



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

La Prejubilación en el Sector Bancario:
Impacto de la Crisis Económica
en las Extinciones de la Relación Laboral
en el Sector Financiero Español

D. José Flores Alcázar

2022



UNIVERSIDAD DE MURCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Tesis Doctoral

**LA PREJUBILACIÓN EN EL SECTOR
BANCARIO: IMPACTO DE LA CRISIS
ECONÓMICA EN LAS EXTINCIONES DE LA
RELACIÓN LABORAL EN EL SECTOR
FINANCIERO ESPAÑOL**

Presentada por: D. José Flores Alcázar

Dirigida por: Dra. D^a. Francisca María Ferrando García

Murcia, 2021

TESIS DOCTORAL

**LA PREJUBILACIÓN EN EL SECTOR BANCARIO: IMPACTO
DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LAS EXTINCIONES DE LA
RELACIÓN LABORAL EN EL SECTOR FINANCIERO ESPAÑOL**

Doctorando: D. José Flores Alcázar

Directora de Tesis: Dra. D^a. Francisca María Ferrando García

Programa de Doctorado en Derecho

**MERCADO DE TRABAJO, NUEVAS REALIDADES EMPRESARIALES Y
POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTECCION SOCIAL**

Universidad de Murcia

Facultad de Derecho

Felix qui potuit rerum cognoscere causa

“Feliz es aquel que ha sido capaz de aprender la causa de las cosas”

Virgilio

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1

PRIMERA PARTE

DETERMINANTES SOCIOECONÓMICOS DE LA JUBILACIÓN EN LA BANCA	11

CAPÍTULO 1

BREVE RESEÑA DE LA CRISIS FINANCIERA Y SUS ANTECEDENTES	11

1. La situación de permanente crisis económica en España.....	11
2. El proceso de concentración del sector bancario en España.....	12
3. La crisis económica y financiera 2008 – 2014 en España	13
4. La crisis financiera y el exceso de liquidez	23
5. La caída del margen en las entidades financieras.	25
6. Efecto de la sentencias judiciales en el sector financiero español	26
7. La digitalización del sector financiero.....	30

SEGUNDA PARTE

SOBRE LAS MODALIDADES DE ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN.....	33

CAPÍTULO 2

LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN ESPAÑA. CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO	33

1. Noción.....	33
2. Fundamento normativo. Especial referencia a las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa.....	34
3. Acceso a la pensión de jubilación	43
2.1. Requisito del cumplimiento de UNA determinada edad	44
2.2. Periodos de carencia genérica y específica	48
2.3. Cálculo de la base reguladora de pensión de jubilación	51
2.4. Pluriactividad	55
2.5. El hecho causante de la prestación de jubilación	56
4. Cuantía de la pensión de jubilación	58
4.1. Parámetros determinantes	58
4.2. Ejemplo de cálculo de pensión de jubilación con cotización por la base máxima	61
5. Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de genero (antiguo complemento de maternidad)	62

CAPITULO 3

LOS FACTORES DE CORRECCIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES	67

1.	Del factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación al mecanismo de equidad intergeneracional.....	67
2.	EL Índice de revalorización de las pensiones.....	74
3.	Equidad y suficiencia del sistema de Seguridad Social	78

CAPÍTULO 4

JUBILACION PARCIAL, JUBILACIÓN FLEXIBLE Y JUBILACIÓN ACTIVA 89

1.	Consideraciones comunes	89
2.	La jubilación parcial	94
2.1.	Modalidades de jubilación parcial	98
2.1.1.	Jubilación parcial diferida	99
2.1.2.	Jubilación parcial anticipada a la edad ordinaria de jubilación.	102
	65 años	105
2.2.	Cuantía de la pensión de jubilación definitiva tras la jubilación parcial	114
2.3.	Compatibilidades e incompatibilidades	116
2.4.	Supuestos de compatibilidad	117
2.5.	Incompatibilidades.....	118
2.6.	Extinción de la jubilación parcial.....	118
3.	Jubilación activa.....	119
4.	Jubilación flexible	122
5.	La jubilación demorada	125

CAPÍTULO 5

LA JUBILACIÓN ANTICIPADA..... 129

1.	Rasgos generales y finalidad de la jubilación anticipada	129
2.	Requisitos de acceso.....	130
3.	Supuestos de jubilación anticipada	133
3.1.	Reducción de la edad de jubilación.....	133
3.1.1.	Por razón de la actividad (art. 206 LGSS).....	133
3.1.2.	En caso de discapacidad (art. 206 <i>bis</i> LGSS)	133
3.2.	Modalidades de Jubilación anticipada que conllevan la aplicación de coeficientes reductores.....	136
3.2.1.	Jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora	137
3.2.2.	Jubilación anticipada por voluntad de la persona trabajadora	145
4.	Cuantía de la pensión	148
4.1.	La aplicación de coeficientes reductores de la pensión de jubilación en caso de acceso a la jubilación anticipada.....	148

4.2. Ejemplo de aplicación de coeficientes reductores y del límite máximo de la pensión jubilación	164
5. Ficción normativa para anticipar la edad de jubilación	170
6. La importancia de la puesta a disposición de la indemnización por despido y la necesidad de acreditar su cobro mediante un instrumento fehaciente	173

TERCERA PARTE

LA PREJUBILACIÓN.....	181

CAPÍTULO 6

LA PREJUBILACIÓN: NOCIÓN Y DELIMITACIÓN DE SUS EFECTOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO	181
1. Aproximación a la figura jurídica y rasgos definitorios	181
2. Modalidades de acceso a la prejubilación	191
2.1. Prejubilación negociada individualmente	196
2.2. Prejubilación con origen en una causa colectiva	198

CAPÍTULO 7

EL PACTO DE PREJUBILACIÓN	203
1. Sobre la naturaleza extintiva o suspensiva del pacto de prejubilación	203
1.1. Criterio jurisprudencial	206
1.2. Criterio doctrinal	211
2. Los derechos económicos asociados a la prejubilación.....	219
3. Alguna casuística en relación con las incidencias que pueden originarse tras la suscripción del PACTO de prejubilación	222
3.1. ¿Carácter indemnizatorio o mejora de prestaciones de la Seguridad Social?	222
3.2. Valor liberatorio del finiquito. Indemnización por prejubilación	234
3.3. Incumplimiento por la persona trabajadora de las obligaciones pactadas	235
3.3.1. Pacto de no competencia postcontractual	235
3.3.2. Prohibición de realizar trabajos remunerados por cuenta ajena o propia sin autorización expresa de la empresa.....	240
3.4. Jubilación de la persona trabajadora con anterioridad a la edad pactada en el acuerdo de prejubilación	241
4. Análisis de un contrato de prejubilación	245
5. Despido de la persona trabajadora prejubilada	254
5.1. Despido por hechos acaecidos con anterioridad a la prejubilación. Pacto de extinción del contrato de trabajo del art. 49.1.a) ET	257
5.2. Nulidad del consentimiento prestado por la empresa en contrato de prejubilación	260

CAPÍTULO 8

LA PREJUBILACIÓN COMO INSTRUMENTO DE REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLA

.....	263
1. El tránsito prestacional	263
2. Cómputo de los pactos de prejubilación a los efectos del límite establecido en el art. 51.1 ET para el despido colectivo	266
2.1. Necesidad de llevar a cabo una negociación previa conforme a lo previsto en el Convenio de Banca	267
2.2. incumplimiento del procedimiento establecido en el art. 51 ET	271
3. Voluntariedad en el acceso a la prejubilación	274
3.1. Evolución normativa del concepto de jubilación (anticipada) por causa ajena a la persona trabajadora	275
3.2. Delimitación jurisprudencial de los conceptos de voluntariedad e involuntariedad en el cese de la relación laboral	281
3.2.1 Doctrina previa a la STS de 24 de octubre de 2006	281
3.2.2. La línea jurisprudencial iniciada con la STS de 24 de octubre de 2006	283
4. Prejubilación mediante expediente de regulación de empleo	286
4.1. Los cambios legislativos para la reestructuración del sector financiero en España ...	286
4.2. La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral	289
4.2.1. Supresión de la necesidad de autorización	294
4.2.2. Redefinición de las causas justificativas del despido colectivo	295
4.2.3. Limitación del margen de control jurisdiccional	296
4.3. La comunicación individual del despido	303
4.4. La selección de las personas trabajadoras afectadas por el ERE. Especial atención al criterio de mayor edad	305
5. El convenio especial con la Seguridad Social	316
5.1. Procedimiento y requisitos de suscripción del convenio especial en el Sistema de Seguridad Social	317
5.2. Determinación de la cuota	319
5.3. Sujetos obligados al ingreso de la cuota en el convenio especial	320
5.4. Fiscalidad de las cantidades percibidas por la persona trabajadora destinadas a sufragar el convenio especial con la Seguridad Social	322
5.4.1. Extinción por mutuo acuerdo de las partes	323
5.4.2. Extinción en virtud de despido colectivo	325
5.5. Suspensión del convenio	327
5.6. Extinción del convenio	327

5.7. Obligación de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social en el marco de un despido colectivo en empresas no sometidas a procedimiento concursal	328
6. Obligación de aportación económica al tesoro público por despidos que afecten a personas trabajadoras de 50 o más años	330
7. Derecho a la prestación por desempleo	336
7.1. La prestación y el subsidio por desempleo como parte integrante de la indemnización pactada en el ERE	339
7.2. La prestación por desempleo como parte integrante de la prejubilación de la persona trabajadora	340
7.3. El subsidio por desempleo como complemento de prejubilación	345
8. Indemnización legal por despido colectivo y cantidades derivadas del pacto de prejubilación	347

CAPITULO 9

FISCALIDAD DERIVADA DEL PACTO DE PREJUBILACIÓN 351

1. Elementos determinantes de la fiscalidad de las cantidades percibidas.....	351
2. La instrumentación formal de la prejubilación y su relevancia a los efectos impositivos	353
2.1. La dubitativa DOCTRINA de la Sala 3ª del Tribunal Supremo SOBRE el alcance de la exención fiscal del art. 7.e) de la LIRPF	356
2.2. El <i>onus probandi</i> sobre la procedencia y causa de las percepciones recibidas por la persona prejubilada	361
3. Criterios judiciales y de la administración tributaria	374
3.1. Cantidades percibidas con motivo de una prejubilación al amparo de un despido colectivo	374
3.2. Calificación como regular o irregular de la indemnización percibida por la persona trabajadora con motivo de la extinción de la relación laboral	378
3.3. Exceso indemnizatorio de los límites establecidos con carácter obligatorio en el ET380	
3.4. Cantidades abonadas por la extinción del contrato de trabajo en virtud de pacto, contrato o convenio	385
3.5. Bonus o incentivos ligados a resultados de percepción posterior a la resolución del contrato de trabajo	390
3.6. Carácter privativo o ganancial de la indemnización por extinción del contrato de trabajo en los casos de bajas incentivadas o por despido colectivo	390

CAPITULO 10

EL PLAN DE PENSIONES DE EMPRESA 399

1. Rasgos Generales.....	399

2.	Percepción anticipada de las aportaciones que la empresa debería haber realizado al plan de pensiones de la persona trabajadora hasta la fecha de su jubilación	408
3.	El compromiso por pensiones instrumentado mediante un contrato de seguro	409
4.	Percepción en forma de renta periódica a cargo de una compañía o empresa de seguros 411	
5.	La percepción del plan de pensiones con anterioridad a la jubilación de la persona trabajadora en caso de prejubilación pactada de mutuo acuerdo.....	416
6.	Carácter privativo del plan de pensiones de empresa	417
CONCLUSIONES		421
BIBLIOGRAFÍA.....		445
RELACIÓN DE SENTENCIAS		459
ANEXOS.....		473
Anexo I.....		475
Anexo II.....		477
Anexo III.....		479
Anexo IV.....		481
Anexo V.....		483
Anexo VI.....		485
Anexo VII.....		487
Anexo VIII.....		489
Anexo IX.....		491
Anexo X.....		493
Anexo XI.....		495
Anexo XII.....		497
Anexo XIII.....		499
Anexo XIV.....		501
Anexo XV.....		503
Anexo XVI.....		505
Anexo XVII.....		507

Anexo XVIII.....	513
Anexo XIX.....	515

ABREVIATURAS

AAVV	Autores varios
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AEB	Asociación Española de Banca
APP	Programa de compras de activos del BCE
Art.	Artículo
ASE	Acuerdo Social y Económico
ATS	Auto Tribunal Supremo
BBVA	Banco de Bilbao Vizcaya y Argentaria
BCE	Banco Central Europeo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BR	Base Reguladora
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CECA	Confederación Española de Cajas de Ahorro
CEE	Comunidad Económica Europea
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CEPYME	Confederación Española de Pequeña y Mediana Empresa
CCOO	Confederación Sindical de Comisiones Obreras
Cit.	Citada
CNMV	Comisión Nacional Mercado de Valores
Coord.	Coordinador
DGE	Dirección General de Empleo
DGS	Dirección General de Seguros

DGT	Dirección General de Tributos
Disp. Adic.	Disposición Adicional
Disp. Trans.	Disposición Transitoria
Dir.	Director
EEE	Espacio Económico Europeo
ERE	Expediente de Regulación de Empleo
ET	Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
FRSS	Fondo de Reserva de la Seguridad Social
INE	Instituto Nacional de Estadística
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IP	Incapacidad Permanente
IPC	Índice de Precios al Consumo
IRPF	Impuesto Renta Personas Físicas
IT	Incapacidad Temporal
LAAM	Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.
LFSIRSP	Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social
LGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LPFP	Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado
LRSS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

MCVL	Muestra Contínua de Vidas Laborales
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
Núm.	Número
OM	Orden Ministerial
Pág.	Página
PIB	Producto interior bruto
RD	Real Decreto
RD-Ley	Real Decreto Ley
RD-Leg.	Real Decreto Legislativo
Rec.	Recurso
RIPPF	Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.
RFPF	Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal
SJSO	Sentencia Juzgado de lo Social
SMAC	Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación
UE	Unión Europea
UGT	Unión General de Trabajadores
SJSO	Sentencia Juzgado de lo Social
SIP	Sistema Institucional de Protección
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia Tribunal Supremo

TARGET-2	Trans-European Automated Real-time Gross Settlement Express Transfer System
TC	Tribunal Constitucional
TEAR	Tribunal Económico Administrativo Regional
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de esta tesis doctoral nace como consecuencia de una confluencia de factores de índole intelectual y personal que han determinado tanto el momento de emprender tan apasionante tarea de investigación como la elección del tema a estudiar.

En el ámbito personal, desde que, ciertamente a una edad tardía, comencé mis estudios de Derecho, tuve claro que quería disfrutar del Derecho como tal, en todas sus facetas, pues los motivos que me han llevado a profundizar en tan apasionante mundo de ideas y normas han sido pura y simplemente vocacionales, vocación que, el paso del tiempo y sus consecuentes cambios en el ámbito familiar y profesional han permitido desarrollar, facilitando la dedicación de tiempo y esfuerzo que el estudio del Derecho requiere.

Respecto a la elección del tema elegido para desarrollar esta labor investigadora, nuevamente me encuentro ante el resultado de una confluencia de factores. En primer lugar, es evidente que todo lo que concierne al sistema de pensiones en España goza de una rabiosa actualidad, pues está continuamente en los medios de comunicación y, en las conversaciones privadas, la preocupación por su sostenibilidad a futuro, si bien, ningún aspecto relacionado con esta prestación fue mi primera opción como objeto del estudio de esta tesis.

En una de las primeras reuniones que mantuve con mi directora de tesis al objeto de abordar las posibles materias que serían interesantes para abordar el estudio de una tesis doctoral y, con motivo de un comentario por mi parte sobre que, ante la situación que presentaba el sector bancario y mi edad (mi vida profesional la he desarrollado íntegramente en el sector bancario), con bastante probabilidad sería objeto de una oferta de prejubilación a corto plazo, fue objeto de consideración por su parte, apuntando que las prejubilaciones en el sector bancario sería un tema interesante para desarrollar la tesis. En ese mismo instante, ante la afectación personal que la prejubilación tendría con seguridad a corto plazo en mi vida, unido al exiguuo conocimiento que sobre esta figura he de confesar que detentaba en ese momento, se estimuló mi interés por la prejubilación, con la consecuente entusiasta acogida de la sugerencia.

Fruto de ello es este trabajo que ahora se presenta, al que he procurado dedicar cada día mi atención, mi dedicación y mi esfuerzo en estos últimos años, desarrollando una labor de investigación de la mejor forma que me ha sido posible, siempre con entusiasmo y disfrutando todas y cada una de las horas dedicadas a ello. Me gustaría resaltar aquí el efecto multiplicador que, sobre los conocimientos procedimentales y puramente normativos del Derecho, tiene la labor de investigación, que se enriquece con la necesaria conjunción de disputas jurídicas que subyacen en cada caso sometido al criterio de los tribunales de justicia.

Dada mi condición de empleado de banca (hoy ya prejubilado) y conocedor de las inquietudes y necesidades de información que demandan las personas trabajadoras que conforman la plantilla de las entidades bancarias, máxime en el escenario de concentración bancaria que se viene llevando a cabo en España desde primeros del presente siglo, y que se vio agudizado con la crisis económica originada con la caída del Banco Lethman Brothers, lo que en la práctica ha determinado la conformación del mercado como un verdadero oligopolio, situación que se ha visto agudizada por la actual crisis económica y de mercado que se han producido con motivo de la pandemia de la COVID 19, he procurado orientar el trabajo desde una óptica lo más práctica posible, basada en la casuística real que a diario se plantea a estas personas trabajadoras que se enfrentan a una prejubilación, al objeto de que, independientemente de los conocimientos jurídicos que detente el posible lector de esta tesis, al menos pueda alcanzar a comprender en qué consiste una prejubilación y las formas y consecuencias de llegar a ella.

Por la materia a tratar y dado que no se trata de una prestación reconocida en la vigente Ley General de la Seguridad Social, he considerado que lo más apropiado era basar el estudio, sobre la base, fundamentalmente, de un prolijo análisis jurisprudencial, necesariamente apoyado en la consulta a la doctrina judicial existente sobre la materia, pues, en definitiva, doctrina y jurisprudencia son las que, ante la comentada ausencia de regulación normativa, nos deben señalar el criterio a seguir.

La discusión que actualmente se está planteando sobre la sostenibilidad de las pensiones en el modelo público de reparto que impera en España, ha venido precedida de procelosos estudios y largos debates llevados a cabo por expertos del más alto nivel, tanto para entidades públicas como privadas, si bien, en el actual momento de crisis del sistema de Seguridad Social, su viabilidad está siendo cada día cuestionada, tanto por detractores

del modelo de reparto como por defensores de este, en un continuo debate sobre el modelo óptimo a instituir, algo que obviamente nunca se va a conseguir, pues no existe un modelo perfecto.

Al objeto de seguir un hilo argumental que sitúe al lector ante los motivos que originan el nacimiento de este debate, y más concretamente en lo que al sector bancario atañe, el primer capítulo se ha dedicado a la crisis económica que tuvo su inicio en 2008 y que fue el detonante de una crisis sistémica y global con una especial afectación en España, donde se configuró un escenario de cierre de empresas, con un considerable aumento del desempleo y, consecuentemente, una fuerte caída de la demanda y del negocio bancario, lo que originó una acentuada y continua caída del margen comercial, circunstancias que, unidas al aumento de la morosidad y la regulación de una mayor exigencia de dotaciones para insolvencias, fueron el detonante de un fuerte proceso de concentración en el sector bancario. A estos factores se han unido, más recientemente, las reiteradas sentencias judiciales favorables a las reclamaciones por cláusulas abusivas, cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, cobro de comisiones por servicio y financieras, así como el cada vez más elevado nivel de solvencia que la autoridad bancaria exige a las entidades para participar en el mercado, conformando un escenario cada vez más complicado para el operador bancario, máxime con la irrupción en este de grandes competidores a nivel global que poco a poco van minando el mercado minorista con ofertas de microcréditos para particulares, principalmente mediante la financiación de consumo.

Desde finales de los años 80 del pasado siglo, el modelo económico de España se encuentra en un continuo cambio, al que indefectiblemente acompaña la necesaria adaptación del mercado de trabajo a fin de adaptar la estructura productiva de las empresas al escenario económico que en cada momento deben afrontar, cambio que se ha venido caracterizando por una cada vez mayor precariedad en el empleo y con salarios más bajos. Igualmente, estos cambios en la estructura productivas de las empresas han devenido en un elevado índice de desempleo al resultar expulsadas del mercado de trabajo un elevado número de personas, algo que, por desgracia, ya ha adquirido el carácter de endémico en España, lo que claramente se traduce en una menor aportación de recursos al sistema de Seguridad Social por la bajada del número de cotizantes y bases de cotización, al tiempo que aumenta la demanda de un mayor número de prestaciones (desempleo y subsidio de desempleo), circunstancias que evidentemente repercuten en la

financiación de las pensiones, tanto en su dimensión contributiva como asistencial. Y, cómo no, se hace necesario atender al reto demográfico que tanta influencia está teniendo en la actualidad en el sistema de pensiones, fijando el estudio igualmente en el largo plazo, en el que el número personas trabajadoras en activo y que, por tanto, coticen al sistema, habrá decaído respecto del número de personas a las que deberá de prestar cobertura y que aumentan cada año debido al aumento de la esperanza de vida.

A fin de situar al eventual lector de esta tesis ante la realidad del vigente sistema de pensiones en España, como paso previo al entendimiento de lo que implica y supone la prejubilación, se ha considerado imprescindible abordar un mínimo estudio sobre el régimen de las pensiones, sobre los pilares que conforman el sistema, estableciendo los criterios y requisitos para acceder a la jubilación en sus distintas modalidades, bien en la edad ordinaria, bien anticipada, así como aquellas modalidades que permiten prolongar la vida laboral activa, como la jubilación parcial, la jubilación flexible, la jubilación activa y la jubilación demorada, todo ello con un mínimo de rigor y profundidad que permita al lector situarse perfectamente en cada una de ellas, capacitándolo para poder determinar las circunstancias y factores que las conforman. Se ha profundizado especialmente en lo que a la jubilación anticipada se refiere, tanto en su modalidad de acceso voluntario como por causa ajena a la libre voluntad de la persona trabajadora, pues ambas suponen la principal base sobre la que se sustenta y sobre la que giran las prejubilaciones en España. Igualmente, se ha considerado imprescindible abordar el factor de sostenibilidad de las pensiones y el índice de revalorización, con el objetivo de intentar, siquiera someramente, un acercamiento a la necesaria equidad y suficiencia del sistema de Seguridad Social, que, sin duda, serán la clave de su futuro, sin olvidar el papel que ha jugado durante el periodo de crisis económica el fondo de reserva de las pensiones.

