

DL

JUBILACIONES ANTICIPADAS EN EXTINCIÓN*

Lourdes López Cumbre**
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS JUBILACIONES ANTICIPADAS. I.1. Envejecimiento activo y continuidad de la vida laboral como contexto condicionante. I.1.1. Envejecimiento activo: retraso de la edad legal de jubilación y fomento de la permanencia en activo. I.1.2. El incremento generalizado de la edad ordinaria de jubilación en Europa. I.2. Jubilaciones anticipadas en desaparición y jubilaciones anticipadas en extinción. I.2.1. El régimen en desaparición del Mutualismo laboral y el régimen en extinción de la jubilación anticipada del RGSS. I.2.2. Jubilación anticipada involuntaria o voluntaria: algunas cuestiones aplicativas. –II. PROBLEMAS APLICATIVOS TRAS LA REFORMA DE 2013. II.1. Una transitoriedad que anula la norma general: la *vacatio* aplicativa hasta 2019. II.2. El alcance de la jubilación anticipada en los trabajadores por cuenta propia. II.3. *Ex ante* (prejubilación) y *ex post* (compatibilidad) de la jubilación anticipada. II.3.1. Prejubilaciones penalizadas. II.3.1.1. La aportación económica empresarial debida por el despido de los trabajadores de más de 50 años de edad. II.3.1.2. Un subsidio de prejubilación retrasado y de alcance más limitado. II.3.2. Compatibilidad reforzada. II.3.2.1. Compatibilidad reforzada en la jubilación ordinaria. II.3.2.2. Compatibilidad limitada en la jubilación anticipada. –III. EL PELIGRO DE RESTRINGIR LA JUBILACIÓN ANTICIPADA Y EL RIESGO DE INCREMENTAR LA ECONOMÍA SUMERGIDA.

RESUMEN

La jubilación anticipada ha servido históricamente como un mecanismo de redimensionamiento pacífico de plantillas en reestructuración. Más allá de un derecho a la jubilación antes de cumplir la edad ordinaria, esta modalidad ha sido considerada como un instrumento de política de empleo. Con el cambio de siglo, la evolución demográfica, la aguda crisis económica y la recomendación europea de envejecer activamente han dificultado el acceso a esta forma de retiro, antes útil.

* Reproducción de la intervención oral en la Mesa Redonda "Últimas reformas en materia de jubilación anticipada y de trabajo a tiempo parcial" organizada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social el día 30 de Octubre de 2013 en la Fundación José Ortega y Gasset-Gregorio Marañón.

** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

En 2013, la última reforma en materia de jubilación, en un intento de favorecer la continuidad de la vida laboral, ha seguido intensificando la rigidez en la utilización de la jubilaciones anticipadas. Se retrasa la edad, se reducen los supuestos habilitantes, se exigen períodos de cotización más amplios, disminuye la cuantía y, en fin, se complica la decisión de empresa y trabajador al anticipar la jubilación. Con un matiz. El Gobierno ha decidido permitir la aplicación de un régimen anterior más laxo a quienes extingan los contratos de los trabajadores de más edad o planifiquen su extinción antes de la entrada en vigor de la norma. Así se consigue postponer el impacto de esta medida en la crisis empresarial hasta 2019. Aspectos como la ejecución de esta norma en el trabajo por cuenta propia, en el empleo público, en las decisiones adoptadas ex-ante la jubilación (prejubilación) o ex-post (compatibilidad) son objeto de análisis en este estudio que concluye con una reflexión. Si se dificulta en exceso el acceso a las pensiones, cabe la tentación de producir en economía sumergida, sin contribuir al sistema. Y, así, de forma circular, el ahorro en los costes de Seguridad Social como justificación de decisiones restrictivas podría conducir a generar un daño irreversible a la economía y hacienda del Estado.

ABSTRACT

The early retirement has usually served as a mechanism for peaceful restructurings. Beyond a right to retirement before ordinary age, this modality has been considered as an instrument of employment policy. With the change of the century, the demographic evolution, the sharp economic crisis and European aging actively recommendation have impeded access to this form of retirement, before usefully.

In 2013, the last reform to promote the continuity working life has intensified the stiffness to retire. The age is late, enabling assumptions are reduced, wider contribution periods are required, decreases the amount and, finally, company and workers have some difficulties to decide anticipated the retirement. But the Government has allowed the implementation of a previous regime more lax who extinguished contracts for older workers or plan their extinction before the norm becomes effective. This way there is managed to delay the impact of this measure in the managerial crisis until 2019. Aspects such as the implementation of self-employed, public employment, the decisions taken retirement ex-ante (early retirement) or ex-post (compatibility) are reviewed in this study that concludes with a reflection. If he is difficult too much access to pensions, should be the temptation of producing on black economy, without contributing to the system. And, thus, the restrictive decisions to save the costs of Social Security could lead to irreversible damage to the economy and finance of the State.

Palabras clave: jubilación anticipada, pensiones, empleo, compatibilidad trabajo-pensión, despido, economía sumergida.

Key words: early retirement, pensions, employment, compatibility work-pension, dismissal, black economy.

I. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS JUBILACIONES ANTICIPADAS

I.1. Envejecimiento activo y continuidad de la vida laboral como contexto condicionante

1. 1.1. Envejecimiento activo: retraso de la edad legal de jubilación y fomento de la permanencia en activo

1. Entre las reformas legislativas de contenido social realizadas en 2013, destaca la efectuada sobre medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (RD-L 5/13, 15 marz., BOE, 16). En línea con lo proyectado por la UE en la Estrategia Europea 2020, España se propone adoptar decisiones que permitan afrontar el reto del envejecimiento y su impacto en los sistemas de protección social.

Como es sabido, la UE considera trabajadores de edad madura a aquellos que superan los 50 años de edad y tienen dificultades tanto para mantener el empleo como para acceder de nuevo al mercado de trabajo cuando lo pierden. Se entiende que la expulsión de estos trabajadores del mercado de trabajo constituye un despilfarro de oportunidades para la vida personal y para el potencial social. Esa actuación, la de prescindir de los trabajadores por su mayor edad, supone una orientación contraria a la evolución demográfica por cuanto crece la esperanza de vida, aumenta la longevidad, existen más posibilidades de desarrollo personal y profesional y el mercado de trabajo expulsa cada vez a edades más tempranas a sus trabajadores. En una estimación aproximada, se considera que, en 2030, más de 110 millones de personas superarán los 65 años en la Europa de los 28, cuando eran 71 millones en 2000, mientras que la población en edad laboral se quedará en 280 millones, de los 303 millones actuales. Por eso, la Comisión recomienda que las generaciones actuales y futuras de trabajadores permanezcan en activo sin considerar su edad avanzada, con trabajos gratificantes y según las necesidades, preferencias y capacidades individuales del trabajador.

2. En 2012, la Comisión publica el Libro Blanco sobre la "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles", completado por documentos como el "Informe 2012 sobre envejecimiento: proyecciones económica y presupuestarias de los 27 países miembros de la UE (2010-2060)" o la "Adecuación de las pensiones en la UE 2010-2050". Finalmente, la Recomendación del Consejo de la UE de 10 jul.12, DOCE, 24 recoge mecanismos para garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones y el impulso del envejecimiento activo.

Este interés no responde a una pretensión reciente. Ya desde 1997, la UE viene ensayando fórmulas de retraso de la edad de jubilación para incentivar el envejecimiento activo. De hecho, existe un compromiso firme con la prolongación de la vida laboral, adoptado con motivo del Consejo Europeo de Niza de 2000 al comprobar que la tasa de actividad crece en tan sólo un 3% desde hace treinta años, cifra claramente insuficiente para mantener los sistemas públicos europeos de Seguridad Social. En 2004, consciente de una situación demográfica y económica adversa, la Comisión [Comunicación (2004) 0146] aconseja aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo. Más tarde, y enfrentándose directamente con el problema del envejecimiento poblacional de la UE, la Comisión opta por recomendar la reforma de los sistemas de pensión de invalidez y jubilación anticipada y el aumento de la edad efectiva de jubilación para garantizar, así, que las políticas nacionales de pensiones se ajusten al incremento futuro de la esperanza de vida [Comunicación (2009) 180]. Alerta la UE a los Estados miembros de la repercusión en el gasto público que el envejecimiento puede tener, principalmente en materia de asistencia sanitaria, cuidados de larga duración y pensiones de jubilación.

Aunque no únicamente, todas estas medidas pivotan básicamente sobre dos ideas clave: el incremento de la edad legal de jubilación y la prolongación de la vida activa de los trabajadores de más edad. A tal fin, la UE recomienda vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida, racionalizar el acceso a los planes de jubilación anticipada y a otras vías de salida temprana del mercado laboral y favorecer la prolongación de la vida laboral a través del aprendizaje a lo largo de la vida, el desarrollo de oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y el fomento del envejecimiento activo.

1.1.2. El incremento generalizado de la edad ordinaria de jubilación en Europa

1. Siguiendo la línea marcada por la UE, la edad legal de jubilación ha sido recientemente reformada –incrementada– en la práctica totalidad de los países miembros. Por el momento, España será el país que antes incorpore la edad legal ordinaria más elevada pues hará que los trabajadores españoles se jubilen a los 67 años a partir de 2027.

Comenzando por dos países próximos en el sistema de protección social, Francia e Italia, puede comprobarse, fácilmente y a través de los datos aportados por la propia UE, el efecto que estas políticas europeas han tenido en el análisis de los sistemas nacionales de pensiones.

Francia, con una edad ordinaria de 60 años desde 1981, ha decidido desplazarla a los 62 en 2018. De los cuarenta años y seis meses de cotización al sistema requeridos para jubilarse a los 60 años se pasará a cuarenta y un años y seis meses en 2023. Para obtener una pensión completa se retrasa la edad actual de 65 años hasta alcanzar 67 años en 2023 y de cuarenta años y seis meses se pasará a cuarenta y un años y seis meses en 2020. Ciertamente y en relación con nuestros vecinos franceses, es necesario tener en cuenta una serie de datos: a) en la actualidad, por cada jubilado francés hay sólo 1.8 empleados activos; b) la esperanza media de vida se ha incrementado hasta 77 años y ocho meses en hombres y 84 años y cinco meses en mujeres; c) los hombres franceses se jubilan a una media de 58 años y siete meses, el valor más bajo de la UE y de la OCDE; d) el índice de empleo entre los trabajadores con edades comprendidas entre los 55 y los 64 años de edad es sólo del 38.2%; e) los franceses pasan una media de 26 años jubilados, seis más que otros jubilados de los países de la OCDE, lo que incrementa su déficit; f) los asalariados no pueden ser jubilados contra su voluntad antes de los 70 años de edad; g) las mujeres perciben actualmente una jubilación media de 825 euros, 600 euros menos que los hombres; y h) el sistema de reparto ya había originado en Francia 30.000 millones de déficit en los últimos años y se prevé que, de no adoptar medidas, en 2050, el déficit alcanzaría los 100.000 millones. En el ámbito público, la cotización, fijada en un 7.85%, será ajustada progresivamente hasta 2020 al 10.55%, porcentaje aplicable al sector privado. La subida será lineal, 0.27 puntos cada año, lo que supondrá un aumento de la cuota de 6 euros al mes por término medio. El importe de la pensión mínima (1.067 euros, aproximadamente) es más alto que en el sector privado y no varía con las diferentes reformas. Finalmente, los casi un millón de funcionarios en activo que podían beneficiarse de una jubilación a los 50 años (policías nacionales, controladores aéreos, etc) o a los 55 años (bomberos, policías de aduana, etc.) retrasarán su jubilación a los 52 y 57 años, respectivamente.

