PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Málaga

ACUERDO NOVATORIO DE PREJUBILACIÓN Y JUBILACIÓN ANTICIPADA

Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo (rcud 1317/2013), de 18 de marzo (rcud 1436/2013), de 19 de marzo (rcud 1302/2013, 1460/2013, 1679/2013), de 20 de marzo (rcud 1318/2013), de 7 de abril (rcud 2381/2013) y de 16 de abril (rcud 2271/2013) de 2014

Juan Carlos Álvarez Cortés

Mª Iluminada Ordóñez Casado*

SUPUESTO DE HECHO: En las sentencias que se comentan los supuestos de hecho son idénticos, se trata de trabajadores de BANESTO que en el marco de unos acuerdos colectivos de prejubilación entre el Banco y los representantes sindicales de los trabajadores, suscribieron un acuerdo individual de prejubilación con el Banco en el año 2001, el cuál en el año 2009 fue objeto de un acuerdo novatorio para adaptar las condiciones de prejubilación a las modificaciones para la jubilación anticipada introducidas por la Ley 40/2007, estimando el INSS que los demandantes no reúnen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación anticipada establecidos en el artículo 161 bis 2 LGSS en relación con la DT Tercera. 1 de la misma, porque niega validez al acuerdo de prejubilación novatorio de 2009.

RESUMEN: El Tribunal Supremo, en estas sentencias, unifica el criterio por el cuál considera válido el acuerdo novatorio firmado por el Banco y los representantes sindicales ya que entiende que es necesario para adaptar las condiciones de acceso a la jubilación anticipada de los trabajadores prejubilados, toda vez que se ha producido una modificación en la normativa que regulaba el acceso a dicho derecho. Indica además que sí es de aplicación la modificación introducida en el art. 161 bis 2 de la LGSS mediante la ley 40/2007 ya que la misma entraba en vigor el 1 de enero de 2008 y el hecho causante en todos los casos se produjo con posterioridad a dicha fecha.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y doctoranda, respectivamente.

TEMAS LABORALES núm. 127/2014. Págs. 283-302 Recepción de original: 28.7.2014. Aceptación: 11.9.2014

ÍNDICE:

1. Introducción: una serie de sentencias homogéneas
2. La prejubilación un riesgo social no contemplado directamente por la legislación de la seguridad social
3. La jubilación anticipada tras la ley 40/2007
   3.1. Los supuestos de anticipación de la edad de jubilación.
   3.2. Las modificaciones a la jubilación anticipada producida por la Ley 40/2007.
4. La prejubilación ante la regulación actual de la jubilación anticipada
   4.1. Las modificaciones en la jubilación anticipada producida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social
   4.2. La regulación actual tras el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

1. INTRODUCCIÓN: UNA SERIE DE SENTENCIAS HOMOGÉNEAS

Las sentencias que se comentan, casi todas ellas de diferentes ponentes, son prácticamente idénticas en sus argumentaciones. Dentro de esta serie hay una que destaca de las anteriores por el desarrollo y explicación argumental de la decisión adoptada: la STS de 18 de marzo de 2014 (rcud 1436/2013) ponente De Castro Fernández.

Aún así se podrían diferenciar, quizás, en quién es el recurrente. En base a ello, podrían clasificarse en dos grupos dependiendo de quién presenta el recurso de casación por unificación de doctrina. En el primer grupo, cuyo recurso es presentado por el INSS, tenemos: STS 1968/2014 de 16 de abril, STS 2015/2014 de 7 de abril, STS 1436/2014 de 18 de marzo, STS 1664/2014 de 19 de marzo, STS 1665/2014 de 19 de marzo. En el segundo grupo, donde el recurrente es el prejubilado afectado, se encuentran: STS 1384/2014 de 19 de marzo, STS 1376/2014 de 27 de marzo.

Básicamente, el problema se centra en que los trabajadores, una vez solicitada la pensión de jubilación anticipada, solicitan para el cálculo de la cuantía de la misma, un porcentaje sobre la base reguladora superior al que le concede el INSS, ya que creen que es de aplicación el art. 161 bis 2 LGSS, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, por lo que, una vez agotada la vía administrativa presentan demanda ante el Juzgado de lo Social, seis de ellos en Madrid y el séptimo en Zaragoza. Las sentencias de contraste son diversas, en algún caso nos encontramos, y como curiosidad, que las contradictorias pertenecen a la misma sala del TSJ: el de Madrid.

Estas primeras demandas son resueltas, en su mayoría, en favor de los trabajadores indicando que el porcentaje a aplicar es el que ellos defienden y condenando al INSS al abono de dicha prestación y a las diferencias que se hayan producido. Tan sólo en el caso de la STS 1384/2014, los antecedentes

de hecho relatan que su demanda fue desestimada tanto en primera instancia como en el recurso de suplicación presentado.

Es curioso que el Tribunal Supremo haga copias tan "literales" de las argumentaciones de unas sentencias en otras ya que en alguna de ellas se olvida que el trabajador que recurre tiene unas condiciones distintas (por ejemplo, edad o período de cotización previo, al de otros prejubilados de las otras sentencias), por lo que supondría una distinta cuantía de pensión de jubilación anticipada, siempre según los hechos declarados probados en el asunto concreto que se enjuicia.

En definitiva, todas ellas se refieren a prejubilados de Banesto que suscribieron un acuerdo novatorio de prejubilación para ajustarse a lo establecido en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre y lo que se dilucida es acerca de la validez del mismo y de su aplicación para poder obtener una pensión de jubilación anticipada de conformidad a la nueva regulación establecida en el art. 161 bis 2 de la LGSS.

2. LA PREJUBILACIÓN UN RIESGO SOCIAL NO CONTEMPLADO DIRECTAMENTE POR LA LEGISLACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La crisis económica, que cíclicamente embate a los sistemas productivos, lleva consigo la expulsión, a veces masiva, de la mano de obra del mercado de trabajo.

Las dificultades económicas o las necesidades de reorganización de las empresas han supuesto la adopción de procesos de ajuste y reestructuración de las plantillas de muchas de ellas. Aunque pueden ser varias las medidas a adoptar para estos objetivos, quizás, la más llamativa sea la utilización de despidos por causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o de producción).

Víctimas de estos expedientes de regulación de empleo son, de forma especial, los trabajadores de "edad avanzada" o "maduros" ya que la experiencia de los mismos ya no forma parte o interesa como un "activo" de la empresa, pasando a ser una "carga" de la que es necesario desprenderse, ya sea por falta de adaptación a las nuevas condiciones técnicas o tecnológicas o ya sea por razones económicas (no sólo porque puedan disfrutar de algún complemento, cada vez más inusual, como el de antigüedad, sino también porque, por razón de edad, es más común que los problemas de salud les impidan asistir al trabajo o rendir de modo óptimo). En definitiva, son los criterios de rentabilidad empresarial los que rigen.

