escala de porcentajes del artículo 163 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)¹⁶ y en el régimen de complementos a mínimos, en el que con carácter general se introduce una rígida limitación cuantitativa, de aplicación a las pensiones causadas a partir de 2013, consistente en que los complementos «en ningún caso podrán superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva», lo que refleja una ambiciosa búsqueda de un mayor equilibrio actuarial, que lleva a aproximar el nivel contributivo al nivel no contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social. Como se verá, los complementos a mínimos también tienen un papel en el nuevo régimen de anticipación de jubilación voluntaria.

Por lo demás, el Anteproyecto no contiene modificaciones en materia de carencia, tenuemente endurecida mediante la Ley 40/2007, de 4 de diciembre,¹⁷ si bien sí se proponen, como veremos, modificaciones en la exigencia de periodos de cotización necesarios para acceder a la jubilación anticipada que pasan de 30 a 33 años efectivos de cotización.

En todo caso, se ha de destacar la fuerte carga de transitoriedad 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. En concreto, 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.

¹⁵ Evidentemente, esta reforma no va a ser siempre perjudicial y en el caso de los trabajadores de edad afectados por crisis de empresa puede ser beneficiosa, como se tendrá ocasión de señalar. No obstante, la lógica de «corrección actuarial» mencionada en la exposición de motivos permite prever que en general la medida se va a traducir en una rebaja en la cuantía de la pensión de jubilación.

¹⁶ El Anteproyecto mantiene un valor del 50 por 100 de la base reguladora de la pensión para los primeros años de cotización. Ahora bien, a partir de este punto, rompe la lógica del vigente artículo 163 de la LGSS de atribuir un mayor valor a los siguientes 10 años (30% en total) que a los últimos 10 (20% del total). El Anteproyecto parte del 50 por 100 de los primeros 15 años pero prevé que «A partir del año decimosexto por cada mes adicional de cotización, comprendidos entre los meses 1 y 248, el 0,19 por 100 (2,28 por año y antes 3%), y los que rebasen el mes 248, el 0,18 por 100 (2,16 por año, y antes 2%) sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por 100, (...)». Alcanzar el 100 por 100 va a suponer una cotización de 37 años, en contrapartida a los 35 años de cotización que actualmente son necesarios para alcanzarlo. La pretensión es que a partir de los 15 años de base, prácticamente todos los años valgan lo mismo, de modo que ciertamente, no se penalizará a los solicitantes con mayores periodos de cotización acreditados si bien, en general, las cuantías de los solicitantes con menos carencia verán reducidas las cuantías de sus pensiones. Al respecto, el Anteproyecto es fiel al planteamiento del Acuerdo Social y Económico, *cit.*, pág. 10, de que a partir del año decimosexto la estructura de la escala sería «totalmente regular y proporcional». No lo es totalmente, pero casi.

¹⁷ Recuérdese que la reforma de 2007 [art. 161.1 b) LGSS] exige que los 15 años de cotización sean reales, de modo que no cabe ya –salvo con carácter transitorio– aprovechar los días cuota para acreditar el periodo mínimo de cotización. En todo caso, cabe felicitar por el mantenimiento de una carencia comparativamente modesta ya que en un contexto de recortes en materia de jubilación no habría sido sorprendente algún retroceso en este ámbito.

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, el motivo que justifica el acceso a la jubilación anticipada causal 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 prejubilación,¹⁸ 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 el 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.

En todo caso, se ha de advertir que la introducción de una jubilación anticipada no causal comporta en realidad una opción que va mucho más allá de su utilización en los procesos privados de prejubilación. Sin duda, de salir adelante, esta opción implicaría reactivar, al menos en parte, la lógica del otro sistema de anticipación de jubilación en vías de extinción por falta de sujetos con la capacidad de acogerse: el previsto en la disposición transitoria tercera de la LGSS, según el cual los trabajadores que acrediten la condición de mutualista en fecha 1 de enero de 1967, podrán jubilarse a partir de los 60 años, sin estar obligados a acreditar una causa extintiva ajena a su voluntad, y a los que les será de aplicación el coeficiente reductor previsto en la mencionada disposición transitoria.¹⁹ Probablemente, con este nuevo planteamiento se pretenden compensar los recortes en el sistema de pensiones con un sistema voluntario y abierto –aunque como veremos,

¹⁸ 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.