Por su parte Italia, que dispone de diferentes formas de acceso a la jubilación (pensión de vejez –edad–, antigüedad –no se tiene en cuenta la edad sino el periodo cotizado o puntos– suma de edad más años de cotización–), también ha dispuesto el incremento de la misma. Y, aun cuando la combinación de estos sistemas hace difícil fijar la edad ordinaria de jubilación, con carácter general puede afirmarse que, a partir del año en curso, la edad pasará de 60 a 62, exigiéndose treinta y seis años de cotización para obtener el 100%. El índice de empleo de los trabajadores de entre 55 y 64 años es sólo del 34.4%. La Ley 102/09 había introducido un aumento gradual de la edad mínima de jubilación para las mujeres en el sector público a partir de 2010 (61 años en el bienio 2011-12, 62 en 2012-13, etc, hasta llegar a 65 años en 2018). Pero diferentes reformas han ido anticipando el efecto y, desde 2012, las trabajadoras del sector público han visto incrementada su edad mínima de jubilación a 65 años con carácter general. Comoquiera que se mantiene la pensión por antigüedad, la alternativa para las mujeres en este sector será la de aprovechar la opción de reunir 40 años de cotización, al margen de la edad.

2. Países como Alemania o Reino Unido también han adoptado medidas relacionadas con la jubilación. En Alemania, los 65 años se incrementarán a 67 progresivamente hasta 2029. Hasta 2023, la edad aumentará anualmente un mes, de 2024 a 2029 el aumento será de dos meses. Y, si bien los alemanes se jubilan en la actualidad aproximadamente a los 65 años, desde los 63 pueden acceder a la pensión si acreditan 35 años de cotización pero, a partir de 2029, se exigirán 65 años de edad. La cotización se mantendrá por debajo del 20%, al menos hasta el 2020, y del 22% hasta 2023. El Gobierno evaluará cada cuatro años la situación laboral de los mayores para comprobar la idoneidad del aplazamiento de la edad de jubilación. Como consecuencia de la baja tasa de natalidad y el aumento de la esperanza de vida, la población alemana se reducirá de un 15 a un 20% en el año 2060 y ello tendrá un efecto negativo para el mercado de trabajo y la productividad. Incluso el Gobierno insiste en que la disminución de la población en edad laboral hará necesario el aumento de inmigración de mano de obra cualificada, de ahí el reclamo a países vecinos como España ofertando determinados empleos. En la reforma se ha descartado recortar la cuantía de las pensiones pero se ofrecen ventajas fiscales a quienes suscriban planes voluntarios de pensiones. Paradójicamente, el actual Gobierno (fruto de la coalición entre conservadores y socialdemócratas) se plantea permitir la jubilación a los 63 años de edad con cuarenta y cinco de cotización. Por su parte, Reino Unido jubila a los hombres a los 65 años y a las mujeres a los 60. El Gobierno británico se propuso retrasar a 66 años

la edad de jubilación a partir de 2016 y ahora pretende hacerlo a los 70 años a partir de 2060. La aplicación se hará de forma progresiva y sólo quedarán excluidos los trabajadores nacidos antes de 1990.

En el resto de los países de la UE se reproduce la necesidad de incrementar la edad de jubilación. Austria lo hará de 60 a 65 entre 2024 y 2033; Bélgica ya amplió la edad de jubilación de las mujeres de 64 a 65 años en 2009; Bulgaria prevé incrementar la edad a 60 años para las mujeres y 62 para los hombres a partir de 2015 pero, sobre todo, se elevarán los años de cotización exigidos para alcanzar la pensión que serán 37 para las mujeres y 40 para los hombres; Chipre ha modificado recientemente su tasa de cotización y la República Checa también eleva de 59 a 63 años la edad de jubilación de las mujeres, reforma que culminó a finales de 2013; Dinamarca incrementará su edad de 65 a 67 años entre 2024 y 2027; Eslovenia, de 58 a 63 para los hombres y de 53 a 61 para las mujeres; Eslovaquia pasará de 60 a 62 para los hombres y de 57 a 62 para las mujeres a partir del año 2014; Estonia ha elevado su edad ordinaria de 63 a 65 años; Finlandia ha establecido una jubilación flexible entre los 63 y los 68 años; Irlanda, tras su rescate, decidió elevar la edad de 66 años en 2014 a 67 en 2021 y 68 en 2028; en Grecia, hasta 2015 se elevará la edad de 60 a 65 años con incentivos para trabajar hasta los 67 años de edad; Hungría elevará la edad de 57 a 62 años a partir de 2020 y a 68 años para las mujeres y 69 para los hombres a partir de 2050; Letonia establecerá la jubilación de las mujeres de 59 años y seis meses a 62, equiparándose a esa edad con los hombres; Lituania retrasará la jubilación de 60 a 62 años y seis meses para los hombres y de 58 años y seis meses a 60 para las mujeres; Malta, de 61 a 65 para los hombres y de 60 a 65 para las mujeres; los Países Bajos fueron los primeros en retrasar la jubilación a 67 años y ahora debaten la posibilidad de incrementar la edad hasta los 68 años; Polonia mantiene 60 años para la jubilación de las mujeres y 65 para los hombres; Portugal ya elevó la edad a los 65 años para todos los trabajadores en 2007, exigiendo 40 años de cotización para mantener una pensión completa; por su parte, Rumanía pasará de 63 a 65 años en el caso de la jubilación de los hombres y de 58 a 60 para las mujeres, a partir de 2014; y, finalmente, en Suecia, la edad de jubilación seguirá en los 61 años para ambos sexos pero se beneficiará económicamente a quienes decidan postponer su jubilación más allá de los 67 años de edad. Tras su incorporación a la UE, Croacia deberá retrasar su edad legal de 65 años.

3. España también adoptó esta difícil decisión en la Ley 27/11, 1 ago., BOE, 2 al retrasar la edad de jubilación a los 67 años, bien que con carácter progresivo. Con la reforma de 2011, el nuevo art. 161.1a) LGSS establecería como condición para acceder a la jubilación ordinaria "haber cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización...".

Con esta redacción, el legislador permite hacer, al menos, dos interpretaciones. O bien que se ha tratado de fijar dos edades ordinarias alternativas (67 y 65 años) —lo que dificultaría considerablemente cualquier interpretación sistemática de la ley al referirse a la edad ordinaria de jubilación— o bien que realmente la edad es una, la de 67 años, admitiendo una edad reducida, la de 65 años, con carácter excepcional. La primera interpretación servirá para paliar el efecto que produce retrasar la edad con la conformidad sindical. La segunda representa, sin embargo, una mayor corrección técnica. De hecho, cuando la norma entre en vigor de forma íntegra —y si lo hace en estos términos—, la jubilación se alcanzará a los 67 años de edad, con un período de cotización de quince años, dos de los cuales deberán estar comprendidos dentro de los quince inmediatamente anteriores y siempre que el trabajador cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena. El resto constituirá una excepción. Y, si eso es así, la edad de 65 años deberá ser considerada como una edad reducida de jubilación, incluso durante el período transitorio de aplicación de la norma. Una jubilación con edad reducida fija que no conlleva merma alguna en la cuantía de la pensión y que requiere de un período de cotización de treinta y ocho años y seis meses.

No obstante, y más allá de los efectos que esta histórica decisión pueda tener en el futuro, por el momento la permanencia en activo por encima de la edad ordinaria de jubilación ha obtenido resultados más bien modestos. Desde que la Ley 24/97, 15 jul., BOE, 16 de consolidación

y racionalización del sistema de Seguridad Social permitiera al Gobierno otorgar desgravaciones o deducciones a las cotizaciones sociales en aquellos supuestos en los que el trabajador opte por permanecer en activo una vez cumplida la edad de 65 años (DA 26ª LGSS), los resultados han sido casi insignificantes. El permiso para obtener más del 100% de la pensión de jubilación si se sigue cotizando y la reducción en la cuota a la Seguridad Social tanto del trabajador como del empleador si se mantiene en activo no han servido de acicate para modificar un comportamiento ampliamente arraigado en el ámbito sociolaboral español. Ni siquiera la extensión de tales beneficios a otros colectivos (autónomos, empleados públicos, etc) han motivado un incremento significativo del número de beneficiarios. De ahí el ensayo de limitar el acceso a las jubilaciones anticipadas para alcanzar dicho objetivo a través de medidas como las recogidas en el RD-L. 5/13 que se analiza.

1.2. Jubilaciones anticipadas en desaparición y jubilaciones anticipadas en extinción

1.2.1. El régimen en desaparición del Mutualismo laboral y el régimen en extinción de la jubilación anticipada del RGSS

1. En desaparición se halla la clásica jubilación anticipada prevista para los mutualistas que hubieran cotizado antes del 1 de enero de 1967 -originarios titulares de la jubilación anticipada- y que siguen manteniendo intacta la posibilidad de acceder a la misma, si bien a partir de los 60 años y con la aplicación de un coeficiente reductor del 8% por cada año que se anticipe. La desaparición vegetativa de los titulares de este derecho (prevista hacia finales de 2018) contribuye a plantear en estos términos tan tajantes su desaparición.

En proceso de extinción se encuentran el resto de jubilaciones anticipadas, salvo una y de forma impropia. En efecto. Dadas las condiciones exigidas en la actualidad para acceder a la jubilación anticipada, será difícil que la población trabajadora futura pueda beneficiarse de la misma. Tal y como se expondrá a continuación y en línea con lo prescrito por la UE, las condiciones de acceso a estas pensiones cada vez son más rígidas y la reducción de la cuantía se torna cada vez mayor, desincentivando, en caso de tener derecho, la elección por este tipo de jubilación. Salvo un supuesto y sólo si, de manera forzada, fuera considerado como jubilación anticipada. Se trata de la jubilación prevista a una edad inferior a la ordinaria (65 años en lugar de los 67 con carácter general) tras reunir un período largo de cotización (treinta y ocho años y medio de cotización frente a los quince iniciales). En coherencia con tesis antes defendidas, el anticipo de la edad de jubilación puede materializarse a través de dos mecanismos, a saber, la reducción de la edad ordinaria o la jubilación anticipada. Prevista generalmente la primera para colectivos de trabajadores que precisaban un retiro antes de la edad ordinaria, la principal diferencia entre ambas se hallaba en la aplicación o no de coeficientes reductores sobre la cuantía, ausente en el primer caso y presente en el segundo. Y eso es precisamente lo que ahora sucede al forzar, por expreso deseo sindical, la dualidad de la edad de jubilación –ordinaria y anticipada– y la convivencia de la misma con el régimen jurídico de la jubilación anticipada. Así, la jubilación a los 67 ó a los 65 años no implicará coeficiente reductor alguno sobre la cuantía aunque sí se exija un largo período de cotización para obtener la reducción de la edad ordinaria de jubilación (treinta y ocho años y seis meses de cotización). Por su parte, y de conformidad con lo previsto en el art. 161 bis LGSS, toda jubilación anticipada supondrá una reducción proporcional de la cuantía de la pensión al aplicar los correspondientes coeficientes reductores sobre la misma.