Junto a ello, no se descubre nada nuevo cuando se afirma que los llamados "desempleados maduros" carecen ya de oportunidades para mantener o encontrar un empleo antes de la jubilación[1].

[1] Por todos, véase, AAVV, *Empleo y protección social de los trabajadores en edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro,* Dir. Sempere Navarro y Quintanilla Navarro, CES, Madrid, 2010, pág. 227.

En el Derecho social se han articulado mecanismos no traumáticos de redimensionamiento de plantillas o de salvamento frente a una crisis, que pretenden dar cobertura a este colectivo de trabajadores en edad madura. Además, la Seguridad Social se pone al servicio del mercado de trabajo transicional y flexible y de la facilitación de los procesos de ajustes y reestructuraciones de empresas[2].

Pues bien, la combinación de la protección por desempleo y la posibilidad de jubilación anticipada (prestaciones de Seguridad Social) y, de otro lado, con la protección de la prejubilación (prestaciones externas a la Seguridad Social) permite una salida del mercado de trabajo en condiciones, aunque distintas según los casos, normalmente ventajosas para el trabajador maduro que ve extinguido su contrato de trabajo. El prejubilado no es un asalariado, ya que no tiene contrato de trabajo; no es un jubilado, puesto que accederá a esta prestación cuando termine su prejubilación; pero tampoco es un desempleado (quizás "impropia y desajustadamente"), toda vez que tras su salida del mercado de trabajo no persiste la búsqueda de un empleo[3].

La situación de prejubilación en su definición clásica es "la situación de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que se percibe una pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de una trabajador con el acceso a la jubilación"[4]. En definitiva, es un híbrido jurídico entre el desempleo y la jubilación[5]. Se trata, pues, de asegurar el tránsito entre el cese definitivo y prematuro de la actividad laboral y la futura pensión de jubilación mediante una serie de complementos al margen del sistema de pensiones de la Seguridad Social, y con independencia del percibo de las prestaciones por desempleo que puedan corresponder en el trabajo[6].

Durante dicho período, como ocurre en los supuestos de hecho de las sentencias que se comentan, los trabajadores reciben, por haber cesado "voluntа-

[2] Vid., Monereo Pérez, J.L. "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación" Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Nº Extra 1, 2010, pág. 167.

[3] Así lo indica Martínez Barroso, M.R. en "El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones", TL nº 103/2010, pág. 108.

[4] Lo indica así López Cumbre, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 85 y 86.

[5] Así lo dice también, aunque en otro momento, López Cumbre, L.: «La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social», en VV.AA.: La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria, en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª N. (Coordinadores), Granada, Ed. Comares, 2008, pág. 695.

[6] CES, Informe vida laboral y prejubilaciones, 2000, pág. 51.

riamente" en el trabajo "una prestación económica, sustitutiva del salario"[7]. Pero se trata de una situación no contemplada de forma directa por la legislación de la Seguridad Social[8] y mal definida en el resto del ordenamiento jurídico[9].

Aunque en algún momento anterior se establecieron como prestaciones para esta situación las llamadas "ayudas previas a la jubilación ordinaria" de carácter público (Ley 27/1984, de 26 de julio, de reconversión y reindustrialización o Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria) para empresas afectadas por un proceso de reconversión y reindustrialización, promoción, modernización y competitividad de empresas y reestructuración empresarial, lo normal, en la actualidad, es el establecimiento de planes de prejubilación de financiación privada.

La coyuntura económica ha servido para utilizar de forma masiva procesos de reestructuración, incluso en empresas no afectadas de forma importante por la crisis[10], reduciendo plantillas y suprimiendo puestos de trabajo.

A través de la negociación colectiva se han adoptado medidas para acordar (¿incentivar?) el cese anticipado de los trabajadores maduros a través de las distintas formas de jubilación anticipada y prejubilación (e incluso, cuando la norma lo ha permitido, a través de la jubilación forzosa) sirviendo como elemento para rejuvenecer plantillas con, en ocasiones, un "relativo" coste reducido para los empresarios[11]. Evidentemente, el coste se incrementará en

[7] Como dice González Ortega, S. en "La anticipación de la edad de jubilación", RSS nº 36, 1987, pág. 20. Por su parte, el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, establece en su art. 1 x) como definición de las "prestaciones de prejubilación": todas las prestaciones en metálico, distintas de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones anticipadas de vejez, concedidas a partir de una edad determinada, al trabajador que haya reducido, cesado o suspendido sus actividades profesionales hasta la edad en que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada, y cuyo disfrute no esté supeditado a la condición de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente.

[8] El llamado subsidio de prejubilación, ahora para mayores de 55 años, no es una prestación de prejubilación sino una prestación que se otorga en el marco de nivel asistencial de la protección por desempleo, un subsidio pensado para los parados en edad madura respecto de los que se prevé difícilmente su retorno al mercado de trabajo.

[9] La prejubilación ha sido mencionada de forma indirecta en el art. 51.9 del ET y en la disposición adicional 31ª de la LGSS, sobre convenios especiales en EREs para trabajadores maduros; en el art. 8.6 a) del RD-Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, que aprueba el texto refundido de Planes y Fondos de Pensiones. De forma directa, fue mencionada en el art. 161 bis.2,d), párrafo segundo de la LGSS, en su la redacción anterior, no vigente actualmente y también en el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, art. 1 x).

[10] Los costes de las prejubilaciones son altos y exigen una aportación financiera importante por parte de las empresas y normalmente las grandes empresas sí pueden afrontar el coste de la prejubilación de sus trabajadores porque tienen capacidad para ello, como indica, López Cumbre, L., *La prejubilación,* op. cit., pág. 102.

[11] Vid., Monereo Pérez, J.L., op. cit., pág. 168.

los supuestos en los que no existan ayudas estatales a la prejubilación y se pretenda no perjudicar al trabajador que se prejubila, por lo que para canalizar los objetivos de reestructuración o redimensionamiento de la empresa son fundamentales medidas de acción social que intenten mejorar la calidad de vida del trabajador una vez que decida dar por terminada su vida laboral activa[12].

Así pues, en numerosos supuestos, a través de la negociación colectiva, se han llegado a Acuerdos de prejubilación que, como se ha dicho con acierto, son "un instrumento de ingeniería social" institucionalizado y diseñado colectivamente[13].