En cuanto a la prejubilación, verdadero objeto de este estudio, partiendo de la ausencia de regulación normativa alguna que la delimite, se han buscado los criterios doctrinales y jurisprudenciales que puedan llevar al lector al verdadero conocimiento de lo que esta figura supone tanto para la persona que se prejubiliza como para su empresa y para el propio sistema de Seguridad Social. Para ello, en primer lugar, es obligatorio analizar en profundidad las dos modalidades por las que una persona trabajadora puede acceder a la prejubilación, la que tiene su origen en una causa colectiva y la que es negociada individualmente por la persona trabajadora y su empresa, pues las repercusiones de toda índole de una y otra figura son ciertamente muy distintas. La

prejubilación negociada individualmente es siempre de carácter voluntario, y como tal, tiene vedado el acceso a la jubilación por causa ajena a la libre voluntad de la persona trabajadora, estando las cantidades indemnizatorias que se perciban sujetas al IRPF, mientras que, la prejubilación que tiene su origen en un despido colectivo (tramitado a través de un ERE), permite a la persona trabajadora el acceso a la jubilación anticipada por causa ajena a su libre voluntad, disfrutando de las exenciones que para la indemnización por extinción de la relación laboral previene la LIRPF, si bien hay modalidades de negociación colectiva, como los acuerdos de empresa o convenios colectivos, en los que el acceso a la jubilación anticipada y la fiscalidad se corresponden con la modalidad de acceso por libre voluntad de la persona trabajadora y que obviamente también han sido objeto de estudio.

Dado que, tal y como se ha expuesto y será algo redundante a lo largo de esta tesis, la prejubilación es una figura que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo necesario que empresas y personas trabajadoras deban recurrir a cualquiera de las figuras que están contempladas en este para llevarla a cabo, el estudio se ha llevado a cabo sobre una base eminentemente jurisprudencial, intentando dar respuesta al mayor número posible de casuística y situaciones que se pueden plantear durante una prejubilación, comenzando por el que seguramente es el asunto más trascendente de todos, y es determinar si mediante el contrato de prejubilación realmente se ha producido una extinción de la relación laboral o simplemente una suspensión, siendo indiferente para ello la denominación que al efecto otorguen las partes.

Igualmente, es necesario dar respuesta a otra incógnita de gran trascendencia, sobre todo en el ámbito fiscal, y es la necesidad de establecer el carácter indemnizatorio o de mejora de prestaciones a las cantidades que percibe de su empresa la persona trabajadora que se prejubilada. Como afectado por una prejubilación, he procurado dar respuesta a varias de las incógnitas que estoy seguro preocupan a la mayoría de las personas afectadas del sector bancario, como lo es todo lo relativo a los posibles incumplimientos contractuales que por ambas partes se puedan producir y, especialmente, la posibilidad o no de que la empresa pueda despedir a su ya ex persona trabajadora prejubilada. Unido a las interrogantes planteadas hasta ahora, se ha considerado oportuno llevar a cabo un análisis de un contrato real de prejubilación, al objeto de establecer, para cada una de sus cláusulas el oportuno comentario sobre su alcance y consecuencias obligacionales para las partes.

Entrando ya en una mayor profundidad respecto de la utilización del recurso a la prejubilación como instrumento para reestructurar las plantillas de las entidades bancarias, el presente estudio aborda con detenimiento el proceso de negociación de un despido colectivo, incidiendo en la supresión de la necesidad de autorización, la redefinición de las causas justificativas del despido, el límite que la norma impone al control jurisdiccional, la selección de las persona afectadas, especialmente las de mayor edad, y la necesaria comunicación individual del despido.

Como se ha expuesto anteriormente, es de vital trascendencia la calificación que se otorgue respecto de la voluntariedad o involuntariedad con la que la persona trabajadora accede a la prejubilación, por lo que se ha analizado profusamente el criterio jurisprudencial anterior y posterior a la STS de 24 de octubre de 2006, sentencia que marcó una muy clara interpretación de la involuntariedad en el acceso a la prejubilación en el marco de un despido colectivo, estableciendo que, con independencia de que la opción por la prejubilación haya sido voluntaria, dado que el cese se enmarca dentro de las extinciones autorizadas en el expediente de despido colectivo, el contrato se ha extinguido por una causa por completo independiente de la voluntad de la persona trabajadora.

A continuación, se dedica un capítulo a una figura necesaria y trascendental en toda prejubilación, como es la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social, instrumento necesario para que la persona trabajadora mantenga su base de cotización y no se vea perjudicada la futura pensión de jubilación, analizando tanto los requisitos de su constitución, funcionamiento y extinción como la fiscalidad aplicable a las cantidades que recibe la persona trabajadora de su empresa para su pago.

Uno de los aspectos que más preocupa a todas las personas que se prejubilán es la fiscalidad que resulta de aplicación a las cantidades que, con motivo de la extinción de su contrato de trabajo percibe de su empresa. En este apartado, como no puede ser de otra manera, la investigación se ha centrado en los criterios de la Administración Tributaria (principalmente resoluciones de Consultas Vinculantes realizadas a la Dirección General de Tributos) y, sobre todo, de sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. En primer lugar, es necesario determinar la sujeción o no al IRPF de las cantidades percibidas con motivo de la prejubilación, la calificación, en su caso, como rentas regular o irregularmente obtenidas en el tiempo, al objeto de que puedan beneficiarse de la

reducción que previene el artículo 18.2 LIRPF, así como establecer el carácter privativo o ganancial de estas cantidades indemnizatorias. Uno de los aspectos que han sido objeto de especial interés en el estudio de esta tesis es la constatación de la dubitativa interpretación que la Sala 3ª del Tribunal Supremo lleva a cabo respecto de la exención o no del IRPF a las cantidades que la persona trabajadora percibe de su empresa con motivo de su prejubilación llevada a cabo al amparo de un despido colectivo, pues, como se verá, pese a la expresa petición que a este respecto lleva a cabo la Sección de Admisiones de la Sala 3ª del TS, la Sala se ha negado a establecer un criterio jurisprudencial nítido sobre este concreto aspecto, originando que, ante situaciones sustancialmente idénticas de hecho, se llegue a distintos resultados en derecho.

Por último, se dedica íntegramente un capítulo al Plan de Pensiones de Empresa, por ser una prestación complementaria contemplada en el Convenio Colectivo del sector de la banca y de la que disfrutaban todas las personas que trabajan en él, siendo un instrumento utilizado por las empresas para el diseño de los planes de prejubilación de sus personas trabajadoras. Como en el resto de los aspectos estudiados, el estudio se ha llevado a cabo atendiendo a las diferentes casuísticas que sobre el compromiso de pensiones instrumentado por la empresa se pueden presentar, especialmente con motivo de la prejubilación de la persona trabajadora.

Se han abordado las distintas formas en las que la persona trabajadora puede percibir las prestaciones, tanto en forma de capital como mediante una renta periódica o mixta, así como la fiscalidad aplicable a las mismas, especialmente en los casos de percepción del plan de pensiones con motivo de la extinción de la relación laboral con anterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria. Igualmente, se ha analizado la responsabilidad de la empresa respecto de las aportaciones realizadas al plan de pensiones, pues la Disp. Adic. 1ª de la LPFP obliga a las empresas a externalizar sus compromisos por pensiones mediante el aseguramiento de una compañía de seguros, siendo frecuente que, en las negociaciones que se llevan a cabo entre la empresa y la legal representación de las personas trabajadoras para acordar los términos del despido colectivo, se pacte que, el abono de la indemnización por extinción de la relación laboral y, en su caso, el convenio especial con la Seguridad Social, así como, caso de existir, los compromisos de la empresa de complementar las prestaciones públicas previas a la jubilación (prestación y subsidio de desempleo) sean instrumentadas mediante la suscripción de un seguro contratado con una compañía de seguros. Y, por último, también

se ha analizado la necesidad de establecer el carácter privativo o ganancial del Plan de Pensiones de Empresa.

El último capítulo analiza las conclusiones alcanzadas como resultado del estudio de los datos que se han aportado a lo largo de esta investigación, llevando a cabo un análisis de los aspectos más relevantes, con una aportación personal respecto de aquellas medidas que se deberían adoptar para una mayor y mejor equidad del sistema y que garanticen su viabilidad. Con particular referencia al sector bancario, se expone la negativa evolución que han experimentado las condiciones de prejubilación en el sector en lo que va de siglo, pues todos los cambios legislativos, tanto el ámbito de Derecho del Trabajo como de Seguridad Social, así como Tributario, han redundado, básicamente, en el mantenimiento, cuando no empeorado, de las condiciones que para acceder a la prejubilación ofrecen las empresas a sus personas trabajadoras, siendo estas las que sistemáticamente han visto recaer sobre ellas las cada vez más desfavorables condiciones de acceso a una prejubilación, confirmando el dicho popular de que la siguiente prejubilación lo será en peores condiciones que la anterior.

La presente tesis se cierra con una relación de la bibliografía utilizada para la redacción de esta, así como la numerosa doctrina judicial que ha servido para apoyar las conclusiones a las que se llega en cada una de las casuísticas y aspectos objeto de estudio.

PRIMERA PARTE

DETERMINANTES SOCIOECONÓMICOS DE LA JUBILACIÓN EN LA BANCA

CAPÍTULO 1

BREVE RESEÑA DE LA CRISIS FINANCIERA Y SUS ANTECEDENTES

1. LA SITUACIÓN DE PERMANENTE CRISIS ECONÓMICA EN ESPAÑA

Resulta evidente la positiva evolución que ha experimentado la economía española en los últimos sesenta años, periodo en el que el Producto Interior Bruto (en adelante PIB) por habitante ha pasado de 5.741 dólares en 1960 a 29.993 dólares en 2019, fruto de un proceso de cambio estructural que ha situado a la economía española con una estructura productiva muy similar, en términos de peso de los grandes sectores de actividad, con los demás países de referencia de la Unión Europea¹, situándose como la decimocuarta economía mundial y cuarta en la zona euro en términos de PIB².

Sin embargo, esta positiva evolución experimentada por la economía española no ha estado exenta de sufrir las consecuencias de numerosas crisis económicas, entre las que destaca sin duda la crisis del petróleo de los años setenta, que dio lugar a los importantísimos y famosos Pactos de la Moncloa, que sirvieron para poner coto a las peores consecuencias de la crisis económica, creando un necesario clima de consenso que permitió aprobar la Constitución Española (en adelante CE)³. Tras ella, en los años ochenta se hizo presente la crisis de las deudas de los países en desarrollo, para pasar, a principios de los años noventa, a una crisis de inflación que se caracterizó por sucesivas devaluaciones de la peseta ante la pérdida de competitividad de nuestra economía. La

¹ GONZÁLEZ DÍEZ, V., y MORAL BENITO, E., “El proceso de cambio estructural de la economía española desde una perspectiva histórica”, *Documentos Ocasionales*, núm. 7, Banco de España, 2019, pág. 25.

² <https://datosmacro.expansion.com/pib>.

³ CABRERA CALVO-SOTELO, M., “Los pactos de la Moncloa: acuerdos políticos frente a la crisis”, *Historia y Política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, núm. 26, 2011, pág. 107.

crisis financiera que estalló en 2008, originada en Estados Unidos como consecuencia del derrumbe por impago de las hipotecas subprime, que motivó la caída del banco Lehman Brothers, y que fue el desencadenante de una recesión mundial, y que provocó un profundo cuestionamiento de las agencias de calificación de riesgos y la necesidad de una mayor y mejor regulación del sistema financiero.

Y, por supuesto, la hasta el momento mayor crisis sufrida en los últimos cincuenta años, crisis mundial que aún, no solamente una crisis económica, sino una crisis sanitaria y estructural, cuyos efectos aún se encuentran en un estado incipiente, si bien todo permite atisbar unas consecuencias trascendentales para la economía mundial, pues está originando un paradigmático cambio en la estructura relacional y productiva de la economía a nivel mundial, en la que obviamente, el sector bancario se ve grandemente afectado, siendo objeto de una transformación acelerada para adaptar sus estructuras, procesos, negocio y relaciones con clientes a la nueva realidad que está emergiendo fruto de la crisis originada por el SARS COV-2 o Coronavirus.

2. EL PROCESO DE CONCENTRACIÓN DEL SECTOR BANCARIO EN ESPAÑA

Para alcanzar a comprender la magnitud del proceso de concentración del sector financiero español, del que se puede afirmar que se encuentra en una continua crisis y proceso evolutivo, es necesario conocer sus antecedentes, los cuales encontramos siguiendo las crisis económicas que periódicamente hemos sufrido. Sin duda, la crisis económica originada a principios de los años noventa, actuó como un auténtico detonante del proceso concentrador del sector bancario. A principios de los años noventa, España se encontraba inmersa en una profunda crisis económica de país, en la que el sector bancario resultó afectado de una forma tangencial al exhibir unas circunstancias muy particulares, pues no se vio afectado por una crisis de liquidez o financiación, bien al contrario, las entidades bancarias gozaban de liquidez y solvencia, pues el dinero prestado a sus clientes provenía de sus propios fondos y de los fondos de impositores. El elevado grado de solvencia y liquidez de las entidades bancarias, permitió a estas, con carácter general, afrontar con éxito los efectos de la crisis, al no depender de terceros y ver afectada únicamente su cuenta de resultados.

No obstante, a pesar de la buena salud de las entidades financieras, ya comenzaba a vislumbrarse la necesidad de una concentración bancaria, existiendo un interés político en llevarla a cabo, sobre todo en las cajas de ahorro, por lo que se promovieron importantes procesos de concentración, principalmente mediante el recurso a la figura legal de la fusión. En lo que a los bancos se refiere, la concentración fue mínima en cuanto al número de agentes conferidos, no así en cuanto a la importancia y peso en el sector de los afectados.

Así, en el periodo 1990 – 2008 el número de cajas de ahorro pasó de 66 a 45 entidades, surgiendo las grandes cajas que tanta importancia han tenido en la última crisis, como Bancaja y CAM. El número de cooperativas de crédito bajó de 99 a 83 entidades, siendo significativa por su importancia la creación del grupo CAJAMAR. En lo que concierne a los bancos, no hubo una concentración de entidades en términos de número, pero sí que la hubo en cuanto al tamaño e importancia de las entidades fusionadas, dando ya lugar a grandes bancos como BBVA y Banco Santander. Es muy importante, para entender las consecuencias de futuras crisis, atender al hecho de que la salida de esta crisis se produjo mediante una continua expansión del crédito basada en el sector inmobiliario.

En cuanto al periodo de crisis económica y financiera 2008-2014, es necesario destacar la promulgación del RD-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito, que sentó las bases para llevar a cabo el proceso de saneamiento y concentración del sector financiero, y que permitió la presentación de los preceptivos planes de reestructuración de las entidades financieras, entre los que se incluían compromisos de una drástica reducción de la capacidad instalada⁴, así como de los activos ponderados por riesgo.

3. LA CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA 2008 – 2014 EN ESPAÑA

Como ya se ha evidenciado, el detonante de esta crisis económica mundial fue la caída, en 2008, del banco estadounidense Lethman Brothers, motivado por el impago de las hipotecas *subprime*, dando lugar al pinchazo de la llamada “burbuja inmobiliaria”, caracterizada por una continua sobrevaloración de los activos inmobiliarios, cuyos

⁴ Número de oficinas y número de empleados.

efectos tuvieron una repercusión en cascada a nivel global y, concretamente en España, supuso un aumento del nivel de desempleo a cifras del 25 por 100, lo que junto con el estallido de la burbuja inmobiliaria y la fuerte pérdida de valoración de los activos en los mercados financieros, motivaron una fuerte afectación en la mayoría de los hogares españoles⁵.

En España, el sector inmobiliario había experimentado un importante crecimiento desde 1995 a 2007, con un crecimiento del parque de viviendas de casi el 30 por 100⁶, crecimiento que tuvo su fundamento en la confluencia de varios factores que desencadenaron una coyuntura económica en expansión.

Estos factores fueron, por un lado, la integración en la moneda única europea (euro), histórico hito que implicó la eliminación del riesgo de tipo de cambio, así como de los consiguientes costes de conversión de moneda entre los 12 estados de la Unión Europea que adoptaron la moneda en 1 de enero de 2002, lo que también comportó la dotación de una mayor liquidez, a la que acompañó una reducción de los tipos de interés en los países de la zona euro, entre los que se encontraba España desde el primer momento. Esta favorable situación de expansión económica⁷, animó a las entidades de crédito españolas a emprender un fuerte proceso de expansión⁸, si bien tuvo como resultado el de generar los importantes desequilibrios que serían la causa de la gran afectación que tuvo para ellas la crisis económica mundial. Los efectos inmediatos que sobre la economía española tuvo la favorable situación expansiva de la economía mundial

⁵ AMUEDO DORANTES, C., y BORRA, C., “Cambios en la jubilación de los españoles durante la crisis”, *Economistas* núm. 138/139, 2014, pág. 125.

⁶ ARELLANO M., BENTOLILLA, S., “La burbuja inmobiliaria: causas y responsables” en “*La Crisis de la Economía Española. Lecciones y Propuestas*”, FEDEA-Sociedad Abierta, 2009, pág. 28. Fecha de consulta: 21-04-2021. Disponible en: <http://crisis09.fedea.net/ebook/PDF/la-crisis-de-la-economia-espanola.pdf>.

⁷ Abundancia de liquidez en los mercados internacionales debido a los bajos tipos de interés, elevado ritmo de crecimiento del crédito bancario, muy por encima del aumento del PIB, unido a una elevada concentración del riesgo en los sectores de construcción y promoción inmobiliaria, y, por último, una rápida expansión de la capacidad instalada (oficinas y empleados). Véase, MAUDOS, VILLARROYA, J., “El impacto de la crisis en el sector bancario español”, *Cuadernos de información económica*, núm. 226, 2012, pág. 156.

⁸ En el que el sector constructor/inmobiliario sería el principal destinatario de la financiación bancaria y consecuentemente de la generación de ingresos para las entidades de crédito. Véase: ZURITA USSIA, J., La reforma del sector bancario español: de la correcta valoración de los activos a la recuperación del crédito”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. 69, núm. 212, 2014, pág. 264.

se tradujeron en un importante aumento del nivel de empleo, lo que motivó un efecto llamada de población inmigrante, con el consecuente aumento de la demanda de vivienda.

Este aumento de la demanda, unido a una cada vez más creciente especulación en el mercado inmobiliario, no fueron satisfechos con un nivel de oferta suficiente, por lo que se produjo un continuo incremento del precio de la vivienda, que se retroalimentaba con una cada vez más creciente inflación. España se vio envuelta en un estado de euforia en el que la construcción se convirtió en el motor de la economía nacional, provocando la creación de una burbuja inmobiliaria, en la que la revalorización de la vivienda se situó en el 191 por 100 en el periodo 1997-2007 según *The Economist*, la segunda mayor de los países agrupados en la OCDE⁹. Este rápido crecimiento experimentado por la economía en España, unido al elevado y constante flujo de inmigrantes provenientes de países más pobres, abocaron a una situación de un fuerte endeudamiento exterior, materializado en un elevado déficit por cuenta corriente, motivo por el que, una vez restringieron su actividad los mercados financieros internacionales, los bancos tuvieron mayores dificultades para acceder a su propia financiación, lo que se trasladó a empresas y hogares, que tuvieron que afrontar condiciones cada vez más exigentes para su financiación¹⁰, verdadero detonante de la crisis económica real de las economías familiares y empresas, grandes perjudicadas por la crisis financiera desencadenada como consecuencia de la falta de liquidez del sistema financiero y el cierre de los mercados, dificultando el acceso al crédito y limitando por tanto la capacidad para endeudarse de todos los agentes intervinientes en la economía.

Como consecuencia de ello se produjo, en primer lugar, una crisis de confianza sistémica, para derivar posteriormente en una crisis de liquidez, una crisis de crédito y una crisis de solvencia¹¹, caracterizadas por el cierre del mercado interbancario¹² y el

⁹ Fecha de consulta: 21-04-2021. Disponible en: [10 claves para la revolución de la banca | Aniversario EL PAÍS \(elpais.com\)](http://10.claves.para.la.revolucion.de.la.banca.aniversario.EL.PAIS(elpais.com).).

¹⁰ BOLDRIN, M., “La crisis mundial y nuestra crisis”, en AA.VV., “*La Crisis de la Economía Española. Lecciones y Propuestas*”, FEDEA-Sociedad Abierta, 2009, pág. 8. Fecha de consulta: 21-04-2021. Disponible en: <http://crisis09.fedea.net/ebook/PDF/la-crisis-de-la-economia-espanola.pdf>.

¹¹ MAROTO, R., MULAS-GRANADOS, C., y FERNÁNDEZ, J., “Crisis financiera y rescates bancarios: ideas sobre el caso español”. *Fundación IDEAS*. 09/2012. Pág. 8. Fecha de consulta: 21/04/2021. Disponible en: [dd-crisis financiera y rescates bancarios en europa-ec.pdf \(publico.es\)](http://dd-crisis.financiera.y.rescates.bancarios.en.europa-ec.pdf(publico.es)).

¹² Para el entonces gobernador del banco de España, el mercado interbancario era el corazón del sistema financiero (CARUANA, J., “Regulación e Innovación en la reciente crisis financiera”, *Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 14, mayo de 2008, pág., 11.

acaparamiento de la liquidez por parte de las entidades financieras¹³ al objeto de cubrir los exigentes ratios de liquidez de sus balances, con el consiguiente aumento de precio de las materias primas y un aumento de los tipos de interés. La elevada exposición al riesgo de las entidades bancarias, principalmente en el sector inmobiliario¹⁴, así como su acuciante falta de liquidez, vinieron a agravar la ya de por sí difícil situación que a nivel general implicaba la crisis económica mundial. A diferencia de anteriores crisis, sorteadas con éxito por el sector bancario, en esta, la falta de liquidez es la nota característica y diferenciadora, motivada por el cierre de los principales mercados de capitales mayoristas, lo que dificultó la usual financiación de las entidades de crédito españolas, precisamente en un momento en el que presentaban elevadas necesidades de financiación ajena por su elevada exposición al sector inmobiliario.