Es cierto que en nada contribuye a aclarar esta situación el hecho de que el legislador regule en el apartado primero del art. 161.bis LGSS los supuestos de reducción de edad con aplicación del correspondientes coeficiente reductor "sobre la edad" (grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad o bien personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65%) y en el apartado segundo los supuestos en los que se aplican coeficientes reductores "sobre la cuantía". De ahí la calificación habitual como "jubilación anticipada" en todo caso, como traslación del título del mencionado precepto. Mas, admitiendo la agudeza de otras interpretaciones y tesis expuestas, se mantiene la defendida en los términos descritos y plenamente aplicable a la nueva doble edad de jubilación general (la ordinaria y la reducida).

2. Aclarados los términos, lo cierto es que la jubilación anticipada, *ex art.* 161.bis.2 LGSS, se desarrolla a través de dos modalidades. Por una parte, la que se deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador y, por otra, la que obedece a la mera voluntad del beneficiario.

Si la jubilación anticipada tiene su causa en un cese en el trabajo no imputable a la libre voluntad del trabajador, el ordenamiento exige: a) tener cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad que, en cada caso, resulte de aplicación según lo establecido en el art. 161.1.a) y en la DT 20ª LGSS, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a los que se refiere el art. 161.bis.1 LGSS; b) encontrarse inscrito en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación; c) acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta y tres años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias; a estos exclusivos efectos, sólo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año; y d) que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada son el despido colectivo del art. 51 LET por todas las causas previstas, el despido objetivo del art. 52.c) LET por las mismas causas, la extinción por resolución judicial del art. 64 de la Ley Concursal (Ley 22/03, 9 jul., BOE, 10), la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 44 LET o la extinción de la personalidad jurídica del contratante, la extinción del contrato por fuerza mayor, *ex art.* 51.7 LET o, finalmente, la extinción de la relación de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.

Para todos estos supuestos se prevé la aplicación de los siguientes coeficientes reductores: coeficiente del 1.875% por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a treinta y ocho años y seis meses; del 1.750% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a treinta y ocho años y seis meses e inferior a cuarenta y un años y seis meses; del 1.625% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a cuarenta y un años y seis meses e inferior a cuarenta y cuatro años y seis meses; o un coeficiente del 1.500% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a cuarenta y cuatro años y seis meses.

Por su parte, si la jubilación anticipada se deriva de la voluntad del interesado, entonces el régimen aplicable es distinto. En tal caso, se requiere: a) tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad que, en cada caso, resulte de aplicación según lo establecido en el art. 161.1.a) y en la DP 20ª LGSS, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a los que se refiere el art. 161.bis.1 LGSS; b) acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta y cinco años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias; a estos exclusivos efectos, sólo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año; y c) una vez acreditados los requisitos generales y específicos de dicha modalidad de jubilación, el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

Como en el caso anterior, para tales supuestos se dispone la aplicación de una serie de coeficientes reductores en función del período de cotización acreditado: coeficiente del 2% por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a treinta y ocho años y seis meses; del 1.875% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a treinta y ocho años y seis meses e inferior a cuarenta y un años y seis meses; del 1.750% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a cuarenta y un años y seis meses e inferior a cuarenta y cuatro años y seis meses; o un coeficiente del 1.625% por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a cuarenta y cuatro años y seis meses.

En ambos casos, tanto para la jubilación anticipada derivada de causas no imputables al trabajador como la voluntaria y a los exclusivos efectos de determinar la edad legal de jubilación aplicable, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de aplicación de lo establecido en el art. 161.1.a) y en la DT 20ª LGSS. Asimismo, y para el cómputo de los períodos de cotización, se tomarán períodos completos, sin que se equipare a un período la fracción del mismo.

1.2.2. Jubilación anticipada involuntaria o voluntaria: algunas cuestiones aplicativas

1. La nueva regulación introducida por el RD-L 5/13 no se halla exenta de problemas en su aplicación. Comenzando por la jubilación anticipada involuntaria, esto es, la que se produce como consecuencia de un cese de la relación por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, de todos los requisitos exigidos (cuatro años menos que la edad ordinaria, seis meses de inscripción como demandante de empleo, treinta y tres años de cotización, cese involuntario y aplicación de coeficientes reductores), dos son los que plantean mayor dificultad aplicativa, sin desmerecer las derivadas del resto.

Por un lado, se trata de valorar las causas que permiten legitimar el cese involuntario que origina el acceso a esta pensión. El cese involuntario ha de producirse como consecuencia de una reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral [art. 161.bis.2.d) LGSS] Pero, además, ha de estar basado en las causas antedichas [despido colectivo por cualquiera de las causas tipificadas en el art. 51 LET, despido objetivo conforme al art. 52.c) LET, extinción contractual por resolución judicial del art. 64 de la Ley Concursal (Ley 22/03), muerte, jubilación, incapacidad del empresario individual o extinción de la personalidad jurídica del contratante, fuerza mayor a que se refiere el art. 51.7 LET o, finalmente, en la extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género]. Al margen de los problemas aplicativos que cada una de estas causas pudiera plantear por sí misma, lo cierto es que su vinculación a la jubilación anticipada añade otros de distinta envergadura. Cabe abordar en esta intervención, y a título de mero ejemplo, tres de ellos.

Por una parte, el carácter condicional de la reestructuración empresarial con resultado ineludible de extinción en cada una de las causas. Y, así, que el despido colectivo, objetivo, la fuerza mayor, las vicisitudes personales del empresario individual, la extinción de la personalidad jurídica de la empresa representan causas que suponen la extinción del contrato de trabajo y que permiten el acceso a la jubilación anticipada sin objeción alguna. Pero sí el hecho de que las mismas respondan a una reestructuración empresarial con resultado ineludible de extinción contractual. Pues, de esta forma, las entidades gestoras responsables (el Servicio Público de Empleo –inscripción como demandante– o el INSS –responsable de la pensión–) y, en su caso, los tribunales del orden social podrán entrar a valorar si la causa de la extinción responde a la condición de una reestructuración que conlleva extinción pudiéndose entender que o bien no se requiere dicha reestructuración –algo difícil por cuanto suplantaría la libertad empresarial– o bien que dicha reestructuración no implica extinción contractual –aportando otras alternativas como flexibilidad de jornada o salarial, suspensión, inaplicación de Convenio–, etc. El tema podría resultar anodino si no fuera porque aquí se incorpora un elemento –la edad– que puede conducir a un tratamiento discriminatorio de los trabajadores seleccionados en estos procesos.

En segundo término, y en relación con la discriminación a la que se acaba de aludir, se plantea hasta qué punto la elección por el legislador de la reforma de 2013 de una serie de causas, tipificadas como determinantes del acceso a la jubilación anticipada, no supone una discriminación respecto de todos aquellos trabajadores que se encuentran con una extinción contractual involuntaria a la misma edad pero sin posibilidad de acceder a la pensión de jubilación al no derivar dicha ruptura de estas causas tasadas (LÓPEZ GANDÍA). La capacidad de restricción del ámbito subjetivo de la norma por parte del legislador tiene un límite, aquel que implica un trato discriminatorio. No obstante, conviene apuntar que se trata de una tendencia ya manifestada por el legislador con anterioridad. De la universalización de la cobertura por la que optó la Ley

35/02, 12 jul., BOE, 13 para todos los trabajadores mayores de 61 años, al margen de su condición mutualista o no, a la extensión de esta medida únicamente a quienes perdieran involuntariamente el empleo y se hallaran en situación legal de desempleo de la Ley 40/07, 4 dic., BOE, 5 se pasa en la actualidad a una restricción como la apuntada. Quizá pudiera cuestionarse por qué no se planteó este tacha tanto en la reforma de 2002 como en la reforma de 2007 cuando, en definitiva, también se limitaba el acceso a quienes hubieran perdido involuntariamente el empleo pero no en todo caso sino únicamente en aquellos que se encontraban incluidos en situación legal de desempleo. Ciertamente ahora la diferencia de trato es más ostensible pues, hallándose todos en situación legal de desempleo, sólo algunos podrán acceder a la jubilación anticipada por esta vía con una justificación poco sólida: que se trata de causas que permiten deducir la imposibilidad de mantener la relación laboral en una reestructuración empresarial.

Y, por último, la tercera cuestión que puede plantear una especial polémica en su aplicación, y sólo a título de ejemplo, es el añadido que la reforma de 2013 realiza en cuanto a la obligación de acreditar haber percibido la indemnización correspondiente a la extinción o, en su caso, haber interpuesto una demanda judicial en reclamación de la misma o como impugnación de la decisión extintiva. En efecto. Todos los supuestos elegidos como condición para acceder a la jubilación anticipada involuntaria conllevan una indemnización legal. Se trata de un derecho básico indisponible del trabajador cuya precisión cuantitativa podrá sobrepasar lo establecido en la norma legal pero nunca resultar inferior y mucho menos ser anulada. Lo que sorprende es que se solicite la acreditación de la percepción (transferencia bancaria o documentación acreditativa equivalente) a efectos de beneficiarse de esta pensión y no así en el resto de prestaciones sociales. Evidentemente se persigue evitar el fraude que implicaría la connivencia entre el empresario y el trabajador para acceder a la pensión pero se trata de una prudencia no mantenida en otros supuestos asimismo proclives a comportamientos fraudulentos. Este exceso de celo por parte del legislador, siendo positivo para encauzar actitudes dentro de la legalidad, representa una dificultad añadida para el trabajador que, en situaciones de crisis empresarial, no siempre percibe en tiempo y forma la indemnización debida.

Asimismo, el otro requisito que merece una atención especial en relación con esta jubilación anticipada involuntaria es el de los coeficientes reductores sobre la cuantía de la pensión. La pensión se reducirá, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad ordinaria de jubilación. Para el cómputo de los periodos de cotización se tomarán periodos completos, sin que se equipare a un período la fracción del mismo. Así, la reforma de 2013 establece una escala aplicativa por trimestres que, si se computaran en periodos anuales, supondría la aplicación de un 7.5% -treinta y ocho años y seis meses-, 7% -entre treinta y ocho años y seis meses y cuarenta y un años y seis meses-, 6.5% -cuarenta y un años y seis meses y cuarenta y cuatro años y seis meses- ó 6% -más de cuarenta y cuatro años y seis meses-, respectivamente. Pero el problema no se encuentra tanto en el *quantum* del cálculo como en la forma del mismo. La consideración de los trimestres impide computar el año o fracción anual cotizada por el trabajador, lo que determina una reducción adicional de la cuantía de la pensión a la ya derivada del efecto reductor del coeficiente aplicable.