Esta llamada prejubilación "programada" colectiva se caracteriza por adoptar un Plan de prejubilación que se deriva de un Acuerdo colectivo negociado con los representantes de los trabajadores y que en ocasiones, como es el caso de las sentencias objeto de este comentario, se traducen en la suscripción de una acuerdo individual de prejubilación con cada uno de los afectados[14]. Tanto uno como otro permitirán al trabajador participar en el diseño de su correspondiente prestación de prejubilación, configurando un auténtico régimen de previsión. En cualquiera de estos instrumentos se fijarán las condiciones impuestas para el mantenimiento, suspensión o extinción de la cobertura, el conjunto de derechos y obligaciones que vincula a cada una de las partes, la concreción de las reglas de gestión y financiación dispuestas para llevar a cabo los objetivos, el establecimiento de los oportunos mecanismos de revisión, etc. La concreción del contenido del acuerdo sirve de base para la extinción contractual, aceptada de conformidad por el trabajador y se configura, al mismo tiempo, como hecho determinante para el inicio de su situación como prejubilado[15].

El resultado del Acuerdo o Plan de prejubilación es la extinción de la relación laboral del trabajador maduro[16], el cual accede a la protección por

[12] Vid., Martínez Barroso, M.R., op. cit., pág. 120. Aun queda claro que se han establecido diversas modalidades para la incentivación de la jubilación anticipada o a la jubilación, por todos, véase Valdés de la Vega, B., en *Mejoras voluntarias por edad en la negociación colectiva,* Tirant lo Blanch, Monografías, Valencia, 1999, págs. 66 y sigs.

[13] Vid.,. Molero Manglano, C en "Régimen jurídico de los planes de prejubilación", Al, t. I, 1994, pág. 67.

[14] En no pocas ocasiones, la extinción colectiva de las relaciones de trabajo se han establecido, aunque ya menos desde la reforma del 2012, dentro medidas negociadas en el procedimiento de consultas e instrumentalizadas a través de los llamados "planes sociales" con fines "amortiguadores" de los efectos extintivos, especialmente de los trabajadores en edad madura, complementando las prestaciones de Seguridad Social que les correspondiera y suscribiendo convenios especiales con la Seguridad Social.

[15] Nuevamente, López Cumbre, L., *La prejubilación,* op. cit., pág. 99.

[16] Como se ha dicho, el pacto de prejubilación conlleva la extinción del contrato de trabajo "a cambio de la percepción de unas cantidades económicas y unos beneficios sociales, normalmente establecido en un convenio colectivo, prestados por el empresario y que se suelen prolongar hasta el momento en que se comienza a percibir la pensión de jubilación, constituyéndose, de este modo, una nueva relación jurídica entre ambos sujetos", García Muñoz, M. en "La naturaleza novatoria extintiva del pacto de prejubilación" TL nº 67/2002, págs. 243 y 244.

desempleo y se le compensa económicamente con unas rentas que intentan aproximarse al nivel de retribución que el trabajador disfrutaba cuando estaba en activo. Junto a ello, y al objeto de mantener los derechos del trabajador para futuras prestaciones, se suscribe un convenio especial con la Seguridad Social para seguir cotizando al sistema y así no ver afectadas sus carreras de seguro en el momento que hayan de jubilarse (o padezcan otra contingencia)[17].

Aunque, en la mayor parte de las sentencias que se comentan, las extinciones de las relaciones laborales se produjeron en el año 2002, a través de un Acuerdo de prejubilación, los representantes de los trabajadores de Banesto, tras la reforma de la legislación en materia de jubilación anticipada de la Seguridad Social, suscribieron un Acuerdo colectivo el 29 de abril de 2009 con la finalidad de que "resulten aplicables las condiciones de jubilación anticipada del art. 161 bis 2 de la LGSS".

Ello produjo que los trabajadores prejubilados novaran sus Acuerdos individuales de prejubilación para ajustarse al Acuerdo colectivo de 29 de abril de 2009.

Reconociendo la existencia de este "pacto novatorio", en las sentencias 1302/2013, de 19 de marzo, ponente Segoviano Astaburuaga y 1318/2013, de 20 de marzo, ponente Agustí Juliá, se indica que el INSS y la TGSS *"no han interesado su revisión en la fase del recurso de suplicación, por lo que no cabe plantear en este momento procesal un hecho nuevo"*.

Pero incluso aunque se hubiera entrado a examinar dicho Pacto el mismo hubiese debido considerarse ajustado a Derecho y, por supuesto, válido porque aunque el art. 1257 CC consagra el denominado "principio de relatividad", esto es, que el contrato sólo puede imponerse entre quienes lo han formalizado, excluyendo de la posición de acreedor y deudor (derechos y obligaciones que emanan del mismo) a quien no haya concurrido en la formación de la voluntad[18], lo cierto es que de siempre se ha admitido la llamada "oponibilidad" de contrato frente a terceros, a quienes se les impone el respeto a la situación que el contrato ha generado entre las partes, precisamente por la interdependencia existente entre las personas en la sociedad.

Pero es que, además, como hemos apuntado, el Acuerdo de prejubilación es un acuerdo privado entre empresario y trabajador de carácter económico que sirve para financiar esa situación "puente" sin actividad laboral hasta el

[17] Sobre este tema, in extenso, vid., Poquet Catalá, R., en "Convenio Especial con la Seguridad Social para trabajadores incursos en expedientes de regulación de empleo", AL, t.1, nº 1, 2011.

[18] Como indica la STS 1436/2014, de 18 de marzo, en su FD 2º ello forma parte del llamado "efecto directo o negocial" que se ha definido como "la creación del deber de observancia de la regla contractual y la proyección del contrato sobre las relaciones o situaciones objetivamente contempladas por el propio contrato".

momento en que se produce el hecho causante para acceder a la pensión de jubilación, anticipada u ordinaria y que en tal sentido no afecta a la Seguridad Social porque su financiación es privada.

Evidentemente, la pregunta que toca hacernos es si es "ajustado a Derecho" o "es fraude de ley" novar un contrato de prejubilación inicialmente dirigido a una jubilación anticipada, a "la histórica prevista en la DT 3ª de la LGSS" precisamente para adaptarlo a una modificación legislativa que establece otra modalidad de jubilación anticipada más beneficiosa económicamente para el trabajador introducida por el art. 3.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

Según el artículo 6.4 del Código Civil se consideran en fraude de ley "*los actos realizados al amparo del texto de una norma jurídica que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él"*, tales actos *"no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir"*.

Lo primero que ha de decirse al respecto es que ha de recordarse que es sólida la doctrina judicial que reconoce que el fraude de ley no se presume y que ha de ser acreditado por quien lo invoca. Desde luego, era función del INSS en este caso haber presentado las correspondientes pruebas, directas o indirectas, que demostraran la intención de los prejubilados o de Banesto de defraudar obteniendo con ello "un resultado prohibido por el ordenamiento". Cosa que no hizo la entidad gestora. Y no lo hizo porque, como se dirá a continuación, era imposible hacerlo.

