

## PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

### **SOBRE EL LIMITADO ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA DESDE EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS**

*Sentencia del TSJ de Galicia, de 13 abril de 2012*

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Con fecha de 19 de diciembre de 2005, la relación laboral que el trabajador mantenía con su empresa quedó extinguida por fin de contrato y pasó a percibir la prestación por desempleo desde el 20 de diciembre de 2005 al 19 de diciembre de 2006, permaneciendo desde el 19 de junio de 2007 como demandante de empleo en la oficina pública correspondiente. Meses más tarde, el 23 de enero de 2008, cuando contaba con 61 años de edad, el trabajador solicitó el reconocimiento de una pensión de jubilación acreditando a tales efectos las siguientes cotizaciones: al Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos (RETA), 9.587 días cotizados comprendidos entre el 1 de abril de 1976 al 30 de junio de 2002, y al Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) 1618 días cotizados comprendidos entre el 16 de julio de 2002 y 19 de diciembre de 2006. Sin embargo, el INSS le denegó la pensión solicitada por no entender cumplido el requisito de los 65 años de edad, ni haber ostentado la condición de mutualista por cuenta ajena con anterioridad al 1 de enero de 1967. Motivo por el que el trabajador decidió presentar demanda contra el INSS y la TGSS en reclamación de la pensión de jubilación anticipada.

La sentencia de instancia ratifica la resolución administrativa dando respuesta negativa a la pretensión del actor, quien recurre contra este pronunciamiento denunciando la interpretación errónea y no aplicación del art. 161 bis. 2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) –según la redacción dada al mismo por el art. 3º. Tres de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre– y señalando que reúne las condiciones fijadas en el precepto invocado para poder acceder a la pensión de jubilación anticipada.

\* Profesora Dra. del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**RESUMEN:** La Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 13 de abril de 2012 (Rec. 3436/2008), desestima el recurso de suplicación interpuesto y declara que el trabajador no reúne los requisitos necesarios para acceder anticipadamente a la pensión de jubilación, hasta que el trabajador cumpla los 65 años de edad. Sostiene la citada resolución, en primer lugar, que aun cuando el actor se encontraba afiliado al RGSS en el momento de solicitar la pensión, para acceder a la misma precisó acudir a la normativa reguladora del cómputo recíproco de cotizaciones, resultando de la totalización de los periodos cotizados a efectos carenciales que el Régimen por el que se debía reconocer la pensión era el RETA, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 35 del Decreto 2530/1970 –por el que se regula el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos– y 67 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 –por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del referido Régimen Especial–. En segundo lugar, y siendo el RETA el régimen que debe resolver el reconocimiento de la pensión, se ha de tener en cuenta que en su normativa reguladora no está prevista la jubilación anticipada, sin que pueda entenderse aplicable a los trabajadores autónomos lo dispuesto en el art. 161 bis. 2 LGSS, toda vez que la modalidad de jubilación anticipada que dicho precepto regula se dirige exclusivamente a los trabajadores pertenecientes a los Regímenes que en él se señalan (DA 8ª LGSS), sin que entre ellos se encuentre el RETA ni tampoco el REA por cuenta ajena. Y en tercer lugar que la única excepción regulada en la Ley 47/1998 de, 23 de diciembre, al permitir que el trabajador que haya cotizado a varios regímenes del Sistema y que no reúna en ninguno de ellos todos los requisitos exigidos para acceder a la jubilación anticipada, pueda obtenerla en aquel régimen donde acredite un mayor número de cotizaciones aunque dicho régimen no la prevea (como sucede en el RETA), exige en todo caso que el interesado hubiera ostentado la condición de mutualista a 1 de enero de 1967 o con anterioridad, sin que tal requisito concurra en el actor.

#### ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO PREVIO: LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN COMPETENTE PARA RECONOCER LA PRESTACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE PLURIACTIVIDAD SIMULTÁNEA O SUCESIVA
2. LA IMPOSIBILIDAD DE CAUSAR ANTICIPADAMENTE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DESDE EL RETA POR VÍA DEL ART. 161 BIS.2 LGSS
3. EL ACCESO DESDE EL RETA A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA TRANSITORIA PROCEDENTE DEL ANTIGUO MUTUALISMO LABORAL: UN SUPUESTO ESPECIAL Y RESIDUAL CONTEMPLADO EN LA LEY 47/1998, DE 23 DE DICIEMBRE
4. REFLEXIÓN FINAL

## 1. PLANTEAMIENTO PREVIO: LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN COMPETENTE PARA RECONOCER LA PRESTACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE PLURIACTIVIDAD SIMULTÁNEA O SUCESIVA

Como hemos adelantado, aunque la cuestión litigiosa consiste en determinar si el trabajador reúne todos los requisitos jurídicamente exigidos para poder jubilarse anticipadamente, es necesario dilucidar previamente qué régimen de la Seguridad Social es el competente para otorgar la prestación, al tratarse de un trabajador que acredita haber cotizado de manera sucesiva tanto al RETA como al RGSS según se desprende de las circunstancias fácticas anteriormente expuestas.