Como corolario de lo anterior, la llamada burbuja inmobiliaria, no se financió con los fondos propios de entidades o los depósitos de clientes¹⁵, sino que las entidades bancarias recurrieron a otros instrumentos de financiación, como fueron los continuos recursos a la titulización de activos¹⁶, emisión de deuda subordinada, participaciones preferentes, cuotas participativas, etc. La liquidez obtenida de estos instrumentos financieros fue destinada por las entidades bancarias a financiar la inversión en nuevos

¹³ ALONSO, J., “Los déficits estructurales de liquidez y las tensiones en los mercados monetarios”, *Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 14, 2008, pág. 63. Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/08/May/Fic/IEF200814.pdf>.

¹⁴ “El crédito a hogares y empresas había pasado de representar el 81% del PIB a finales de 1999 a suponer el 166% al cierre de 2008. Algunas partidas crediticias, como la hipotecaria o la destinada a la promoción inmobiliaria aumentaron su peso durante ese periodo desde el 35% del PIB, en el primer caso, hasta el 95%; y desde el 4% hasta el 28%, en el caso del crédito a promotor” [LINDE, L.M., “El banco de España en la crisis”, publicado en *El País* en 10/02/2017. Banco de España, Departamento de Comunicación. Disponible en: [El Banco de España en la crisis \(bde.es\)](http://www.bde.es)].

¹⁵ La mayoría de los bancos españoles presentaban una situación de fuerte peso del negocio de intermediación (créditos y depósitos) con un cierto desequilibrio financiero, ya que los créditos eran ligeramente superiores a los depósitos, siendo por tanto bancos con un modelo de negocio enfocado a la intermediación financiera. Véase: SOLA, I., y RUIZ, D., “Marco competitivo del sector bancario español en la unión bancaria”, *Cuadernos de información económica*, núm. 246, 2015, pág. 68.

¹⁶ La definición más extendida en los mercados es aquella que la considera como un proceso que permite transformar un conjunto de activos poco líquidos en una serie de instrumentos negociables, líquidos y con unos flujos de pagos determinados, normalmente desarrollados por las entidades de crédito debido a su capacidad para generar numerosos activos financieros. En este sentido, CATARINEU, E. y PÉREZ, D., “La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial”, *Revista de Estabilidad financiera*, Banco de España, núm. 14, 2008, pág. 90.

activos inmobiliarios a largo plazo (préstamos hipotecarios destinados a vivienda y suelo principalmente), y, por tanto, dotados de una escasa por no decir nula liquidez.

Así, una vez desatada la crisis de confianza y liquidez del sistema¹⁷, en la que la economía real se vio rápidamente afectada mediante un fuerte desplome de los precios del mercado inmobiliario y aumento del desempleo, las entidades de crédito españolas sufrieron un fuerte impacto negativo en sus cuentas de resultados, comenzando a presentar pérdidas en sus balances, por lo que, llegado el vencimiento o posibilidad de exigencia de devolución de estos instrumentos financieros (principalmente las titulizaciones de activos), las entidades de crédito se vieron abocadas a una grave crisis de liquidez al no poder hacer frente a sus compromisos de pago, lo que, unido al cada vez más menguante negocio bancario típico y a la drástica caída de sus cuentas de resultados, forzó una nueva concentración del sector, con la finalidad de evitar la quiebra de las entidades y el consiguiente devastador efecto dominó, tanto en el sector bancario como en la economía de España y de Europa. Ese ha sido el motivo por el que, en España, la concentración del sector se ha producido con una intensidad tal, que ha supuesto la práctica desaparición de las cajas de ahorro, quedando el sector en una hegemonía de los pocos bancos que van quedando, a riesgo de convertir el sector bancario en un oligopolio por el bajo número de agentes que, salvo drástico giro de tendencia, terminarán interviniendo en España.

A la hora de abordar la dispar incidencia que las crisis económicas han originado entre bancos y cajas de ahorros (también cooperativas de crédito), adquieren gran trascendencia las distintas políticas de inversión y crecimiento que han llevado a cabo, y que, en el caso de los bancos, radica en su apuesta por la expansión internacional para expandir su negocio, mientras que, en el caso de las cajas de ahorro, la apuesta se centró en el crecimiento en el mercado interno, basado sobre todo en la inversión en el sector inmobiliario, sector en el que se concentraba, casi en exclusiva, dicho crecimiento. Esta distinta política de crecimiento es el hecho diferencial que motiva que los bancos logaran

¹⁷ Caracterizada por la retirada de la liquidez a determinados activos, muchos de los cuales no presentaban objetivamente problema alguno, lo que origina el comienzo de una espiral de consecuencias negativas para las entidades de crédito, pues muchos de estos activos no presentaban problema alguno, sufriendo caídas significativas en su valoración, lo que, a su vez, acentuó la respuesta inicial de los inversores de desconfianza hacia el sistema, optando por trasladar sus preferencias hacia activos de muy elevada calidad como la deuda soberana (ALONSO J., “Los déficits estructurales de liquidez y las tensiones en los mercados monetarios”, cit., pág. 66).

salir prácticamente sin incidencias de la última crisis económica y financiera que finalizó en 2015. Por el contrario, las cajas de ahorro y cooperativas de crédito se vieron abocadas a un importante proceso de concentración, viéndose, en algún caso, fagocitadas por grandes bancos, como así ocurrió con la compra de CAM por parte de Banco de Sabadell en 2012, o se vieron obligadas a adoptar la figura legal de bancos para seguir operando en el mercado, viéndose en última instancia forzados a fusionarse entre sí, como ocurrió entre BANKIA y BMN.

La profunda reestructuración experimentada por el sector bancario español para corregir los desequilibrios acumulados durante la etapa de crecimiento a la que puso fin el estallido de la crisis de 2008, lo ha situado en un escenario en el que se ha pasado de las 191 entidades que operaban en 2005 a solamente 114 entidades operativas en 2016¹⁸, lo que implica una drástica reducción del número de competidores en el mercado. De hecho, el reajuste de la capacidad instalada¹⁹ llevada a cabo en el sector en el periodo de la crisis económica (2008-2015), con la intención de sortear las consecuencias derivadas de esta, ha incidido en el número de oficinas más que en el número de personas, situación que no se corresponde con las necesidades reales del sector de reducción de su estructura productiva. Así, se materializó un descenso de un 32 por 100 en el número de oficinas, acompañado de un correlativo descenso de un 27 por 100 en el número de personas, descenso que se ha venido manteniendo en el sector, siendo el resultado a diciembre de

CUADRO 5.1 REDIMENSIONAMIENTO DE LA RED BANCARIA

Año	Entidades de depósito	
	Número de oficinas	Número de empleados
2008	45.662	270.855
2009	44.085	263.093
2010	42.894	257.578
2011	39.843	242.726
2012	37.903	231.389
2013	33.527	212.991
2014	31.817	203.305
2015	30.921	197.825
Variación	-32,3%	-27%

Fuente Banco de España. Informe sobre la Crisis Financiera y Bancaria en España 2008-2014. Capítulo 5 pág. 242.

¹⁸ CRUZ GARCIA, P., FERNÁNDEZ DE GUEVARA, J., y MAUDOS, J., “Concentración y competencias bancarias en España: El impacto de la crisis y la reestructuración”, *Revista de Estabilidad financiera*, Banco de España, núm. 34, 2018, pág. 66.

¹⁹ Se denomina capacidad instalada al número de establecimientos al público que las entidades financieras tienen en un territorio. Véase: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2009/03/27/empresas/1238164806_850215.html.

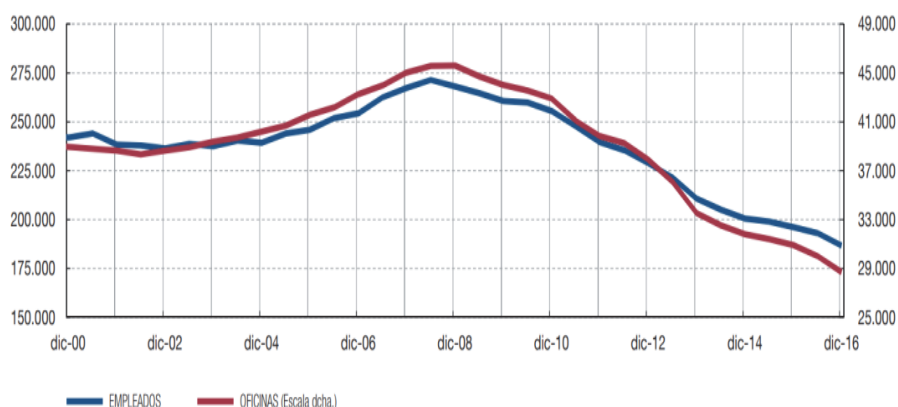
2020 de una red de oficinas bancarias de 22.392 unidades²⁰, lo que supone una reducción de un 49 por 100 desde las 45.662 oficinas con las que contaba el sector en 2008.

El hecho de que en el periodo 2000 – 2016, la reducción de la capacidad instalada de las entidades bancarias se llevase a cabo, en mayor medida, en el número de oficinas que en el número de personas, lo que no se correspondía con las necesidades reales de reducción de su estructura productiva, ha constituido el verdadero problema a solucionar en los sucesivos procesos de concentración que se han producido desde entonces, donde el primer objetivo a conseguir por las entidades bancarias ha sido la reducción de plantilla, pues dentro de los costes de estructura, el capítulo de gastos de personal es sin duda el más importante y sobre el que mayor impacto tiene cualquier reducción. De hecho, según informa la Asociación Española de Banca (AEB), en España, el número de personas trabajadoras de banca pasó de un total de 107.771 a un total de 87.768 en el periodo 2008-2016, lo que supone una reducción de un 18,56 por 100 como consecuencia de la crisis económica.

EMPLEADOS Y OFICINAS. COMPARATIVA EUROPEA
Negocios en España, DI

GRÁFICO 2.22

A EMPLEADOS Y OFICINAS



La incidencia que ha tenido en los bancos españoles la reducción de plantilla llevada a cabo en estos dos últimos años, según publica la AEB, se traduce en la reducción

²⁰ Fuente Banco de España. Disponible en: <https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a0449b.pdf>.

del gasto de personal, que pasa de 21.603 millones de euros en 2019 a 18.700 millones de euros a cierre de 2020²¹. Se trata de una reducción de gran trascendencia para las cuentas de resultados, pues los gastos de personal suponían a esa fecha un 59 por 100 de los gastos de administración de la banca, lo que confirma el mantenimiento en el ritmo de destrucción del empleo y concentración de oficinas y entidades en el conjunto del sector, habiendo cerrado a ese año 2.160 oficinas y suprimido 5.161 empleos. Este intenso proceso de concentración llevado a cabo por los bancos ha situado al sector en un mercado en el que solamente concurren prácticamente cuatro entidades de referencia: Banco Santander, BBVA, Banco de Sabadell y Bankinter.

En lo que a las cajas de ahorros se refiere, en la evolución observada en este periodo se aprecia grandemente la influencia del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio de Órganos de Gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros (en adelante RD-Ley 11/2020), que alumbró un nuevo modelo de estructura corporativa para estas entidades, facilitando el ejercicio de la actividad bancaria de las cajas de ahorro mediante el nacimiento de nuevas entidades controladas por estas, lo que supuso, en la práctica, su desaparición, pues pasaron a ejercer la actividad financiera de una forma indirecta mediante la figura legal de un banco, transformación que se logró gracias al alto grado de los niveles de provisiones y rentabilidad con que contaban al inicio de la crisis, mutación que contribuyó, probablemente, a generar un exceso de confianza para financiar su saneamiento y reforzamiento de capital por medios exclusivamente privados a fin de acometer su necesaria reforma para resolver sus bien conocidos problemas de gobernanza²². Es importante atender al hecho de que precisamente, la profesionalización y mejora de los órganos de gobierno, mediante la disminución de la presencia de los políticos a través de las administraciones públicas representadas, así como la mejora de la calidad de sus recursos propios, eran los principales objetivos que perseguía este RD-Ley 11/2010, cuyas consecuencias han supuesto que la patronal de las cajas de ahorro (CECA), haya pasado de contar con 45 miembros en 2005 a solamente 10 entidades o grupos en la actualidad, de los que 8 de ellos ejercen la actividad mediante la figura de banco controlado por una caja de ahorros o fundación, y 2 cajas de ahorros que ejercen directamente su actividad como tales.

²¹ <https://s1.aebanca.es/wp-content/uploads/2021/06/con1220-0321.pdf> .

²² linde120717.pdf (bde.es)

El año 2013 representó un punto de inflexión para la salida de la crisis económica, alcanzando en ese año la estabilización de los principales agregados macroeconómicos²³ después de cinco años de intensa crisis, marcando el inicio del cambio de ciclo económico²⁴, de ahí que, a efectos oficiales, la crisis económica se dio por finalizada en 2014, pues en ese año el PIB de España creció en un 1,4 por 100 con un avance interanual del 2,2 por 100 y una tasa de empleo positiva en el año²⁵, que acreditaban una muy positiva evolución para la economía de España, si bien, esta nueva etapa de bonanza económica no supuso un cambio de tendencia en la concentración del sector bancario español, y, sobre todo, en la continua destrucción de empleo.

Muestra de que este proceso de concentración se caracteriza por la necesidad de ser eminentemente adaptativo a una realidad económica en continua evolución, es la reciente fusión de Bankia²⁶ con CaixaBank²⁷, fusión que ha dado lugar a la primera entidad financiera de España y que ya está originando una nueva oleada de despidos en el sector al anunciar un recorte de más de 8.000 empleos²⁸, al que se están uniando otros bancos, como BBVA con anuncios de negociación de un despido colectivo que afectará unas 3.800 personas, Banco Santander, que a la fecha de redactar esta información está ejecutando un despido colectivo que supondrá la salida de 3.572 personas²⁹, y Banco Sabadell que ha finalizado en marzo un plan de salidas voluntarias que ha afectado a 1.800 personas, y que ya ha iniciado el periodo de consultas para un Expediente de

²³ MONTORO ROMERO, C., “Aspectos más relevantes de la economía española”, *Economistas*, núm. Extra-138/139, 2014, pág. 17.

²⁴ DE GUINDOS JURADO, L., “El inicio de un nuevo ciclo económico”, *Economistas*, núm. Extra-138/139, 2014, pág. 23.

²⁵ https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/OtrasPublicaciones/Fich/InformeCrisis_Completo_web.pdf, pág. 211.

²⁶ Entidad que ha sido fruto, en varios procesos, de la fusión de las siguientes cajas de ahorros en 2010: Caja Madrid, Bancaja, La Caja de Canarias, Caja de Ávila, Caixa Layetana, Caja Segovia y Caja Rioja. En 2018 se produjo la integración por absorción de Banco Mare Nostrum, entidad fruto de la unión de Caja Murcia, Caixa Penedés, Caja Granada y Sa Nostra.

²⁷ Banco fundado en 2011 por la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, que en 2012 absorbió Banca Cívica (Sistema Institucional de Protección formado por Caja Navarra, Cajasol, Caja Canarias y Caja de Burgos), en 2013 adquirió Banco de Valencia y en 2015 Barclays Bank S.A.U.

²⁸ <https://www.lavanguardia.com/economia/20210421/6986877/caixabank-ere-fusion-bankia-empleados-rebaja.html>.

²⁹ https://www.elconfidencial.com/empresas/2021-03-29/santander-aceptado-salida-empleados-ere_3012380/.

Regulación de Empleo (en adelante ERE) que afectará a otras 1.900 personas³⁰. Con todo, aún no ha finalizado el proceso, pues igualmente, Unicaja Banco y Liberbank han materializado su fusión, dando lugar al nacimiento del quinto banco español en activos y depósitos y el sexto en términos de crédito, y para que se estima un ajuste que afectará a unas 1.500 personas³¹. A todo este proceso contribuye sin duda su transformación en bancos y su consecuente salida a cotización en bolsa, lo que ya está previsto para la práctica totalidad de los bancos procedentes de cajas de ahorros.



Fuente CECA. Disponible en <http://www.ceca.es/a-quien-representamos/>.

Por su parte, las Cooperativas de Crédito, no han sido objeto de especial atención por el regulador, si bien no han podido sustraerse a las necesidades de concentración, resultando actualmente un total de 65 entidades, agrupadas en 40 grupos financieros, de los que destacan dos de ellos, que suponen el 50 por 100 de los activos totales de su sector: Grupo Corporativo Cajamar y Caja Laboral Popular CC. Dado que aún quedan numerosas entidades con balances ínfimos (por debajo de los 1.000 millones de euros hay 20

³⁰ <https://elpais.com/economia/2021-09-23/trabajo-lanza-una-advertencia-expresa-al-sabadell-por-su-ere.html>.

³¹ <https://elcorreoweb.es/economia/unicaja-banco-prepara-su-ere-tras-la-fusion-con-liberbank-DI7486072>.

entidades), todo apunta a que continuará el proceso de concentración en torno a esos dos grandes grupos.

Sin embargo, la simple concentración de entidades financieras, por sí misma no sería un dato significativo para entender la magnitud del proceso de concentración, para aproximarnos al mismo nos debemos de fijar en el redimensionamiento real que ha experimentado su capacidad instalada y el número de personas trabajadoras del sector. Desde 2008 hasta 2019 ha pasado de 45.662 oficinas a un total de 23.851 (-47.76 por 100). Respecto del número de personas, en el mismo periodo ha pasado de 270.855 a 176.838 (-34.71 por 100)³².

Para ello, las entidades financieras van a continuar recurriendo a las figuras que la legislación vigente pone a su alcance, entre las que se encuentran las llamadas prejubilaciones. El objeto de la presente tesis se centra precisamente en establecer la evolución observada por las entidades financieras en el uso de los distintos mecanismos legales que posibilitan la desvinculación de sus plantillas, agrupados bajo el paraguas de una figura inexistente en nuestro ordenamiento jurídico: la prejubilación.

4. LA CRISIS FINANCIERA Y EL EXCESO DE LIQUIDEZ

Tras la superación de la crisis económica global desatada en 2007 y finalizada en 2014, se puede establecer, sin lugar a duda, que se mantiene en el tiempo una crisis financiera cuya afectación se circunscribe exclusivamente a los propios agentes intervinientes en el sector bancario.

Como ya se ha visto, el motor y origen de la crisis económica del periodo 2007-2014 fue el recurso de las entidades financieras a la figura de la titulización de activos como medio de dotarse de liquidez, de forma tal que, mediante la titulización de activos ilíquidos, como lo eran las hipotecas, obtenían dinero en efectivo para continuar invirtiendo, lo que se convirtió en un círculo vicioso de inyección de liquidez en el mercado bancario, que dio lugar a la ya famosa burbuja inmobiliaria, cuyo estallido fue el detonante de la crisis económica mundial. Tras un dilatado periodo de tiempo, en el

³² Véase anexo I. Disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEstadistico/20/Fich/be_junio2020_es.pdf.

que el Banco Central Europeo (en adelante BCE), con el fin de dotar de estabilidad a los mercados financieros, se vio en la obligación de dotar de una liquidez ilimitada a los bancos, recurriendo para ello a la concesión de préstamos a largo plazo, medida que se acompañó de una drástica reducción de los tipos de interés, observando que estas medidas no eran suficientes para conseguir el objetivo de dotar de liquidez al sistema, comenzó a poner en práctica una política de compra masiva de activos y deuda, tanto a los bancos operantes en el sistema como a los estados miembros de la eurozona, política que ahora sí consiguió el tan ansiado objetivo de dotar de la necesaria liquidez a las entidades bancarias y al sistema.

Resulta muy necesario para entender el alcance de esta crisis de liquidez, atender a la significativa evolución experimentada por uno de los principales indicadores de liquidez: el mercado interbancario³³, mercado que, con motivo de la crisis de liquidez originada por la crisis económica, prácticamente desapareció. Muestras de las consecuencias que supuso la práctica desaparición del mercado interbancario las encontramos en el importante aumento de los saldos TARGET2³⁴, resultado de las salidas de capital de los países afectados por la crisis, que situaron la suma de posiciones deudoras/acreedoras de los bancos centrales de los países de la zona euro en 1,1 billones de euros en agosto de 2012³⁵. El sistema TARGET2 es un sistema abierto a todas las entidades de crédito establecidas en países del Espacio Económico Europeo (EEE), así como a los bancos externos que participen en el mercado mediante sucursal abierta en el espacio EEE.

³³ El mercado interbancario es aquel en el que se cruzan operaciones entre entidades bancarias. Los bancos necesitados de liquidez se financian mediante préstamos que reciben de los bancos que cuentan con superávit de liquidez. Estos préstamos se llevan a cabo utilizando el sistema TARGET, por distintos plazos de tiempo (normalmente inferiores a un año) y son supervisados por el Banco de España para los bancos españoles. Cuando este mercado no funciona, se hace necesaria la intervención de los bancos centrales con el fin de seguir inyectando liquidez en el sistema bancario.

³⁴ ALONSO, J., y CONESA, C., “TARGET 2: QUÉ SIGNIFICA Y QUÉ IMPLICA” en AAVV., DOMINGUEZ FABIAN, I. (Coord.), *La arquitectura institucional de la refundación del euro*, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación, núm. 49, 2013, págs. 49-70.

³⁵ Siglas de “*Trans-European Automated Real-time Gross Settlement Express Transfer*”. Plataforma paneuropea de pagos en euros, propiedad del Eurosistema, que se caracteriza por la liquidación bruta y en tiempo real, y que funciona con las reservas emitidas por el Banco Central, con servicios y precios armonizados. Véase: PANA ALVES, A.M., y DEL RIO, A., “El aumento de los saldos TARGET en la UEM desde 2015”, *Boletín Económico*, núm. 4/2018, Banco de España, pág. 55.

A través de TARGET2, se llevan a cabo las operaciones de provisión de liquidez a las entidades financieras, como los programas de compra de activos (APP), se realizan los pagos en euros de operaciones comerciales o financieras de las propias entidades bancarias o por cuenta de sus clientes, actuando los respectivos bancos centrales nacionales como intermediarios entre las entidades pagadoras y las receptoras de los fondos, tanto en las operaciones nacionales como transfronterizas. El aumento experimentado por los saldos TARGET desde 2015, no es indicativo de una situación de estrés financiero ni consecuencia de problemas de financiación generalizada dentro de los países de la Unión Económica y Monetaria, sino fruto de la introducción de medidas extraordinarias de estímulo monetario por parte del Banco Central, fundamentalmente mediante la ejecución del APP del Eurosistema³⁶.