Y es que en los supuestos que dan origen a las sentencias que se comentan falta un elemento importante para que se pudiera reconocer el fraude de ley: la novación de los Acuerdos de prejubilación no perseguían un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Estos Acuerdos sólo suponían una actualización o adecuación de las condiciones de los prejubilados para el acceso a la jubilación anticipada de conformidad a la nueva regulación de esta situación producida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Y ello porque el inicial pacto individual de prejubilación se había realizado teniendo en cuenta la legislación vigente, menos favorable, en el momento del cese de la relación laboral de los trabajadores maduros de Banesto.

Habiendo querido el legislador mejorar las condiciones de acceso a la jubilación anticipada algunos años más tarde para todos los ciudadanos, y no solo para los prejubilados, la representación sindical consiguió que la empresa llegara a un Acuerdo colectivo en abril de 2009 que tuviera en cuenta las modificaciones legales del art. 161 bis 2 de la LGSS, que por virtud de la Ley 40/2007, entraron en vigor el 1 de enero de 2008. O dicho en palabras del Tribunal Supremo, en la mayoría de estas sentencias, *"al ser modificadas dichas condiciones legales, no es que el Banco y los trabajadores suscriban un contrato fraudulento para acceder a la jubilación anticipada, sino que se limitan a pactar las condiciones -sustituyendo a las establecidas en el primitivo contrato de prejubilación- que*

permitan al trabajador acceder a la jubilación anticipada en las condiciones establecidas por la nueva norma. De interpretarse como pretende la Entidad Gestora se haría de peor condición al trabajador prejubilado con anterioridad a la aparición de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que al que se prejubila con posterioridad y que, a la vista del contenido de la norma, acuerda unas condiciones de prejubilación acordes con las exigencias de la misma".

Abundando en ello, y como ya se ha apuntado, no puede haber fraude pues no media vulneración alguna de precepto imperativo o prohibitivo, sino el ejercicio legítimo *"del derecho a mejorar las condiciones de acceso a las prestaciones; es más, negarle esa posibilidad a los trabajadores prejubilados antes de la entrada en vigor de la ley 40/2007 y jubilados con posterioridad a ella, significaría no tanto una censurable interpretación restrictiva de los derechos, cuanto como demorar –arbitraria e ilegalmente- la vigencia de las normas"* (STS 1436/2014, de 18 de marzo).

3. LA JUBILACIÓN ANTICIPADA TRAS LA LEY 40/2007

3.1. Los supuestos de anticipación de la edad de jubilación

La anticipación de la edad ordinaria de jubilación integra dos situaciones bien diferenciadas. De un lado, la reducción de la edad ordinaria, que es una medida adoptada por el legislador por la cual se rebaja la edad de jubilación ordinaria a determinados colectivos y que trae su causa bien en las especiales condiciones del sector o bien en las características psicofísicas del trabajador. Más que una anticipación de la jubilación supone el establecimiento de una edad inferior, para colectivos donde los estudios indican que son trabajadores con una esperanza de vida inferior al resto, pero que por ello no ven mermada o afectada la cuantía de pensión.

De otro lado, se encuentra la genuina jubilación anticipada que se establece como un derecho de opción del trabajador, que cumpla los requisitos que se establezcan para anticipar su jubilación, entre ésta y la obtención de la pensión a la edad ordinaria. Tal opción lleva consigo, en caso de elegir el adelanto de edad, la aplicación de reglas de cálculo en la pensión que la reducen respecto a la que se podría obtener en caso de jubilarse a la edad legalmente establecida. Se trataría de "compensar" el mayor período de disfrute de la pensión de jubilación con una reducción de la cuantía a obtener[19].

[19] Monereo Pérez, J.L., op. cit, pág. 188 o López Cubre, L., La prejubilación, op. cit. pág. 73, lo entienden como una "penalización". Creemos que realmente no lo es ya que el trabajador accede a una edad inferior a la pensión; ello no le penaliza, a nuestro juicio, ya que lo que se produce es un reajuste en aplicación de elementales criterios actuariales para el cálculo de la pensión.

Evidentemente, ambos casos tienen en común el que el trabajador se retira de la vida activa con una edad inferior a la ordinaria de jubilación y con su correspondiente pensión.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social vino a introducir con, a nuestro juicio, una desafortunada técnica legislativa el art. 161 bis de la LGSS en la que entremezcla la situación de reducción de la edad de jubilación -que, en puridad, como se dijo anteriormente, no es más que el establecimiento de una distinta edad de jubilación inferior a la ordinaria para determinados colectivos- con la jubilación anticipada.

3.2. Las modificaciones a la jubilación anticipada producida por la Ley 40/2007

La jubilación anticipada ha podido servir como una fórmula de política de empleo al retirar del mercado de trabajo a los trabajadores de edad madura a los que les resulta ciertamente complicado encontrar, a su edad, un puesto de trabajo.

Y, por supuesto, como se dijo anteriormente, en combinación con las prestaciones de prejubilación, ha servido como eficaz fórmula para ajustar y reestructurar plantillas, en situaciones de crisis o reconversión industrial, incluso ante situaciones de simple reorganización de los recursos humanos en grandes empresas.

Hasta 2002, como se conoce, eran varias las causas de jubilación anticipada en nuestro sistema de Seguridad Social[20], pero quizás la más usada era la que se establecía en la DT 3.2 de la LGSS, que suponía una norma de carácter transitorio para un colectivo determinado: los mutualistas. Se trata de una situación que finalizará en el 2015[21]. La prestación de jubilación a obtener iba a ver reducida su cuantía aplicando una serie de coeficientes o porcentajes dependiendo de la voluntariedad o involuntariedad[22] de la extinción del contrato de trabajo y de la carrera de seguro demostrada.

El Acuerdo de Pensiones de 2001[23], y su plasmación en la reforma in-

[20] Los únicos supuestos de jubilación anticipada que se observaban en nuestro ordenamiento serían la jubilación parcial respecto de los menores de 65 años, evidentemente; y, de otro lado, la jubilación a los 64 años como medida de fomento del empleo para trabajadores por cuenta ajena cuya empresa los sustituyan por otros (medida que ha sido derogada recientemente por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, con fecha de efectos de 1 de enero de 2013).

[21] En esta fecha ya habrán cumplido 65 años todos los mayores de 16 años, y por tanto posibles mutualistas, el 1 de enero de 1967.

[22] Las consideraciones meliorativas respecto de la jubilación anticipada por extinción involuntaria de la relación laboral fueron introducidas por la Ley 24/1997 de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social.