¹⁹ Como es sabido, el coeficiente aplicable es del 8 por 100 por cada año o fracción de año de anticipación. Ahora bien, cuando se acredite una cotización de 30 años y una extinción contractual ajena a la voluntad del solicitante, cabría aplicar porcentajes menos gravosos, dependientes de la carrera del cotizante y previstos en el artículo 161 de la LGSS (*vid.* más adelante en texto principal, epígrafe 4.1).

no tanto– de anticipación que de modo condicionado aliviará el desplazamiento de la edad pensionable a los 67 años.²⁰

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), epígrafe en el que nos detendremos brevemente en el régimen jurídico de los convenios especiales obligatorios del artículo 51.15 de la LGSS (4.3). A continuación, el artículo se cierra con una aproximación a la jubilación anticipada no causal, comparando el esquema vigente con el planteamiento expresado en el Anteproyecto (5). Como es natural, el hilo del artículo no es otro que la incidencia de este conjunto de reformas en la reestructuración de empresa mediante el aprovechamiento, en ocasiones forzado, del sistema de Seguridad Social.

3. REQUISITOS EXIGIDOS PARA ACCEDER A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA DE CARÁCTER CAUSAL

3.1. Régimen vigente. La anticipación de la jubilación a los 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 años,²¹ para lo cual la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, introduce el cómputo del servicio militar o de la prestación social sustitutoria 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 aquel 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, y más propio de

²⁰ A este respecto, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La funcionalidad de los instrumentos de protección social...», *op. cit.*, pág. 58, menciona el apoyo «que también encuentra eco en los propios trabajadores los cuales se manifiestan igualmente favorables al abandono definitivo y anticipado de la actividad laboral».

²¹ Téngase en cuenta que la ley está exigiendo 30 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 sustitutoria.

la protección por desempleo que de la jubilación.²² A estos efectos, el artículo 161 bis 2 d) de la LGSS establece una interpretación auténtica de qué cabrá entender por extinción ajena a la voluntad del trabajador:²³ «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 Tribunal Supremo optó por la interpretación favorable a la consideración de las extinciones como involuntarias,²⁴ 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 de la 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 de la LGSS.²⁵

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 abusiva,²⁶ cuestión a la que me referiré en el siguiente epígrafe. 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 ocultado ofertas empresariales de prejubilación sin causa extintiva alguna,²⁷

²² GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La funcionalidad de los instrumentos de protección social...», *op. cit.*, pág. 61, subraya que el sistema vigente de anticipación a los 61 años pretendería evitar «que la jubilación anticipada se convierta en una alternativa a un trabajo que se está desempeñando de forma regular».

²³ 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».

²⁴ Como ha señalado MONEREO PÉREZ, J.L.: «EREs, prolongación de la vida activa...», *op. cit.*, pág. 187, en estos casos, «Estáramos ante un contrato de adhesión estricto, donde el elemento de la voluntariedad (libertad) queda prácticamente desvirtuado desde un mínimo normativismo realista». Por su parte, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La funcionalidad de los instrumentos de protección social...», *op. cit.*, pág. 79, aporta reflexiones de interés al debate al recordar que la voluntad del trabajador «está fuertemente condicionada, en muchos casos, por el anuncio empresarial, de no aceptarse la prejubilación, de cambios en condiciones de trabajo que pueden afectar a la promoción, el lugar de trabajo o las funciones».

²⁵ 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», en LÓPEZ CUMBRE, L. (coordinadora): *Tratado de jubilación: homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, *op. cit.*, págs. 1.108 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. 1.109. *Vid.* también las interesantes reflexiones aportadas por BADIOLA SÁNCHEZ, A.M.^a: «Despido colectivo y jubilación», en LÓPEZ CUMBRE, L. (coordinadora): *Tratado de jubilación: homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, *op. cit.*, págs. 1.480 y ss.

²⁶ 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.

²⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L.: «La jubilación como medida de reestructuración empresarial», *op. cit.*, pág. 1.105, señalan una práctica habitual en supuestos de prejubilación programada o pactada previamente, de modo que

lo que hasta la fecha no ha impedido que dichos trabajadores accedan a la jubilación del artículo 161 bis de la LGSS.