Para tal cometido, la sentencia comentada se atiene a la doctrina marcada por el TS en sus Sentencias –entre otras– de 12 de mayo de 1999 (Rec. 3459/1998), de 21 de septiembre de 2006 (Rec. 3506/2005), y de 21 de enero de 2009 (Rec. 208/2008), en las que se resuelve la cuestión sobre qué régimen de la Seguridad Social debe reconocer la pensión de jubilación cuando el trabajador ha cotizado a lo largo de su vida laboral en el RGSS y en el RETA, y no acredita en ninguno de estos regímenes por separado las cotizaciones necesarias para causar derecho a la pensión, pero si reúne cotizaciones suficientes en el uno y en el otro sumándolas todas. De manera que, en línea con el razonamiento seguido en los referidos pronunciamientos por el Alto Tribunal, entiende el TSJ de Galicia que la solución a dicha cuestión viene dada por el contenido del art. 35 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto (regulador del Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos), en el que se dispone con carácter general el cómputo recíproco de cotizaciones entre el RGSS y el RETA –en criterio que fue después extendido a todo el sistema de la Seguridad Social por el Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre–, incluyendo de otra parte las siguientes salvedades:

En el apartado a) establece que para que el trabajador pueda causar derecho a la pensión en el régimen en el que estaba cotizando, es imprescindible que reúna los requisitos de edad, períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto las cotizaciones efectuadas exclusivamente en dicho régimen. Situación que no se da en el supuesto aquí debatido dado que el trabajador no acredita en el RGSS, como régimen al que estaba cotizando en el momento de producirse la jubilación, el período de carencia necesario para causar derecho a la prestación computando únicamente las cotizaciones abonadas a dicho régimen tal y como el precepto exige “inexcusablemente”.

En el apartado b) se prevé que cuando no se cumplen estos requisitos en el régimen en el que se halle cotizando el trabajador, éste causará derecho a la

pensión en el régimen en el que hubiera cotizado anteriormente, siempre que en el mismo reúna los requisitos de edad, períodos de carencia o cualesquiera otros que en aquél se exijan. Circunstancias éstas que tampoco concurren en el actor, al no acreditar la carencia exigida en el RETA contempladas de forma aislada las cotizaciones al mismo.

Y por último, el apartado c) dispone que cuando el trabajador no hubiera reunido en ninguno de los regímenes por separado los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, se sumarán a tal efecto las cotizaciones correspondientes a todos, y la pensión se otorgará por el régimen en el que se hayan acreditado mayor número de cotizaciones. Por lo que siendo éste el supuesto en el que se halla el solicitante de la pensión –dado que sumadas las cotizaciones efectuadas en ambos regímenes reúne la carencia precisa para causar la prestación en cualquiera de ellos– señala la sentencia comentada que se habrá de aplicar lo que dicho apartado dispone para el indicado caso, esto es, que la pensión deberá ser reconocida conforme a la normativa propia del régimen en el que se acrediten mayor número de cuotas, siendo éste régimen en nuestro caso el RETA.

Además añade la sentencia, a fin de reforzar tal conclusión, que aunque ciertamente pudiera haberse optado por otras soluciones, como la de que la pensión se otorgue por el régimen en el que el trabajador se hallara cotizando en el último período de su vida laboral, o por aquel en el que, estando en alta, se hubiera acreditado un número mínimo de cotizaciones”, la norma es clara inequívoca al decantarse por “el criterio de otorgar el reconocimiento de la pensión a aquel régimen en el que el interesado tenga acreditado mayor número de cotizaciones”. Solución ésta que el Tribunal considera adecuada a la cuestión litigiosa planteada, descartando cualquier otra interpretación correctora de la norma porque en algunos casos pueda resultar más favorable al beneficiario.

## **2. LA IMPOSIBILIDAD DE CAUSAR ANTICIPADAMENTE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DESDE EL RETA POR VÍA DEL ART. 161 BIS.2 LGSS**

Una vez que se declara que la pensión debe ser reconocida conforme a la normativa propia del RETA –por ser éste el régimen en donde se ostenta el mayor número de cotizaciones– el TSJ de Galicia descarta la posibilidad de que el actor pueda acceder a la modalidad de jubilación anticipada regulada en el art. 161 bis. 2 LGSS y arts. 1 y 2 del RD 1132/2002, de 31 de octubre, a favor de los desempleados de avanzada edad que cumplan determinadas circunstancias: tener cumplidos los 61 años de edad, haber cesado involuntariamente en la actividad que vinieran desempeñando (situación que, en todo caso, se enten-

derá producida cuando la relación laboral se haya extinguido por alguna de las causas que dan origen a la situación legal de desempleo *ex art.* 208.1.1 LGSS), y acreditar 6 meses de inscripción en la oficina de empleo y 30 años de cotización efectiva<sup>1</sup>.

En una primera aproximación tales presupuestos materiales parecen concurrir en el supuesto enjuiciado, pues como se hace constar en los hechos probados, en el momento de solicitar la pensión (23 de enero de 2008) el trabajador contaba con 61 años de edad, llevaba más de 6 meses inscrito como demandante de empleo (desde el 19 de junio de 2007) tras haber percibido la prestación por desempleo debido al cese involuntario en su actividad por cuenta ajena por fin de contrato, y reunía el periodo de carencia exigido totalizando las cotizaciones realizadas tanto al RETA como al RGSS (9.587 días cotizados al RETA y 1618 días en el RGSS).

Sin embargo, el hecho de que la pensión deba ser causada aplicando la normativa reguladora del RETA impide que el trabajador pueda obtenerla antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación (situada en los 65 años con carácter general hasta el 1 de enero 2013<sup>2</sup>), pues como a este respecto recuerda el

<sup>1</sup> Téngase en cuenta que algunos de los requisitos exigidos por el art. 161 bis. 2 LGSS para acceder a esta modalidad de jubilación anticipada han sido modificados con motivo de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto de 2011). De forma que a partir del 1 de enero de 2013, fecha de entrada en vigor de la nueva redacción dada a dicho precepto por el art. 5 de la citada Ley (Disposición final 12ª Ley 27/2011), será necesario acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años (y no de 30 como se ha exigido hasta el momento), y se limitan las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho a esta forma de jubilación anticipada, no contemplándose ya todas las situaciones legales de desempleo del art. 208 LGSS.