[23] Véase sobre el mismo, Álvarez Cortés, J.C., en "La protección por jubilación en las previsiones del Acuerdo de Pensiones de 2001", TL nº 61/2001, págs. 373 y sigs.

troducida por el RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible y, finalmente, el RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la ley 35/2002 de medidas sobre jubilación gradual y flexible[24], trajeron consigo el reconocimiento del derecho a la jubilación anticipada con carácter general. Ello venía a suponer despegarse de forma importante respecto de lo establecido en la Recomendación 10ª del Pacto de Toledo donde en su apartado a) se decía que como medida correctora se desincentivaría la jubilación anticipada.

Pues bien, como acabamos de decir, con las medidas adoptadas en estas normas se consiguió generalizar la jubilación anticipada a todos los beneficiarios del sistema que cumplieran una serie de requisitos.

Para acceder a la jubilación anticipada por parte de los "no mutualistas", se debería ser mayor de 61 años; estar incluidos en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los Regímenes Especiales que contemplaran el derecho a la jubilación anticipada[25]; se debía acreditar un período mínimo de cotización efectivo de 30 años[26]; que el cese en el trabajo no se haya originado por causa imputable al trabajador (que más o menos venían a coincidir con las situaciones legales de desempleo del art. 208 de la LGSS)[27]; y, finalmente, sería necesario que el trabajador se encontrara inscrito en las oficinas del servicio público de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, 6 meses a la fecha de solicitud de jubilación anticipada.

Aunque en la redacción inicial de la jubilación anticipada "involuntaria", que se recogía en el art. 161. 3 de la LGSS, producida por el RD-Ley 16/2001, se entendía "por libre voluntad del trabajador, la inequívoca manifestación de voluntad de quién, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma", muy pronto la Ley 35/2002, añadió que los requisitos exigidos referidos a encontrarse inscritos

[24] A las que ha de añadirse la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

[25] Esto es, se excluyen a los trabajadores autónomos, agrarios y empleados del hogar.

[26] Sin que, a tales efectos se tenga en cuenta la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Esta norma, sin duda, fue el inicio del declive de la teoría de los "días cuota" aplicada a la protección por jubilación.

[27] En el caso de despidos colectivos, se requerirá que se trata de trabajadores pertenecientes a empresas sujetas a expedientes de regulación de empleo. En el supuesto de extinción de contratos derivados de un expediente de regulación de empleo, promovidos por empresas que no se encuentren inmersas en un proceso concursal, aquél deberá llevar como anexo un acuerdo en cuyas cláusulas se obliguen a financiar un convenio especial con la TGSS y hasta la edad de 65 años, y cuyo coste deberá será ser soportado, salvo pacto en contrario, por empresario y trabajadores en la misma proporción en que se cotiza por contingencias comunes en el régimen general de la Seguridad Social.

como demandantes de empleo y de "involuntariedad" *"no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y durante al menos los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo anual, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social"*. Finalmente aquilatando la Ley 52/2003, que se entiende como involuntario el cese en la relación laboral "cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1" de la LGSS.

Así pues, cumpliendo los requisitos, podría obtenerse una pensión de jubilación anticipada cuyo coeficiente reductor dependía del número de años cotizado previamente por el solicitante.

Tras estas reformas empezaron a darse problemas para el acceso a la jubilación anticipada por parte de los prejubilados ya que el Tribunal Supremo en una serie de sentencias estimó que la extinción del contrato de trabajo en el marco de expedientes de regulación de empleo, con acuerdo, debía entenderse como una situación voluntaria de extinción del contrato[28], doctrina que fue superada o corregida, al entender tales ceses como involuntarios, por las STS de 24 de octubre de 2006 o 17 de enero y 17 de abril de 2007. Se trataba, evidentemente, de asuntos cuyos hechos causantes eran anteriores a la Ley 35/2002 que ya contemplaba como situación involuntaria de cese en la relación laboral por "acuerdo colectivo".

La Ley 40/2007 respecto de la jubilación anticipada viene a "mantener intactos sus aspectos esenciales"[29]. Lo que hace esta norma es crear una art. 161 bis en la LGSS para separar los casos de anticipación de la edad de jubilación, y regulando en el segundo apartado de este nuevo precepto los supuestos de jubilación anticipada[30].

Sigue este precepto recogiendo como cese involuntario la extinción del contrato de trabajo por acuerdo colectivo y añade "o contrato individual de prejubilación", por supuesto, manteniendo la obligación del empresario de abonar las cantidades anteriormente previstas en concepto de prestación por desempleo y cuotas para el Convenio Especial con la Seguridad Social.

[28] Por todas, pueden verse, las SSTS de 22 de enero de 2003, de 12 de julio de 2004, de 17 y 18 de enero de 2006.

[29] Como indica Barrios Baudor, G.L. y Meléndez Morillo-Velarde, L., en *Ley de medidas en materia de Seguridad Social,* Thomson-Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 83

[30] Con deficiente técnica legislativa como dijimos anteriormente al mezclar los supuestos de jubilación anticipada con los de jubilación a edad reducida y llamándolos a todos "jubilación anticipada".

Más aún, este norma tiene cierto "carácter retroactivo" puesto que la DF 3ª de la Ley 40/2007 venía a "recuperar los derechos" de los pensionistas de Acuerdos de prejubilación en expedientes de regulación de empleo que fueron afectados por la doctrina inicial del Tribunal Supremo[31], por ello indica que "las jubilaciones anticipadas causadas entre 1 de enero de 2004[32] y la fecha de entrada en vigor de la presente Ley motivadas por ceses en la relación laboral producidos en virtud de expedientes de regulación de empleo tienen carácter involuntario"[33] y permitía la revisión a instancia de parte tanto de las cuantías como de la resoluciones denegatorias por tal motivo.

La otra mejora, que es la que interesan los prejubilados de Banesto en las STS objeto de este comentario, se refería al porcentaje aplicable a modo de coeficiente reductor por jubilación anticipada que pasaría del 8% de la DT 3ª de la LGSS a otro algo más reducido, en un arco entre el 6 y el 7,5%, que dependía del número de años cotizados de forma previa a la Seguridad Social.

Es al amparo de esta norma, y la modificación del art. 161 bis 2 de la LGSS producida por la misma, por lo que los representantes sindicales de Banesto lograron un Acuerdo en 2009 de mejora de la situación de los prejubilados y, a partir del mismo, se suscribieron Acuerdos novatorios individuales con el objeto de acceder a las nuevas condiciones normativas.

Habiendo dejado claro ya anteriormente la validez y eficacia de los mismos, tanto por el Acuerdo en sí como por la inexistencia de fraude de ley, nos queda examinar algunas cuestiones de interés respecto de las sentencias que se comentan.