3.2. La anticipación de la jubilación por crisis de empresa

A) *Requisitos exigidos*

La reforma de la 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 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.²⁸ De este modo, se pretende vincular la jubilación anticipada a los 61 años a una situación de crisis de empresa, noción que en general va a exigir que los solicitantes hayan visto extinguidos sus contratos de trabajo mediante despidos colectivos o despidos objetivos por causa empresarial. Más allá de lo anterior, la redacción del artículo 161 bis 2 de la 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 6 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 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, posible a partir de 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, 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

«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».

²⁸ Téngase en cuenta que la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización, previó una suerte de pasarela a la jubilación, limitada precisamente a los trabajadores afectados por procesos de reconversión. Se trata de las denominadas ayudas equivalentes a la jubilación anticipada, que pretendían la garantía de ingresos a trabajadores a partir de los 60 años, así como la evitación de perjuicios en la cuantía de su pensión de jubilación.

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, 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 anteriores.²⁹ En el cómputo de los 33 años de cotización, no se tendrán en cuenta los días cuota, pero sí se mantiene el cómputo de hasta un año del servicio militar o del servicio social sustitutorio.

B) *La noción legal de crisis de empresa*

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 del Estatuto de los Trabajadores (ET)]; el despido objetivo por causas económicas, conforme al artículo 52 c) del ET; 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, se añade la extinción de la relación laboral como 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—,³⁰ a fin de eludir la tramitación de despidos colectivos.³¹

²⁹ 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».

³⁰ Al respecto, POSE VIDAL, S.: «El procedimiento extintivo más habitual. Despido reconocido como improcedente», en CASTELL VALLDOSERA, I.: *Crisis económica y Derecho del trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2011, pág. 216, subraya que «El éxito de esta modalidad extintiva en la práctica ha sido sorprendente (...)» añadiendo que en el segundo trimestre de 2009, esta modalidad extintiva «ha supuesto el 88% del total de despidos habidos en ese periodo».

³¹ En este sentido, el Anteproyecto de reforma desautorizaría todavía más si cabe la doctrina judicial que ha aceptado el carácter opcional del artículo 51 del ET frente a una alternativa igualmente legítima (¿?): el despido disciplinario reconocido como improcedente. Más allá de lo criticable de tal doctrina judicial, la eventual consolidación de la anticipación de la jubilación por crisis, obligará más que nunca a que la tramitación de los despidos colectivos se efectúe siguiendo el

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, el texto 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 ET), 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 real.³² No hemos de olvidar a este respecto que, tras la reforma, las prejubilaciones estrictamente privadas y ajenas a situaciones de crisis permitirán el acceso a la jubilación a partir de los 63 años, circunstancia que propiciará maniobras fraudulentas.

Por su parte, el despido objetivo plantea numerosos y variados problemas, siendo el primero de ellos si el despido objetivo improcedente va a aceptarse como vía de acceso a la jubilación a los 61 años. 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.

artículo 51 del ET. Sobre esta cuestión: AGUSTÍ MARAGALL, J.: «Los otros límites —legales y constitucionales— del denominado "despido improcedente", regulado en el artículo 56.2 ET: análisis crítico de la jurisprudencia», en CASTELL VALLDOSERA, L.: *Crisis económica y Derecho del trabajo*, op. cit., 2011, págs. 256 a 258.

³² Como señala BADIOLA SÁNCHEZ, A.M.ª: «Despido colectivo y jubilación», op. cit., pág. 1.481, 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».

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 adicional primera 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 ejecutado,³³ 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 ningún género de duda de la imposibilidad de jubilación a los 61 sería 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 de la Ley de Procedimiento Laboral por no haberse procedido a la tramitación de un despido colectivo en el caso de que procediera con base en los umbrales numéricos del artículo 51 del ET.