<sup>2</sup> Hasta el momento, la edad mínima exigida en el RETA para causar derecho a la pensión de jubilación ordinaria se ha situado en los 65 años *ex arts.* 43 Decreto 2530/1970 y 89 Orden de 24 de septiembre de 1970, coincidiendo así con la fijada por el art. 161.1 a) LGSS para el RGSS pese a la falta de remisión expresa de la DA 8ª LGSS a este precepto. Pero como es sabido, la elevación de esta edad mínima u ordinaria de jubilación ha constituido uno de los principales cometidos de la reforma efectuada sobre nuestro Sistema público de pensiones por la Ley 27/2011. Por lo que a partir del 1 de enero del 2027, la edad ordinaria de jubilación pasará a ser de 67 años para los trabajadores que acrediten cotizaciones a partir del periodo mínimo de cotización exigido de 15 años, y se mantendrá en 65 años tan sólo para aquéllos que acrediten al menos 38 años y 6 meses de cotización al Sistema. Así se desprende de la nueva redacción dada al art. 161.1 LGSS por el art. 4.1 de la Ley 27/2011, cuya aplicación ahora sí se extiende a todos los regímenes del Sistema por expresa remisión de la DA 8ª.1 LGSS –modificada a tal efecto por la DF 8ª de la Ley 27/2011-. Aunque con la finalidad, entre otras, de suavizar el impacto socio-político de estos nuevos requisitos de acceso a la pensión ordinaria de jubilación, el art. 4.2 Ley 27/2011 incorpora a su vez la DT 20ª a la LGSS, ordenando que la implantación de los mismos se realice de forma paulatina y gradual en el periodo comprendido entre 2013 y 2027. De forma tal que, de un lado, el paso de 65 a 67 años iniciará su elevación en los 65 años y 1 mes para el año 2013, incrementándose a un ritmo de 1 mes por año hasta el 2018 y de dos meses por año

Tribunal citando a la STS de 21 de enero de 2009 (Rec. 208/2008), la jubilación anticipada prevista en el art. 161 bis. 2 LGSS para el RGSS, es un beneficio que tan sólo ha sido extendido por la DA 8ª.3 LGSS (Normas aplicables a los Regímenes Especiales) a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón y de los Trabajadores del Mar, sin incluir a los trabajadores por cuenta propia del RETA.

Ahora bien, resulta destacable que para las mismas situaciones de pluriactividad sucesiva pero en relación con la conocida como «jubilación parcial anticipada», el TS haya declarado en sus Sentencias de 20 de enero y 20 de mayo de 2009 (Rec. 4605/2005 y 2860/2008)<sup>3</sup>, que no debe excluirse del acceso a esta modalidad de jubilación a quienes, estando adscritos al RGSS en el momento del hecho causante y cumpliendo los requisitos para acceder a ella, deban sin embargo jubilarse conforme a la normativa del RETA y no del RGSS, al no reunir en ninguno de ellos por separado la carencia necesaria para lucrar la prestación y ser mayor la cotización realizada en el RETA.

A este respecto se debe recordar que, aun cuando la jubilación parcial anticipada regulada en el art. 166.2 LGSS y RD 1131/2002, de 31 de octubre, sí se encuentra extendida a los trabajadores por cuenta propia del RETA *ex* DA 8ª.4 LGSS, la efectividad de este reconocimiento legal queda supeditada por la propia disposición legal a los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan, sin que a día de hoy se haya producido ese necesario desarrollo reglamentario que haga viable para este colectivo el ejercicio del derecho a la jubilación parcial. Por lo que en principio cabe interpretar, en línea con la postura mantenida por el propio TS con respecto a la jubilación anticipada total, que de ser el RETA el régimen competente para otorgar la pensión de jubilación *ex* art. 35 Decreto 2530/1970, por reunirse en él el mayor número de cuotas, no se podrá anticipar su percibo parcialmente al tratarse de una posibilidad no contemplada en su normativa reguladora.

Sin embargo, no es ésta la solución adoptada para este caso por el Alto Tribunal, quien sostiene que lo decisivo para causar derecho a la jubilación parcial anticipada, cuando ha existido una previa situación de pluriactividad

desde el 2019 al 2027, fecha a partir de la cual serán exigibles, como regla general, los 67 años de edad. Y de otro lado, el nuevo periodo de cotización requerido para seguir accediendo a la jubilación ordinaria a la edad tradicional de 65 años, se fijará para el año 2013 en 35 años y 3 meses y se elevará progresivamente a un ritmo de 3 meses por año hasta alcanzar los 38 años y 6 meses que se exigirán a partir del 2027.

<sup>3</sup> Comentan estas sentencias González De Patto, R. M.: «Jubilación Parcial y pluriactividad sucesiva RETA- Régimen General: un relevante cambio de criterio de la doctrina unificada», *Temas Laborales*, núm. 101, 2009, págs. 267- 280; y Fernández Díez, A.: «La jubilación parcial de un trabajador, en alta en el régimen general, que genera derecho a jubilarse en el RETA», *Información Laboral*, núm. 6, 2009, págs. 2- 6.

sucesiva, no es qué régimen de Seguridad Social deba proceder, conforme a las cotizaciones realizadas, al reconocimiento de la prestación, sino que al tiempo de su solicitud el trabajador detente la condición de asalariado, esté de alta en el RGSS (o en cualquier otro que integre a trabajadores por cuenta ajena), y reúna las condiciones exigidas por el art. 166.2 LGSS y RD 1131/2002 para tener derecho a la misma. Siendo así que, en el supuesto inverso de que el trabajador se encontrara de alta en el RETA en el momento de su solicitud, la aplicación de este criterio de la vinculación próxima y actual al RGSS también impediría generar derecho a ella aunque fuera este último régimen el competente para su reconocimiento conforme a lo dispuesto en el art. 35 Decreto 2530/1970.