Solo en dos de ellas, la de 14 de marzo de 2014, ponente Salinas Molina, y la de 18 de marzo de 2014 ponente De Castro Fernández, hacen referencia a un peregrino argumento del INSS en el cual se venía a indicar que el prejubilado no tenía relación con la Seguridad Social "por inexistencia de la relación laboral que exige el art. 7.1 de la LGSS", con fundamento y contundencia, el

[31] Y a reparar con ello los daños causados con una jurisprudencia que afortunadamente ha cambiado su tendencia, como indica, López Cumbre, L., en "La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social", op. cit., pág. 713.

[32] Fecha en la que entró en vigor, por cierto, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social en la que en su DA 2.1 entendía como cese involuntario todas las situaciones legales de desempleo a las que se refería el art. 208 de la LGSS, entre ellas, la extinción de la relación laboral por expedientes de regulación de empleo.

[33] La DF 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, indica, de un lado, que *"A efectos de la aplicación del requisito a que se refiere la letra d) del apartado 2 del artículo 161 bis y el párrafo tercero de la norma 2.ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se considerará, en todo caso, que las jubilaciones anticipadas causadas entre 1 de enero de 2004 y la fecha de entrada en vigor de la presente Ley motivadas por ceses en la relación laboral producidos en virtud de expedientes de regulación de empleo tienen carácter involuntario.*

Las resoluciones denegatorias de las pensiones de jubilación anticipada así como las cuantías de las pensiones ya reconocidas se revisarán a instancia de los interesados."

Tribunal Supremo recuerda que *"en modo alguno puede aceptarse la tesis de la sentencia recurrida respecto de que el demandante al cesar de prestar servicios en Banesto se sitúa fuera del sistema de Seguridad Social pues con ello se desconoce que el Convenio Especial con la Administración de la Seguridad Social (art. 125.2 LGSS) comporta la iniciación o continuación de la situación de alta o asimilada al alta…"* y que tiene por objeto la cotización para las contingencias comunes, ex art. 1 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

De otro lado, no puede pretenderse, como lo hace la entidad gestora, que sea inaplicada la nueva redacción del art. 161 bis 2 de la LGSS por el motivo de que el Acuerdo de prejubilación fue anterior a la reforma legislativa y por ello habría de aplicarse la legislación anterior. A este respecto, indica el TS que lo importante no es la fecha en el que se suscribió el Acuerdo de prejubilación, sino en el momento en que se solicitó la pensión de jubilación alcanzada la edad legalmente establecida para la modalidad, su modalidad "anticipada". Y es que *"los requisitos exigibles y las consecuencias jurídicas atribuibles a la prestación de jubilación han de concurrir y vienen determinadas por la fecha del hecho causante que tratándose de "trabajadores en situación asimilada al alta –y con Convenio Especial, añadimos- se identifica con el momento de solicitar la pensión" (STS 28 de octubre de 1994, rcud 394/1994).*

Evidentemente, si el hecho causante se produce estando ya en vigor el art. 161 bis 2 de la LGSS, introducido por la Ley 40/2007, esto es, a partir de 1 de enero de 2008, ha de ser aplicable esta nueva norma. Es en dicho momento en el que ha de examinarse si concurren los requisitos exigidos por la norma para causar la pensión de jubilación anticipada[34].

4. LA PREJUBILACIÓN ANTE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

La facilitación de ceses o extinciones de los contratos de trabajo de las personas en edad madura supone o ha supuesto un coste importante para las empresas, para la hacienda pública y, también, para el sistema de Seguridad Social.

La cuestión demográfica y el aumento de la esperanza de vida, junto con una disminución importante de cotizantes a causa del exorbitante incremento de las

[34] Sobre el hecho causante de la pensión de jubilación puede verse, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social,* Barrios Baudor, G.L. y Sempere Navarro, A.V., Aranzadi, Elcano, 2000, págs. 86 y sigs. Haciendo referencia, en la pág. 87, de una Resolución de la DGOJECSS de 23 de junio de 1994 y Criterio de aplicación 94/8, en la que se indica que en los supuestos de Convenio Especial, como el que nos atañe, "el hecho causante tendrá lugar en el momento en que se hubiera producido la concurrencia de requisitos" para acceder a la pensión de jubilación. Lo cual entra en la lógica jurídica que argumenta el Tribunal Supremo en estas sentencias y que las entidades gestoras parecen desconocer, yendo en contra de sus propios criterios interpretativos.

tasas de desempleo durante la crisis económica, trae consigo la promoción de la idea de alcanzar una mayor permanencia en el mercado de trabajo de las personas en edad madura. Aunque la idea principal ha sido evitar el enorme coste de las jubilaciones anticipadas y con ello "mantener" la viabilidad del sistema de pensiones, esta idea ha sido adornada con otras más elaboradas en el marco del "envejecimiento activo", que señalan cuestiones como que retirar a las personas del mercado de trabajo en edad madura supone privar al sistema productivo de trabajadores cualificados y capacitados o hacer notar la posible discriminación por motivos de edad en la expulsión del mercado de trabajo de los trabajadores de edad madura.

Es por ello que el legislador en estos años ha modificado nuevamente el régimen de la jubilación anticipada, buscando precisamente dificultar el recurso a la misma por parte de la negociación colectiva informal de empresa, fundamentalmente, en el marco de los expedientes de regulación de empleo, mediante la elevación de sus estándares legales[35].

En la renovación del Pacto de Toledo respecto de la jubilación anticipada, la Comisión se limitó a recomendar que se reserve o limite a quienes tengan carreras largas y opten voluntariamente por jubilarse y a colectivos que realicen actividades concretas y a discapacitados con menos esperanza de vida. De ahí, y de otras "recomendaciones" de la Unión Europea, las reformas últimas, que a continuación se describen sucintamente, de la jubilación anticipada.

4.1. Las modificaciones en la jubilación anticipada producidas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social

Con causa en el Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social introdujo importantes cambios respecto de la jubilación anticipada (y en otras materias).

Además de eliminarse la jubilación especial a los 64 años establecida en el Real Decreto 1194/1985, se establecían dos modalidades de jubilación anticipada[36] con carácter general para cualquier trabajador que cumpliera los requisitos: la voluntaria y la involuntaria.

- La jubilación anticipada voluntaria podría hacerse desde los 63 años, siempre que se tengan 33 años cotizados al menos, reduciéndose un 7,5% por

[35] Vid.. Elorza Guerrero, F.: "La negociación colectiva informal en la empresa sobre jubilación: algunas reflexiones sobre el principio de igualdad y no discriminación", XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014, pág. 8.