La paradoja puede estar en que precisamente, el despido objetivo por causa económica constituya una «puerta de atrás» para jubilaciones anticipadas derivadas de crisis ficticias, sobre todo en el caso de pequeñas y medianas empresas. 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) del ET, cuando el impago de salarios derive de una situación de crisis de empresa. Por lo tanto, el futuro contexto normativo de la jubilación anticipada llevará en estos casos a la tramitación sistemática de despidos colectivos a instancia de los trabajadores, si se quiere preservar el derecho de aquellos a jubilarse a partir de los 61 años. Como es sabido, el ET (art. 51.9) y el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero (art. 7) legitiman a los trabajadores para que puedan iniciar un procedimiento de regulación de empleo «si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación». De consolidarse la figura de la anticipación de la jubilación por crisis, la presunción de perjuicios irreparables será incluso más fácil de apreciar por parte de la Autoridad laboral,³⁴ siempre que haya trabajadores de edad entre los afectados.

³³ 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 del ET. 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).

³⁴ Al respecto y con carácter general, BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pág. 95, minimiza la necesidad de acreditación de perjuicios, recordando que «la solicitud que efectúen los

Aparentemente podrían darse problemas cuando el cierre tácito de empresa afecte a toda la plantilla pero esta no alcance el número de seis trabajadores para poder instar un despido colectivo. En tal caso, es obligada una mayor flexibilidad del INSS que permita apreciar la existencia de una crisis de empresa vinculada a la extinción del contrato de trabajo. De hecho, la mención de cierre de empresa del Anteproyecto debería facilitar una interpretación flexible de la entidad gestora, cuando el cierre se haya constatado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o se acredite como tal por sentencia del Juzgado de lo Social.

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 los 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 100 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 desempleo,³⁵ 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 cotización.³⁶

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

trabajadores, mínimamente fundada, dará lugar a la iniciación del expediente y este deberá seguir sus trámites, puesto que permitirá "presumir" que pueden producirse daños». (*) El entrecomillado dentro de la cita es del autor.

³⁵ 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.

³⁶ 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.

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 el contrario, el único periodo en el que el trabajador quedará indemne será el que corresponda—dentro del *iter* 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 jubilación.³⁷

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 de la LGSS previsto en el Anteproyecto (art. 5) establece que «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 lo establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, de un coeficiente de 1,875 por trimestre». Todo ello con la salvedad introducida por el Proyecto de ley, que se comentará unas líneas más adelante y que se refiere a personas con (muy) largas carreras de cotización.

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 con base en el 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,

³⁷ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El subsidio de prejubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pág. 81. Por el contrario, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, J.L.: «La jubilación como medida de reestructuración empresarial», *op. cit.*, pág. 1.107 señalan que en los supuestos de prejubilaciones programadas, acompañadas de importantes compromisos empresariales, la tendencia va en la línea de «esperar hasta los 65 años, a fin de que el trabajador obtenga un mayor porcentaje de la pensión de jubilación».

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 ley.³⁸ Dicho lo anterior, el examen del futuro 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 17,³⁹ 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 causa.⁴⁰ Obsérvese que en el sistema todavía vigente, una jubilación a los 61 años comportará como máximo y en el peor de los casos una disminución del 30 por 100 en la cuantía de la pensión. El Proyecto de ley⁴¹ ha aportado una ligera mejora a este contexto, teniendo en cuenta que introduce un sistema matizado de descuentos, a fin de que los trabajadores que acrediten una cotización de 38 años y medio se beneficien de una tasa de descuento del 1,626 por 100 por trimestre anticipado. Más allá de su aplicación paulatina en el tiempo,⁴² se trata de una mejora muy limitada ya que no se establecen matices entre el porcentaje mínimo (1,626) y el máximo (1,875) y, además, la cotización exigida para beneficiarse del porcentaje definitivo es a mi juicio demasiado elevada.

En todo caso se me antoja especialmente criticable que con carácter general 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 6 años.

Dentro de este panorama crítico con la proyectada reforma solo hay un elemento que parece positivo —o al menos, no negativo— y es que para supuestos de pérdida de empleo a causa de la crisis, 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» art. 162.1

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ El Acuerdo Social y Económico (*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 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.

⁴¹ *Id.* (*) de la portada.