2. Por lo que se refiere a la jubilación anticipada voluntaria, se mantiene el esquema ya previsto por el legislador en reformas anteriores. El acceso será más rígido y la cuantía de la pensión más reducida. De ahí que se plantee únicamente para quienes tienen dos años menos de la edad ordinaria, con treinta y cinco años de cotización y con la aplicación de un coeficiente reductor superior al de la jubilación involuntaria (8%; 7.5%; 7%; 6.5%, respectivamente, si bien con el cálculo de coeficientes por trimestres como en el supuesto anterior y con los mismos inconvenientes).

A todo ello hay que añadir una exigencia adicional. Se trata de que, una vez acreditados tantos los requisitos generales de la jubilación anticipada como los específicos de esta jubilación voluntaria, el importe de la pensión de esta última deberá resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. De lo contrario, no podrá acceder a este tipo de jubilación anticipada. Una restricción añadida que, sin duda, puede disminuir el número de beneficiarios por esta vía. En

parte, porque la coyuntura dificulta mantener el empleo más allá de los 50 años de edad, por lo que las cotizaciones disminuyen y el cálculo de la pensión también. Pero, además, porque el término de comparación de 65 años supone elegir la referencia más baja toda vez que, a medida que se implante la edad de 67 años progresivamente, el importe de la pensión mínima a los 67 deberá ser superior a la establecida para los 65 años, salvo que el legislador futuro plantee lo contrario.

II. PROBLEMAS APLICATIVOS TRAS LA REFORMA DE 2013

II.1. Una transitoriedad que anula la norma general: la *vacatio* aplicativa hasta 2019

1. Todo el régimen descrito se anula cuando se ha producido una extinción contractual antes del 1 de abril de 2013 o cuando, a dicha fecha, se hubiera pactado que dicha extinción se produzca antes del 1 de enero de 2019. Y, así, en virtud de la nueva DF 12^a de la Ley 27/11, se seguirá aplicando el régimen jurídico anterior a esta reforma en tres supuestos distintos. Primero, para las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes del 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social. Segundo, para las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en despidos colectivos o por medios de Convenios Colectivos, acuerdos de empresa o decisiones adoptadas en seno concursal, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad al 1 de abril de 2013, siempre que la extinción o suspensión de la relación laboral se produzca con anterioridad al 1 de enero de 2019. Y, finalmente, el tercer supuesto se refiere en exclusiva a la jubilación parcial, cuyo tratamiento monográfico es objeto de otra intervención. Para evitar manipular estos acuerdos, la norma exige como condición indispensable que los mismos se encuentren debidamente registrados en el INSS o, en su caso, en el Instituto Social de la Marina en el plazo previsto reglamentariamente y que culminó el 15 de abril de 2013.

A priori, sorprenden dos cuestiones. La primera, el recurso al término personas y no trabajador cuando se está aludiendo a una relación laboral. Teniendo en cuenta que se trata de una norma no aplicable al sector público, el temor a aludir al trabajador no se justifica incluso si se partiera de la hipótesis –implanteable, como se comprobará a continuación– de que se incluyan también los trabajadores por cuenta propia. Y, la segunda, la atención especial que el legislador presta a la jubilación parcial siendo particularmente exigente con el cumplimiento documental de los pactos colectivos en los que se prevean las decisiones en relación con dicho tipo de jubilación hasta el 1 de enero de 2019. Quizá por esta razón, las entidades gestoras están siendo especialmente cautas en la concesión de pensiones derivadas de esta regla transitoria (GALA DURÁN) y exigen, entre otros requisitos, que los pactos hayan sido celebrados con carácter nominativo, habiéndose precisado con anterioridad las condiciones a cumplir por parte de cada beneficiario. No resulta difícil colegir de esta decisión legislativa que se trata de una medida establecida *ad hoc* para todas aquellas empresas o grupos que, con la reforma laboral de 2012 como fondo de actuación, habían decidido reestructurar sus plantillas con los mecanismos existentes (desempleo, subsidio, jubilación anticipada, parcial, flexible, ordinaria, prolongada, etc). La reforma de 2013 trastoca sustancialmente sus pretensiones. De ahí que el legislador, sensible a esta necesidad, no sólo avise a los destinatarios de la norma de lo que va a ocurrir (se aprueba en marzo y el plazo para presentar la documentación finaliza en abril) sino que, además, permite que desarrollen sus planes con comodidad y con la legislación anterior hasta el 1 de enero de 2019.

Bien es cierto que, tal vez, las previsiones se han podido ver superadas por la realidad y ante la avalancha de peticiones (más de jubilaciones parciales que de otro tipo de jubilación), se tienda ahora a restringir el acceso, incluso por esta vía. Sin embargo, no procede limitar el tipo de extinción del primer supuesto (toda vez que la norma alude a la extinción de la relación laboral antes del 1 de abril de 2013, sin referencia alguna al tipo de extinción admitida), tampoco procede exigir la concreción nominal de la extinción o suspensión contractual en los pactos colectivos adoptados antes del 1 de abril de 2013 puesto que la norma exige que se trate de ex-

tinciones o suspensiones "como consecuencia de decisiones adoptadas" y, por tanto, sin requerir la selección personal de los trabajadores afectados antes del 1 de abril de 2013 (siendo admisibles los despidos o acuerdos innominados que permiten la adhesión individual posterior) ni, en fin, procede desatender a cualquier producto de la rica experiencia negociada colectiva por el hecho de no estar incorporado al elenco que, con carácter meramente ejemplificativo (expediente de regulación de empleo –hoy difícilmente aceptable con esta denominación–, Convenio Colectivo de cualquier ámbito, acuerdo colectivo de empresa o decisión adoptada en procedimiento concursal), ha seleccionado el legislador en la citada DF 12ª Ley 27/11.

2. Llegados a este punto sólo cabe aclarar que para todas estas empresas se halla vigente el régimen anterior al fijado por el RD-L. 5/13, un régimen también complejo y fruto de la adición de tres normas consecutivas, a saber, la Ley 27/11, la Ley 40/07 y la Ley 35/02.

Con la Ley 35/02, y cuando ya se había adoptado la estrategia de envejecimiento activo en el Consejo de Niza de 2000, se procede a universalizar el ámbito de trabajadores con acceso a la jubilación anticipada a partir de los 61 años de edad, desapareciendo el carácter transitorio relacionado con los mutualistas, y se vincula la jubilación anticipada a las vicisitudes del contrato de trabajo, haciéndola depender de una decisión no voluntaria. Ésta es la norma que, por lo demás, diversifica los coeficientes reductores a aplicar entre un 8%; 7.5%; 7%; y 6.5%. Y, así, el RD 1132/02, 31 oct., BOE, 27 nov. de desarrollo de la Ley 35/02 especificaría la posibilidad de jubilación anticipada con 61 años de edad, treinta años de cotización, la inscripción como demandante de empleo con seis meses de antelación y el cese involuntario en el trabajo (art. 208.1.1. LGSS) además de extender su cobertura a los beneficiarios del subsidio por prejubilación o de un acuerdo colectivo por prejubilación.

La Ley 40/07 conseguirá incentivar tanto la jubilación anticipada como la prolongación de la edad de jubilación. En aplicación de la tesis doctrinal expuesta muchos años antes, la involuntariedad del cese en el trabajo se deducirá de la decisión de la empresa de proceder a la extinción, independientemente de la aceptación o rechazo del trabajador. De ahí que se acepte, incluso, tras pactar un contrato de prejubilación. Además, con esta regulación se procede a reducir los porcentajes aplicables a la pensión de jubilación anticipada respecto de los establecidos en la Ley 35/02 (antes: 8%; 7.5%; 7%; 6.5%; ahora, 7.5%, 7%, 6.5%, 6%).

El esquema ha permanecido vigente hasta el 17 de marzo de 2013, fecha de la entrada en vigor del RD-L. 5/13 pues la Ley 27/11, que debía haber entrado en vigor el 1 de enero de 2013, aplazó su aplicación en tres meses (RD-L. 29/12, 28 dic., BOE, 31), coincidiendo este aplazamiento con la aprobación del RD-L. 5/13. Es más, se mantendrá en vigor, por todo lo expuesto, hasta el 1 de enero de 2019.

En atención a estas normas y, al menos por el momento, los trabajadores se jubilarán anticipadamente, si cumplen los requisitos de transitoriedad marcados por el RD-L. 5/13 y hasta el 1 de enero de 2019, si tienen cumplidos 61 años de edad, han sido inscritos como demandantes de empleo seis meses antes a la solicitud de jubilación, acreditan treinta años de cotización, sin que se computen las pagas extraordinarias aunque sí el servicio militar y han cesado involuntariamente en el trabajo. A tal efecto, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produce de forma involuntaria cuando la extinción se encuentre entre las causas de situación legal de desempleo del art. 208.1.1 LGSS. Se exceptúa de este requisito y de la inscripción como demandante de empleo a aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador, tras la extinción del contrato y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social.

Cumplidos todos estos requisitos, la pensión de jubilación será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir los 65 años de un 7.5% si acredita entre treinta y treinta y cuatro años de cotización; un 7% si acredita entre treinta y cinco y treinta y siete años de cotización; un 6.5% si acredita entre treinta y ocho y treinta y nueve años de cotización; y un 6% si acredita cuarenta o más años de cotización. El cómputo de estos años exige la consideración del año completo, sin que quepa equiparar a un año la fracción del mismo.

II.2. El alcance de la jubilación anticipada en los trabajadores por cuenta propia

1. La primera regulación que vincula la jubilación anticipada con los trabajadores por cuenta propia se incluye en la Ley 47/98, 23 dic., BOE, 29 al reconocer la jubilación anticipada en determinados supuestos especiales. Con esta norma, el ordenamiento permite acceder a la pensión de jubilación cuando, habiendo cotizado a varios regímenes del sistema de Seguridad Social, el interesado no reúne todos los requisitos exigidos en ninguno de ellos, considerando únicamente las cotizaciones acreditadas en cada uno. En tal caso, resolverá sobre el derecho a la pensión el régimen en el que se acredite el mayor número de cotizaciones. Sin embargo, cuando el trabajador no haya cumplido la edad mínima para causar el derecho a la pensión de jubilación en el régimen por el que deba resolverse el derecho, por ser aquél en el que se acredite un mayor número de cotizaciones, podrá reconocerse la pensión por dicho régimen, siempre que se acredite el requisito de edad en alguno de los demás regímenes que se hayan tenido en cuenta para la totalización de los períodos de cotización.