[36] Sin contar con la jubilación parcial "anticipada" que sigue vigente, y aunque tiene un período transitorio para su puesta en vigor tras la reforma, creemos que es una figura que, si se nos permite el símil, esta "herida de muerte" al obligarse al empresario a cotizar por el jubilado parcial como si estuviera trabajando a tiempo completo. Ese encarecimiento de la cotización, producirá el desuso de esta figura, sin duda alguna.

cada año de anticipación (recuérdese que la edad de jubilación puede ser de 65 ó 67 años, según el período previo cotizado). En cualquier caso, no se puede acceder si acreditados los requisitos el importe de la pensión, aplicados los coeficientes reductores por trimestres, fuese inferior a la pensión mínima.

- La jubilación anticipada involuntaria tiene como principal elemento de referencia la extinción del contrato de trabajo en empresas en crisis, ya no hay una referencia a la involuntariedad que conllevan las situaciones legales de desempleo del art. 208 de la LGSS. Los únicos casos previstos son los de despidos colectivos u objetivos por causas económicas o por fuerza mayor, resolución judicial en proceso concursal, y muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual o extinción de la personalidad jurídica contratante o extinción por víctima de violencia de género[37].

En estos supuestos, la edad de jubilación podía anticiparse hasta los 61 años cuando se tengan también 33 años cotizados y aunque el coeficiente reductor era el mismo, esto es, el 7,5%, el mismo se encuentra limitado al 42% como máximo si la edad de jubilación es a los 67 años o al 33% como máximo si la edad de jubilación fuera la de 65 años.

Este sistema respeta los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores en EREs, ERTEs, convenios colectivos o acuerdos de empresa o decisiones de procesos concursales anteriores a la firma del Acuerdo de 2011, e independientemente del momento en que se jubilen anticipadamente se les aplicará la legislación anterior respecto de la que se acordó su jubilación anticipada[38].

[37] No se entiende como extinción involuntaria cualquier otro despido, ni la extinción en base a los arts. 40, 41 y 50 ET, ni expiración del tiempo convenido, ni la extinción durante el período de prueba, y, lo que resulta más llamativo, despidos objetivos o colectivos que no sean por causas económicas. En cambio, Vicente Palacio, A, entiende que el despido colectivo por causas económicas es una expresión "en sentido genérico, omnicomprensivo de toda la variedad de causas vinculadas a la empresa que autorizan el despido colectivo del art. 51.1 ET" ya que todos los trabajadores afectados por las causas del art. 51.1 (o 52 c), en su remisión a éste) su "extinción ha sido también involuntaria y ligada o motivada por la situación de crisis de la empresa", en "Jubilación", AAVV, Dir. Sempere Navarro y Fernández Orrico, *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto,* Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2012, pág. 236.

[38] LA DF 12 ª de la Ley 27/2011 indica que se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta ley), a:

a) Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de la publicación de la Ley 27/2011.

b) Las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito y/o acuerdos colectivos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados o suscritos con anterioridad a la fecha de publicación de la Ley 27/2011 , con independencia de que la extinción de la relación laboral se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013.

- Además, si alguien se jubila anticipadamente por estar topada la pensión, se aplica el coeficiente de 0,25 por trimestre a la cuantía máxima de la pensión.

Todo ello significa, como se apuntó, e independientemente del respeto a los Acuerdos de prejubilación anteriores a la publicación de la Ley 27/2011 (esto es, el 2 de agosto de 2011), por lo que nos interesa, que "tampoco se contemplan como tales los supuestos acordados individualmente con el trabajador mediante acuerdos colectivos o individuales o los contratos de jubilación, que introdujo la LMSS, sino que se considerarán en tal caso, al igual que los demás supuestos de jubilación voluntaria[39].

Además, y abundando en ello, independientemente de que se haya utilizado este motivo de "causas económicas", y cualquiera que haya sido el sistema de selección de los trabajadores afectados en el expediente de regulación de empleo (selección por el empresario o adscripción voluntaria individual) "quedan claramente excluidos en este supuesto los acuerdos –individuales o colectivos de prejubilación- que por su voluntariedad, en su caso, podrían reconducirse al nuevo supuesto previsto en la letra B) del apartado 2 del art. 161 bis LGSS"[40], esto es, la jubilación anticipada voluntaria.

A pesar de que ha desaparecido en la nueva regulación el párrafo que recordaba la "involuntariedad" de las extinciones de contratos de trabajo a través de Acuerdos individuales o colectivos de prejubilación cuando se cumplieran unas determinadas condiciones, se nos plantea una duda en la interpretación realizada por esta doctrina muy autorizada, sin duda. Y es que, podría ocurrir, caso hartamente improbable con la reforma del despido colectivo tras el RD-Ley y la Ley 3/2012 pero técnicamente posible[41], que junto con el plan de recolocación al que se refiere el art. 51.10 ET podría acordarse en el período de consultas un acuerdo social que atenuara las consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, entre las que podría encontrarse un Acuerdo de prejubilación (recuérdese que el art. 51.2 ET pone

[39] Como indica Toscani Giménez, D., en "Las reformas introducidas en la jubilación anticipada por la ley 27/2011" RDDTSS nº 27 de 2011, pág. 216.

[40] Nuevamente, Vicente Palacio, A, op. cit., pág. 238.

[41] Tras la reforma del 2012 las causas económicas no tienen por qué suponer que la empresa se encuentre en una situación de "ruina" económica, puesto que vale con que "se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas", pudiendo la empresa plantear un Acuerdo colectivo de prejubilación para ahorrar costes presentes o futuros. Volvemos a repetir, es improbable ya que en el nuevo procedimiento de regulación de empleo, es la empresa la que tiene la última palabra, pero no es una situación imposible.

ejemplos pero no concreta cuáles han de ser las medidas sociales)[42]. En tales hipotéticos supuestos el trabajador ha visto extinguido su contrato de trabajo por un expediente de regulación de empleo por causas económicas, y por tal involuntariamente, pero al mismo tiempo se vería beneficiado por un Acuerdo de prejubilación y tal situación, no le impediría, a nuestro juicio, acceder a la jubilación anticipada de carácter "involuntario" del art. 161 bis 2 A LGSS.

La única excepción sería, quizás, la establecida por la DA 16ª de la Ley 27/2011, que regula la situación de empresas con beneficios que realizan despidos colectivos, que afecten a trabajadores de más de 50 años a las que se obliga a realizar aportaciones económicas al Tesoro Público, desarrollado por el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. En estos supuesto, claramente, al ser despidos por causas no económicas ya que se trata de empresas con beneficios, el trabajador en edad madura tendría que acudir, en caso de no querer esperar a la edad ordinaria de jubilación, a la jubilación anticipada de carácter voluntario establecida en la letra B del art. 161 bis 2 LGSS.