⁴² En todo caso, entiendo que dicho porcentaje podrá aplicarse transitoriamente de modo mejorado, por lo que para el año 2013 el porcentaje de descuento por trimestre de 1,626 podría beneficiar a todos los trabajadores que acrediten una cotización de 35 años y un mes, que para ese año sería la cotización suficiente para jubilarse a los 65 años sin penalización.

LGSS incluido en el art. 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),⁴³ 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 concreto, los recortes afectan matizadamente a las lagunas que se detecten más allá de los 24 meses inmediatamente anteriores a la jubilación del trabajador.⁴⁴

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. A este respecto, no está de más resaltar que el sistema de Seguridad Social pretende cobrarse este régimen transitorio 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.⁴⁵

4.3. Mecanismos de protección de las carreras de cotización de trabajadores despedidos en situaciones de crisis de empresa 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 ET) que las empresas que incluyan entre los afectados por despidos colectivos a trabajadores de 55 o más años, la obligación⁴⁶ de constituir convenios especiales de Seguridad

⁴³ 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.

⁴⁴ A este respecto, el Anteproyecto prevé («futuro» art. 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.

⁴⁵ En buena lógica, si la ley exige la percepción de 3 años de prestaciones o subsidios de desempleo, está asumiendo que el trabajador va a acceder al subsidio asistencial, sobre todo si tenemos en cuenta que la duración máxima de la prestación de desempleo es de 720 días (art. 210 LGSS).

⁴⁶ 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 GANDÍA, 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

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 los subsidios de prejubilación (art. 218 LGSS), puede generar claros perjuicios en sus carreras de cotización,⁴⁷ sobre todo en el caso de trabajadores de retribución alta o media.⁴⁸ Más allá de las previsiones básicas del artículo 51.15 del ET, la LGSS detalla este mandato en su disposición adicional trigésima primera 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 solo se verá obligada a cotizar a partir del «suelo» de las obligaciones del Servicio Público de Empleo Estatal.⁴⁹ Asimismo, llama la atención que el único despido que genera la obligación de convenio de Seguridad Social es el colectivo,⁵⁰ 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 este último deberá hacerse cargo de unos costes que en muchos casos no va a poder asumir,⁵¹ 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.

contrato de seguro, asimilación que ha sido defendida por algunos autores. En este sentido, *vid.* las páginas 79 y 80 de la obra mencionada.

- ⁴⁷ Como señala LÓPEZ GANDIA, J.: *La nueva regulación...*, *op. 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».
- ⁴⁸ 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.
- ⁴⁹ 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 de la LGSS.
- ⁵⁰ Del cual, por cierto, se excluyen los despidos colectivos causados en el ámbito de procedimientos concursales.
- ⁵¹ 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 forzosa 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. Ello da lugar a que, como ha señalado GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La funcionalidad de los instrumentos de protección social...», *op. cit.*, pág. 84, nos hallamos ante una obligatoriedad limitada «porque basta que el trabajador deje de pagar las cuotas del convenio para quedar excluido del mismo sin que se le pueda forzar a mantenerlo pese a su voluntad contraria».

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 trigésima primera del Anteproyecto. Así el documento modifica ligeramente la disposición adicional trigésima primera de la LGSS pero no introduce reforma alguna en el artículo 51.15 del ET 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 ET (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 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 de la 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 6 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 sustitutivos del desempleo contributivo y de la cotización vinculada al periodo en que hubiese correspondido percibir la prestación,⁵² 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 proceso.⁵³ 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 o privadas 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 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 prejubilar.⁵⁴

Y es que un número apreciable de planes de prejubilación⁵⁵ no son supuestos que deriven directamente de la crisis económica, sino que forman parte, grosso modo, de la gestión ordinaria de

⁵² 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.

⁵³ Según noticia publicada en el diario *Expansión* de 23 de febrero pasado referida al ámbito de Bancaja 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 por 100 del coste del proceso de reducción de plantilla del banco».

⁵⁴ CABEZA PEREIRO, J.: «Algunas consideraciones sobre la prejubilación...», *op. 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.

⁵⁵ 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.

los recursos humanos de determinadas empresas, entre otras, del ámbito de los servicios financieros y las telecomunicaciones.⁵⁶ 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.