Para que se pueda admitir la jubilación anticipada en tales condiciones se requiere: a) que el interesado tenga la condición de mutualista antes del 1 de enero de 1967; y b) que, al menos, la cuarta parte de las cotizaciones totalizadas a lo largo de la vida laboral del trabajador se hayan efectuado en regímenes que reconozcan el derecho a la jubilación anticipada o a los precedentes de dichos regímenes. En tal caso, el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación anticipada se llevará a cabo por el régimen en que el interesado acredite mayor número de cotizaciones con aplicación de sus propias normas. Y, así, la pensión de jubilación será objeto de reducción mediante la aplicación del porcentaje del 8% por cada año o fracción que le falte al interesado para el cumplimiento de los 65 años de edad. Únicamente se exceptuará de esta fórmula al régimen de clases pasivas.

Posteriormente, el régimen de jubilación anticipada -parcial- se extendería al RETA a través de la Ley 39/99, 5 nov., BOE, 6 de conciliación de la vida laboral y personal, si bien condicionada a su regulación reglamentaria.

2. El Estatuto del Trabajo Autónomo (Ley 20/07, 11 jul., BOE, 12) ampliaría el ámbito de protección con dos supuestos próximos a la jubilación anticipada: el adelanto de la edad en actividades tóxicas, peligrosas o penosas en los mismos términos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena y la aplicación de este adelanto asimismo a personas con discapacidad en las condiciones dispuestas para los trabajadores por cuenta ajena. Bien es cierto que se trata de sectores en los que difícilmente se realizan trabajos por cuenta ajena por lo que se demanda su ampliación a otros ámbitos en los que el autoempleo incide sustancialmente (transporte, taxi, agricultura, etc). El elemento normativo más significativo, con todo, es la expresión de que la acción protectora del régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos "*tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena*" (art. 26.5 Ley 20/07).

Pero, además, cabe añadir otro supuesto. La reivindicación sobre la cobertura del cese en la actividad autónoma, recogida en la DA 4ª de dicho Estatuto, se alcanzaría con la Ley 32/10, 5 ago., BOE, 6. El Estatuto exigiría la garantía de los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera a la hora de regular un sistema específico de protección, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida. En aquellos supuestos en los que deba aplicarse dicha prestación por cese de actividad en edades cercanas

a la legal de jubilación, su aplicación deberá garantizar, en combinación con las medidas de anticipación de la edad de jubilación en circunstancias concretas contempladas por la LGSS, que el nivel de protección dispensado sea el mismo, en supuestos equivalentes de carrera de cotización, esfuerzo contributivo y causalidad, que el de los trabajadores por cuenta ajena, sin que ello pueda implicar costes adicionales en el nivel no contributivo. Las Administraciones Públicas podrán, por razones de política económica debidamente justificadas, cofinanciar planes de cese de actividad dirigidos a colectivos o sectores económicos concretos. De conformidad con esta regulación, la DA 1ª Ley 32/10 establecería una mayor duración de la prestación por cese de actividad a partir de los 60 años de edad y hasta el cumplimiento de la edad de jubilación correspondiente.

3. Finalmente, y al margen de la regulación general sobre el trabajo autónomo, el RD 1698/11, 18 nov., BOE, 23 por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de Seguridad Social, anticipará la edad de jubilación a los trabajadores que, en algún momento de su vida laboral, hayan desempeñado una actividad tóxica o cuando se acredite una discapacidad del 65% o del 45% si disminuye su calidad de vida tanto si la actividad se ha efectuado por cuenta ajena como por cuenta propia. La aplicación de la reducción de la edad de jubilación, en ningún caso dará lugar a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con menos de 52 años de edad real. De hecho, la nueva DA 18ª Ley 27/11 fija la edad mínima de jubilación para las personas afectadas por una discapacidad en grado igual o superior al 45% en, excepcionalmente, 56 años.

Por último, la DF 8ª de la citada Ley 27/11 que modifica la DF 8ª LGSS señala que la jubilación anticipada voluntaria [art. 161.bis.2.b) LGSS] se extiende a todos los regímenes de Seguridad Social desde el 1 de abril de 2013, rigiéndose, a tal efecto, por lo dispuesto en el RD-L. 5/13. Esto significa que, a partir de dicha fecha, los trabajadores por cuenta propia podrán acceder a la jubilación anticipada voluntaria cumpliendo los requisitos ya analizados (edad inferior a dos años, 35 años de cotización y pensión superior a la que le correspondería al cumplir los 65 años de edad, básicamente). Curiosamente se excluye el cese involuntario, pese a estar regulado en la Ley 32/10 que lo desarrolla. La reminiscencia que postergó cualquier prestación para el cese involuntario se extiende, ahora, al acceso a la jubilación anticipada de estos trabajadores que, contradictoriamente, son reconocidos como "colectivo de riesgo" a partir de los 60 años de edad al disponer de una duración más extensa en la protección por cese de actividad.

II.3. Ex ante (prejubilación) y ex post (compatibilidad) de la jubilación anticipada

II.3.1. Prejubilaciones penalizadas

II.3.1.1. La aportación económica empresarial debida por el despido de los trabajadores de más de cincuenta años de edad

1. En su redacción originaria, la Ley 27/11 impondría la obligación de efectuar una aportación económica a aquellas empresas con beneficios que incluyeran en sus despidos colectivos a trabajadores mayores de 50 años de edad. Lo haría a través de su DA 16ª, modificada con posterioridad por la DF 4ª de la Ley 3/12, 6 jul., BOE, 7. En su desarrollo se aprobaría el RD 1484/12, 29 oct., BOE, 30 y, con posterioridad, el RD-L. 5/13 que modifica este último a través de su DF 7ª y el RD-L. 16/13, 20 dic., BOE, 21 que matiza esta última norma. En la Memoria económica de esta reforma, el Gobierno preveía recaudar unos cuarenta y tres millones de euros anuales. Por el momento, la cifra facilitada –con cautela– es de un millón.

En la actualidad, y de conformidad con la normativa vigente reseñada, las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el art. 51 LET deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público. Pero no todas sino únicamente aquellas en la que concurran una serie de requisitos, analizados a continuación.

Para que se haga efectiva la obligación de realizar una aportación económica, los despidos colectivos deberán llevarse a cabo en empresas de más de cien trabajadores o empresas que

formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores. Desde su redacción inicial (2011) hasta ahora, el esquema de empresas afectadas por esta obligación se ha incrementado toda vez que aquella norma se aplicaba a las empresas que realizaran despidos colectivos de acuerdo con el art. 51 LET y que, además, o bien se tratara de empresas con más de quinientos trabajadores o empresas que formaran parte de grupos de empresas con ese número de trabajadores. Idéntico requisito se mantuvo en la reforma de 2012. Será ahora, y tras la aprobación del RD-L. 5/13 que se analiza, cuando se amplíe el número de empresas afectadas al incluir entre las mismas a todas aquellas que tengan una plantilla de más de cien trabajadores. A partir de 2013, las empresas de mediano tamaño –cien trabajadores– deberán atender a esta obligación legal.

No obstante, y para precisar cada situación empresarial individual, deberá apreciarse la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo en cuestión por cuanto las extinciones que se produzcan como consecuencia de expedientes (despidos colectivos) iniciados a partir del 27 de abril de 2011 se regirán, *ex DA 16ª Ley 27/11* en su versión inicial, por esta última norma. Por el contrario, aquellos procedimientos (despidos colectivos) iniciados a partir del 1 de enero de 2013, se regirán por la nueva normativa, esto es, la nueva *DA 16ª Ley 27/11* en la versión aprobada por el RD-L. 5/13.

El número de trabajadores dependerá de la estructura empresarial o grupal del centro de imputación. Comienza a precisar así la legislación laboral, y constituye éste un claro ejemplo, que el despido colectivo ha de tomar como referencia el grupo de empresa y no la empresa, caso de existir aquél. Sin embargo, la inclusión en esta normativa del grupo de empresas puede complicar su aplicación. Por varias razones. En primer lugar, porque no todo grupo de empresa se encuentra normalizado, esto es, en algunos casos las empresas pertenecen a un grupo pero no se reconoce la existencia del mismo como tal. De ser así, la prueba procesal en cuanto al número de trabajadores de la empresa y/o grupo generará un inconveniente al aplicar esta norma. En segundo término, porque cuanto mayor sea la empresa –y el grupo lógicamente tendrá una dimensión superior a la empresa que pertenece al mismo– las reglas de proporcionalidad exigidas por este RD-L. 5/13 (a saber, el porcentaje de trabajadores despedidos de 50 o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos deberá ser superior al porcentaje de trabajadores de 50 o más años sobre el total de trabajadores de la empresa), resultarán más difíciles de cumplir y, si esto es así, la empresa quedará exenta de realizar esta aportación económica.

Y, por último, porque la determinación de los beneficios a los que se refiere la norma analizada, se dificulta si se tiene en cuenta la contabilidad del grupo y no de la empresa, si bien, de acuerdo con el art. 42.1 del Código de Comercio, toda sociedad dominante de un grupo deberá formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados. Recordemos que este mismo precepto entiende que existe un grupo de empresas cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. La nota característica será, por tanto, la toma de control sobre otra u otras sociedades y no tanto la unidad de decisión como venía considerándose tradicionalmente. A estos efectos, tanto los arts. 42 a 49 del Código de Comercio como, y sobre todo, el RD 1159/10, 17 sept., BOE, 24, por el que se aprueba las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, resultan determinantes para precisar cuál es el balance de resultados del grupo empresarial. La consolidación contable constituye, de hecho, una técnica de presentación de cuentas del grupo y otros estados complementarios como el informe de gestión cuyo objeto es determinar la situación económica y financiera, patrimonial y de resultados del conjunto de sociedades como si fuera una sola unidad. Eso sí, la obligación de consolidar las cuentas no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas individuales y el informe de gestión correspondiente, por lo que, a efectos de la norma objeto de consideración en este análisis y para el supuesto de que la empresa afectada por el despido colectivo formara parte de un grupo de empresas, podrá conocerse no sólo la situación del grupo sino, y además, el balance de la empresa en cuestión individualmente considerado.

2. No basta, por lo demás, con que se trate de una empresa con el número de trabajadores indicado sino que, amén de lo anterior, el porcentaje de trabajadores despedidos de 50 o más

años de edad sobre el total de trabajadores despedidos deberá ser superior al porcentaje de trabajadores de 50 o más años sobre el total de trabajadores de la empresa. A estos efectos se computarán los trabajadores incluidos en un despido colectivo y aquellos cuyos contratos hayan sido extinguidos por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a los previstos en el art. 49.1.c) LET, siempre que dichas extinciones de contrato se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo. Asimismo, y también a estos efectos, deberá considerarse la plantilla de la empresa a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo.