5. LA CAÍDA DEL MARGEN EN LAS ENTIDADES FINANCIERAS.

Uno de los detonantes de la profunda reestructuración del sistema bancario operada en España en el periodo 2008-2016, llevada a cabo para corregir los desequilibrios generados en los años de expansión (hasta 2008), y que supuso, como ya se ha anticipado, una concentración del mercado, con un descenso de un 43 por 100 del número de entidades operantes en él³⁷, fue sin duda la enorme caída del margen de las entidades bancarias. A ello, contribuyeron significativamente las necesidades de saneamiento establecidas al sector como consecuencia de la aplicación de los dos RD-Ley promulgados en 2012³⁸, y que obligaron al sector financiero a provisionar las pérdidas por deterioro de activos vinculados a la construcción y promoción inmobiliaria, lo que implicó como consecuencia directa un importante incremento del coste de riesgo de crédito³⁹, pues hubieron de provisionar las pérdidas por deterioro vinculadas a la

³⁶ PANA ALVES, A.M., y DEL RIO A., “El aumento de los saldos TARGET en la UEM desde 2015”, cit., pág. 59.

³⁷ CRUZ-GARCIA, P., FERNANDEZ DE GUEVARA, J., y MAUDOS, J., “Concentración y competencia bancarias en España: El impacto de la crisis y la reestructuración”, *Revista de Estabilidad Financiera*, núm. 34, Banco de España, pág. 61.

³⁸ RD-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero y RD-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

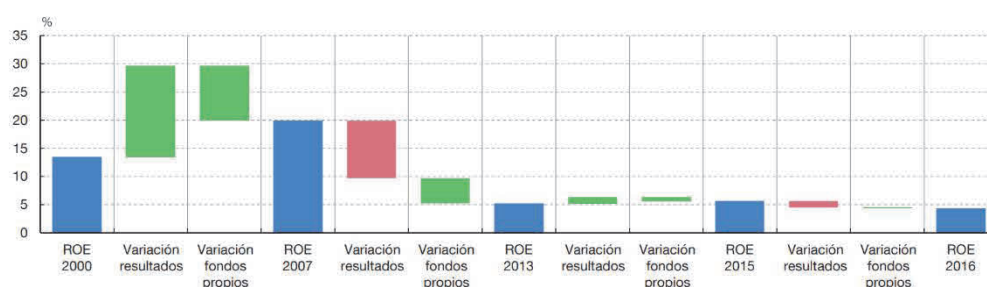
³⁹ Se trata del cociente del total de dotaciones para insolvencias sobre el total de créditos a la clientela. Cuanto más bajo es el cociente, menor es el riesgo. Cost of risk = dotaciones para insolvencias/crédito total.

importante exposición en estos sectores, lo que supuso, de *facto*, una importantísima caída del margen de las entidades financieras.

Estas mayores exigencias de provisiones y capitalización impuestas por las autoridades monetarias del BCE, sumadas a los exiguos ingresos que las entidades bancarias presentaban por operaciones bancarias propias, a lo que se unió el exceso de liquidez existente en el sector y la escasa demanda del consumo e inversión, tanto por empresas como por particulares, provocaron un fuerte decrecimiento en el negocio típico bancario, de forma tal que, las cuentas de resultados pasaron a nutrirse, mayormente, de

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DESCOMPOSICIÓN DEL ROE. 2000-2016 (a)

GRÁFICO 2.18



FUENTE: Banco de España.

a Un aumento (descenso) de los resultados representado en color verde (rojo) provoca un incremento del ROE, mientras que un aumento (descenso) de los fondos propios representado en color verde (rojo) provoca una reducción del ROE.

ingresos de operaciones atípicas, como son comisiones de servicio, primas de seguro, comisiones de administración y gestión de activos, y patrimonios financieros, comisiones por tarjetas, etc., y que se puede observar perfectamente en los resultados del año 2016, año en el que se produjo una disminución de -34 por 100 del resultado neto después de impuestos respecto al obtenido en 2015, hecho que supuso para el sector una disminución de la rentabilidad sobre recursos propios (ROE)⁴⁰ del 4,4 por 100 al 2,8 por 100.

6. EFECTO DE LA SENTENCIAS JUDICIALES EN EL SECTOR FINANCIERO ESPAÑOL

A todo ello, es preciso añadir, el efecto que, sobre las cuentas de resultados de los bancos han tenido las sentencias judiciales relativas a las ventas efectuadas, en tiempos de crisis, de las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas, y, sobre todo, a las sentencias sobre el uso abusivo de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios.

⁴⁰<https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/InformesEstabilidadFinanciera/17/ficheros/IEFMayo2017.pdf>.

La sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sobre la retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo⁴¹, motivó un aluvión de demandas de particulares, máxime desde que el Pleno de la Sala 1ª del TS, en su sentencia de 24 de febrero de 2017⁴², sobre la base del principio de primacía del derecho comunitario y del carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE, adaptó su jurisprudencia en materia de devolución de cantidades cobradas en aplicación de una cláusula suelo abusiva, excluyendo cualquier limitación temporal a tales efectos⁴³. Esta retroactividad con efectos *ex tunc* respecto de las reclamaciones sobre las cláusulas suelo llevadas a cabo por miles de clientes de entidades bancarias, pese a no afectar a los procesos judiciales resueltos definitivamente mediante sentencia firme, afectó a miles de procesos que se encontraban suspendidos en espera de este fallo del TJUE, estimándose un alcance de unos 4.000 millones de euros en compensaciones a clientes con contratos en los que se incorporaron cláusulas suelo⁴⁴.

Al objeto de eludir las negativas consecuencias que, tanto para su imagen como para su cuenta de resultados, estaban suponiendo estos procesos judiciales, las entidades bancarias generalizaron la negociación particular cliente a cliente, negociación que tenía como objetivo la evitación del proceso judicial mediante un acuerdo satisfactorio para ambas partes. Estas negociaciones, aunque no conseguían soslayar totalmente el efecto sobre la cuenta de resultados, pues las cesiones que se vieron obligadas a realizar incidían directamente sobre la misma, sí que consiguieron un positivo efecto sobre la imagen del sector.

La interposición por un cliente de la demanda por cláusula suelo abusiva, implicaba para las entidades bancarias un doble efecto. En primer lugar, la dotación de

⁴¹ A partir de esta sentencia del TJUE, la interpretación que debe darse a los efectos de la declaración de abusivas, sobre el efecto no vinculante que establece el artículo 6 de la Directiva 93/13CEE de 5 de abril, será la de nulidad con efectos *ex tunc*.

⁴² Rec. 740/2014.

⁴³ DÍAZ FRAILE, J.M., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017 (123/2017)”. BOE Biblioteca Jurídica. Comentarios sentencias. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2017-5 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Adaptación de la jurisprudencia al Tribunal Supremo a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la limitación temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de las cláusulas suelo no transparentes/abusivas.

⁴⁴ https://economia.elpais.com/economia/2016/12/21/actualidad/1482306332_458117.html.

provisiones que se veían obligadas a realizar para hacer frente a las posibles condenas en su contra por estas cláusulas y, en segundo lugar, la efectiva minoración de ingresos que suponía la disminución del margen de interés de estas operaciones hipotecarias, a lo que había que sumar la obligada reliquidación y consecuente retrocesión de los intereses cobrados de más durante los años de aplicación de las cláusulas que se declaraban como abusivas y, por tanto, nulas. Para evitarlo, se llevaron a cabo miles de negociaciones individualizadas en las que se acordaba la novación de la cláusula suelo, a la que se acompañaba un pacto de renuncia al establecimiento de acciones por el cliente. Es decir, los dos elementos esenciales del negocio transaccional realizado eran, por un lado, la concesión por el banco, a favor del cliente, de una reducción del tipo de interés suelo del préstamo y, por otro, la renuncia de este a ejercitar la acción de nulidad de la originaria cláusula suelo.

A este respecto, es importante atender a la doctrina del TS respecto de la novación de la cláusula suelo y de la renuncia al ejercicio de acciones por el cliente. Sobre la novación de la cláusula suelo, es reiterada doctrina⁴⁵, en aplicación de la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, así como en el posterior Auto de 3 de marzo de 2021, asunto C-13/19, según la cual una cláusula potencialmente nula, como es el caso de la cláusula suelo, puede ser objeto de un acuerdo de novación por las partes con posterioridad. En cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020 y el auto de 3 de marzo de 2021, admitieron su validez siempre que no se refiera a controversias futuras, si bien, cuando la cláusula no es negociada individualmente, como es el caso entre bancos y particulares, en las que el contrato de novación se enmarca dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario a tipo variable con cláusula suelo, el consumidor no ha podido influir en su redacción y se considera por tanto una cláusula abusiva. La consecuencia de la declaración como abusiva de una cláusula es su nulidad de pleno derecho, siendo insubsanable al no poder quedar vinculado el consumidor por una cláusula abusiva⁴⁶.

⁴⁵ STS de 4 de mayo de 2021, rec. 556/2017.

⁴⁶ STS de 23 de julio de 2020, rec. 4061/2017.

En consecuencia, pese al intento de evitar conflictos llevado a cabo por las entidades bancarias, lo cierto es que, los tribunales, han establecido que, de no pasar el control de transparencia, una cláusula suelo había de ser declarada nula por abusiva, por lo que no podía ser objeto de novación ni de transacción.

Estos criterios jurisprudenciales aplicados siguiendo las sentencias del TJUE, han originado un nuevo aluvión de demandas solicitando la nulidad de las novaciones firmadas, así como la retroactividad de las reclamaciones sobre cláusulas suelo con efectos *ex tunc* desde la firma del préstamo hipotecario y no desde la sentencia de 9 de mayo de 2013 del TS sobre las cláusulas suelo, lo que, de momento, no ha encontrado favorable acogida por la Sala Primera del TS⁴⁷.

En cuanto a las demandas presentadas por los clientes bancarios a los que se contrataron participaciones preferentes⁴⁸ y obligaciones subordinadas⁴⁹, se fundamentaron básicamente en la existencia de vicio en el consentimiento, apoyándose para ello en tres hechos fundamentales: el carácter de ahorrador y no de inversor que detenta un consumidor; la falta del deber de información por parte de la entidad bancaria para contratar el producto; y, por último, en las malas prácticas llevadas a cabo por sus comerciales en el acto de venta del producto. El criterio doctrinal establecido por la Sala 1ª del TS ha sido el de que, efectivamente, el consentimiento prestado era contrario a lo

⁴⁷ Así lo ha establecido en su ATS Sala 1ª, de 24 de mayo de 2017, rec. 9/2017, en el que se despliegan efectos de cosa juzgada respecto de la pretensión de nulidad de la cláusula suelo y devolución de cantidades, doctrina reiterada en Autos de fecha 31 de mayo de 2017, rec. 16/2017, de 7 de junio de 2017, rec. 7/2017 y de 19 de julio de 2017, rec. 8/2017, entre otros, y en los que se rechaza la existencia de un error craso o patente que pueda legitimar el reconocimiento de un error judicial, máxime cuando el juez se ha limitado a aplicar la doctrina jurisprudencial vigente en su momento, no permitiendo el ordenamiento jurídico interno un cambio en la jurisprudencia que permita revisar las sentencias firmes anteriores que no se ajusten a la nueva jurisprudencia, no pudiendo por tanto admitirse la revisión de tales sentencias firmes y ello, a pesar de que el demandante hubiese obtenido un pronunciamiento más favorable a sus intereses en virtud del cambio de criterio establecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo con motivo de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016.

⁴⁸ Las participaciones preferentes son valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. Fuente CNMV: https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Fichas/Fichas_Preferentes.pdf.

⁴⁹ Son valores emitidos por las empresas que reconocen una deuda para la entidad. Son valores mobiliarios que representan una parte proporcional de un empréstito. La sociedad emisora se compromete a retribuir a los tenedores de los valores con un interés que puede ser fijo o variable, y a devolver el capital aportado, en la fecha establecida para el vencimiento de los títulos. En caso de quiebra o concurso del emisor, las obligaciones subordinadas se sitúan detrás de los acreedores. Fuente CNMV: <https://www.cnmv.es/Portal/inversor/RentaFija-Privada.aspx>.

dispuesto en el art.1262 del Código Civil (en adelante CC) y por tanto ha sido prestado por error, violencia, intimidación o dolo, lo que supone su nulidad conforme a lo dispuesto en el art. 1265 CC⁵⁰. Esta declaración de nulidad conlleva la restitución de las prestaciones, tal y como establece el art. 1303 CC⁵¹.

7. LA DIGITALIZACIÓN DEL SECTOR FINANCIERO

Hasta ahora, se han señalado dos de los factores que están amenazando la cuenta de resultados de las entidades financieras de España, por un lado, el exceso de liquidez unido a la caída de demanda de crédito, y por otro, el impacto directo que ha supuesto la sentencia del TJUE sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo. Sin embargo, la mayor amenaza y reto al que se enfrenta en estos momentos el sector bancario en España, más si cabe por el desafío a futuro que supone, es la aparición de una nueva revolución económica, es la llamada economía de los datos (*data economy*)⁵².

En efecto, las nuevas tecnologías están dando lugar a la aparición de nuevos intervinientes en el mercado financiero, que aprovechan la apertura del mercado global que está suponiendo internet, así como la posibilidad de trabajar la ingente cantidad de información que se genera y almacena cada vez que un potencial cliente utiliza internet (*big data*). Las anteriores circunstancias están permitiendo la entrada en el mercado de nuevos operadores que han venido para quedarse y arañar poco a poco la cuota de mercado de las entidades financieras tradicionales, especialmente a los bancos, son las compañías de servicios financieros (Fintech), compañías multinacionales que se basan en la información (*big data*) y que, de momento, se están centrando en el mercado minorista, en sistemas de pago y en tarjetas de crédito. Pese a ello, suponen para la banca un peligro que amenaza con afectar a un 60 por 100 de sus beneficios⁵³

⁵⁰ STS de 16 de marzo de 2021, rec. 4052/2018.

⁵¹ “Como declaramos en la sentencia de Pleno 716/2016, de 30 de noviembre, con cita de otras muchas, los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes, comercializadora y adquirente. Por ello, tales efectos de la nulidad deben ser la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono” (STS de 9 de febrero de 2021, rec. 2768/2018).

⁵² <https://www.aebanca.es/cs/groups/public/documents/articulos/08-201701873.pdf>.

⁵³ <http://www.expansion.com/empresas/banca/2016/08/02/579f97d5268e3e85788b4605.html>.

La exigencia de que las entidades bancarias se adapten a estas nuevas formas de relacionarse con los clientes a través de las nuevas tecnologías conlleva a su vez una menor necesidad de presencia física mediante las oficinas tradicionales y, por tanto, una disminución en el personal que las atienda.

Lo anteriormente expuesto permite colegir las razones por las que hoy en día, las entidades bancarias españolas siguen inmersas en un proceso de reestructuración, alentado por el estrechamiento de sus márgenes y un marco regulatorio muy exigente, con unos requerimientos de capitalización y provisiones que están suponiendo una importante merma de sus cuentas de resultados. Para recuperar las ratios de rentabilidad que tanto sus accionistas como los analistas del sector les exigen, el sector ha optado por una racionalización de su estructura productiva y una contención de los costes operativos⁵⁴, siendo el recurso estrella en todos los casos observados hasta ahora el de las prejubilaciones de sus personas trabajadoras de mayor edad.

⁵⁴ <https://www.aebanca.es/es/Publicaciones/InformeEcon%C3%B3micoyFinanciero/index.htm>.

SEGUNDA PARTE

SOBRE LAS MODALIDADES DE ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

CAPÍTULO 2

LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN ESPAÑA. CONCEPTO Y MARCO NORMATIVO

1. NOCIÓN

Con carácter previo al análisis de su régimen jurídico, parece conveniente analizar el significado del término “jubilación”. En el acervo popular, jubilación se identifica siempre con el abandono de la vida laboral y la percepción de una renta vitalicia que posibilita el sustento de la persona jubilada. Etimológicamente, jubilación proviene del término latino *iubilare*, que significa “gritar de júbilo o de alegría”, sin que, por sí sólo, responda al significado actual que de jubilación ofrece la Real Academia de la Lengua Española⁵⁵, como: “*Acción y efecto de jubilar o jubilarse*”, en su primera acepción, y que se completa en la segunda acepción, que se refiere a ella como “*pensión que recibe quien se ha jubilado*”. Hemos de acudir también al término “jubileo”, que etimológicamente proviene del latino *iubilaeus* y, a su vez, del término hebreo *hayyōbēl*, que para los cristianos implica una indulgencia plenaria, solemne y universal, concedida por el Papa, y que se basaba en una fiesta muy solemne que celebraban los judíos cada cincuenta años, en la que se liberaba a los esclavos. Asimismo, cincuenta años, era el tiempo que, en determinados trabajos se establecía para liberarse de ellos. De la conjunción de estos dos términos, *iubilare* y *iubilaeus*, se obtiene el significado que el término jubilación ofrece hoy día para la sociedad actual, y que sería la coronación celebrada de una vida que ha cumplido con su deber⁵⁶, identificando jubilación con el final de una carrera profesional,

⁵⁵ Vigésimotercera edición. Octubre 2014.

⁵⁶ SÁDABA GARAY, J., “La jubilación como hecho ético”, en AAVV., LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel. Madrid, 2007, pág. 122.

en la que la persona trabajadora inicia una nueva etapa conclusiva o de cierre de la actividad laboral⁵⁷.

2. FUNDAMENTO NORMATIVO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CLAUSULAS CONVENCIONALES SOBRE JUBILACIÓN FORZOSA

El derecho a la pensión de jubilación en España tiene su fundamento en el artículo 41 de la CE⁵⁸, que impone la obligación a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social accesible para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales necesarias en caso de necesidad y, especialmente de desempleo, reforzado por la obligación de protección que el artículo 50 CE dispone a favor de los ciudadanos de mayor edad⁵⁹.

Los poderes públicos articulan este derecho a través del Sistema de Seguridad Social⁶⁰, que, siguiendo al profesor Alonso Olea, es un conjunto de medidas adoptadas por los Estados para proteger a sus ciudadanos contra una serie de riesgos que “jamás dejarán de presentarse por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en la que vivan”, siendo el riesgo absolutamente inevitable el de la vejez⁶¹, sistema por tanto,

⁵⁷ BARCELÓN COBEDO, S., “LA jubilación como prestación de llegada en el tránsito prestacional”, en AAVV., LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. pág. 511.

⁵⁸ “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

⁵⁹ “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”.

⁶⁰ Así, el TC en su STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, afirma que: “el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias (fundamento jurídico 4. °). Si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional citado, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad -que habrán de ser precisadas en cada caso- implica que las prestaciones de la Seguridad Social, y entre ellas las pensiones de jubilación, no se presenten ya -y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas- como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual”.

⁶¹ GALIANA MORENO, J.M., “Hitos, condicionantes y tendencias en la evolución de las prestaciones de vejez en España”, en AAVV., LOPEZ ANIORTE, M.C., y GARCIA ROMERO, B. (Coords), *La Reforma de la Pensión de Jubilación*, Tirant Lo Blanch, Monografías 905, Valencia, 2014, pág. 15.

llamado a proteger situaciones o estados de necesidad, dentro de una tendencia a la universalización de las medidas de protección social. Para dar cumplimiento al mandato constitucional, el sistema público de pensiones en España mantiene dos niveles asistenciales, el sistema contributivo, destinado a proteger a las personas que han contribuido al sistema por la realización de una actividad profesional o por cuenta ajena y, el sistema no contributivo, cuyo objeto es ofrecer una cobertura universal a toda la población⁶², incluso aunque no hayan cotizado nunca al sistema o lo hayan hecho insuficientemente⁶³.

Desde el punto de vista jurídico-laboral, cabe definir la jubilación como el acto administrativo que da acceso a una nueva etapa en el ciclo vital de la persona trabajadora, que se caracteriza por el cese en la prestación laboral que le une a la empresa. La jurisprudencia la define como “una situación de necesidad generada por la ausencia de rentas salariales determinada por el cese en el trabajo a causa de la edad y acompañada del cese de las cotizaciones⁶⁴”. Es, en esta nueva situación personal, donde el concepto de jubilación se identifica con el de júbilo y jubileo, pues acaba con la necesidad de destinar parte de su tiempo de vida al trabajo, dando paso a una nueva etapa, en la que el ya jubilado, dispone plenamente de su persona, percibiendo una contraprestación económica de carácter vitalicio⁶⁵, a la que tiene derecho en razón del cumplimiento de determinados requisitos legales establecidos para ello⁶⁶.

⁶² MADRID YAGÜE, P., “Los principios de contributividad y de solidaridad”, cit., pág. 369.

⁶³ MENAU GAYA, R., ENCINAS GOENECHEA, F.B., “Valoración de la reforma del sistema de pensiones español de 2011 desde la óptica de la viabilidad financiero-actuarial. Un análisis a través de la MCV”. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Fondo de Investigación de la Protección Social (FIPROS). Convocatoria 2011*. Disponible en: [MEMORIA EXPLICATIVA: \(seg-social.es\)](http://seg-social.es).

⁶⁴ STS, Sala 4ª, de 29 de marzo de 2017, rec. 2142/2015.

⁶⁵ “La pensión de jubilación tiene carácter vitalicio y rige con las mismas condiciones en que se reconoció durante toda la vida del beneficiario”, STJS Andalucía, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 1997, rec. 1127/1996; carácter vitalicio confirmado por el artículo 204 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante LGSS, a cuyo tenor: “La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena”.

⁶⁶ El artículo 205.1 de la LGSS establece la pensión de jubilación como un derecho de las personas incluidas en el Régimen General que reúnan los requisitos y condiciones exigidas para ello.

De hecho, los requisitos esenciales para tener acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva son⁶⁷, además de un período de cotización al sistema público de Seguridad Social, el cumplimiento de una determinada edad a partir de la cual se puede acceder a la jubilación, unido al cese voluntario en el trabajo, lo que se configura como un derecho de la persona trabajadora⁶⁸. En efecto, según la vigente normativa de Seguridad Social, en España la jubilación es siempre voluntaria para la persona trabajadora, siendo la edad, simplemente, uno más de los requisitos que legal y reglamentariamente se requieren para acceder a la prestación.

La posibilidad de introducir, en convenio colectivo, cláusulas imponiendo la jubilación obligatoria⁶⁹ y, en consecuencia, la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación⁷⁰, posee una prolija tradición en la negociación colectiva en España⁷¹, que la ha convertido en un recurso habitual pese a su carácter excepcional, en contraposición a su consideración generalizada como derecho⁷², siendo regulada con la finalidad de fomentar el reparto del empleo y la solidaridad

⁶⁷ CAMÓS VICTORIA, I., “Los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social”, en AAVV., LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. pág. 1609.