Y añade además esta tesis jurisprudencial –apoyada igualmente por un sector doctrinal– que en este sentido de diferenciar entre el concepto de trabajador por cuenta ajena a los efectos de reconocer la prestación de jubilación parcial, y el régimen a cuyo cargo corra el pago de dicha prestación, se enmarca la redacción del art. 166.2 LGSS cuando exige, a parte de otros requisitos como el de edad y reducción de jornada, acreditar un periodo previo de cotización de 30 años sin que se requiera que dichas cotizaciones sean al RGSS.

De manera que, cuando se trata de acceder a la jubilación anticipada parcial, la jurisprudencia apuesta por una aplicación flexible de lo establecido en art. 35 Decreto 2530/1970, y defiende que dicha norma referente al cómputo recíproco de cotizaciones debe ser interpretada en un sentido favorable al trabajador, sin que el hecho de que sea el RETA el régimen a cuyo cargo corra el pago de la pensión pueda condicionar el acceso a esta modalidad de jubilación. Es decir, mantiene para estos casos una postura claramente contraria a la que adopta cuando el derecho que se pretende causar, recurriendo al cómputo recíproco de cuotas, es la jubilación anticipada total, ya que como se aprecia en la sentencia comentada, en este último supuesto se aboga por una aplicación estricta del art. 35 Decreto 2530/1970 sin perjuicio de que con ello se pueda llegar a una solución más desfavorable para el solicitante de la pensión.

Por lo que en definitiva cabe afirmar que, en tanto que la jubilación anticipada total siga siendo un figura ajena al ámbito de acción protectora del RETA (circunstancia que no parece cambiar tras la Ley 27/2011, toda vez que ninguna de las modificaciones introducidas sobre esta institución por su art. 5 altera el ámbito subjetivo de aplicación del art. 161 bis. 2 LGSS), su acceso permanecerá vedado para cualquier trabajador que daba quedar sometido a la normativa propia de este Régimen Especial a los efectos del reconocimiento de la pensión. Y ello aun cuando en el momento de su solicitud, el trabajador se encuentre afiliado al RGSS y cumpla el resto de requisitos que establece el art. 161 bis. 2 y el RD 1132/2002 (arts. 1 y 2) para beneficiarse de esta modalidad de jubilación.

### 3. EL ACCESO DESDE EL RETA A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA TRANSITORIA PROCEDENTE DEL ANTIGUO MUTUALISMO LABORAL: UN SUPUESTO ESPECIAL Y RESIDUAL CONTEMPLADO EN LA LEY 47/1998, DE 23 DE DICIEMBRE

Descartada la posibilidad de que el trabajador pueda recurrir la jubilación anticipada regulada en el art. 161 bis. 2 LGSS, el Tribunal plantea si es jurídicamente viable que el trabajador pueda devengar anticipadamente la pensión en base a lo dispuesto en la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social en determinados casos especiales.

Con dicha Ley –en la que quedó convalidado el Real Decreto-ley 5/1998, de 29 de mayo– se permitió por primera vez en el RETA causar la pensión de jubilación sin necesidad de haber cumplido la edad ordinaria exigida con carácter general a tal efecto. Pero como ya señalara en su día la STSJ de Aragón, de 26 de diciembre de 2000 (Rec. 30/2000) su promulgación no supuso la creación de ninguna modalidad de jubilación anticipada de forma específica para el RETA. Más bien abrió la posibilidad de que los trabajadores que hubieran pertenecido al antiguo Mutualismo Laboral, pudieran acceder a la jubilación anticipada transitoria que para ellos siguen manteniendo algunos regímenes del Sistema<sup>4</sup> (como es el RGSS, el Régimen Especial de Trabajadores de la Minería del Carbón o el Régimen Especial de Trabajadores del Mar<sup>5</sup>), aun cuando la pensión tuviera que ser reconocida, por aplicación de las

<sup>4</sup> Este modalidad de jubilación anticipada se estableció en su momento, y se ha mantenido, con el objetivo de salvaguardar los derechos expectantes de quienes pertenecieron a alguna de las Mutualidades Laborales de trabajadores por cuenta ajena antes de la implantación del Sistema actual (1 de enero de 1967), al elevarse la edad de jubilación de los 60 (edad que contemplaban los Reglamentos de dichas Mutualidades) a los 65 años. Sobre esta materia, vid, entre otros, Salvador Pérez, F.: «La racionalización de la pensión contributiva de jubilación», *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 12, 1998, págs. 74-76; López Cumbre, L.: «Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico de las jubilación anticipadas», *Tribuna Social*, n.º 94, 1998, pág. 26; y Desdentado Bonete, A. y Durán Heras, A.: «Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extraordinario, 2003, pág. 55.

<sup>5</sup> Para los trabajadores por cuenta ajena del RGSS, el acceso a esta modalidad de jubilación a partir de los 60 años de edad se encuentra regulada en la DT 3ª.1 párrafo 2ª de la LGSS. En el Régimen Especial de Trabajadores de la Minería del Carbón, la jubilación anticipada transitoria por tener la condición de mutualista se prevé (también a partir de los 60 años y con aplicación de coeficientes reductores) para aquellos trabajadores que estuvieran comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial el día 1 de abril de 1969 y fueran cotizantes de alguna de las Mutualidades Laborales del Carbón en 31 de marzo de dicho año o en cualquier otra fecha con anterioridad, o para quienes hubieran tenido la condición de mutualistas en otra Mutualidad



reglas sobre cómputo recíproco de cuotas, en base a la normativa de un régimen que no admitiera dicha modalidad de jubilación<sup>6</sup>.