Obsérvese aquí también otra cuestión susceptible de análisis. En su redacción originaria, la norma exigía que el despido colectivo afectara, al menos, a cien trabajadores en un período de referencia de tres años, con independencia del número de trabajadores de 50 o más años afectados. Con posterioridad, la reforma de 2012, sólo requeriría que el despido colectivo afectara a trabajadores de 50 o más años de edad. Ahora, con esta nueva exigencia ha de darse un factor nuevo y es la proporción entre los trabajadores despedidos de 50 o más años sobre el total de trabajadores despedidos que deberá ser superior al porcentaje de trabajadores de 50 o más años sobre el total de trabajadores de la empresa. Es cierto que el número de trabajadores despedidos –a todos los efectos, esto es, en relación al total de trabajadores despedidos y a aquellos con edad igual o superior a 50 años– incluye no sólo a los afectados por el despido colectivo sino a cualquier extinción que se produzca por iniciativa de la empresa tanto en los tres años anteriores al despido como en el año posterior al inicio del mismo pero se trata de un requisito que condiciona sobremanera la aplicación de esta norma. De hecho, este criterio de proporcionalidad pudiera resultar, *a priori*, beneficioso para las empresas a la hora de eludir su aportación pues bastaría con equilibrar el peso específico de los trabajadores de 50 o más años entre los despidos colectivos para evitar la aplicación de la misma. Pero la inclusión de todos los despidos efectuados desde tres años antes e incluso computando los que se realicen un año después y no sólo los que sean de naturaleza colectiva sino cualquiera que se efectúe a iniciativa de la empresa, dificulta dicha estrategia empresarial y posibilita una aplicación más amplia y una recaudación mayor en beneficio del Tesoro Público.

Con todo, este último condicionante de la norma merece alguna precisión adicional. La primera, que será la fecha de inicio del despido colectivo, la fecha determinante para hacer cualquier tipo de cálculo al respecto. Obsérvese, no en vano, cómo, de conformidad con lo dispuesto en el RD 1484/12 modificado, se considerará como trabajadores de 50 o más años, en primer lugar, a todos aquellos trabajadores afectados por el despido colectivo que tuvieran cumplida dicha edad a la fecha de extinción del contrato, dentro del período previsto para la realización de los despidos que figure en la comunicación de la decisión empresarial a la autoridad laboral tras la finalización del período de consultas contenida en el art. 51.2 LET. Por otro lado, se computarán asimismo los trabajadores que tuvieran cumplida la edad de 50 años a la fecha de extinción de sus contratos por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a los previstos en el art. 49.1.c) LET, cuando dichas extinciones de contrato se produjeran en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del despido colectivo. Por lo demás, cabría precisar que el plazo de tres años antes y uno después no sólo se tendrá en cuenta para estas otras extinciones provocadas por la empresa distintas al despido colectivo sino que atenderá, amén de las que se produzcan como consecuencia del despido colectivo que activa esta obligación, también a cualquier extinción derivada de otro despido colectivo ejecutado entre esas fechas, en su caso.

Finalmente, y aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifiquen el despido colectivo, deberán cumplirse alguna de las dos condiciones siguientes. Una, que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo. Otra, que las empresas o el grupo de empresas en el que se integran obtengan beneficios en, al menos, dos ejercicios económicos consecutivos dentro del período comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha. A tal fin, se estima que una empresa ha obtenido beneficios cuando el resultado del ejercicio resulte

positivo, tal y como se define en los modelos de cuentas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, recogidos en el RD 1514/07, 16 nov., BOE, 20 por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad o en la normativa contable que sea de aplicación, en este caso y además, el RD 1159/10, ya citado.

En la redacción originaria de la norma sólo se establecía la primera de las condiciones, obviándose la segunda. Lo mismo ocurría en la reforma de 2012. Será la nueva normativa incorporada a partir de 2013 la que añada la posibilidad de que las empresas o grupos que hayan obtenido beneficios durante dos ejercicios consecutivos desde un ejercicio anterior a la fecha del despido colectivo y los cuatros ejercicios posteriores, también se encuentren obligadas a realizar esta aportación. Como en anteriores casos, se trata aquí de una ampliación del ámbito subjetivo de la norma puesto que existen más posibilidades de haber obtenido beneficios si los plazos son, como ocurre ahora, más amplios y se tienen en cuenta otros ejercicios como referencia.

3. Pero toda esta regulación responde a un único objetivo: la contribución de las empresas que despiden trabajadores de 50 o más años en los términos descritos. Para calcular dicha aportación se tomará en consideración el importe bruto de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido colectivo abonadas desde la fecha del despido, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal. También se incluirán los importes aportados por dicho Servicio en relación a los trabajadores de 50 o más años cuyos contratos hayan sido extinguidos por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a los previstos en el art. 49.1.c) LET, siempre que dichas extinciones de contrato se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

Desde su redacción inicial se observan una serie de novedades. Antes, no se precisaba si el importe de las prestaciones y subsidios debía ser bruto o neto ni la necesidad de computar desde la fecha del despido. Tras la reforma de 2012 se incorpora la alusión a las cotizaciones a la Seguridad Social y también se incluye el texto que reúne los importes abonados por los contratos extinguidos a iniciativa de la empresa, si bien en 2012 se trataba de todas las extinciones producidas en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo. Por tanto, el período de referencia se reduce pues ya no se trata de las prestaciones, subsidios o cotizaciones de los despidos efectuados tres años después del despido colectivo sino tan sólo un año después.

Del cálculo de la aportación económica quedarán excluidos, a petición de la empresa afectada, los importes de prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados que hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa o en otra empresa del grupo o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de contratos de trabajo. La empresa deberá acreditar todos los requisitos exigidos para la recolocación en el art. 6.3 RD 1484/12. Términos ya previstos en la reforma de 2012 y que permite eludir esta obligación mediante la recolocación de los trabajadores de 50 o más años de edad.

Esta aportación será exigible asimismo cuando la empresa proceda a la aplicación de medidas temporales de regulación de empleo que afecten a trabajadores de 50 o más años con carácter previo a la extinción de los contratos de los mismos trabajadores, en virtud de un despido colectivo u otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a los previstos en el art. 49.1.c) LET, siempre que no haya transcurrido más de un año entre la finalización de la situación legal de desempleo derivada de la aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo y la extinción del contrato de cada trabajador. En este caso, se tendrán en cuenta las aportaciones realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal durante los períodos de aplicación de medidas de regulación temporal de empleo previos a la extinción de los contratos, incluidos, en su caso, los que pudieran corresponder en concepto de reposición de la

duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo. A estos efectos, se considerarán trabajadores de 50 o más años de edad aquellos que cumplan la misma o la tuvieran cumplida dentro del período previsto para la aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo, ex RD 1484/12.

El importe de la cuantía económica a ingresar se determinará anualmente mediante la aplicación de un tipo sobre los siguientes conceptos: a) cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por prestaciones por desempleo de nivel contributivo de los trabajadores de 50 o más años afectados por los despidos, generadas total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió su despido; b) cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de empleo Estatal por cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por los trabajadores afectados, durante el período de percepción de las mismas; c) un canon fijo por cada trabajador que haya agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y que comience a percibir algún subsidio de los establecidos en el art. 215.1.1.a) y b) y 215.1.3 LGSS. Este canon se calculará mediante la totalización durante un período de seis años de la suma del coste anual del subsidio por desempleo más el de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año del agotamiento. También se hará efectivo el canon fijo por cada trabajador que, no teniendo derecho al cobro de la prestación por desempleo contributiva, acceda directamente al subsidio por desempleo previsto en el art. 215.1.2 LGSS como consecuencia de la situación legal de desempleo motivada por el despido. Una regulación ausente en la Ley 27/11, que lo residenciaría en el desarrollo reglamentario de la misma, y coincidente con la de 2012, salvo la alusión en esta última al acceso al subsidio por desempleo (con carácter general), precisando la actual que sólo se contempla el subsidio por desempleo previsto en el 215.1.2 LGSS.

El tipo aplicable se fija en función del número de trabajadores de la empresa, el número de trabajadores de 50 o más años afectados por el despido y el porcentaje de los beneficios de la empresa sobre los ingresos y oscila entre un 100% máximo y un 60% mínimo (art. 10.4 RD 5/13). Éste era, precisamente, el único dato que aportaba la Ley 27/11 al precisar que el importe debería calcularse según una escala en función de estos mismos criterios.

Por lo que se refiere a los beneficios, en el supuesto de que las empresas o el grupo de empresas hubiera tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo, los beneficios de la empresa o grupo se cuantificarán en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos ejercicios inmediatamente anteriores a aquél en que se inicie el procedimiento de despido colectivo. A estos efectos, el RD 1484/12 indica que ha de tratarse del porcentaje medio de los resultados de cada ejercicio respecto de los ingresos por operaciones continuadas e interrumpidas considerados para calcular dichos resultados. Por su parte, y para el supuesto en que la empresa o grupo obtengan beneficios en, al menos, dos ejercicios económicos consecutivos dentro del período comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha, los beneficios de la empresa o grupo se cuantificarán en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos primeros ejercicios consecutivos en que la empresa haya obtenido beneficios dentro del período indicado. También en este caso el RD 1484/12 alude al porcentaje medio de los ingresos por operaciones continuadas e interrumpidas considerados para calcular dichos resultados. Y, para este supuesto, la norma prevé que el cálculo de la primera aportación incluya todos los conceptos correspondientes al período comprendido desde la fecha de los despidos hasta el segundo ejercicio consecutivo, incluido éste, en que la empresa haya obtenido beneficios. Con una precisión importante, introducida por el RD-L. 16/13, 20 dic., BOE, 21 en su art. 5, al eximir de esta contribución a los grupos con beneficios en el exterior pero con pérdidas en España.

En cualquier caso se prevé que, al menos, el 50% de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se consignarán en el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral especí-

ficas para el colectivo de los trabajadores de 50 o más años que se encontraran en situación legal de desempleo, para lo cual en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal deberán constar créditos destinados a financiar este tipo de acciones y medidas.

II.3.1.2. Un subsidio de prejubilación retrasado y de alcance más limitado

1. Este RD-L 5/13 modifica, de nuevo, el subsidio de prejubilación o subsidio para mayores de 55 años (art. 215.1.3. LGSS). Después de haber visto limitado su ámbito subjetivo de aplicación (al pasar de 52 a 55 años de edad), la DF 1^a.1 modifica ahora el art. 215.1.3 LGSS considerando que además, aunque el solicitante carezca de rentas en los términos establecidos, si tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75% del s.m.i., excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Esto supone limitar aún más su concesión toda vez que computar no sólo las rentas personales sino también las familiares dificultará el acceso a este subsidio.

Como consecuencia de esta reforma, la DT Única aclara que los titulares del subsidio para mayores de 55 años previsto en el art. 215.1.3 LGSS cuyo nacimiento del derecho se haya iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, les será de aplicación la normativa sobre el requisito de carencia de rentas vigente en ese momento durante la percepción del subsidio, siendo de aplicación lo previsto en la DF 1^a de este RD-L 5/13 a aquellas solicitudes cuyo nacimiento del derecho al subsidio se inicie a partir de la fecha de su entrada en vigor.

2. Asimismo, y en relación con esta materia, conviene precisar que, desde la aprobación de la Ley 27/11, la DA 31^a LGSS dispone un nuevo régimen aplicable al convenio especial a suscribir en despidos colectivos.