⁶⁸ MONTOYA MELGAR, A., y SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y., “Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra-1, 2002, pág. 30 disponible en: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/ExtraSS03/Estudios01.pdf

⁶⁹ Lo cierto es que no se puede hablar de que el Convenio Colectivo obligue al trabajador a jubilarse, pues, como el propio precepto establece, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el mismo, lo que supone es una causa de extinción del contrato de trabajo. No se puede obligar al trabajador, sea por cuenta propia o ajena a que cese en su derecho al trabajo por el hecho de cumplir una determinada edad, ni, por supuesto, tampoco a que se jubile, pues supondría vulnerar su derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE, suponiendo también una violación del artículo 14 CE al suponer una clara discriminación por razón de edad. Véase, en este sentido, ALARCON CARUEL, M.R., “Jubilación: ¿anticipar o postergar?”, en AAVV, AGUTÍ JULIÁ, J., y FARGAS FERNANDEZ, J., (Coords), *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*, Editorial Bomarzo, 2010, pág. 237.

⁷⁰ Posibilidad que fue profusamente utilizada por las entidades financieras para la jubilación de sus trabajadores, siendo objeto de constantes recursos en impugnación del convenio colectivo respecto de la obligación de jubilación forzosa a los 65 años, recursos que se basaban en incumplimientos de lo dispuesto en la DA 10ª ET sobre objetivos de mejora de la estabilidad en el empleo, contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que favorezcan la calidad del empleo. Sobre la citada cláusula de jubilación forzosa, véase la STS, Sala 4ª, de 18 de enero de 2011, rec. 98/2010.

⁷¹ SALA FRANCO, T., “Las Cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2018, pág. 2.

⁷² LÓPEZ CUMBRE, L., “La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios de la Villa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013, pág.323.

intergeneracional⁷³. Así, desde la prohibición de negociar cláusulas de jubilación forzosa en convenios colectivos que imponía la OM de 1 de julio de 1953 (BOE núm. 188, de 7 de julio), pasando por la promulgación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, con su Disp. Adic. 5^a⁷⁴, que permitía que la negociación colectiva pactase libremente diferentes edades de jubilación (sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social).

La Disp. Adic.10^a del RD-Leg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET/1995), modifica su redacción para adecuarse a la doctrina constitucional⁷⁵, permitiendo nuevamente la utilización de la jubilación forzosa como instrumento para llevar a cabo una política de empleo, en el marco de la negociación colectiva. Dicha disposición fue objeto de posteriores derogaciones y reposiciones, siendo por último recuperada por la Ley 14/2005, de 1 de julio⁷⁶, vigente hasta su eliminación mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante Ley 3/2012), cuya Disp. Final 4^a modificó la Disp. Adic.10^a ET/1995, para considerar nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social, manteniendo válidas las cláusulas existentes al respecto en los convenios colectivos firmados con anterioridad a la entrada en vigor de la precitada Ley 3/2012, dejando, por tanto, a salvo lo establecido en convenios anteriores a la misma en tanto no venciesen.

⁷³ BARCELO FERNÁNDEZ, J., “La modificación de la disposición adicional 10^a del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Análisis de una nueva situación”, *Temas Laborales* núm. 121, 2013, pág. 108, citando a GARCIA NINET, J.I., “Acerca de la jubilación”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 2003, núm. 152, pág. 5.

⁷⁴ Declarada inconstitucional por la STC 22/1981 de 2 de julio, aunque, posteriormente, en su STC 58/1985, de 30 de abril, el Alto Tribunal abordaría directamente la constitucionalidad del párrafo segundo, reconociendo que “no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante convenio colectivo pueda fijarse la jubilación forzosa en la medida en que se garantice que el afectado pase a percibir la pensión de jubilación”, y aceptando por tanto la constitucionalidad de su incorporación mediante la negociación colectiva siempre que se respeten los derechos de los trabajadores afectados, doctrina reiterada por las STC 289/2006, de 9 de octubre y 341/2006, de 11 de diciembre. .

⁷⁵ BARCELÓ FERNANDEZ, J., La modificación de la Disposición Adicional 10^a del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Análisis de una nueva situación, cit., pág.110.

⁷⁶ Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

La Disp. Adic.10ª del vigente RD-Leg. 2/2015, de 23 de octubre, por el que aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), nuevamente volvió a derogar las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. A ello se sumaba la derogación expresa de las Disp. Trans.10ª y 15ª de la Ley 3/2012 (Disp. Derogatoria Única.6 ET). Sin embargo, continuando con la ya comentada prolija aparición y desaparición de esta figura en la normativa laboral, la Disp. Final 1ª del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para hacer efectivo el IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2018, 2019 y 2020, suscrito por CEOE, CEPYME, UGT y CCOO, el 5 de julio de 2018, vuelve a introducir en el vigente ET la posibilidad de jubilación forzosa dispuesta en convenio colectivo⁷⁷, autorizando a los convenios colectivos a establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo⁷⁸ por el cumplimiento por parte de la persona trabajadora de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que la persona trabajadora tenga derecho al 100 por 100 de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva, y que la medida se vincule a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo destinados a favorecer la calidad del empleo⁷⁹. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre ha venido a endurecer los requisitos exigidos a la negociación colectiva para el establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa, situando la edad mínima para su aplicación a la persona

⁷⁷ BARRIOS BAUDOR, G.L., “El regreso de la jubilación forzosa”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2019, pág. 12.

⁷⁸ Extinción que la jurisprudencia de la Sala 4ª del TS afirma que tiene carácter involuntario al ser independiente de la voluntad de la persona trabajadora. Dicho criterio tiene gran trascendencia, pues, tal y como ocurrió en el caso de numerosos trabajadores ya jubilados por cumplir la edad pactada en convenio colectivo, con base a lo dispuesto en la DA 4ª LGSS 1994, pudieron solicitar una mejora de la prestación de jubilación, concretamente una mejora en la aplicación de los coeficientes reductores con los que se calculó la cuantía de su pensión. Véanse, las SSTs de 4 de octubre de 2010, rec. 406/2010 y de 4 de noviembre de 2010, rec. 1108/2010.

⁷⁹ Así lo dispone el art. 46 “Jubilación Obligatoria” del vigente XXIV Convenio Colectivo del sector de la banca, según el cual, la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la persona trabajadora de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social, se vincula a medidas de fomento de empleo, como la contratación de nuevas personas trabajadoras, la transformación de contratos temporales en indefinidos, la conversión de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo y la contratación de desempleados de larga duración o personas en riesgo de exclusión, así como la contratación, por cada contrato extinguido, de una nueva persona trabajadora con edad inferior a 35 años, a fin de llevar a cabo un relevo generacional, lo que deberá llevarse a cabo dentro de los seis meses siguientes a la extinción del contrato por jubilación obligatoria. .

trabajadora en los 68 años (1 año más que la jubilación ordinaria)⁸⁰, manteniendo la exigencia de que se reúnan los requisitos exigidos por la Seguridad Social para tener derecho al 100 por 100 de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva, así como la obligación de llevar a cabo la contratación indefinida y a tiempo completo de una nueva persona trabajadora. La norma hace un guiño explícito al objetivo de procurar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres mediante una excepción a la edad exigida, permitiendo que, cuando en el sector de actividad de aplicación del convenio, el porcentaje de ocupación de mujeres sea inferior al 20 por 100, la edad mínima para su aplicación se sitúe en la de jubilación ordinaria, con el requisito de que la nueva persona trabajadora contratada sea expresamente mujer.

Con todo, es importante atender al hecho de que la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, no introduce una extinción del contrato de trabajo impuesta directamente por la negociación colectiva, pues la redacción de la norma expresa claramente que estas cláusulas deben posibilitar la extinción, lo que, desde luego, no es en absoluto imperativo para trabajador y empresa.

Sobre las cláusulas de jubilación establecidas en convenio colectivo al cumplimiento de determinada edad, no existe una doctrina judicial o académica concluyente⁸¹. El TC se ha pronunciado en el sentido de permitir la negociación colectiva sobre estas cláusulas de jubilación forzosa, si bien respecto de la imperatividad existente con la norma anterior a 2001⁸², entendiendo en ese momento que la Ley puede determinar la extensión de los derechos individuales (derecho al trabajo), así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, por lo que no podía considerarse inconstitucional que mediante Convenio se fijase un límite temporal al derecho individual siempre que se establezca la debida compensación para el afectado, como lo era la pensión de jubilación. Sin embargo, en esa misma sentencia el TC establece que prima el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE, lo que implica que la negociación colectiva solamente

⁸⁰ Lo que confirma la tendencia a favorecer el retraso en la edad legal de jubilación (ESTEVE SEGARRA, AMPARO., “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, pág. 158).

⁸¹ CABEZA PEREIRO, J.,” Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2021, pág. 73.

⁸² La D.A. 10ª de la Ley del Estatuto de los Trabajadores fue derogada por la Disposición derogatoria única de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad.

puede establecer la extinción del contrato de trabajo cuando se cumplieran los requisitos de la Disp. Adic.10ª ET. A partir de la citada derogación de la D.A 10ª ET por la reforma laboral de 2001, la jubilación deja de ser una obligación para la persona trabajadora, pasando a ser un derecho⁸³, pues nada impide que pueda seguir trabajando una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, no es factible que la negociación colectiva pueda establecer determinadas edades de jubilación forzosa⁸⁴. Es más, la aprobación de determinadas medidas, encaminadas a facilitar la prolongación de la vida laboral, incluso compatibilizando la pensión de jubilación con el trabajo activo⁸⁵, deja patente la voluntad del legislador de que el acceso a la jubilación ordinaria se configure exclusivamente como un derecho y no como una obligación⁸⁶. Por ello, pese al carácter facultativo que la actual redacción de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre otorga a esta figura, sería de vital trascendencia volver a eliminar del ordenamiento esta discriminación, devolviendo a la persona trabajadora, individualmente considerada, el derecho personalísimo a jubilarse⁸⁷, pues hoy día la jubilación no comporta *per se* una presunción de ineptitud sobrevenida por razón de edad⁸⁸, por lo que se configura como un derecho y, por tanto, de acceso voluntario, motivos por los que los poderes públicos, como garantes del derecho al trabajo y a la jubilación que detentan las personas trabajadoras, deben instrumentar aquellas medidas y acciones que les permitan ejercer la facultad de optar por acceder a la jubilación como culminación de su vida laboral activa, o, en su caso, la prolongación de esta, lo que redundará en el retraso en el acceso a la jubilación y consecuentemente en un

⁸³ Según la STC 58/1985, de 30 de abril (FJ 1º): “la jubilación se ha considerado siempre un derecho del trabajador que, al alcanzar la edad prefijada podía libremente cesar en el trabajo para pasar a percibir la pensión. Partiendo de ello es indudable que el precepto legal no pretende únicamente atribuir a la negociación colectiva la facultad de facilitar la jubilación voluntaria a través de una regulación promocional que no era preciso autorizar, pues nunca había sido negada y era frecuentemente ejercitada, sino superar el precedente obstáculo legal convirtiendo en disponible por la negociación colectiva un derecho que con anterioridad no lo era”.

⁸⁴ STS de 9 de marzo de 2004, rec. 2274/2002.

⁸⁵ En este sentido, se han establecido modalidades que favorecen dicha prolongación de la vida laboral de la persona trabajadora, como son la jubilación activa, la jubilación parcial y la jubilación flexible.

⁸⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., “La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios de la Villa”, cit. pág.323.

⁸⁷ ARRIETA IDIAKEZ, F.J., “Consecuencias del envejecimiento sobre la economía y el mercado laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.183, 2016 parte estudios, pág. 191.

⁸⁸ SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y., “Jubilación parcial: mitos y realidades. ¿Revitalización de una institución “fracasada”? ¿Soluciones coyunturalmente satisfactorias o soluciones estructuralmente adecuadas, sostenibles y seguras”, pág. 3, *Repositorio Universidad Complutense de Madrid*? Disponible en: [https://eprints.ucm.es/id/eprint/20708/1/Jubilaci%C3%B3n_Parcial-Mitos_y_realidades_\(1\).pdf](https://eprints.ucm.es/id/eprint/20708/1/Jubilaci%C3%B3n_Parcial-Mitos_y_realidades_(1).pdf)

ahorro de prestaciones para la Seguridad Social, que es lo que, en definitiva, afirma perseguir la D.A. 10ª en su actual redacción.

Dichas posibilidades se corresponden con la Recomendación 10ª del Pacto de Toledo⁸⁹, según la cual *“la edad de jubilación debe ser flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad”*, para, a continuación, afirmar que, *“sin perjuicio de mantener la edad ordinaria de jubilación en los 65 años, resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen”*, para continuar aludiendo a una característica fundamental para lograr este objetivo, y es la *“exoneración total o parcial, en función de la jornada, de la obligación de cotizar en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo con suspensión proporcional del percibo de la pensión”*. Dicha Recomendación ha venido siendo objeto de distintos desarrollos legislativos, como la Disp. Adic. 26ª LGSS/1994⁹⁰, incorporada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (en adelante Ley 35/2002, de 12 de julio) y su Reglamento de desarrollo (RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio), y, por último, la vigente LGSS.

Sin embargo, tal y como ha afirmado la doctrina⁹¹, la jubilación se ha convertido más, en un instrumento empresarial, que en un derecho individual de la persona trabajadora, pues mediante la instauración de acuerdos colectivos o individuales, bajas incentivadas o expedientes de regulación de empleo, las empresas jubilan anticipadamente o prejubilán a sus personas trabajadoras, lo que, de *facto*, supone que la jubilación se ha convertido en un medio de intervención en el mercado de trabajo, alejado de su tradicional función de servir como prestación sustitutoria del salario de la persona

⁸⁹ Marco de referencia propio e ineludible para los planteamientos de reforma de nuestro sistema de Seguridad Social. Se trata de un pacto de Estado mediante el que los partidos políticos y los agentes sociales acuerdan las líneas maestras para garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones. TORTUERO PLAZA, J.L., “Materiales y reflexiones sobre el Pacto de Toledo”, en AAVV LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 327.

⁹⁰ RD-Leg. 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, vigente hasta 31 de diciembre de 2011.

⁹¹ LÓPEZ CUMBRE, L., “La jubilación, entre el Derecho y la obligación”, en AAVV, LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 40.

trabajadora⁹², al acceder a la jubilación por cumplimiento de los requisitos de edad y cotización requeridos.

Por último, desde un punto de vista social, desde el momento en el que accede a la jubilación, la persona trabajadora pone punto y final a su etapa de vida activa, acaba con la producción de valor a la sociedad mediante el fruto de su trabajo y transita a una etapa de vida pasiva en la que ya no obtiene la satisfacción de sus necesidades como resultado del fruto de su trabajo, sino mediante la percepción de las correspondientes prestaciones y ayudas públicas que le proporciona el sistema de Seguridad Social. Es decir, pasa de satisfacer sus necesidades vitales mediante la actividad del trabajo a ser un sujeto pasivo que las obtiene del sistema de Seguridad Social a través del que la sociedad satisface sus necesidades mediante prestaciones, a modo de retorno en proporción a lo que previamente ha contribuido⁹³, accediendo a ella voluntariamente y persiguiendo en todos los casos acercarse a lo que se denomina conducta óptima de jubilación⁹⁴.

Dado que la jubilación implica el abandono definitivo por la persona trabajadora de la actividad profesional, puede ser utilizada por las empresas para acometer las reestructuraciones de plantilla, bien mediante la reducción de sus excedentes de personal, a fin de adecuar los mismos a la necesaria dimensión de la empresa, bien para transformar su plantilla, haciéndola más joven y preparada para afrontar los nuevos retos del mercado laboral, con una mayor flexibilidad y movilidad y a un menor coste, facilitando la

⁹² En este sentido se ha afirmado que: “El concepto de jubilación que acoge nuestro ordenamiento desemboca en una equivalencia: se trata de tener derecho a cobrar una pensión con motivo de la (avanzada) edad que tenga el beneficiario, lo que equivale a identificar el resultado de la protección, más que la correspondiente situación de necesidad”, [SEMPERE NAVARRO, A.V., “La jubilación contributiva”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit, pág. 850].

⁹³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Las edades de jubilación”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 1.198.

⁹⁴ Consiste en la planificación óptima de la jubilación en función de las características personales del trabajador. Atendiendo al historial laboral pasado y presente de una persona, llegada la primera edad legal de jubilación, la normativa del sistema de pensiones en España provoca beneficios y costes relacionados con la decisión de seguir trabajando un año más o no. Cuando el coste de seguir trabajando un año más supera al beneficio, se dice que la conducta óptima de jubilación es precisamente jubilarse en ese momento (COBO REYES, R., DÍAZ SAAVEDRA, J., “La percepción de los trabajadores de la normativa del sistema público de pensiones. El caso español”. *Revista Internacional de Sociología (RIS)* Vol. 68, núm. 3, 2010, pág. 781. Disponible en: <https://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/352/359>).

implantación de las medidas laborales derivadas de la reestructuración de la empresa, en cualquiera de sus dimensiones extintivas⁹⁵.

3. ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El acceso a la pensión de jubilación requiere, además del cumplimiento de los requisitos particulares previstos para dicha prestación, los generales a que se refiere el art. 165.1 LGSS, es decir, estar afiliado y en alta⁹⁶ en el Régimen General, o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario⁹⁷.

Respecto de los requisitos particulares, el art. 205 LGSS establece dos condiciones que necesariamente ha de cumplir la persona beneficiaria de la prestación y a los que se ha hecho referencia anteriormente: el cumplimiento de determinada edad⁹⁸ y tener cubierto un periodo mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho, requisitos a los que se une el cese en el trabajo para las personas trabajadoras por cuenta ajena, y el abandono, normalmente definitivo, de la actividad profesional⁹⁹ para los trabajadores por cuenta propia, si bien la LGSS también permite el abandono parcial de la actividad mediante la jubilación parcial.

⁹⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La funcionalidad de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial”, en CASTIÑERA GONZALEZ, J (coord.), *Reestructuraciones de Empresas, XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, pág. 20.

⁹⁶ Se consideran las siguientes situaciones asimiladas a la de alta (art. 166 LGSS): La situación legal de desempleo total durante la que la persona trabajadora perciba prestación por dicha contingencia, la situación de la persona trabajadora durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por la misma con anterioridad a la finalización del contrato, los casos de excedencia forzosa, traslado por la empresa fuera del territorio nacional, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social, así como durante las situaciones de huelga y cierre patronal.

⁹⁷ Es necesario puntualizar que conforme dispone el art. 205.3 LGSS, se puede acceder a la pensión de jubilación sin estar en alta o en situación asimilada al alta, siendo suficiente con el cumplimiento de los requisitos de edad y cotización requeridos.

⁹⁸ Téngase en cuenta que, realmente existen dos edades de jubilación, la edad legal fijada por el artículo 205 LGSS y la edad real, pues al ser la jubilación una opción para la persona trabajadora es esta quien decide cual es el momento de acceder a ella en base a sus circunstancias personales y en el marco de los resquicios que las normas le proporcionen (MARTÍNEZ NOVAL, L., “Cuestiones en relación a la jubilación en el Sistema Español de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra-1, 2006, pág.59).

⁹⁹ CAMÓS VICTORIA, I., “Los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social”, en AAVV., LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de*

2.1.REQUISITO DEL CUMPLIMIENTO DE UNA DETERMINADA EDAD

Los datos facilitados por la Muestra Continua de Vidas Laborales que cada año publica el servicio estadístico de la Seguridad Social¹⁰⁰, y otros estudios realizados, en los últimos años, sobre el acceso a la prestación de jubilación en España son muy clarificadores respecto de la repercusión que han tenido las distintas reformas introducidas en la legislación sobre el acceso a la prestación de jubilación en sus distintas modalidades.

Como se ha señalado, la edad es un factor determinante del derecho de acceso a la pensión de jubilación¹⁰¹. Hasta la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social (en adelante LAAM), la edad de jubilación ordinaria¹⁰² en España se ha mantenido inalterable en los 65 años, edad que ya fue fijada en 1919¹⁰³ como medida, en palabras de Alfonso XIII, de “*una ancianidad, exenta de los dolores de la miseria*”. Ahora bien, como primera premisa, es necesario desligar la concepción de causalidad que coloquialmente se atribuye a la jubilación al cumplimiento de determinada edad. Siguiendo a la doctrina¹⁰⁴, la edad y el cese en el trabajo están unidos por un nexo de “simultaneidad” y no de “causalidad”, pues no se cesa en la prestación laboral por el mero hecho del cumplimiento de determinada edad, al igual que tampoco se tiene derecho a la jubilación por el

Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación, cit., pág. 1609.

¹⁰⁰ Conjunto de microdatos individuales anónimos extraídos de los registros de la Seguridad Social, que se completan con información fiscal procedente de la AEAT y con información del Padrón Continuo facilitado por el INE. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST211>. Como ha puesto de manifiesto PÉREZ-SALAMERO GONZÁLEZ, “La muestra continua de vidas laborales (MCVL) como fuente generadora de datos para el estudio del sistema de pensiones”, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2015, pág. 84, dicho estudio presenta ciertas deficiencias por tratarse de un muestreo aleatorio simple, al que se suman los errores que se producen en las fuentes administrativas de las que se obtienen los datos.

¹⁰¹ LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 71.

¹⁰² Como señala GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Las edades de jubilación”, en AAVV LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. pág. 1202, “Esta se considera la edad normal en la que una persona activa debe abandonar la vida profesional”.

¹⁰³ Base Primera.3 del RD de 11 de marzo de 1919 (Gaceta del 12) sobre Intensificación de retiros obreros.

¹⁰⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001, pág. 239.

cumplimiento de una determinada edad, sino que, tal y como dispone la normativa en vigor, la jubilación se configura como un derecho para la persona trabajadora por cuenta ajena que requiere de su voluntad, individualmente manifestada, como sería el caso de una dimisión o, en los casos en los que es necesario el concurso del empresario, un mutuo acuerdo con este.