De manera que, a tenor de lo previsto en la Ley referida, los regímenes especiales que en su regulación propia no reconocían esta forma de acceso anticipado a jubilación –entre ellos el RETA, el Régimen Especial Agrario o el Régimen Especial de Empleados de Hogar<sup>7</sup>– vieron ampliada su acción protectora permitiendo la jubilación en su seno a quienes no habían cumplido la edad ordinaria requerida para causar derecho a la pensión<sup>8</sup>. Aunque en cualquier caso, y a poco que se aprecien las condiciones que para ello habrán de concurrir en el trabajador, y que se especifican a continuación, resulta evidente que

Laboral de Trabajadores por cuenta ajena en 1 de enero de 1967 o en cualquiera otra fecha con anterioridad (DT 7ª.7 de la Orden de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, BOE de 24 de abril de 1973). Para el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, esta posibilidad de jubilación anticipada se regula a partir de los 55 años, para los trabajadores del mar ordinarios, o 60, en el caso de estibadores portuarios, siempre que estuvieran en alta en el Montepío Marítimo Nacional y Cajas de Previsión de los Trabajadores Portuarios en la fecha de entrada en vigor de este Régimen Especial o en cualquier otra fecha con anterioridad, y siendo de aplicación en ambos casos el coeficiente reductor del 7% por cada año anticipado (art. 1 de la Orden de 3 de enero de 1977, por la que se desarrolla lo dispuesto en la norma segunda de la disposición transitoria tercera del Reglamento General de la Ley 116/1969, sobre Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, BOE de 28 de enero de 1977).

<sup>6</sup> Adviértase que, antes de la aprobación de la Ley 47/1998 –por la que se convalidó el Real Decreto-Ley 5/1998, de 29 de mayo– existió una contradictoria práctica administrativa a la hora de reconocer, mediante la aplicación de las reglas reguladoras del cómputo recíproco de cuotas, el acceso a la jubilación anticipada transitoria prevista para el RGSS en la DT 3ª.1.2ª LGSS a los trabajadores por cuenta propia del RETA y del Régimen Especial Agrario. Acerca de esta polémica vid. Comas Barceló, A.: «La Jubilación Anticipada por tener la Condición de Mutualista en el Sistema de Seguridad Social: un Enfoque Realista», *Foro de Seguridad Social*, nº 10, 2003, págs. 4- 16; y Cervilla Garzón, MJ.: *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el Sistema español de Seguridad Social*, Monografías de Temas Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Mergablum, Sevilla, 2005, págs. 205- 212.

<sup>7</sup> El hecho de que en ninguno de estos Regímenes se regularan mecanismos similares de jubilación anticipada transitoria se debió fundamentalmente a que, ninguna de sus respectivas Mutualidades precedentes, reconoció la posibilidad de jubilación anticipada anterior a los 65 años que justificara el mantenimiento de tal derecho con carácter transitorio tras la configuración de los mismos. Así lo afirma Ballester Pastor, M. A.: *El cómputo recíproco de cotizaciones en el Sistema español de Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 200. En este mismo sentido, y con respecto al RETA, se pronuncia la STS de 12 de junio de 1992 (RJ 1992, 8276), y la STSJ de Cantabria de 29 de septiembre de 1994.

<sup>8</sup> Pese a que la Ley 47/1998 entró en vigor el mismo día en que fue publicada, es decir, el 29 de diciembre de 1998, su DF 2ª contempló la posibilidad de que pudiera aplicarse a las pensiones de jubilación cuyo hecho causante se hubiera producido a partir del 1 de abril de 1998, reproduciendo así lo que ya había sido establecido por la DF 2ª del Real Decreto-Ley 5/1998.

se trata de una vía de acceso anticipado a la jubilación bastante excepcional, cada vez más residual y de pronta expiración natural<sup>9</sup>.

1. En primer lugar será preciso haber cotizado en dos o más regímenes de la Seguridad Social, sucesiva o alternativamente, y no reunir en ninguno de ellos, aisladamente considerados, todos los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación, considerando únicamente las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes a los que se haya cotizado.

En este caso, y como la misma Ley 47/1998 viene a especificar en su art. Único.1 párrafo 2º, la pensión de jubilación será reconocida en aquél régimen en el que se acredite el mayor número de cotizaciones, aplicando sus normas reguladoras y computando, como cotizadas al mismo, la totalidad de las que acredite el trabajador. Por lo que de ser este régimen el RETA tal y como ocurre en el supuesto enjuiciado, esta solución –que no es otra que la establecida para este mismo supuesto por las reglas del cómputo recíproco de cotizaciones [art. 35. 2 c) Decreto 2530/1970]<sup>10</sup>– impediría *a priori* al trabajador menor de 65 años acceder a la jubilación anticipada transitoria, al no ser ésta una opción expresamente permitida en sus propias normas reguladoras.

Sin embargo, la particularidad reside aquí en que, pese a ello, es decir, pese a que el interesado incumpla la edad mínima exigida para causar derecho a la pensión de jubilación en el régimen por el que deba resolverse, por ser en el que mayor volumen de cuotas acredite, la Ley 47/1998 mantiene la posibilidad de que le sea reconocida anticipadamente por dicho régimen, siempre y cuando haya estado afiliado a algún otro que sí admita la jubilación anticipada transitoria (en los términos que a continuación se detallan), y tenga cumplida a edad que en éste se exija para solicitarla (con carácter general a partir de los 60 años).