El cerco a este tipo de prácticas se remarcaba en el «Documento sobre Revisión del Pacto de Toledo»,⁵⁷ donde se afirmaba que los contratos de prejubilación debían «limitarse para aquellos trabajadores que se encuentren fuera de la negociación colectiva, y deben llevar aparejados compromisos claros de cofinanciación por parte de las empresas».⁵⁸ Como veremos a continuación, estas prácticas dejan de ser mencionadas en la ley y se diluyen en la jubilación voluntaria.

5.2. Incidencia de la reforma sobre las prejubilaciones programadas estrictamente privadas

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

Asimismo, con carácter general debe advertirse que el planteamiento del Anteproyecto unifica en un solo régimen las jubilaciones anticipadas auténticamente voluntarias –la inmensa mayoría– y las jubilaciones anticipadas fruto de la presión empresarial en forma de plan de prejubilación –presumiblemente una cifra más anecdótica–, 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

⁵⁶ Como señala MONEREO PÉREZ, J.L.: «EREs, prolongación de la vida activa...», *op. 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».

⁵⁷ MTIN, enero de 2010, ejemplar fotocopiado.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 42.

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 LGSS) 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 2 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 razonable–⁵⁹ dificultaría hasta el extremo el acceso al nuevo beneficio.

Desde el primer esbozo de la reforma realizado en el Acuerdo Social y Económico, se ha planteado el requisito de que la anticipación voluntaria de la jubilación no comporte una cuantía insuficiente y/o cargas para el sistema en forma de complementos a mínimos. En este sentido, mejorando razonablemente el planteamiento del Anteproyecto, el Proyecto de ley⁶⁰ establece la necesidad de que «la pensión resultante debe ser superior al importe de la pensión mínima que hubiera correspondido al interesado teniendo en cuenta su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad». Así, el criterio del Anteproyecto era el de exigir que la cuantía de la pensión fruto de la anticipación había 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», un criterio bastante discutible⁶¹ que ha sido corregido por el Proyecto. En todo caso, el resultado final –por el momento– plasmado en el Proyecto me parece infinitamente más razonable que la draconiana propuesta del Acuerdo Social y Económico, 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). Desde una perspectiva práctica, se ha de recordar que con carácter excepcional 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.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ *Vid.* (*) de la portada.

⁶¹ El nuevo planteamiento se me antoja mucho más razonable porque, entre otras cosas, la diferencia entre la pensión mínima para mayores de 65 y menores de esa edad no es de un 25 por 100. A título de ejemplo, la pensión mínima de jubilación con cónyuge a cargo para 2011 es de 10.338,80 euros en el caso de pensionistas mayores de 65 años y de 9.735,60 para menores de dicha edad (RD 1794/2010, de 30 de diciembre, de revalorización de pensiones).

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. Otro tanto cabe señalar respecto al porcentaje de descuento de $1,625$ por trimestre, introducido por el Proyecto que también será de aplicación a la anticipación voluntaria, cuando el solicitante acredite 38 años y medio de cotización. 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 víctimas 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 un 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 este 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 carga para el sistema de Seguridad Social y serias dudas respecto al derecho a la no discriminación por razón de edad. 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 asunción del coste de prestaciones por desempleo o de cotizaciones asociadas— que descarguen a nuestro maltrecho sistema de Seguridad Social. Lógicamente, el umbral para distinguir a las empresas «tendientes» a utilizar prejubilaciones pactadas debería de apuntar hacia volúmenes elevados de plantilla.

No obstante esta primera impresión negativa, cabe extraer una interpretación más matizada según la cual, el redactor del Anteproyecto habría velado en mayor medida por los intereses de nuestro sistema de Seguridad Social. En este sentido, el «desfase» entre la edad mínima para la anticipación de la jubilación por crisis —61 años— y para la anticipación no causal o voluntaria podría obedecer a otro planteamiento. Así, si las empresas desean fomentar la salida de la empresa de trabajadores de edad podrían sacar provecho de la nueva edad de anticipación voluntaria, aunque si desean mantener la inercia de salidas más tempranas, por ejemplo, a los 60 o a los 61 años, cuando diseñen y planifiquen planes de prejubilación deberán de asumir los costes de cobertura de rentas entre los 60-61 años y los 63, que es cuando el trabajador como muy pronto podrá acceder a la jubi-