Al objeto de fortalecer la solvencia financiera del sistema de pensiones¹⁰⁵, la LAAM introduce una importante variación en la edad ordinaria de jubilación¹⁰⁶, que se modifica en función del esfuerzo contributivo realizado por los beneficiarios a lo largo de su vida laboral¹⁰⁷, manteniéndose en los 65 años si se acredita una cotización de 38 años y 6 meses, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias, y se eleva a los 67 años para el resto de casos (art. 205.1 LGSS). No obstante, se introduce un periodo transitorio (desde el 1 de enero de 2013 al 1 de enero de 2027), a fin de atemperar el tránsito de la edad de jubilación ordinaria desde los 65 años a la de 67 años que se requiere al finalizar el período transitorio, evitando que pudieran verse perjudicadas en sus derechos las personas trabajadoras que se encontraran cercanas a la jubilación en la fecha de entrada en vigor de la Ley. Dicho periodo transitorio se introduce mediante una Disp. Trans. en la LGSS¹⁰⁸ que establece una aplicación gradual de las edades de jubilación y del periodo de cotización exigible a que se refieren el art. 205.1.a), así como los art. 152.1, 207.1.a) y 2, 208.1.a) y 2, 214.1.a) y 311.1 de la misma norma.

Este periodo transitorio comenzó en 2013, estableciéndose un incremento gradual del periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la jubilación ordinaria a los 65 años. Así, en 2013, se exigía un mínimo de 35 años y 3 meses cotizados, incrementándose dicho mínimo de cotización en 3 meses cada año, hasta situarlo en 38 años y 3 meses en

¹⁰⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La nueva regulación del convenio especial y la Cláusula Telefónica”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, Vol. 5, núm. 9, 2013, pág. 77.

¹⁰⁶ Lo que de hecho supone un nuevo modelo de jubilación. La edad pensionable pasa a determinarse de acuerdo con dos criterios, la edad y la carrera de cotización de la persona trabajadora, pasando de una sola edad legal de referencia (65 años) a utilizar dos edades (65 o 67 años) en función de la carrera de cotización que acredite la persona trabajadora (MALDONADO MOLINA, J.A., “Vida laboral cotizada: Cómputo y Efectos tras las últimas reformas”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 1, 2014, pág.132).

¹⁰⁷ MUÑOZ MOLINA, J., “Acercamiento a las últimas novedades en materia de jubilación”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal* Vol. 6, núm. 5, Cizur Menor, 2013, pág. 131.

¹⁰⁸ Actualmente, Disp. Trans. 7ª LGSS. Véase anexo II.

2026, y quedar, definitivamente fijado, en 2027, en 38 años y 6 meses¹⁰⁹, para acceder a la jubilación ordinaria a los 65 años. De igual forma, se establece un incremento gradual de la edad de jubilación ordinaria, para aquellas personas trabajadoras que acrediten una cotización inferior a la establecida en cada año para el acceso a la jubilación ordinaria a los 65 años. En el periodo 2013 a 2018, quienes hayan cotizado por debajo del periodo mínimo establecido para acceder a la jubilación ordinaria, verán incrementada su edad ordinaria de jubilación en 1 mes cada año, pasando de 65 años y 1 mes en 2013 para los que hayan cotizado menos de 35 años y 3 meses, hasta los 65 años y 6 meses que se exigen en 2018 para quienes hayan cotizado menos de 36 años y 6 meses. A partir de 2019, para quienes hayan cotizado menos del periodo exigido para la jubilación ordinaria de aplicación en ese año, se incrementa en 2 meses más por año la edad ordinaria de jubilación. En 2019, esta se fija en 65 años y 8 meses para quienes hayan cotizado menos de 36 años y 9 meses, hasta situarse en 66 años y 10 meses respecto de quienes hayan cotizado menos de 38 años y 3 meses en 2026. A partir de 2027, la edad ordinaria de jubilación, para quienes hayan cotizado menos de 38 años y 6 meses, se establece en 67 años.

La jubilación a los 65 años, cuando se acredita una carrera de cotización superior a los 38 años y 6 meses, no constituye propiamente un presupuesto de jubilación anticipada, pues es la edad ordinaria de jubilación en función de la carrera de cotización acreditada¹¹⁰, si bien puede considerarse como una edad de jubilación reducida que no conlleva merma alguna en la cuantía de la pensión¹¹¹. En estos casos, una jubilación anticipada cuenta desde los 65 años hacia atrás, con un máximo de anticipación de dos años cuando se trate de jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada, y de cuatro años como máximo en el caso de jubilación por causa no imputable a la persona trabajadora (arts. 207 y 208 LGSS). Realmente, la normativa de Seguridad Social no establece la edad de jubilación en términos absolutos, pues incorpora distintas reglas para

¹⁰⁹ Es lo que se denomina “carrera laboral”, nuevo concepto por el que se considera completa con 38 años y 6 meses de cotización al sistema (aplicando las reglas transitorias que parten desde los 35 años) (MALDONADO MOLINA, J.A., “Vida laboral cotizada: Cómputo y Efectos tras las últimas reformas”, cit, pág. 132).

¹¹⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma de la jubilación ordinaria”, en AAVV., GARCÍA ROMERO, B., y LÓPEZ ANIORTE, M.C., (coords.), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Monografías 904, Valencia, 2014, págs. 49-91.

¹¹¹ LÓPEZ CUMBRE, L., “Jubilaciones anticipadas en extinción” Documentación laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 99, 2013, pág.85.

que la persona trabajadora pueda acceder a la jubilación a edades inferiores a la establecida en el artículo 205 LGSS, que cabe considerar como la edad ordinaria de jubilación¹¹².

A este respecto, resulta de sumo interés el estudio publicado por el Banco de España sobre “Tendencias recientes en la edad de acceso a la jubilación”¹¹³, y en el que se analiza la evolución que ha experimentado la edad efectiva de jubilación desde el año 2013 (fecha de entrada en vigor de las modificaciones introducidas por la LAAM) y hasta el año 2018, estudio realizado a partir de la muestra continua de vidas laborales.

Del informe se pueden obtener varias conclusiones¹¹⁴. En primer lugar, la crisis económica y financiera iniciada en 2008 tuvo una importante repercusión en cuanto al número de personas que accedían a la jubilación en sus diferentes modalidades. Así, las jubilaciones anticipadas no voluntarias, llegaron a alcanzar el 18 por 100 sobre el total de las jubilaciones habidas en el año 2015, año en el que se dio por finalizada la crisis y se consolidó la recuperación económica. Como consecuencia de ello, comenzó a disminuir el recurso a esta modalidad de jubilación, que ya en 2018 había descendido al 13,9 por 100 del total de jubilaciones. Por su parte, las jubilaciones anticipadas por la libre voluntad de la persona trabajadora han experimentado un continuo incremento, pasando de suponer un 7 por 100 del total de jubilaciones en 2013 (año de su introducción), a un 14,2 por 100 en el año 2018.

En lo que a la jubilación ordinaria se refiere, el informe corrobora el impacto de las modificaciones introducidas por la LAAM en el acceso a la jubilación, pues frente a la clara tendencia descendente experimentada entre los años 2010 y 2015 (la jubilación ordinaria pasó del 60,3 por 100 del total de jubilaciones en 2010, al 51 por 100 en 2015, debido al auge de la jubilación anticipada), ha recuperado su primacía como modalidad de acceso a la jubilación, suponiendo, ya en 2018, el 56 por 100 de las jubilaciones.

¹¹² MIÑARRO YANINI, M., “La jubilación a edad reducida”, en AAVV., LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. pág.1220.

¹¹³ MORAGA, M., RAMOS, R., “Tendencias recientes en la edad de acceso a la jubilación”, *Boletín Económico*, núm. 4, 2020 (artículos analíticos), Madrid, Banco de España. Disponible en: [Banco de España - Publicaciones - Análisis económico e investigación - Boletín Económico \(bde.es\)](https://www.bde.es/bde/publicaciones-analisis-economico-e-investigacion-boletin-economico)

¹¹⁴ Véase anexo III.

Por último, en lo que a la edad media de acceso a la jubilación se refiere, el informe establece que la edad media de acceso a la jubilación ordinaria apenas ha experimentado crecimiento, situándose en los 65,2 años en 2018, apenas una décima más que en el año 2013, debido fundamentalmente a que el 65 por 100 de las nuevas altas de jubilación ordinaria seguían teniendo como referencia la edad legal de 65 años.

2.2. PERIODOS DE CARENIA GENÉRICA Y ESPECÍFICA

Fruto de las recomendaciones del Pacto de Toledo y encaminada a reforzar el principio de contributividad, esencial para preservar la equidad y equilibrio del sistema de Seguridad Social¹¹⁵, la reforma llevada a cabo en 1985¹¹⁶, endureció los requisitos de acceso a la prestación, incrementando el periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la pensión de jubilación desde los 10 hasta los 15 años, periodo de exigencia que se mantiene en la vigente LGSS, que exige un periodo mínimo de cotización de 15 años (180 meses), de los cuales al menos dos deben estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho.

Ahora bien, es importante atender a un matiz sin duda muy importante que se incorporó al artículo 161 de la LGSS/1994 por la Ley 24/1997, de 15 de julio y que se mantiene vigente en el art. 205.1.b) LGSS, que en su párrafo segundo, dispone que: *“en los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación, desde una situación de alta o asimilada a la de alta, sin obligación de cotizar, el periodo de dos años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar”*. Esta matización, de exigir los dos años de carencia específica dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, y no entre los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho, permite a las personas que se encuentran en situación asimilada al alta sin obligación de cotizar por haber agotado la prestación de desempleo, computar el periodo de carencia específica de dos años dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar (extinción del

¹¹⁵ TORTUERO PLAZA, J.L. (Dir.), DEL ÁGUILA CAZORLA, O., MARTÍN JIMÉNEZ, E., MORENO ROMERO, F., “La reforma de la jubilación: políticas de pensiones y políticas de empleo”, *Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, pág. 129.

¹¹⁶ Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social.

desempleo). Para ello, se exige ánimo de trabajar, lo que se acredita con la inscripción como demandante de empleo.

Así, si una persona trabajadora queda en desempleo, durante el periodo de percepción de la prestación, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial, pero, una vez agotada la prestación, esta persona puede verse en dos situaciones mientras continúa como demandante de empleo: puede ser beneficiaria del subsidio de desempleo regulada en los arts. 274 y siguientes LGSS o, caso de no reunir los requisitos para ello, quedar como demandante de empleo, en situación asimilada a la de alta y sin obligación de cotizar.

En ambos supuestos, es de aplicación la llamada “doctrina del paréntesis”¹¹⁷, doctrina jurisprudencial según la cual, el período de referencia de 15 años dentro de los cuales deben estar los dos años de carencia específica comienza a computar hacia atrás a partir de la fecha en que finalizó la obligación de cotizar. Respecto de las personas beneficiarias del subsidio de desempleo para mayores de cincuenta y dos años, el art. 280.1 LGSS dispone expresamente que, en ningún caso, las cotizaciones que se realicen por la Entidad Gestora, durante esta prestación, tendrán validez y eficacia jurídica, para acreditar el periodo mínimo de cotización exigido en el art. 205.1.b) LGSS. La jurisprudencia configura esta teoría¹¹⁸ para evitar que, las personas trabajadoras que han estado cotizando durante su vida laboral y han perdido su trabajo y con él la cotización al sistema de Seguridad Social, puedan ver frustrado su derecho al percibo de una pensión contributiva de jubilación por no cumplir dicho requisito de carencia específica. Esta teoría es de aplicación incluso si el periodo de desempleo sin obligación de cotizar finalizara con un periodo cotizado en virtud de convenio especial con la Seguridad Social, pues, aunque durante la vigencia del convenio especial con la Seguridad Social la persona se encuentre en situación de asimilada al alta con obligación de cotizar, no puede resultar de peor derecho que quienes no han cotizado¹¹⁹.

¹¹⁷ La doctrina de la Sala 4ª del TS exige para su aplicación que, la ausencia de cotización se produzca por imposibilidad en el beneficiario de trabajar, debiendo manifestarse esta mediante la pérdida de la ocupación cotizada, el agotamiento de prestaciones de desempleo y una posterior y persistente inscripción como demandante de empleo (*animus laborandi*). Por todas, véanse las STS, Sala 4ª, de 20 de febrero de 2018, rec. 1845/2016 y STS, Sala 4ª, de 23 de octubre de 2019, rec. 2070/2017, entre otras.

¹¹⁸ STS, Sala 4ª, de 14 de marzo de 2012, rec. 4674/2010.

¹¹⁹ STS, Sala 4ª, de 22 de junio de 2015, rec. 1341/2014 y STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 29 de enero, rec. 249/2015.

Conforme a lo dispuesto en el art. 18.2 LGSS, la obligación de cotizar nace desde el mismo momento de iniciación de la actividad correspondiente¹²⁰ computando a efectos del periodo de 15 años las cotizaciones correspondientes a la situación de afiliación y alta satisfechas en virtud de convenio especial con la Seguridad Social, las abonadas durante los periodos de suspensión de la relación laboral¹²¹, así como las cotizaciones correspondientes a la prestación de desempleo, las situaciones de cumplimiento de deberes de carácter público¹²² o desempeño de cargos de representación sindical (siempre que no den lugar a la excedencia del trabajo, o al cese de la actividad) y las situaciones asimiladas a los periodos de cotización efectiva¹²³. Igualmente se tendrán en cuenta las cotizaciones efectuadas en otros países de la Unión Europea, así como las realizadas en aquellos países con los que España tenga Convenio o Tratado en materia de Seguridad Social (art. 46.2 Reglamento CEE 1408/71)¹²⁴.

¹²⁰ GARCÍA NINET, J.I., y BALLESTER PASTOR, I., “La cuantía de la pensión de jubilación en el régimen general”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. pág. 1662.

¹²¹ Las cotizaciones satisfechas durante los periodos de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, maternidad y paternidad, así como las efectuadas durante el periodo de suspensión con reserva del puesto de trabajo, como consecuencia de ser víctima de violencia de género, tomando como base de cotización la media de los seis meses anteriores a la suspensión de la obligación de cotizar, o el periodo inferior que acredite, si no reuniera los seis meses.

¹²² Conforme disponen los artículos 207 y 208 LGSS para el acceso a la jubilación anticipada y a estos solos efectos, se computará el periodo de prestación del servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria, con el límite de un año, a lo que la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo añade también el periodo de prestación del “Servicio Social de la mujer”, ello en aplicación de una interpretación desde una perspectiva de género tendente a alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres. STS Sala 4ª, de 6 de febrero de 2020, rec. 3801/2017.

¹²³ Al objeto de intentar corregir los problemas de acreditación de largas carreras de cotización que tradicionalmente han venido presentando las mujeres para el acceso a las prestaciones por jubilación, la LGSS establece un mecanismo de cotizaciones ficticias relacionadas con la maternidad y/o el cuidado de hijos y familiares por parte de estas. Así, el art. 235 LGSS prevé el cómputo de 112 días de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo (este incluido) si el parto es múltiple, siempre que no se haya tenido derecho al disfrute del permiso de maternidad. Por su parte, el art. 236 LGSS, igualmente atribuye hasta un máximo de 270 días de cotización (a uno de los progenitores con preferencia para la madre) si se ha interrumpido la cotización con motivo de la extinción de la relación laboral o de las prestaciones por desempleo entre los 9 meses anteriores al nacimiento, 3 meses anteriores a la adopción, si bien en este caso no computa a los efectos de cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido. Por su parte, el art. 237 LGSS considera como periodo de cotización efectiva a efectos de jubilación los tres primeros años de excedencia por cuidado de hijo, así como de un máximo de 1 año si la excedencia está motivada en el cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad. Para el caso de que la mujer trabajadora opte por reducir la jornada de trabajo, las cotizaciones efectuadas durante los 2 primeros años se computaran al 100 por 100 de la cuantía correspondiente a si se hubiese mantenido sin reducción.

¹²⁴ A tenor de la STSJ Castilla y León, Sala de lo Social, de 21 de marzo de 2005, rec. 50/2005, “en principio tales cotizaciones han de computarse en aplicación del artículo 46.2 del Reglamento CEE 1408/71, tanto a efectos de cálculo de la cuantía teórica de la pensión como posteriormente a efectos de prorrateo, tal y como ha establecido la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en distintas sentencias como las

Respecto del cómputo de los años cotizados para el acceso a la pensión de jubilación, es muy importante atender al hecho de que, conforme al art. 205 LGSS, solamente podrán computarse los días y meses efectivamente cotizados, sin tener en cuenta la parte proporcional correspondiente a pagas extraordinarias, no siendo asimilables a años o meses completos las fracciones de estos. Esta forma de computar los días cotizados, por años y/o meses completos, tiene su razón de ser en el hecho de que, una vez superados los primeros quince años de cotización, se toman las cotizaciones mes a mes, experimentando la base reguladora un incremento por cada mes adicional cotizado, con el límite del 100 por 100 de esta¹²⁵.

2.3. CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La base reguladora de la pensión de jubilación está integrada por la suma de las bases de cotización que se correspondan con el periodo fijado en cada momento¹²⁶. El cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación se determina mediante la aplicación de las fórmulas establecidas en el art. 209 LGSS. Con la entrada en vigor de la LAAM, a partir de 1 de enero de 2013, se produce un muy importante cambio en los elementos llamados a conformar la fórmula de cálculo de la base reguladora. Se amplía de 15 a 25 años el periodo a computar para determinarla, pasando el dividendo, de tomar quince años de cotización por contingencias comunes (las 180 bases de cotización anteriores al mes previo del hecho causante), a tomar veinticinco años de cotización (300 bases mensuales de cotización por contingencias comunes inmediatamente anteriores al mes previo al hecho causante), al tiempo que el divisor se incrementa de 210 a 350, siendo el cociente la base reguladora de la pensión de jubilación, ello con objeto de conciliar la proporcionalidad entre las cotizaciones efectivamente realizadas y la pensión resultante a

de 26 de junio de 2001, rec. 1156/00, 5 de julio de 2001, rec. 4812/00, 30 de septiembre de 2002, rec. 3887/01, o 16 de junio de 2004, rec. 4399/2003”.

¹²⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma de la jubilación ordinaria”, en AAVV., GARCÍA ROMERO, B., y LÓPEZ ANIORTE, M.C., (coords.), *La reforma de la pensión de jubilación*, cit., págs. 62-67.

¹²⁶ GARCÍA ROMERO, B., “Novedades en la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación ordinaria”, en AAVV., GARCÍA ROMERO, B., y LÓPEZ ANIORTE, M.C., (coords.), *La reforma de la pensión de jubilación*, cit., pág. 96.

percibir por la persona trabajadora¹²⁷, lo que sin duda originará una más frecuente concurrencia de la integración de lagunas de cotización¹²⁸.

En teoría, el cociente que se obtiene al aplicar los distintos valores en la fórmula simple es idéntico ($180/210= 0,857$ y $300/350= 0,857$), pero en la práctica, el resultado real no lo es, pues la ampliación del periodo de bases de cotización a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora, pese al tímido intento de actualización que se lleva a cabo mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumo (en adelante IPC) a las bases de cotización, a partir de las veinticuatro bases de cotización anteriores al mes previo del hecho causante, supone una minoración de la pensión de jubilación que finalmente se obtiene, como consencuencia de la pérdida de valor que experimentan las bases de cotización conforme retrocedemos en el tiempo -sobre todo si han existido periodos con alta inflación y consiguiente aumento de salarios-, unida a la eventual existencia de lagunas de cotización en el periodo considerado, sin que la aplicación de la actualización según el IPC que se aplica a dichas bases de cotización, suponga una verdadera puesta al día a precio real.

La fórmula utilizada para el cálculo es:

$$B_r = \frac{\sum_{i=1}^{24} B_i + \sum_{i=25}^{300} B_i \frac{I_{25}}{I_i}}{350}$$

Siendo

B_r = Base reguladora.

B_i = Base de cotización del mes i-ésimo anterior al mes previo al del hecho causante.

I_i = Índice general de precios al consumo del mes i-ésimo anterior al mes previo al del hecho causante.

Siendo $i = 1, 2, ..., 300$

¹²⁷ MUÑOZ MOLINA, J., “Acercamiento a las últimas novedades en materia de jubilación”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 5/2013 parte Doctrina, pág. 135.

¹²⁸ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, vol. 17, núm. 2, 2014, pág. 174.

Habida cuenta el amplio periodo de tiempo que se toma en consideración para el cálculo de la base reguladora de la pensión, el art. 209.1 LGSS establece dos reglas:

- a) La primera, relativa al valor que se ha de dar a las bases de cotización que se utilicen, dispone que las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores al mes previo al del hecho causante se computarán en su valor nominal, mientras que las restantes bases se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el IPC desde el mes a que aquellas correspondan, hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período a que se refiere la regla anterior.
- b) En lo que concierne a la integración¹²⁹ de lagunas de cotización¹³⁰, la regla deja de comprender la integración de bases mínimas para todo el periodo, para pasar a ser más rigurosa. Así, si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora, aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de las mensualidades con el 50 por 100 de dicha base mínima. En los supuestos en que, en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista solo durante una parte de este, procederá la integración señalada en el párrafo anterior, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada, pues, en tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía. Esta regla de integración de lagunas de cotización ha sido declarada constitucional por el TC en su STC 156/2014, de 25 de septiembre de 2014, en la que dispone que se crea una ficción legal para el acceso a una prestación contributiva de la Seguridad Social, debiendo cubrirse la laguna según la presunta cotización que el

¹²⁹ Mecanismo que se prevé para las pensiones de incapacidad permanente y jubilación, no contemplándose para otras prestaciones o pensiones, pudiendo beneficiarse de ella solamente los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, los Regímenes Especiales de Minería del Carbón, y la sección por cuenta ajena del Mar (MALDONADO MOLINA, J.A., “Vida laboral cotizada: Cómputo y Efectos tras las últimas reformas”, cit., pág. 126).

¹³⁰ Las lagunas de cotización se corresponden con los periodos no cotizados comprendidos en el intervalo temporal sobre el que se determina la base reguladora.

beneficiario habría realizado de no interrumpirse la obligación de cotizar, optando el legislador por tener en cuenta las contribuciones efectivamente aportadas en el momento anterior a la laguna, utilizando así una fórmula que responde a criterios de contributividad.

Además, con el objeto de evitar estrategias fraudulentas destinadas a incrementar la cuantía de la pensión, para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, no se podrán computar los incrementos de las bases de cotización producidos en los dos últimos años, que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, en el correspondiente sector (art. 209.2 LGSS).

Al igual que ocurre con la edad ordinaria de jubilación y los periodos mínimos de cotización para acceder a ella, la LGSS, en su Disp. Trans. 8ª (Normas transitorias sobre la base reguladora de la pensión de jubilación), establecía un periodo transitorio de 10 años, comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 1 de enero de 2022¹³¹. Así, en 2013, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 224 las bases de cotización durante los 192 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante (192/224), aumentando cada año posterior en 12 meses el dividendo y 14 el divisor, hasta situar, en 2022, la base reguladora, en el cociente de dividir por 350, las bases de cotización correspondientes a los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante (300/350).