De este modo, las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años de edad, salvo en los casos de despidos colectivos por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta el cumplimiento, por parte del trabajador, de los 61 años de edad, convirtiéndose a partir de entonces en obligación del trabajador. A partir del cumplimiento de la edad correspondiente, las aportaciones al convenio especial serán obligatorias y a su exclusivo cargo, debiendo ser ingresadas hasta el cumplimiento de la edad ordinaria o hasta la fecha en que, en su caso, quepa acceder a la jubilación anticipada. El incumplimiento de esta obligación supondrá la comisión de una infracción grave, ex art. 23.i) RD-Leg. 5/00.

II.3.2. Compatibilidad reforzada

II.3.2.1. Compatibilidad reforzada en la jubilación ordinaria

1. Potenciar la continuidad de la vida laboral exigía modificar las reglas de compatibilidad de la pensión de jubilación. Esta reforma de 2013 lo hace, pero con cautela. Dispone, con carácter general, la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo con la sola excepción del régimen de clases pasivas que deberá regirse por su propia normativa.

Trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia y pensión serán compatibles si: a) se accede a la pensión a la edad ordinaria de jubilación [*"sin que a tales efectos sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad que jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado"*, art. 2.a) RD-L. 5/13]; b) el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada alcance el 100%; y c) el trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial. En tal caso, la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50% del importe resultante en el reconocimiento inicial y una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública. Se excluye el complemento para mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. En tanto se mantenga la compatibilidad con el trabajo, el

importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirán en un 50%. Durante el tiempo en que se compatibilicen pensión y trabajo, el pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima y será considerado, en todo caso, pensionista. El percibo íntegro de la pensión se recuperará cuando cese la actividad laboral compatible.

Durante esta etapa, tanto el empresario como el trabajador cotizarán a la Seguridad Social por incapacidad temporal y por contingencias profesionales amén de una "cotización especial de solidaridad", importada del ordenamiento francés y que supone un 8% de cotización, 6% a cargo del empresario y 2% a cargo del trabajador. Además, las empresas en las que se compatibilice la prestación de servicios con el disfrute de la pensión no deberán haber adoptado, ex DA 1ª RD-L. 5/13, decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores a dicha compatibilidad. Bien es cierto que la limitación afectará tan sólo a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta norma y únicamente para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción. El mantenimiento del empleo constituye una obligación extensible a todo el período en que se materialice la compatibilidad pensión-trabajo. A tal fin, se tomará como referencia el promedio diario de trabajadores de alta en la empresa en los 90 días anteriores a la compatibilidad, calculado como el cociente que resulte de dividir entre 90 la suma de los trabajadores que estuvieran en alta en la empresa en los 90 días inmediatamente anteriores a su inicio. Se excluye de este cómputo los contratos extinguidos por causas objetivas o por despido disciplinario procedente, las extinciones por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad de los trabajadores o la expiración del tiempo convenido en los contratos para obra o servicio determinado.

2. Especial dificultad aplicativa alcanza la compatibilidad pensión-trabajo, al menos, en dos ámbitos; a saber, en el trabajo por cuenta propia y en clases pasivas.

En virtud de la DA 31ª LGSS, la pensión de jubilación resulta compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el s.m.i. en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades no estarán obligados a cotizar a la Seguridad Social, no generando nuevos derechos sobre prestaciones al sistema. Sin embargo, la OM 1362/11, 23 may., BOE, 26 establecería un régimen específico de incompatibilidad en la pensión de jubilación con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados. En virtud del mismo, se extendía el régimen de incompatibilidad previsto con carácter general en el RGSS al ejercicio de actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados que, al amparo de la DA 15ª Ley 30/95, 8 nov., BOE, 9, se hallaran exonerados de la obligación de causar alta en el RETA, con independencia de su integración o no en una de las mutualidades de previsión social a las que la indicada disposición legal posibilitaba su actuación como alternativa al alta en el expresado régimen especial. Bien es cierto que este régimen de incompatibilidad no resultaba de aplicación a quienes vinieran compatibilizando la pensión con el ejercicio de la actividad por cuenta propia del profesional colegiado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta norma reglamentaria, así como para quienes en la citada fecha hubieran cumplido ya los 65 años de edad. Pues bien, la DA 37ª Ley 27/11 delegaría en el Gobierno la presentación de un proyecto de ley para regular la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. *"Mientras no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la OM 1362/11"*. De ahí que, desde entonces, la suspensión prevista permitiría mantener la compatibilidad pensión-actividad profesional en los términos anteriores a dicha prohibición.

La cuestión controvertida en la actualidad es si se considera que el RD-L. 5/13 constituye esa norma a la que aludía la DA 37ª Ley 27/11, en cuyo caso finaliza la suspensión de la aplicación de la OM 1362/11 y ha de aplicarse todo lo dispuesto en el RD-L. 5/13 o, por el contrario, si no se trata de la norma específica a la que hiciera referencia la DA 37ª Ley 27/11 por lo que permanecería en suspenso la OM 1362/11 y habría de mantenerse la compatibilidad pensión-actividad profesional, esto es, sin restricción alguna y percibiendo la pensión en su integridad, compatible con los beneficios obtenidos por la prestación profesional. Aun cuando no se trate de una norma específicamente destinada a la compatibilidad de la pensión con el ejercicio de

la actividad profesional, lo cierto es que el RD-L. 5/13 sí dedica su Capítulo I a la regulación de la compatibilidad entre pensión y trabajo. Y, además, señala que su ámbito de aplicación comprende todos los regímenes de Seguridad Social, a excepción del régimen de clases pasivas. No existe, pues, una razón interpretativa que justifique mantener la suspensión de la OM 1362/11 ni tampoco su aplicación pues, desde la entrada en vigor del RD-L. 5/13, se impone la aplicación de las reglas sobre compatibilidad contenidas en esta última norma. A tal efecto, procede la reducción en un 50% de la pensión de jubilación si se pretende la compatibilidad con la actividad profesional y sólo podrá materializarse tal compatibilidad si la pensión alcanza el 100% de su cuantía al calcular la misma.

Por lo que se refiere al régimen de clases pasivas, la DA 2ª RD-L. 5/13 establece un nuevo sistema de compatibilidad. Para las pensiones de jubilación de carácter forzoso se prevé la compatibilidad con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen de Seguridad Social si: a) la edad de acceso a la pensión de jubilación o retiro es, al menos, la establecida como edad de jubilación forzosa para el correspondiente colectivo de funcionarios públicos; b) el porcentaje aplicable al haber regulador es del 100%. En tal caso, la cuantía de la pensión de jubilación se reducirá al 50% y mantendrá las mismas condiciones que en el RGSS; a saber, aplicación sobre el límite máximo de la pensión, exclusión del complemento para mínimos que no podrá percibirse durante el tiempo de compatibilidad y la reducción del 50% del importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas. Asimismo, cabrá compatibilizar la pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio. El importe será del 75% de la cuantía si se acreditan más de 20 años de servicios efectivos al Estado y un 55% con menos de 20 años.

Este régimen será de aplicación también a las pensiones que se causen o hayan sido causadas a partir del 1 de enero de 2009, sin perjuicio de que los efectos económicos no podrán ser, en ningún caso, anteriores a la fecha de entrada en vigor de este RD-L. 5/13. Se anulan así los efectos que produjo la aprobación del RD 710/09, 17 abr., BOE, 30 en desarrollo de la LPGE/08 y, en virtud del cual, el percibo de las pensiones de jubilación o retiro, tanto ordinarias como extraordinarias, además de su incompatibilidad con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, debían ser consideradas incompatibles, con carácter general, con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social. Régimen de incompatibilidad que, sin embargo, se mantiene para las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2009.

II.3.2.2. Compatibilidad limitada en la jubilación anticipada

1. Al establecer el legislador como requisito de compatibilidad que *"el acceso a la pensión deberá haber tenido lugar una vez cumplida la edad que en cada caso resulte de aplicación"* según lo establecido en el art. 161.1.a) y la DT 20ª LGSS y la adición a esta exigencia de que *"a tales efectos (no serán admisibles) las jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado"*, una interpretación precipitada de la norma podría llevar a considerar que esta compatibilidad no cabe en la jubilación anticipada. Primero, porque el legislador parece referirse a los supuestos de jubilación ordinaria sin excepción. Segundo, porque, junto a este requisito, se contempla el que se refiere al porcentaje del 100% aplicable a la base reguladora, algo que no ocurre en la jubilación anticipada. Y, tercero, porque a la ya mermada cuantía de la pensión de jubilación anticipada habría que aplicarle el 50% que exige la regla de compatibilidad pensión-trabajo, lo que conduciría a una ínfima cantidad de la pensión.

Pero todas estas objeciones son meramente formales y no atienden al sentido de la norma que se concibe, según su Exposición de Motivos, *"para favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores"*. Por supuesto, cabría plantear que precisamente quien decide jubilarse anticipadamente no tiene la necesidad de prolongar su vida

activa, siendo ambas actuaciones contradictorias. Pero no lo son si se tiene en cuenta que lo que posibilita esta norma es hacer compatible el derecho a la pensión con el mantenimiento del trabajo y esa puede ser una pretensión lícita tanto para quien se jubila a la edad legal como quien lo hace anticipadamente. Máxime si este último puede acceder tanto voluntaria como "involuntariamente" a la jubilación anticipada, manifestando a través de esta compatibilidad su intención de seguir en el mercado de trabajo pese a que le corresponda el derecho a la jubilación. Por lo demás, si se trata de reforzar la sostenibilidad del sistema, aplicar un porcentaje de reducción sobre una cuantía ya reducida por jubilación anticipada puede resultar rentable al sistema. Y, finalmente, si lo que se pretende es aprovechar la experiencia y conocimientos del trabajador jubilado, éstos se hallan presentes tanto en quienes acceden a una edad legal como en quienes lo hacen anticipadamente.

2. Conviene añadir, además, que se mantiene el régimen vigente de jubilación flexible introducido por la Ley 35/02. En virtud del mismo, y tras modificar el art. 165 LGSS, las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la misma con un trabajo a tiempo parcial en los términos que la legislación establezca para este tipo de trabajo. Durante dicha situación se reducirá el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable. Ni la Ley 35/02 ni el RD 1332/02 de desarrollo de la misma impidieron el acceso de la pensión de jubilación anticipada, una vez causada, al régimen de jubilación flexible en los términos expuestos. Y, si bien es cierto que, fuera de estos supuestos, el legislador de 2002 consideraba prohibida la compatibilidad pensión-trabajo, el de 2013 ya no lo entiende así, en un avance significativo de la regulación de la pensión. De ahí que limitar el acceso de la jubilación anticipada al nuevo régimen de compatibilidad resultaría injustificado en una interpretación sistemática de la regulación de la pensión de jubilación.