4.2. La regulación actual tras el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo

Esta norma justifica la modificación de la jubilación anticipada, en su Exposición de Motivos, en la sostenibilidad del sistema de pensiones que precisa *"que los parámetros esenciales que determinan el acceso a la protección o la cuantía de las prestaciones se adecuen a las circunstancias y realidades sociales y económicas en que ese sistema se desenvuelve. Resulta, por tanto, esencial que la edad de acceso tenga en cuenta la variación de la esperanza de vida tanto cuando el acceso se produce a la edad legalmente establecida, como en los supuestos en que el acceso es posible a una edad inferior. En este sentido, las medidas adoptadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, resultaban insuficientes para garantizar la viabilidad del sistema en el largo plazo, al*

[42] De hecho, el cese de los "prejubilables" ya comporta importantes obligaciones económicas para las empresas, como se recuerda, el art. 51.9 ET indica que cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de tales trabajadores. La duración de dicho convenio especial, ex DA 31ª LGSS, abarcará el periodo comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla la edad establecida para la jubilación ordinaria.

permitir un alejamiento paulatino entre la edad legal de jubilación y la edad a la que es posible acceder a una jubilación anticipada, y favorecer, en determinadas ocasiones, las decisiones de abandono temprano del mercado laboral."

Las modificaciones respecto de la regulación de la jubilación anticipada del RD-Ley 5/2013 mantienen la misma estructura: entre jubilación anticipada que deriva de la voluntad del interesado y jubilación anticipada "por causa no imputable al trabajador".

a) Por lo que se refiere a la jubilación anticipada "voluntaria", viene a modificarse la edad, puesto que ahora ya no son los 63 años, sino que se exige una edad inferior a dos años, como máximo, a la edad legal ordinaria de jubilación que corresponda. Ello se realiza de este modo ya que nos encontramos, tras la Ley 27/2011, en un período transitorio hacia los 67 años como edad de jubilación.

De otro lado, se aumentan en dos años, esto es, a 35 años, el período mínimo de cotización exigido para acceder a este tipo de jubilación anticipada.

Finalmente, se establecen coeficientes nuevos (pasando de los dos anteriores a cuatro con esta modificación) teniendo en cuenta que para carreras de seguro inferiores a 38 años y medio se aumenta el coeficiente, lo cual tendrá efectos desincentivadores al obtener pensiones de jubilación más reducidas aún si cabe. El resto de tramos que se añaden sirven para seguir reduciendo cuantías ya que el coeficiente que antes se aplicaba de 1,625% por trimestre "para trabajadores con 38 años y 6 meses cotizados o más", ahora se obtiene cuando se acredite "un período de cotización igual o superior a 44 años y 6 meses", lo que demuestra el reforzamiento de la contributividad para la obtención de tales beneficios.

b) Por lo que se refiere a la jubilación anticipada "involuntaria" o por causa no imputable al trabajador, también viene a modificarse la edad de 61 años mínimos para acceder a la pensión de jubilación anticipada por otro que ha de ser "inferior a 4 años, como máximo" a la edad de jubilación ordinaria. Los motivos son los mismos que expusimos anteriormente, ello es así porque estamos en un período transitorio hacia los 67 años como edad de jubilación.

También se modifican los coeficientes, en este caso mejorándolos según carreras de seguro que demuestre la persona que se quiere jubilar anticipadamente, pasando de 2 a 4 tramos, siendo el más alto si se tiene una carrera de seguro inferior a 38 años y medio y el más bajo si la carrera de seguros es igual o superior al 44 años y seis meses.

Importante modificación es que la involuntariedad ya no es por "crisis o cierre de la empresa" sino por "reestructuración empresarial que impida la continuidad en la relación laboral", ello trae como principal consecuencia la inclusión de las causas organizativas, técnicas y de producción cuando se aplican los arts. 51 y 52 c) del ET a la hora de extinguir los contratos de trabajo.

Exigiendo en tales casos, para poder acceder a la pensión de jubilación anticipada "el acreditar haber percibido la indemnización correspondiente por la extinción del contrato" o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha extinción o indemnización.

Ha de tenerse en cuenta que con esta nueva redacción se justifica, más aún si cabe, nuestra opción interpretativa anterior ya que, sin tratarse exclusivamente de causas económicas[43], admitiéndose las organizativas, técnicas y de producción, sería posible que junto a los expedientes de regulación de empleo se negociaran en Acuerdos sociales con planes de prejubilación, en los que cabría nuevamente la posibilidad de acceso "involuntario" de los prejubilados, ya que son supuestos de reestructuración empresarial que impiden la continuidad de la relación laboral. E incluso podría incluirse ahora, dentro de las extinciones involuntarias, tras el RD-Ley 5/2013, la establecida por la DA 16ª de la Ley 27/2011, que regula la situación de empresas con beneficios que realizan despidos colectivos, que afecten a trabajadores de más de 50 años, ya que sus extinciones no fueron nunca económicas, sino organizativas o técnicas.

Como también dijimos, la eliminación del condicionante de autorización por parte de la Administración laboral competente en el expediente de regulación de empleo tras la reforma del RD-Ley y de la Ley 3/2012 hace quizás más complicada la adopción de este tipo de Acuerdos de prejubilación, ya que la decisión final está en manos del empresario, pero aunque improbables no son situaciones imposibles.

Caso de que ello ocurriera, no podría hablarse de que la extinción del contrato de trabajo fuese voluntaria sino por la "aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva en el marco de un expediente de regulación de empleo"[44], ya que los trabajadores están "compelidos" a aceptar la prejubilación como salida ventajosa de la empresa, siendo, en definitiva, "voluntarios con carácter forzoso"[45] y podría aplicarse en tales casos, por último, la doctrina del TS en su sentencia de 14 de abril de 2010, rec. 790/2009, que reitera la doctrina de que la jubilación anticipada motivada por un expediente de regulación de empleo tiene carácter involuntario.

En fin, si se produce algún supuesto habrá que esperar a lo que digan los Tribunales sobre la voluntariedad o involuntariedad de los ceses de este tipo si la entidades gestoras negaran los beneficios de la jubilación anticipada involuntaria.

[43] Como dijimos, con extinciones contractuales colectivas por causas económicas exclusivamente, es muy difícil, e improbable que no imposible, entender la adopción de un Acuerdo de prejubilación por el coste económico que el mismo conlleva.

[44] Vid., Monereo Pérez, J.L, op. cit., pág. 187.

[45] Vid., Martínez Barroso, M.R., op. cit., págs. 108 y 109.