lación anticipada voluntaria. Como cabe imaginar, si el empresario desea ser suficientemente persuasivo va a tener que comprometerse a satisfacer al trabajador, una cifra equivalente a la que percibiría en concepto de prestación por desempleo, a lo que deberán añadirse los costes de cotización vinculados a dicha situación. En este sentido, se podría concluir que las cada vez más escasas empresas proclives a poner en marcha planes de prejubilación ajenos a situaciones de crisis podrán continuar prejubilando trabajadores de edad, si bien la obligación de asumir costes sustitutivos de prestaciones de desempleo se mantendrá a causa del desplazamiento de la edad ordinaria de anticipación de la jubilación.

6. CONCLUSIONES

El análisis preliminar del Anteproyecto a la luz de las situaciones de crisis de empresa nos permite constatar el mantenimiento de una doble vía de anticipación de la edad de jubilación, si bien la vía causal, a los 61 años, reducirá su alcance ya que va a limitarse a la crisis de empresa, al tiempo que emerge un nuevo régimen de anticipación, de carácter libre o no causal, a partir de los 63 años, dentro del cual podrán ejecutarse los procesos de prejubilación estrictamente privados.

En este sentido, la introducción de la crisis de empresa como causa justificativa de la jubilación anticipada a los 61 años en sustitución de la causa actualmente vigente –extinción del contrato ajena a la voluntad del trabajador– puede comportar algunos efectos positivos. El más evidente, el retorno al uso de causas y formas extintivas económicas, con la consiguiente reducción en la utilización desviada de despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes. Ahora bien, esta conclusión no está exenta de matices teniendo en cuenta que la utilización de causas económicas podría realizarse de modo abusivo, para lo cual deberá comprobarse que, en realidad la extinción del contrato de trabajo se debe a una crisis o cierre que impide objetivamente la continuidad de la relación laboral, expresión utilizada por el texto de la reforma. Asimismo, el análisis del Anteproyecto permite prever que en un futuro aumentarán los despidos colectivos instados por los trabajadores cuando la crisis de empresa sea evidente, y el empresario no haya llevado a cabo extinción alguna por dejadez o negligencia en la gestión.

Por otra parte, el mantenimiento de la anticipación a la edad de 61 años es llamativo, si consideramos las fuertes críticas que dicho margen de edad ha generado en los documentos que han inspirado el Anteproyecto de reforma. En cuanto a la crisis y el cálculo de la pensión de jubilación, el Anteproyecto efectúa una propuesta de ampliación del periodo a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora de la prestación, criterio que en general será beneficioso para los trabajadores afectados por crisis de empresas. Este planteamiento se combina con una reforma muy poco ambiciosa del régimen de convenio especial obligatorio del artículo 51.15 del ET, que a duras penas prolonga dos años la matizada obligación empresarial de cotización.

Entrando ya en la anticipación de la edad de jubilación no causal, se aprecia que el nuevo marco de la jubilación voluntaria a los 63 años, claramente flexibilizado, va a ser el espacio natural de puesta en marcha de las prejubilaciones privadas o ajenas a crisis de empresa, que dejarían

de mencionarse expresamente en la norma. El planteamiento puede ser aparentemente aceptable, dado que más allá de las situaciones constatadas de crisis, el acceso a la jubilación anticipada se retrasa dos años, hasta la edad de 63, simplificándose la regulación general de la anticipación de la jubilación. Sin embargo, se echan de menos algunas cautelas más que aconsejables que graven las salidas anticipadas de trabajadores de edad de empresas de una cierta dimensión. Al respecto, no parece de recibo encajar plenamente las posibilidades de prejubilaciones privadas en el marco de la nueva jubilación voluntaria que el Anteproyecto pretende implementar, teniendo en cuenta que se trata de realidades bastante diferentes. A este respecto, y concluyendo, no es del todo razonable que el Anteproyecto recele de las pensiones de jubilación de baja cuantía sin discriminar el origen de la jubilación, que puede ir desde una jubilación fruto de la plena libertad del solicitante hasta una jubilación inducida bajo presión por una empresa que mantiene las viejas inercias del rejuvenecimiento de plantillas.