2. El segundo requisito hace referencia, por tanto, a la necesidad de que el trabajador haya estado vinculado durante un periodo de tiempo considerable de su vida laboral a algún régimen en el que se reconozca el beneficio de la jubilación anticipada transitoria –o a sus precedentes o a regímenes de Seguridad

<sup>9</sup> Es evidente que la exigencia de tener la condición de mutualista a 1 de enero de 1967, limita cada vez más el ámbito personal de aplicación de esta modalidad de jubilación, pues téngase en cuenta que aquellos trabajadores que el 1 de enero de 1967 comenzaron a trabajar a los 16 años en 2013 cumplirán 62 años de edad. Así en, Jover Ramírez, C.: «El informe sobre la protección por cese de actividad: promoción del trabajo autónomo, prestación y jubilación, gestión y régimen sancionador», *Documentación Laboral*, núm. 87, 2009, pág. 125.

<sup>10</sup> Indica este precepto que «cuando el trabajador no hubiese reunido en ninguno de los Regímenes, computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos. En tal caso, la pensión se otorgará por el Régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones».

Social extranjeros–, sin perjuicio de que no sea aquél en el que se hayan efectuado el mayor número de cotizaciones.

Concretamente, la Ley limita el acceso a este tipo de jubilación –bajo el fundamento de responder a los principios de contribución y proporcionalidad que deben regir el sistema de la Seguridad Social, y cuya potenciación constituye uno de los puntos básicos del Pacto de Toledo (Exposición de Motivos Ley 47/1998)– a aquellos trabajadores que hayan ingresado en algunos de esos regímenes al menos la cuarta parte de las cotizaciones totalizadas a lo largo de sus respectivas vidas laborales<sup>11</sup>. Requisito éste que será flexibilizado cuando el solicitante tengan una carrera de seguro de 30 o más años, pues en este caso será suficiente con que acredite un mínimo de 5 años cotizados en dichos regímenes del Sistema; lo que implica que cuando menor sea el periodo total de cotización de un trabajador, mayores dificultades tendrá para acceder a esta forma de jubilación al ser mayor el número de cotizaciones que deberá de acreditar como asalariado.

Además, en cuanto a las cotizaciones que se han de considerar computables para completar cualquiera de estos dos periodos de carencia –que en ningún caso podrán ser atemperados o relativizados– la jurisprudencia ha matizado que dado que la Ley se refiere literal y exclusivamente a «cotizaciones acreditadas», tan sólo se podrán tener en cuenta las cotizaciones reales o efectivas y no las ficticias. Por ello se han venido declarando como cotizaciones no computables las establecidas por la DT 2<sup>o</sup>.b) de la Orden de 18 de enero de 1967<sup>12</sup>, ya que el abono de años y días de cotización que en ella se prevé, en función de la edad que tuviese el interesado a 1 de enero de 1967, es simplemente una «ficción legal» que únicamente sirve para mejorar el porcentaje de la pensión de jubilación a la que con carácter previo se tenga derecho, pero no para conseguir su reconocimiento inicial<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> STSJ de Cataluña, de 6 de marzo y de 15 de mayo de 2000 (Rec. 891/1988 y 7211/1999).

<sup>12</sup> A fin de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación por razón de los años cotizados, dicho precepto ordena añadir, a las cotizaciones reales acreditadas a 1 de enero de 1967, las ficticias que correspondan con arreglo a una escala que en él se contempla teniendo en cuenta la edad del beneficiario en aquella fecha.

<sup>13</sup> Añade además la STSJ de Cataluña, de 21 de junio de 2001 (Rec. 9457/2000), que las cotizaciones ficticias establecidas en la DT 2<sup>o</sup>.3.b) de la Orden de 18-1-1967, «resultan inaplicables por la simple razón, a efectos exclusivamente dialécticos, de que si el legislador hubiera querido que se tomaran en cuenta, cualquier persona que hubiera cotizado un solo día con anterioridad al 1-1-1967 en el RGSS tendría derecho a la jubilación anticipada en el RETA, ya que por ese sólo hecho a una persona que cumplía 60 o más años de edad en el año 1998 se le abonaban un mínimo de 5 años y 178 días, lo que le suponía cumplir en la casi totalidad de los casos los requisitos de jubilación anticipada del artículo único.2.b) de la Ley 47/1998». En esta misma línea se manifiestan las SSTSJ de Cataluña, de 15 de mayo de 2000 y de 11 de mayo de 2004 (Rec. 8314/2003).

E igualmente cabría entender, en base a este mismo razonamiento, que los días de cotización ficticios por pagas extraordinarias (días-cuota), tampoco tendrán validez para completar estos periodos de carencia; sobre todo si se tiene en cuenta que actualmente el art. 161.1 b) LGSS (conforme a la redacción dada a este precepto por la Ley 40/2007) veda su utilización a efectos de computar el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la pensión de jubilación ordinaria.

3. Y en tercer y último lugar será indispensable que el autónomo haya ostentado la condición de mutualista por cuenta ajena en el Sistema del Mutualismo Laboral a 1 de enero de 1967 o con anterioridad<sup>14</sup> (o en la fecha que se determine en sus respectivas normas reguladoras respecto a los regímenes o colectivos que contemplen otra distinta<sup>15</sup>). Situación a la que se asimilará la de los trabajadores que, sin haber estado afiliados a una Mutualidad Laboral de trabajadores por cuenta ajena antes del 1 de enero de 1967, certifiquen por algún país extranjero periodos cotizados con anterioridad a dicha fecha en razón de actividades realizadas en el mismo que, de haberse efectuado en España, hubieran determinado su inclusión en alguna de las Mutualidades Laborales que dieron derecho a este tipo de jubilación anticipada<sup>16</sup>, y que deban