III. EL PELIGRO DE RESTRINGIR LA JUBILACIÓN ANTICIPADA Y EL RIESGO DE INCREMENTAR LA ECONOMÍA SUMERGIDA

1. Todos los mecanismos de cese anticipado por razón de edad ensayados desde los años ochenta hasta hoy han cumplido una finalidad, la de facilitar el redimensionamiento no traumático de las plantillas. Ahora, condicionantes demográficos y especialmente económicos y una cierta desconfianza en la viabilidad de los sistemas públicos de pensiones justifican una política europea y nacional restrictiva en esta materia. El RD-L. 5/13 objeto de análisis en esta intervención responde a esta necesidad y se anticipa a los posibles riesgos futuros tanto de las generaciones presentes como venideras. Envejecer activamente y mantener la vida laboral tras cumplir la edad ordinaria de jubilación no puede ser objeto de crítica. La calidad de vida de nuestros mayores, el avance de la atención sociosanitaria y una sociedad en permanente evolución que no derrocha experiencia ajena aconsejan que aquellas pretensiones se conviertan en eje de las políticas públicas. Pero hacerlo con carácter obligatorio y generalizado puede resultar perjudicial para los intereses perseguidos.

En un mercado de trabajo regido por la temporalidad o por el trabajo a tiempo parcial en algunos casos, reunir quince años de cotización para acceder a la jubilación ordinaria o treinta y cinco para acceder a la jubilación anticipada, es un requisito que sólo a corto plazo va a poder ser cumplido. Si el objetivo es ir estableciendo un espacio transitorio entre un momento de gran utilización de las prejubilaciones o jubilaciones anticipadas y una etapa en la que, por no cumplir los requisitos, todos los trabajadores permanecerán necesariamente en sus puestos de trabajo más allá de los 65 años, ciertamente ésta es la vía. De hecho, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social confirma que, en los escasos meses de aplicación de esta reforma, la edad real de jubilación ha pasado de 63,9 a 64,3 años. Pero si lo que se persigue es consolidar un sistema de jubilación flexible, un sistema de jubilación que se adapta a la diversidad intrínseca de un mercado de trabajo voluble y en el que todas las opciones estén representadas, yerra el legislador. Los trabajadores pero también los empresarios siguen demandando mecanismos de prejubilación o de jubilación anticipada o de jubilación retrasada, aunque sea de forma contenida.

De no acertar en la formulación de un sistema flexible de jubilación puede ocurrir que se genere una "jubilación de ricos", esto es, la de aquellas empresas que pueden integrar mecanismos privados con mecanismos públicos de protección, ofreciendo a sus trabajadores todo tipo de jubilación, prematura o prolongada; la de quienes, por disfrutar de salarios altos, rechazan una jubilación topada en su nivel máximo y que siempre estará por debajo de su salario; la de quienes, en fin, pueden dejar de trabajar a una edad temprana porque la empresa garantiza un poder adquisitivo similar al de activo. Frente a una "jubilación de pobres", la de quienes por no contar con todas estas facilidades y por no poder cumplir los requisitos establecidos en el sistema público para acceder a una prejubilación, a una jubilación anticipada o a una jubilación ordinaria, no es que opten por permanecer en activo sino que no tienen otra salida si quieren seguir sobreviviendo. No es difícil imaginar una realidad en la que la prejubilación quede reservada tan sólo para trabajadores privilegiados; a saber, trabajadores de empresas con grandes recursos que pueden mantener despidos colectivos con el importante coste que supone la prejubilación en sectores favorecidos, como la banca. Una realidad, no querida, en la que la prolongación de la vida activa quede como mecanismo residual para los trabajadores de los sectores más depauperados (minería, empleados de hogar, construcción, etc). Una realidad, en fin, muy distinta a la que prevé el legislador español con sus reformas y muy distante de la que se propone alcanzar la UE.

Un sistema de jubilación eficiente ha de resultar coherente y equilibrado. No será coherente si la prolongación de la vida laboral no repercute en la pensión de jubilación, si su estímulo es manifiestamente contrario a determinadas políticas nacionales (de empleo, tributaria, etc), si cualquier jubilación anterior a la ordinaria es residual por su cuantía, si las situaciones de retiro anticipado definitivo como la prejubilación no se reconocen por temor a ser protegidas, si la jubilación ordinaria no conserva una proporción entre lo cotizado y lo percibido, en fin, si se van abordando soluciones en un entorno coyuntural para un problema estructural. Y no será equilibrado si no permite que el beneficiario pueda realmente efectuar todo tipo de combinación posible sin riesgo alguno a fin de conseguir la fórmula óptima para sí.

Con un riesgo, grave para nuestra economía. Si la población trabajadora, cotizante, comprueba que el sistema no protege sus necesidades, dejará de contribuir. Y eso incrementará una lacra, existente en todas las economías desarrolladas pero especialmente gravosa para algunas como la española, la economía sumergida.

2. No existe una definición unánime que describa lo que la economía sumergida es, ni siquiera una cuantificación por su carácter ilícito y, por ende, difícilmente fiscalizable. Pero la OIT califica como economía informal o trabajo no declarado a la "*actividad económica realizada por trabajadores y a las unidades económicas que no cumplen las reglamentaciones establecidas o no están cubiertas o se hallan insuficientemente cubiertas por reglamentaciones, Convenios Colectivos o acuerdos informales. Se trata de actividades no declaradas a las autoridades públicas*". Por su parte, la OCDE define la economía sumergida como "*aquella que se refiere a actividades productivas en sentido económico y relativamente legal (si ciertos estándares o regulaciones se cumplen), pero que son deliberadamente escondidas de las autoridades públicas, entre otras razones, para evitar el pago de renta, valor añadido u otros impuestos, el pago de cotizaciones a la Seguridad Social, el cumplimiento de mínimos legales derivados del salario mínimo, del número máximo de horas trabajadas, de los estándares de seguridad y salud, los procesos administrativos, etc*".

Pero sí cabe deducir de todas estas definiciones, al menos, cuatro elementos caracterizadores: se trata de actividades económicas o productivas; participan en ellas trabajadores que aportan su prestación de servicios para su desarrollo; se basan en el incumplimiento de obligaciones legales, convencionales o contractuales de distinta naturaleza; y son ocultadas deliberadamente a las autoridades para eludir el cumplimiento de las obligaciones antes mencionadas.

Y una conclusión común: el perjuicio que la misma implica tanto para empleadores como para trabajadores. Para la empresa, la economía sumergida puede suponer una ventaja a corto plazo pero una desventaja a medio y largo plazo pues apreciará dificultades para consolidarse

en el mercado, con una nula capacidad para obtener financiación al permanecer fuera de la legalidad. La empresa corre riesgos, el de ser descubierta y sancionada a través de una inspección, los costes de protección privada en previsión de accidentes laborales, un menor compromiso de los empleados que desconfían de una empresa que permanece fuera de la ley, un menor incentivo para su formación y cualificación, etc.

En una coyuntura de crisis como la actual, siempre cabe atender a una justificación que consolide estas prácticas. Las pequeñas y medianas empresas manifiestan serias dificultades para hacer frente a las obligaciones fiscales y de Seguridad Social por lo que podrían estar tentadas a permanecer total o parcialmente en economía sumergida. Pero, curiosamente, son las grandes empresas las que, descentralizando hacia aquéllas su producción, contribuyen a que esta red fraudulenta se mantenga a cambio de obtener mayores beneficios. Con este tipo de actuación se distorsiona gravemente la competencia entre empresas, provocando un fuerte agravio comparativo entre las que cumplen las normas y las que no lo hacen. Y no tanto porque las que se desarrollan en economía sumergida incumplan –que también– sino porque las que son indirectamente beneficiarias son las que aparentemente respetan el ordenamiento jurídico pero descentralizan su producción, descargando en otras sus obligaciones fiscales y laborales. Con el agravante de que serán las pequeñas y medianas empresas las únicas que soporten los riesgos e inconvenientes de la economía sumergida (menores posibilidades de consolidación en el mercado por su dependencia, menor capacidad de acceder a financiación, sanciones si son descubiertas que no podrán ser trasladadas a las empresas principales, etc).

Para los trabajadores, su permanencia en la economía sumergida supone una serie de perjuicios tales como la desprotección legal y judicial puesto que no podrán reclamar sus derechos, la ausencia de posibilidades de formación y promoción y la imposibilidad de acceder a la protección social. De hecho, está comprobado que las principales víctimas de estos trabajos prohibidos son precisamente los trabajadores que los realizan. Resulta evidente que la economía sumergida conlleva deterioro de las condiciones de trabajo y pérdida o anulación de derechos laborales y sociales: salarios más bajos, jornadas más largas, inexistencia de vacaciones, nula promoción profesional, ritmos elevados de trabajo, malas condiciones técnicas, instalaciones deficientes, nulo conocimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, manipulación inadecuada de productos tóxicos o peligrosos, ausencia de actividad sindical, impedimento de acceso a la protección social contributiva, dificultad para percibir indemnizaciones como la derivada del despido o del accidente de trabajo, etc. Sin embargo, no siempre cabe probar que el trabajador no está de acuerdo con el hecho de que la actividad se realice dentro de la economía sumergida por cuanto esto le permite recibir salarios más altos –toda vez que el empleador se exime de cualquier carga contributiva–. Mas en nuestro ordenamiento, especialmente en el ámbito laboral, la connivencia de las partes no exime del cumplimiento de las obligaciones legales, convencionales o contractuales. Amén de constituir un planteamiento perverso. Básicamente por la desprotección de todo tipo que sufre el trabajador que acepta estas condiciones pero especialmente por la ausencia de cobertura social.

Un argumento, pues, circular. Si se dificulta el acceso a las pensiones del sistema, los cotizantes pueden verse tentados a dejar de contribuir. Pero si dejan de contribuir no sólo disminuye o se anula su cobertura social sino todo el haz de protección que la legislación laboral y social despliega sobre los mismos. Y si este argumento se reproduce en términos económicos más que jurídicos podría llegarse a una conclusión nada grata y es que, so pretexto de ahorrar costes en el sistema de Seguridad Social, decisiones excesivamente rígidas en este ámbito pueden generar un daño irreversible a la economía y a la hacienda del Estado.

En la exposición oral se recordaba, para finalizar, un texto de José Ortega y Gasset, en homenaje a la Fundación que acogía el acto. Ahora que la Fundación incluye en su denominación a otra figura intelectual como Gregorio Marañón, se añade una de sus reflexiones. La de este último se extrae de sus "*Ensayos Liberales*" editados en 1946: "*Ser liberal es, precisamente, estas dos cosas: primero, estar dispuesto a entenderse con el que piensa de otro modo; y, segundo, no admitir jamás que el fin justifica los medios sino que, bien al contrario, son los medios lo que justifican el fin*". De Ortega y Gasset se reproduce un texto incluido en su obra "*Pasado y porvenir del hombre actual*" (1962) y citado en la intervención: "*El progreso no consiste en aniquilar hoy el ayer sino, al revés, en conservar aquella esencia del ayer que tuvo la virtud de crear este hoy*".