<sup>14</sup> Como señala al respecto Algaza Rui, I.: «La jubilación anticipada: reflexiones a la luz de la última reforma», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 79, 2009, pág. 41, nuestros Tribunales han considerado que la condición de haber formado parte del antiguo Servicio del Mutualismo Laboral se entiende cumplida respecto de quienes hubieran estado integrados en la Mutualidad Nacional de Trabajadores Españoles en Gibraltar, en la Mutualidad Nacional de Enseñanza Primaria, en la Mutualidad de Empleados de Notarías, en la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, en el Montepío Marítimo Nacional o en las Cajas de Previsión de los estibadores portuarios, en la Caja de Seguros de Guinea (dado el carácter colonial que entonces tenía en aquel territorio) y también es aplicable a los pescadores de bajura<sup>28</sup>. Mientras que, por el contrario, no puede entenderse equiparada al Mutualismo Laboral la afiliación a la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria, al Montepío Nacional del Servicio Doméstico, a la Caja de Pensiones de Renfe, o la inscripción en el Colegio de Agentes Comerciales con la consiguiente cobertura de la Mutualidad de Previsión. A este respecto, la STSJ de Valencia, de 10 de septiembre de 2004 (Rec. 2397/2004) dejó sentado que «no se puede considerar pertenencia al Mutualismo Laboral el alta o cotización a los seguros sociales unificados, ni al Régimen Agrario, ni el trabajo sin cotización».

<sup>15</sup> La fecha del 1 de enero de 1967 se entiende sustituida por la del 14 de julio de 1967 para los trabajadores de RENFE o el 19 de diciembre de 1969, en el supuesto de FEVE y otras Compañías Concesionarias de Ferrocarriles de Uso Público; la de 1º de agosto de 1970 para los trabajadores de los sectores marítimo-pesqueros ó la del 31 de marzo de 1969, para el colectivo incluido en el Régimen Especial de Trabajadores de la Minería del Carbón.

<sup>16</sup> Para Panizo Robles, J. A., esta precisión conlleva a su vez a la necesidad de que, en el momento de ejecución de la actividad por cuenta ajena en el extranjero, ya estuviera constituida en nuestro país la Mutualidad Laboral correspondiente; y ello en tanto que, de no ser así, no se habría tratado de una actividad cuya realización en España, en ese momento, hubiera dado lugar a la inclusión en una Mutualidad Laboral, «El final de una polémica: las nuevas reglas sobre la anticipación de la edad de jubilación (a propósito del Real Decreto- ley 5/1998, de 29 de mayo)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 14, 1999, pág. 78.

ser tomadas en consideración en virtud de las normas de Derecho Internacional (bien por aplicación de convenio internacional existente con el país donde se desempeñó el trabajo o bien por aplicación del Reglamento Comunitario 1408/1971<sup>17</sup>).

En el caso de que todos estos requisitos descritos concurrieran en el solicitante de la pensión de jubilación anticipada, el art. Único. 3 de la Ley 47/1998 establece que ésta le será reconocida conforme a las normas específicas del régimen en el que acredite mayor número de cotizaciones. Por lo que suponiendo que éste sea el RETA el trabajador deberá de cumplir, además, con la exigencia de estar al corriente en el pago de sus cuotas a este Régimen Especial en el momento del hecho causante (DA 39ª LGSS). Siendo igualmente necesario, con independencia del régimen en que se deba causar la prestación, que se halle en situación de alta o asimilada al tiempo de la solicitar la pensión, pues a este respecto se ha de recordar que la posibilidad de exceptuar el cumplimiento de este condicionante, *ex art.* 161.3 LGSS, sólo opera para el caso en que se acceda a la pensión de jubilación ordinaria<sup>18</sup>.

Sin embargo, aunque en el supuesto enjuiciado el trabajador cumple con los dos primeros condicionantes definidos, el Tribunal declara inviable la aplicación de la referida modalidad de jubilación anticipada (que se corresponde con la contemplada con carácter transitorio para los trabajadores del RGSS en la DT 3ª.1.2ª LGSS), al no haber estado afiliado a ninguna Mutualidad laboral de trabajadores por cuenta ajena con anterioridad al 1 de enero de 1.967, pues según se declara en los hechos probados las primeras cotizaciones del actor datan del 1 de abril de 1.976 y fueron al RETA.

De modo que la exigencia de haber ostentado la condición de mutualista no es sólo indispensables para poder lucrar anticipadamente la pensión de jubila-

<sup>17</sup> Según el art. 45.1 del Reglamento (CEE ) 1408/71 del Consejo de 14 de Junio de 1971 (relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad): «Cuando, en virtud de un régimen que no sea un régimen especial de acuerdo con los apartados 2 ó 3, la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de que hayan sido cumplidos determinados períodos de seguro o de residencia, la institución competente de dicho Estado miembro tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro, ya sea en un régimen general o especial aplicable a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. Para ello, tendrá en cuenta dichos períodos como si se tratara de períodos cumplidos de acuerdo con la legislación que aplique».

<sup>18</sup> No es posible acceder a la jubilación anticipada si, en el momento del hecho causante, el interesado no se encuentra en situación de alta o de situación asimilada a la de alta (STS 10 de mayo de 2005).

ción con cargo al RETA<sup>19</sup>, también es indicativa de que la jubilación anticipada a la que se podrá tener acceso desde este Régimen en base a las reglas especiales de la Ley 47/1998 es únicamente la transitoria, sin que dichas reglas que comportan una modulación de las normas generales sobre cómputo recíproco de cuotas, puedan considerarse también aplicables a cualesquiera otras modalidades de anticipación de la edad ordinaria de jubilación que pueda contemplar nuestro Sistema, como es la regulada en el art. 161.bis. 2 LGSS<sup>20</sup>.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

A pesar de la progresiva equiparación que ha ido experimentando la acción protectora del RETA con respecto a la del RGSS en lo concerniente a la protección de la jubilación, lo cierto es que ha sido una constante en el legislador su negativa a extender y hacer viable para los trabajadores de este Régimen Especial el amplio elenco de modalidades anticipatorias de jubilación que, pese a las continuas críticas que han suscitado por los elevados costes que parecen representar para el Sistema, y las recientes políticas sociales promovedoras de la prolongación de la vida activa, persisten en la actualidad para los trabajadores por cuenta ajena.

Así ha venido ocurriendo en relación a la jubilación anticipada contenida en el art. 161 bis. 2 LGSS para los trabajadores desempleados, la jubilación anticipada de quienes hubieran ostentando la condición de mutualistas en cualquier Mutualidad laboral de trabajadores por cuenta ajena (DT 3<sup>a</sup>.1.2<sup>a</sup> LGSS y 1<sup>a</sup>.9 Orden de 18 de enero de 1967) –salvo en el caso especial contemplado por la Ley 47/1998, de 23 de diciembre– o la jubilación especial a los 64 años prevista para los trabajadores asalariados que fueran sustituidos por otros trabajadores (DF 4<sup>a</sup> LGSS y RD 1194/1985, de 17 de julio); si bien esta última

<sup>19</sup> Criterio asimismo seguido, entre otras, por la STS de 21 de enero de 2009 (Rec. 208/2008), STSJ de Madrid, de 22 de septiembre de 2009 (Rec. 2347/2009), STSJ de Cataluña, de 26 de enero de 2011 (Rec. 4095/2010) y la STSJ de Extremadura, de 12 de julio de 2011 (Rec. 266/2011).

<sup>20</sup> De hecho, el RD 1132/2002, de 31 de octubre (BOE de 27 de noviembre de 2002), de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, expresamente dispone en su DA 2<sup>a</sup> que la jubilación anticipada ordinaria regulada en su capítulo I, se regirán en todo caso por las normas en vigor sobre cómputo recíproco de cotizaciones en caso de pluriactividad, aplicándose las normas especiales en esta materia, establecidas en la Ley 47/1998, exclusivamente a los supuestos de jubilación anticipada al amparo de normas de derecho transitorio. En este sentido Ballester Pastor, M.A.: *El cómputo recíproco de cotizaciones...*, óp. cit., pág. 201.

modalidad quedó derogada desde el 1 de enero de 2012 en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la Ley 27/2011.

En cierto modo, esta tradicional actitud reticente del legislador pretendió ser corregida con la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, al ampliar el ámbito de acción protectora del RETA a dos supuestos que, aun cuando la propia norma los califica como de jubilación anticipada, son en realidad supuestos de adelanto de la edad ordinaria de jubilación: el regulado en el art. 161 bis. 1 LGSS para quienes presten servicios en actividades tóxicas, peligrosas o penosas, y el contenido en el 2º párrafo del mismo precepto legal para los trabajadores con discapacidad. Así lo dispone expresamente en su art. 26.4 cuando, inmediatamente después de consagrar como objetivo prioritario el de fomentar el retraso de la edad de jubilación, procede a exceptuarlo indicando que, «en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida, y en los términos que reglamentariamente se establezcan, los trabajadores autónomos afectados que reúnan las condiciones establecidas para causar derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la relativa a la edad, podrán acceder a la jubilación anticipada en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena». A lo que añade, además, que en este sentido se entenderán también comprendidos «los trabajadores autónomos con discapacidad en las mismas condiciones que los trabajadores por cuenta ajena».

Pero finalmente, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, ha sido la norma que mayores avances parece presentar hacia reconocimiento del derecho a la jubilación anticipada a favor de los trabajadores por cuenta propia. Y es que, dejando a un lado las críticas que puedan merecer los ajustes que con carácter general introduce con respecto a la jubilación ordinaria (y especialmente en lo que respecta a la edad, periodos de cotización y sistema de cálculo de la pensión), dicha Ley también aporta importantes y positivas novedades en relación a la admisibilidad de la jubilación anticipada en el RETA. Un cambio de tendencia que, a la luz de principio de la equiparación de los derechos de los trabajadores autónomos con los derechos de los trabajadores del Régimen General, pretende abrirse camino dentro de un proceso de reforma precisamente centrado en el objetivo contrario de incentivar la permanencia en activo de los trabajadores de avanzada edad.

Ello se debe a que, por un lado, y conforme a la nueva redacción dada por la DF 8º de la Ley 27/2011 a la DA 8º.1 LGSS, se extiende a todos los regímenes del Sistema, incluidos por tanto el RETA y los trabajadores por cuenta propia del RETM, la nueva jubilación anticipada voluntaria a los 63 años que su art. 5 configura e incorpora (junto a la jubilación anticipada derivada del cese

en el trabajo por causa no imputable al trabajador) en el art. 161 bis. 2 TRLGSS, apartado B<sup>21</sup>.

Y por otro lado, la DA 27ª Ley 27/2011 encomienda al Gobierno realizar, en función de los resultados operados en el primer año de vigencia de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, los estudios pertinentes sobre la posibilidad de que quienes se encuentren en dicha situación legal de cese de actividad puedan acceder a la jubilación anticipada a los 61 años. Mandato este último del que cabe esperar que finalmente se reconozca al colectivo de trabajadores por cuenta propia el derecho a acceder anticipadamente a la jubilación en términos similares a los previstos en el art. 161 bis. 2 LGSS para los trabajadores por cuenta ajena que cesen involuntariamente en su actividad en edades cercanas a la edad de jubilación.

<sup>21</sup> Según la Disposición Final 12ª de la Ley 27/2011, esta nueva modalidad de jubilación anticipada entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2013.