Según dispone el apartado 3 de la citada Disp. Transitoria 8ª de la LGSS, este régimen transitorio puede ser modificado para quienes hayan cesado en el trabajo por causas no imputables a su libre voluntad y, a partir del cumplimiento de los 55 años, y al menos, durante 24 meses, hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral. En dicho supuesto, la base reguladora será la establecida en el art. 209.1 LGSS, siempre que resulte más favorable que la que le hubiese correspondido de acuerdo con lo establecido en el apartado 1. Es decir, se podrá incrementar el número de bases de cotización a computar, siempre que ello les resulte más favorable que el régimen establecido transitoriamente,

¹³¹ MALDONADO MOLINA, J.A., “Vida laboral cotizada: Cómputo y Efectos tras las últimas reformas”, cit., pág.125.

tomando el cociente de dividir 300/350, desde 2017 en adelante. Se trata de favorecer a los trabajadores a los que el cómputo de una base reguladora más amplia les podría beneficiar, ya que permite la incorporación de bases de cotización más antiguas y de mayor cuantía, pues se corresponden con periodos de actividad (art. 2 del RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la LAAM)¹³².

2.4. PLURIACTIVIDAD

La pluriactividad y el pluriempleo afectan de diversa forma a la cuantía de la pensión de jubilación:

En caso de pluriempleo, o supuesto de realización simultánea de varias actividades que implican el alta en el mismo régimen de la Seguridad Social, a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, las bases por las que se haya cotizado a las diversas empresas se computarán en su totalidad, sin que la suma de dichas bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento (art. 209.5 LGSS).

En la pluriactividad, la actividad de la persona trabajadora por cuenta propia y/o ajena, motiva su alta obligatoria en dos o más regímenes distintos de la Seguridad Social¹³³. Las cotizaciones superpuestas no computan para incrementar la base reguladora de la pensión de jubilación, pero sí que pueden generar derecho a percibir la prestación en cada uno de los regímenes donde la persona interesada reúna los requisitos exigidos para ello¹³⁴. De hecho, el art. 49 LGSS contempla la posibilidad de causar derecho a pensión en más de un régimen de la Seguridad Social, disponiendo que, en el caso de acreditar cotizaciones a varios regímenes sin causar derecho a pensión en uno de ellos (se reconoce implícitamente la posibilidad de causar pensión en todos ellos), las bases de cotización acreditadas en éste último, podrán ser acumuladas a las del régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma,

¹³² ROS BENAVIDES, M.J., *Derecho de la Protección Social*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2014, págs. 7-25.

¹³³ ALARTE MAYORDOMO, C.M., “Pluriactividad en el Sector Privado Español”, *Tesis Doctoral*, Universidad de Murcia, 2010, pág. 43.

¹³⁴ GARCÍA ROMERO, B., “Novedades en la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación ordinaria”, cit., pág. 110.

sin que la suma de bases de cotización pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento.

Esta posibilidad no contradice lo previsto en el art. 204 LGSS según el cual “*La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario*”. Esto es así para la pensión que se acredite en un determinado régimen de la Seguridad Social, lo que es perfectamente compatible con la percepción de otras pensiones de jubilación reconocidas por distintos regímenes de la Seguridad Social.

Así, dado que la cotización es única e íntegra en cada actividad, se puede generar el derecho a la percepción de prestación en cada régimen cotizado, siendo de aplicación para la suma de las distintas prestaciones de jubilación así obtenidas, el tope máximo de la pensión a percibir conforme a la Ley de Presupuestos Generales del Estado (en adelante LPGE).

2.5. EL HECHO CAUSANTE DE LA PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN

Para que se pueda llevar a cabo el acceso a cualquiera de las prestaciones de la Seguridad Social, es necesario que se produzca el “hecho causante”¹³⁵, concepto jurídicamente indeterminado, polivalente y al mismo tiempo plural¹³⁶, que se constituye en un instrumento determinante del régimen jurídico de las prestaciones de la Seguridad Social, pues determina el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la prestación, sirviendo a su vez como referente para la aplicación inter temporal de las sucesivas normas en materia de Seguridad Social¹³⁷, es decir, el hecho causante comporta la concurrencia de dos elementos esenciales para el acceso a la prestación, como son el acaecimiento de la contingencia o evento que origina la situación objeto de protección,

¹³⁵ El hecho causante de las prestaciones económicas de la Seguridad Social es un concepto no siempre bien definido, pero mencionado en diversos preceptos de la legislación y, desde luego, susceptible de producir importantes efectos jurídicos (ROMÁN VACA, E., “El hecho causante en las prestaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social y en las mejoras voluntarias de la acción protectora: dos regímenes diferentes”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal* Vol. 2, núm. 3, 2009, pág. 36).

¹³⁶ QUINTERO LIMA, M.G., *Derecho Transitorio y de Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 448, citando a BARCELÓN COBEDO, S., *El tránsito entre prestaciones del sistema de Seguridad Social*, Cizur menor, Aranzadi, 2002, pág. 307 y DESDENTADO BONETE, A., “Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de la Seguridad Social (I) (y II)”, *Actualidad Laboral*, núm. 21 y 22 /2002. BIB 2002, 747 y BIB 2002, pág.748.

¹³⁷ SENÍN VILARIÑO, A., “Sobre la vigencia en el hecho causante de los convenios colectivos con planes de jubilación parcial. STSJ País Vasco de 9 de diciembre de 2015”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016, págs. 275-283.

unido al necesario cumplimiento de todos los requisitos que condicionan el derecho a la misma¹³⁸, tal y como establece la Disp. Adic.1ª LGSS en su párrafo segundo: “se entenderá por prestación causada aquella a la que tenga derecho el beneficiario por haberse producido las contingencias o situaciones objeto de protección y hallarse en posesión de todos los requisitos que condicionan su derecho, aunque aún no lo hubiera ejercitado”. En el caso de la pensión de jubilación, el hecho causante se considera producido¹³⁹:

- En situación de alta, el día del cese en el trabajo por cuenta ajena.
- En situación asimilada al alta: En situación de excedencia forzosa, el día del cese en el cargo que dio origen a la asimilación; en el caso de personas trabajadoras trasladadas fuera del territorio nacional, el día del cese en el trabajo; cuando exista convenio especial con la Seguridad Social, en el momento del cese recogido en el propio convenio especial; en el caso de una persona trabajadora mayor de 55 años, que perciba el subsidio por desempleo, en el momento en que cumpla la edad mínima necesaria para percibir la prestación de jubilación, ordinaria o anticipada.
- En situaciones de no alta ni asimilada, el día de presentación de la solicitud.

Evidentemente, la situación de alta de una persona trabajadora carece de cuestionamiento alguno, pues, en principio, simplemente se constata que la persona trabajadora se encuentra en dicha situación a efectos de acceso a prestaciones. Por el contrario, es necesario que el legislador clarifique las distintas situaciones en que puede encontrarse una persona trabajadora y que se consideran asimiladas al alta para tener derecho a prestaciones¹⁴⁰. Lo que el legislador pretende al otorgar a estas situaciones igual

¹³⁸ PANIZO ROBLES, J.A., “La regulación de los derechos transitorios en el nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2016, pág. 19.

¹³⁹ Art. 3 de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, y art. 3.2 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social.

¹⁴⁰ Art. 166 LGSS y art. 36 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

trascendencia para el acceso a prestaciones que estando en situación de alta en la Seguridad Social, es evitar que las personas que se ven compelidas a atender el cumplimiento de determinados deberes familiares, excedencias forzosas para servicio público, situaciones de desempleo de larga duración, etc., resulten perjudicadas a la hora de acreditar los periodos de cotización exigidos para el acceso a la prestación de jubilación.

No obstante, tal y como establece el art. 165.1 LGSS, para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, la exigencia del requisito general de estar en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, puede ser salvada por disposición legal expresa en contrario, como así hace el art. 205.3 LGSS, el cual dispone que la pensión de jubilación podrá causarse aunque la persona interesada no se encuentre en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que reúna los requisitos de edad y cotización exigidos para el acceso a la prestación.

4. CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

4.1. PARÁMETROS DETERMINANTES

De conformidad con el art. 210 LGSS, la cuantía de la pensión se determinará, aplicando a la base reguladora, un porcentaje calculado conforme a lo dispuesto en el art. 209 LGSS; porcentaje que depende de los años cotizados por el beneficiario. Así:

- Para los primeros 15 años cotizados (180 meses): dicho porcentaje será del 50 por 100.
- A partir del año 16º, por cada mes adicional de cotización, comprendido entre los meses 1 y 248, se añadirá el 0,19 por 100.
- Por cada mes que rebase el mes 248 (máximo de 16 meses), se añadirá el 0,18 por 100, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el cien por cien, salvo cuando se acceda a la pensión de jubilación, a una edad superior a la que resulte de aplicar, en cada caso, lo establecido en el art. 205.1.a), siempre que, al cumplir esta edad, se hubiera reunido el periodo mínimo de cotización establecido en el art. 205.1.b), reconociendo a la persona

interesada un complemento económico, facultando a la persona interesada para que pueda optar entre:

- Un porcentaje adicional del 4 por 100 por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, que se sumará al que con carácter general corresponda al interesado, aplicándose el porcentaje resultante de la suma de ambos a la base reguladora a los efectos de determinar la cuantía de la pensión, que no podrá superar el límite establecido en el art. 57 LGSS. Para el caso de que, la pensión reconocida alcance el citado límite sin aplicar el porcentaje adicional o haciéndolo sólo parcialmente, se tendrá derecho a percibir una cantidad anual adicional calculada mediante la aplicación del porcentaje adicional no utilizado al límite establecido para la pensión, sin que la suma de la pensión y la cantidad adicional así obtenida superen el tope máximo de cotización vigente en cada momento.
- En su caso, podrá elegir la sustitución del porcentaje adicional anteriormente reseñado por la percepción de una cantidad a tanto alzado por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía vendrá determinada en función de los años acreditados de cotización
- Una combinación de las soluciones anteriores.

La opción se debe llevar a cabo por una sola vez en el momento de adquirir el derecho a percibir dicho complemento económico, sin que pueda ser modificada posteriormente. Para el caso de la persona interesada no opte por ninguna de ellas, se aplicará el complemento adicional del 4 por 100 por cada año cotizado por encima de la edad ordinaria de jubilación.

Por tanto, para obtener el 100 por 100 de la base reguladora, es necesario acreditar una cotización de 444 meses (180+248+16), es decir, 37 años.

50 x 100	47,12 x 100	2,88 x 100	100 por 100 Base Reguladora

180	$248 \times 0,019$	$16 \times 0,18$	Meses base reguladora x coeficiente mensual a añadir

La LAAM incorpora la Disp. Trans. 21^a (actual Disp. Trans. 9^a¹⁴¹) a la LGSS, estableciendo un régimen transitorio de 15 años (de 2013 a 2027), conforme al cual, el cómputo será el siguiente¹⁴²:

- Por los primeros 15 años cotizados (180 meses), se aplica el 50 por 100 a la base reguladora.
- Durante los años 2013 a 2019 y, a partir del año 16º, se aplicará: entre los meses 1 y 163, el 0,21 por 100, y por los 83 meses siguientes, el 0,19 por 100.
- Durante los años 2020 a 2022, a partir del año 16º, por cada mes adicional cotizado, se aplicará: entre los meses 1 y 106, el 0,21 por 100 y por los 146 meses siguientes, el 0,19 por 100.
- Durante los años 2023 a 2026, a partir del año 16º, por cada mes adicional cotizado, se aplicará entre los meses 1 y 49, el 0,21 por 100, y por los 209 meses siguientes, el 0,19 por 100.
- Desde 2027, a partir del año 16º, por cada mes adicional cotizado, se aplicará: entre los meses 1 y 248, el 0,19 por 100 y, por los 16 meses siguientes, el 0,18 por 100.

Consecuencia de lo anterior, para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora: desde 2013 a 2019, eran necesarios 35´5 años; desde 2020 a 2022, 36 años; desde 2023 a 2026, 36´6 años; y, desde 2027 en adelante, 37 años, lo que supone un incremento de 2 años de cotización exigida respecto de los 35 años vigentes a 31 de diciembre de 2012. De hecho, los porcentajes introducidos por la LAAM, a diferencia de la legislación

¹⁴¹ Véase anexo IV.

¹⁴² ROS BENAVIDES, M.J., “Derecho de la Protección Social”, cit., págs. 7-25.

anterior a la misma, se aplican por años y meses de cotización completos, sin que la fracción de año se asimile a un año y sin que la fracción de mes se asimile al mes¹⁴³.

4.2. EJEMPLO DE CÁLCULO DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON COTIZACIÓN POR LA BASE MÁXIMA

Para una mejor comprensión del régimen aplicable, conviene plantear un ejemplo práctico a partir de los siguientes datos relativos a una persona trabajadora por cuenta ajena, afiliada al Régimen General y con fecha de nacimiento el 3 de abril de 1957. Solicita su jubilación con fecha 3 de abril de 2022, acreditando una base máxima de cotización durante toda la carrera de cotización. Conforme a lo dispuesto en el art. 209.1 LGSS, la base reguladora de la pensión de jubilación se sitúa en el cociente de dividir por 350 las bases de cotización durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo del hecho causante (350/300). En este caso, la persona trabajadora acredita una historia de cotización de 14.287 días, lo que supone un total de 39,14 años, con una base reguladora de la pensión de jubilación de (25 años): $1.180.319/350 = 3.372,34$ euros.

En aplicación de lo dispuesto en el art. 210 LGSS, la cuantía de la pensión se determinará, aplicando a la base reguladora, calculada conforme a lo dispuesto en el art. 209 LGSS, un porcentaje que varía en función de los años cotizados por la persona beneficiaria. En este caso concreto, al acreditar una carrera de cotización superior a los 37 años tiene derecho al 100 por 100 de la base reguladora: 3.372,34 euros. Según la Disp. Trans.^{7ª} LGSS, para 2022, si se acredita una cotización de 37 años y 6 meses o más, la edad ordinaria de jubilación se sitúa en los 65 años, por lo que la persona trabajadora puede jubilarse ordinariamente en 3 de abril de 2022, fecha en la que cumple dicha edad. Ahora bien, pese a que conforme a la normativa vigente, tiene derecho a percibir el 100 por 100 de la base reguladora de la pensión de jubilación, a la pensión resultante le es de aplicación el límite máximo de pensión pública¹⁴⁴ que para cada año se establece en la

¹⁴³ MUÑOZ MOLINA, J., “Acercamiento a las últimas novedades en materia de jubilación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, cit., pág. 137.

¹⁴⁴ Como concluye VALDÉS-DAL RÉ, F., “La pensión de jubilación máxima. El tope a la pensión de jubilación”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 971-998, “el tope máximo de pensión de jubilación se encuentra escindido en dos grandes grupos normativos: la LGSS y las LPGE. La configuración de la equivalencia cotización-prestación como principio informador del sistema asistencial no encuentra acomodo [...] no cabe extraer una correspondencia automática entre cuota y prestación”.

LPGE¹⁴⁵, y que para el año 2022 se sitúa en una pensión máxima de 2.819,57 euros mensuales¹⁴⁶ -sin perjuicio de las pagas extraordinarias que pudieran corresponder al titular cuya cuantía este también afectada por el citado límite-, siendo la limitación de un máximo de 39.468,66 euros en cómputo anual.

5. COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO (ANTIGUO COMPLEMENTO DE MATERNIDAD)

El artículo 1 del RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, modificó el artículo 60 LGSS, sustituyendo el complemento de maternidad por aportación demográfica por un complemento dirigido a la reducción de la brecha de género, complemento dirigido principalmente a favor de las mujeres¹⁴⁷, pues está asociado a la acreditación de un perjuicio en la carrera profesional en los periodos posteriores a tener un hijo/a, principal motivo de la brecha de género que a los efectos de pensión existe entre hombres y mujeres, aunque, tal y como aclara en su exposición de motivos, dejó la puerta abierta a que también pudiera beneficiarse del mismo el padre, si bien no lo pueden hacer ambos progenitores a la vez respecto de unos mismos hijos. El complemento se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud o reconocimiento en favor del otro progenitor. Una característica muy importante atribuida a este complemento es su inocuidad respecto de la percepción de las prestaciones contributivas de jubilación. Así, en el caso de que concurran los requisitos para tener derecho al complemento a mínimos, el complemento para la reducción de la brecha de género no tendrá la consideración de rendimiento del trabajo, no computando por tanto para la concesión o no del complemento a mínimos.

¹⁴⁵ De conformidad con el art. 57 LGSS, “El importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad Social por cada beneficiario no podrá superar la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”.

¹⁴⁶ Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022.

¹⁴⁷ Medida de discriminación positiva a favor de las mujeres en las pensiones contributivas y que aumenta el importe de las pensiones de las madres trabajadoras con dos o más hijos (AYUSO, M., y CHULIÁ, E., “¿Hacia la progresiva reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas”, BBVA, *Documento de Trabajo*, núm. 22/2018, pág.19. Disponible en: <https://prospectcv2030.com/wp-content/uploads/2019/11/2018Pensionesbrechagenero.pdf>.

En el caso de la prestación de jubilación, el importe del complemento no será tenido en cuenta para la aplicación del límite máximo de pensiones previsto en los artículos 57 y 58.7 LGSS, es decir, la pensión final resultante de sumar a la pensión de jubilación el complemento para la reducción de la brecha de género, podrá exceder la cuantía máxima fijada para las pensiones de jubilación en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado¹⁴⁸.

Es necesario mencionar que la normativa en vigor introducida por el RD-Ley 03/2021, de 2 de febrero, no afecta al derecho de los hombres para reclamar el anterior complemento de maternidad para aquellas pensiones reconocidas a partir de 1 de enero de 2016¹⁴⁹, de forma tal que, los hombres que tengan reconocida una prestación de jubilación, viudedad o incapacidad permanente causada entre el 1 de enero de 2016 y hasta el 3 de febrero de 2021, y sean padres de dos o más hijos, pueden reclamar un incremento de su pensión ex art. 60 LGSS¹⁵⁰. Este derecho ha sido reconocido con motivo de la STC 152/2021, de 13 de septiembre de 2021¹⁵¹, sentencia que recoge la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en su sentencia de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, que al abordar el examen del art. 60 LGSS en su redacción anterior al RD-Ley 3/2021, apreció que el hecho de que la norma no reconociese a los hombres el complemento cuando se encuentren en idéntica situación a la de la mujer, sin que exista una causa que lo justifique, resulta contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación

¹⁴⁸ El artículo 39 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, estableció que el importe a percibir como pensión pública durante el año 2022 no podrá superar la cuantía íntegra de 2.819,18 euros mensuales, sin perjuicio de las pagas extraordinarias que pudieran corresponder al titular (normalmente se cobran 14 pagas, lo que supone una cuantía anual de 39.468,52 euros). Por su parte, la Disp. Adic. 39ª LPGE 2022 establece el complemento para la reducción de la brecha de género en una cuantía de 28 euros mensuales (392 euros anuales en 14 pagas), estando limitado a cuatro hijos. Por tanto, si se tiene derecho a una pensión de jubilación en su cuantía máxima y, al mismo tiempo, se tiene derecho al complemento para la reducción de la brecha de género (hasta 4 hijos), la pensión mensual que podría percibir en este año 2022 sería de hasta 2.931,18 euros mensuales en 14 pagas.

¹⁴⁹ La disposición final 38.5 de la Ley 6/2018, de 3 de julio modifico la LGSS “«Disposición final única. Entrada en vigor. El presente real decreto legislativo y el Texto Refundido que aprueba entrarán en vigor el 2 de enero de 2016. Sin perjuicio de lo anterior, el complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social regulado en el artículo 60 del Texto Refundido será de aplicación, cuando concurren las circunstancias previstas en el mismo, a las pensiones contributivas que se causen a partir de 1 de enero de 2016”.

¹⁵⁰ En su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

¹⁵¹ Recurso de amparo núm. 1047/2020.

progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Con apoyo en esta doctrina del TC, son numerosas las reclamaciones que se han llevado a cabo por pensionistas masculinos que cumplen con los requisitos para su percepción, con pronunciamientos de diferentes TSJ acogiendo el derecho de los hombres a percibir el complemento sin limitación temporal¹⁵², si bien, en aplicación de lo dispuesto en el art. 53.1 LGSS, el derecho al reconocimiento de la prestación prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación, siendo los efectos del reconocimiento en la fecha inicial de la pensión de jubilación.

Finalmente, el Pleno de la Sala Cuarta del TS se ha pronunciado a este respecto, en el sentido de que el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social debe reconocerse con efectos retroactivos a los hombres que estuvieran en la misma situación que las mujeres¹⁵³.

¹⁵² No resulta de aplicación la limitación de efectos económicos a los tres meses previstos en el art. 53.1 LGSS, pues en la fecha de la solicitud de la pensión ya concurrían todos los requisitos para el reconocimiento. STSJ La Rioja, de 4 de marzo de 2021, ratificada por ATS de 25/01/2022, rec. 1395/2021.

¹⁵³ STS de 17 de febrero de 2022, rec.160/2022.

CAPITULO 3

LOS FACTORES DE CORRECCIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS PENSIONES

La Constitución Española, en sus artículos 41 y 50, dispone que, los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social que garantice asistencia y prestaciones sociales suficientes, así como una pensión adecuada y actualizada que garantice la suficiencia económica a los ciudadanos en la tercera edad. Estos principios consagrados en nuestra Constitución se ven comprometidos con la introducción del factor de sostenibilidad y el índice de revalorización de las pensiones, dos factores de corrección de las pensiones destinados a ajustar su cuantía en función del envejecimiento de la población, en el primer caso, y cuando los ingresos son inferiores a los gastos, en el segundo, cuya verdadera finalidad es conseguir su reducción¹⁵⁴. Ambos mecanismos de corrección vinieron a sumarse a la primera y simbólica medida encaminada a garantizar la viabilidad del sistema de Seguridad Social, consistente en la elevación de la edad de jubilación a los 67 años, con la ya señalada excepción de permitir la jubilación a los 65 años para aquellas personas trabajadoras que acrediten una dilatada carrera de cotización, establecida a partir de los 38 años y 6 meses¹⁵⁵.

1. DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN AL MECANISMO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL

Si bien el factor de sostenibilidad ha sido derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, conviene hacer referencia a sus rasgos característicos a efectos comparativos y de una mejor comprensión del nuevo Mecanismo de equidad intergeneracional¹⁵⁶, que sustituye al referido factor de sostenibilidad.

El factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social fue introducido por la LAAM, mediante la incorporación de la Disp. Adic. 59ª a la LGSS 1994, y modificado

¹⁵⁴ ZUBIRI, I., “Cómo reformar las reformas de las pensiones”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 33, Núm. 2, 2015, pág. 265.

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, cit., pág. 164.

¹⁵⁶ Introducido por la Disp. Final 4ª de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, en su apartado 2.

posteriormente de forma sustancial por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social (en adelante LFSIRSP), siendo el motivo de su introducción el “*de mantener la proporcionalidad, entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo, y garantizar su sostenibilidad*”.

A tal fin, y a partir de 2027, la citada disposición preveía que “*los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúa la revisión, y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada 5 años, utilizando a este fin, las previsiones realizadas por los organismos oficiales competentes*”.

Atendiendo a lo dispuesto en el art. 211 LGSS, el factor de sostenibilidad se definía como “*un instrumento que, con carácter automático, permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social, a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes*”.

La articulación de dicho mecanismo se justificaba, según el preámbulo de la LFSIRSP, en la “*necesidad de garantizar a medio y largo plazo el equilibrio económico financiero del sistema de la Seguridad Social que será exigido de manera imperiosa*”, necesidad dada por la nula variación de la edad de jubilación a los 65 años desde su implantación en el Retiro Obrero de 1919¹⁵⁷. Como también señaló la Unión Europea (en adelante UE) en *El Libro Blanco 2012: Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, “aproximadamente un tercio de la vida adulta transcurre en la jubilación, lo que aumentará acompasado al aumento de la esperanza de vida de las personas”. *Basándose en esta realidad*, el factor de sostenibilidad suponía en la práctica la introducción de un coeficiente destinado a disminuir la pensión de jubilación en proporción al aumento de la esperanza de vida del futuro pensionista¹⁵⁸. Con todo, parte

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, cit., pág. 161.

¹⁵⁸ De mantenerse el aumento de la esperanza de vida en España, el resultado será un aumento de la correspondencia entre la esperanza de vida en un quinquenio determinado y la que existirá cinco años más tarde, lo que determinará que se produzca una reducción de la cuantía de la pensión, pues el cociente de la fórmula matemática siempre dará un resultado inferior a 1 (RAMOS QUINTANA, M.I., “Factor de

de la doctrina consideraba que se trataba de un factor, pero no de sostenibilidad, sino que realmente su función era la de actuar como un factor reductor sobre la cuantía final de la pensión de jubilación¹⁵⁹.

Por tanto, el factor de sostenibilidad era un parámetro adicional que se añadía a los ya existentes para el cálculo de la pensión de jubilación inicial de los nuevos pensionistas¹⁶⁰, con el objetivo de procurar una homogeneización del gasto total destinado a las pensiones, de forma tal que, a igualdad de base reguladora y edad, el hecho de acceder a la pensión de jubilación en momentos históricos distintos no supusiera ninguna diferencia en el nivel de gasto total destinado a retribuir esas pensiones, ajustando a la baja las futuras nuevas pensiones en proporción al aumento de la esperanza de vida¹⁶¹. De esta forma se lograría una cuantía media de pensión que ayudase a mantener el equilibrio financiero del sistema a medio y largo plazo, pues los cotizantes actuales son los pensionistas de mañana, siendo, en términos esperados, cada unidad monetaria que por cotizaciones se ingresa hoy, generadora de un déficit al ser puesta en equivalencia con las prestaciones a que dará derecho a la persona trabajadora en el futuro¹⁶².

Perseguía que el monto total recibido a lo largo de su vida por un pensionista que entrara en el sistema en un momento determinado, con una base reguladora y una edad y, por tanto, con una esperanza de vida determinada, fuera equivalente al que pudiera recibir un pensionista que entrara en el sistema con la misma base reguladora y con la misma edad en un momento anterior y, por tanto, con una esperanza de vida probablemente inferior¹⁶³.

sostenibilidad e índice de revalorización del sistema de pensiones en España: dimensión constitucional y alcance jurídico”, *Documentación Laboral*, núm. 103, 2015-Vol. I, pág. 50).

¹⁵⁹ PÉREZ ALONSO, M.A., “El factor de sostenibilidad en España”, *Revista Jurídica de Derechos Sociales*, núm. 2, 2016, pág. 153.

¹⁶⁰ De aplicación solamente respecto de la pensión de jubilación ordinaria, no viéndose afectadas el resto de las modalidades de pensión, como sería el caso de la jubilación anticipada, pensión de viudedad, pensión de incapacidad permanente, etc. En tal sentido, véanse PÉREZ ALONSO M.A., “El factor de sostenibilidad en España”, cit., pág. 155 y MONEREO PEREZ, J.L., y FERNANDEZ BERNAT, J.A., “Estabilizadores automáticos en el sistema de seguridad social: factor de sostenibilidad e índice de revalorización”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm.1, 2014, pág. 87.

¹⁶¹ HERCE, J.A., “La reforma de las pensiones en España”, *Cuadernos de Información Económica*, núm.235, 2013, pág. 39.

¹⁶² GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, D., “Los tiempos cambian, la Seguridad Social también: El factor de sostenibilidad”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 3, 2015, pág. 205.

¹⁶³ MONEREO PEREZ, J.L., y FERNANDEZ BERNAT, J.A., “Estabilizadores automáticos en el sistema de seguridad social: factor de sostenibilidad e índice de revalorización”, cit., pág. 86.

El factor relacionaba la esperanza de vida estimada en ambos momentos. Esta decisión de vincularlo con el cálculo inicial de la pensión de jubilación en función únicamente de la esperanza de vida de las personas pensionistas a los 67 años suponía la opción más gravosa para los futuros pensionistas, pues al ser la esperanza de vida el único factor contemplado¹⁶⁴, dado que esta se sigue ampliando en nuestro país, supondría una continua reducción de las pensiones de jubilación¹⁶⁵, actuando como instrumento eficaz para la reducción del gasto público en pensiones¹⁶⁶. Por esta razón, se puede afirmar que, lo que realmente se estaba llevando a cabo era un castigo a los futuros pensionistas simplemente por pertenecer a una cohorte¹⁶⁷ a la que se atribuía una mayor esperanza de vida, pues nada acreditaba que, en cada caso concreto, el futuro pensionista fuera a vivir los años que se estimaban y que servían para fijar la cuantía de su pensión de forma que “no se aprovecharan” del sistema de Seguridad Social.

En definitiva, dado que la esperanza de vida aumenta cada año, la aplicación de este factor hubiera implicado que las prestaciones que percibirían las personas trabajadoras que se jubilaran en el futuro fueran menores que las de las generaciones actuales para una misma carrera de cotización, apoyándose en que las futuras generaciones de jubilados iban a percibir una pensión inicial menor, pero la recibiría durante más tiempo¹⁶⁸. Se trataba, por tanto, de un mecanismo que actuaría sobre el cálculo de la pensión inicial, moderándola por el aumento de la esperanza de vida del pensionista respecto a un año base¹⁶⁹, con el objetivo de igualar la suma total percibida por dos personas con idéntica cotización al sistema de Seguridad Social, pero que con motivo de la distinta esperanza de vida fueran a percibir la pensión durante un diferente número de años. Un despropósito, sin duda.

¹⁶⁴ La edad de jubilación es la que determina la esperanza de vida y por tanto justifica la penalización.

¹⁶⁵ GALA DURÁN, C., “Un nuevo modelo de pensión de jubilación: el impacto del índice de revalorización anual y del factor de sostenibilidad”, *Ius Labor*, núm. 1/2014, pág. 6.

¹⁶⁶ RAMOS QUINTANA, M.I., “Factor de sostenibilidad e índice de revalorización del sistema de pensiones en España: dimensión constitucional y alcance jurídico”, cit., pág. 43.

¹⁶⁷ APARICIO TOVAR, J., “Jugar con las cartas marcadas: a propósito del informe de los expertos sobre pensiones”. Disponible en: <https://japariotovar.blogspot.com/2013/06/jugar-con-las-cartas-marcadas-proposito.html>.

¹⁶⁸ RAMOS, R., “El nuevo factor de revalorización y sostenibilidad del sistema de pensiones español”, *Boletín Económico*, núm. 7-8, 2014, Banco de España, Madrid, pág. 84.

¹⁶⁹ DOMÉNECH, R., “¿Es viable nuestro sistema de pensiones? Propuestas de mejora”, *BBVA Research*, junio 2016, pág. 6.

Con la entrada en vigor de la vigente LGSS, se derogó íntegramente el Capítulo I de la LFSIRSP, relativo al factor de sostenibilidad, por lo que se había de estar a lo dispuesto en el art. 211 LGSS, a cuyo tenor “*El factor de sostenibilidad se aplicará por una sola vez para la determinación del importe inicial de las pensiones de jubilación*”. Por tanto, el factor de sostenibilidad se aplicaría exclusivamente a las nuevas pensiones de jubilación del sistema de Seguridad Social.

Para el cálculo del factor de sostenibilidad, con una fórmula actuarial ciertamente compleja, se tenían en cuenta las tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación del sistema de la Seguridad Social elaboradas por la propia Administración, tomando como edad de referencia la edad de sesenta y siete años.

La formulación matemática del factor de sostenibilidad era la siguiente:

$$FS_t = FS_{t-1} * e^*_{67}$$

Siendo

FS = Factor de sostenibilidad.

$FS_{2018} = 1$.

t = Año de aplicación del factor, que tomaría valores desde el año 2019 en adelante.

e^*_{67} = Valor que se calculaba cada cinco años y que representaba la variación interanual, en un periodo quinquenal, de la esperanza de vida a los sesenta y siete años, obtenida esta según las tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación del sistema de la Seguridad Social.

La fórmula de cálculo de e^*_{67} era la siguiente para cada uno de los periodos quinquenales:

Para el cálculo del factor de sostenibilidad en el periodo 2019 a 2023, ambos inclusive, e^*_{67} tomaría el valor:

$$\left[\frac{e^{2012}_{67}}{e^{2017}_{67}} \right]^{\frac{1}{5}},$$

Siendo el numerador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2012 y el denominador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2017.

Para el cálculo del factor de sostenibilidad en el periodo 2024 a 2028, ambos inclusive, e_{67}^* tomaría el valor

$$\left[\frac{e_{67}^{2017}}{e_{67}^{2022}} \right]^{\frac{1}{5}},$$

Siendo el numerador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2017 y el denominador la esperanza de vida a los 67 años en el año 2022, y así sucesivamente. La revisión de la variación interanual de la esperanza de vida a tener en cuenta para calcular el valor del factor de sostenibilidad se llevaría a cabo con periodicidad quinquenal, por tanto, el factor de sostenibilidad sería el mismo durante 5 años, y a todas las personas pensionistas que se jubilaran durante ese periodo, se les aplicaría el mismo factor para calcular su pensión de jubilación¹⁷⁰.

Por último, el factor de sostenibilidad debía ser aplicado con absoluta transparencia¹⁷¹, publicándose el seguimiento sistemático de la esperanza de vida. De igual manera, y con ocasión del reconocimiento de su pensión inicial, se debería informar a las personas pensionistas sobre el efecto del factor de sostenibilidad en el cálculo de esta.

En cualquier caso, lo cierto es que el factor de sostenibilidad no ha llegado a ser de aplicación, pues su aplicación ha venido siendo sucesivamente pospuesta hasta su derogación. Así, la Disp. Final Única LGSS, establecía que el factor de sostenibilidad únicamente se aplicaría a las pensiones de jubilación del Sistema de la Seguridad Social

¹⁷⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma de la jubilación ordinaria”, cit., pág. 62.

¹⁷¹ Transparencia que fue cuestionada por la doctrina, que achacaba “falta de previsión acerca de las tablas de mortalidad”, así como el hecho de que “hoy por hoy no son públicas”. Igualmente, se cuestionaba la garantía de actualización periódicas de esas tablas, debiendo hacerse un seguimiento sistemático de la esperanza de vida con su publicación. En este sentido, PÉREZ ALONSO, M.A., “El factor de sostenibilidad en España”, cit., pág. 159.

que se causasen a partir del 1 de enero de 2019¹⁷², siendo pospuesta nuevamente la entrada en vigor de esta previsión hasta 2023 por la LPGE para el año 2018, en su Disp. Final 38ª.5¹⁷³.

Realmente, el factor de sostenibilidad suponía el paso de un sistema de prestación definida, como lo es actualmente, a un sistema de contribución definida, donde la pensión que percibirían las personas trabajadoras no se conoce de antemano¹⁷⁴, poniendo en entredicho el principio de solidaridad intergeneracional. Y es que, en contraposición al principio de solidaridad, del que se desprende una contribución al sistema en función de la capacidad y una distribución de los recursos en función de la necesidad, la incorporación de la variable de la esperanza de vida debilita un principio que resulta determinante en todo régimen de Seguridad Social y acerca preocupantemente la regulación de la prestación a una lógica claramente privatista¹⁷⁵ y alejada del vigente sistema de reparto¹⁷⁶.

Como ya se ha expuesto, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, establece la sustitución del factor de sostenibilidad por un Mecanismo de equidad intergeneracional previamente negociado en el marco del diálogo social, y que pretende repartir equilibradamente entre las distintas generaciones el esfuerzo para reforzar el sistema de pensiones.

Según dispone la norma, dicho mecanismo constará de dos componentes:

¹⁷² CAVAS MARTÍNEZ, F., “El nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social... o la historia interminable”, *Foro Nueva época*, vol. 19, núm. 1, 2016, pág. 388.

¹⁷³ A cuyo tenor: “*La aplicación del factor de sostenibilidad regulado en el artículo 211 del Texto Refundido se llevará a cabo una vez que, en el seno de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, se alcance un acuerdo acerca de la aplicación de las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad del sistema. No obstante, y en todo caso, su entrada en vigor se producirá en una fecha no posterior al 1 de enero de 2023*”.

¹⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNANDEZ BERNAT, J.A., “El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013, pág. 216.

¹⁷⁵ ARAGÓN GÓMEZ, C., *La prestación contributiva de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 378.

¹⁷⁶ En el que las prestaciones de un año se financian con las aportaciones de ese mismo año. Sobre la cuestión, véase ROSADO CEBRIAN, B., ALONSO FERNÁNDEZ, J.J., “Reformas de las pensiones públicas y privadas en España: Persiguiendo la solvencia y la suficiencia”, *Estudios de Economía Aplicada*, núm. 33-3, 2015, pág. 860.

- 1) Una aportación de un 0,6 por 100 de cotización adicional a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, que se corresponderá con un 0,5 por 100 para la empresa y un 0,1 por 100 para la persona trabajadora. Esta cotización adicional se llevará a cabo a partir de 2023 y durante un periodo de 10 años con el objetivo de nutrir el Fondo de Reserva de la Seguridad Social.
- 2) A partir de 2032, tomando como referencia los Informes de Envejecimiento de la Comisión Europea (*Ageing Report*), si se prevé que el nivel de gasto en pensiones para el año 2050 supera la previsión para ese año del citado informe de 2024 (informe de referencia), una vez descontado el efecto que habría tenido el derogado factor de sostenibilidad, si el nivel de gasto previsto no supera este umbral, no se aplicará ninguna medida. Si el nivel de gasto previsto supera dicho umbral, se dispondrá del Fondo de Reserva con un límite del 0,2 por 100 del PIB. Si esta medida resultase insuficiente, el Gobierno negociará con los interlocutores sociales para la elevación al Pacto de Toledo de una propuesta que se dirija bien a reducir el porcentaje de gasto en pensiones en términos de PIB, bien a incrementar el tipo de cotización u otras fórmulas alternativas para aumentar los ingresos. Como ha afirmado la doctrina, la introducción de esta última previsión proyecta a la opinión pública una duda sobre la sostenibilidad y garantía del sistema de pensiones ante los retos de los cambios demográficos en España¹⁷⁷.

2. EL ÍNDICE DE REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES

La regulación del índice de revalorización de las pensiones ha experimentado, asimismo, diversas modificaciones que ha incidido en el cálculo de las pensiones.

Así, la LFSIRSP modificó el art. 48 LGSS¹⁷⁸, introduciendo una variación sustantiva, consistente en dejar de tomar como referencia la evolución del Índice de Precios al Consumo (en adelante IPC), para efectuar la correspondiente revalorización, que, a partir de la entrada en vigor de la reforma (fijada el 1 de enero de 2014), se

¹⁷⁷ APARICIO TOVAR, J., “La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, Vol. 33, núm. 2, pág. 291.

¹⁷⁸ Que se corresponde con el art. 58 de la vigente LGSS.

efectuaría cada año, en función del índice de revalorización previsto en la correspondiente LPGE, ligando dicho índice a variables de tipo presupuestario¹⁷⁹, sin que, en ningún caso, pudiera resultar inferior al 0,25 por 100, ni superar la variación porcentual del IPC en el año anterior más el 0,50 por 100, no pudiendo la revalorización efectuada suponer para las pensiones, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida como máxima en la correspondiente LPGE.

La fórmula utilizada para su cálculo era la siguiente:

$$IR_{t+1} = \bar{g}_{l,t+1} - \bar{g}_{p,t+1} - \bar{g}_{s,t+1} + \alpha \left[\frac{I_{t+1}^* - G_{t+1}^*}{G_{t+1}^*} \right]$$

Siendo

IR = Índice de revalorización de pensiones expresado en tanto por uno con cuatro decimales.

$t+1$ = Año para el que se calcula la revalorización.

$\bar{g}_{l,t+1}$ = Media móvil aritmética centrada en $t+1$, de once valores de la tasa de variación en tanto por uno de los ingresos del sistema de la Seguridad Social.

$\bar{g}_{p,t+1}$ = Media móvil aritmética centrada en $t+1$, de once valores de la tasa de variación en tanto por uno del número de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social.

$\bar{g}_{s,t+1}$ = Media móvil aritmética centrada en $t+1$, de once valores del efecto sustitución expresado en tanto por uno. El efecto sustitución se define como la variación interanual de la pensión media del sistema en un año en ausencia de revalorización en dicho año.

I_{t+1}^* = Media móvil geométrica centrada en $t+1$ de once valores del importe de los ingresos del sistema de la Seguridad Social.

G_{t+1}^* = Media móvil geométrica centrada en $t+1$ de once valores del importe de los gastos del sistema de la Seguridad Social.

α = Parámetro que tomaría un valor situado entre 0,25 y 0,33. El valor del parámetro se revisaría cada cinco años.

¹⁷⁹ CALVO VÉRGEZ, J., “El índice de revalorización y el factor de sostenibilidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2019, pág. 7.

Como se observa, este índice se basaba en los ingresos y gastos del sistema de la Seguridad Social, tomando para ello como parámetros a considerar: la variación de ingresos del sistema (cotizaciones sociales), la variación del número de pensiones contributivas, la variación de la pensión media y la variación de gastos de la Seguridad Social. Anualmente, la LPGE, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social¹⁸⁰, publicaría el valor de las citadas variables que intervienen en el cálculo del índice de revalorización.

Con todo, de conformidad con las previsiones contenidas en el RD-Ley 28/2018, de 29 de diciembre y el RD-Ley 1/2020, de 14 de enero, se dejó en suspenso el mecanismo de revalorización dispuesto en el artículo 58 LGSS, suspensión también prevista para el año 2021, por la Disp. Adic. 48ª. LPGE/2021¹⁸¹, que en su artículo 35 fijaba en el 0,9 por 100 la revalorización y mantenimiento de las pensiones y prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social para el citado ejercicio 2021.

Con el apoyo de determinados partidos políticos y las centrales sindicales, las personas pensionistas han reivindicado la derogación de esta norma, pidiendo el retorno a una revalorización de las pensiones conforme a la evolución del IPC, pues, aunque efectivamente, genera un ahorro en el sistema de pensiones, lo es a costa del efecto negativo que tiene para las personas pensionistas¹⁸².

En respuesta a tales reivindicaciones, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha vuelto a establecer la revalorización de las pensiones contributivas de la Seguridad Social en el porcentaje de valor medio de las tasas de variación interanual del IPC de los doce meses previos a diciembre del año anterior¹⁸³, no variando al comienzo del año si dicho índice fuese negativo, y sin que del importe de la revalorización pueda resultar un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente LPGE, sumadas, en

¹⁸⁰ En la actualidad, sus competencias se hallan repartidas entre el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

¹⁸¹ MONEREO PÉREZ, J.L., y RODRIGUEZ INIESTA, G., “La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021 (Ley 11/2020, de 30 de diciembre)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 26, 2021, pág. 24.

¹⁸² GALA DURÁN, C., “Un nuevo modelo de pensión de jubilación: el impacto del índice de revalorización anual y del factor de sostenibilidad”, cit., pág.4.

¹⁸³ Lo que supone una ligera variación respecto del mecanismo anterior, igualmente referenciado al IPC, pero tomando como referencia la variación observada por el IPC a finales de ejercicio.

su caso, otras pensiones públicas ya revalorizadas y percibidas por su titular. Tras esta reforma, el Índice de Revalorización de las Pensiones pierde, en gran medida, su virtualidad, como instrumento corrector del desequilibrio entre ingresos y gastos del sistema de Seguridad Social.

Sin duda, la aplicación del nuevo mecanismo de equidad intergeneracional junto con la reforma del sistema de cálculo de la revalorización de las pensiones para referenciarlas al IPC medio del año anterior, deberán ser objeto de un profundo análisis en el seno del Pacto de Toledo¹⁸⁴, desde la perspectiva de la estabilidad y sostenibilidad del sistema público de pensiones de la Seguridad Social, lo que ciertamente ha de comportar un enorme desafío que requiere del compromiso, la aportación y el consenso de todos los agentes intervinientes, que necesariamente deberán enfrentarse a este reto desde una perspectiva de futuro alejada de cualquier dogmatismo.

En aras de mantener el espíritu de reparto del sistema, sería conveniente una asunción directa por el Estado de las prestaciones correspondientes a complementos por mínimos, así como las deficiencias de cotización cuando se accede a una IP, viudedad, orfandad..., prestaciones que deberían ser asumidas o financiadas a través de los PGE mediante un impuesto específico para este fin. La garantía de una pensión mínima, con independencia del esfuerzo contributivo realizado, conlleva una merma considerable de los recursos del sistema de Seguridad Social, por lo que debería ser financiada con cargo a impuestos generales o específicos para ello, de forma que la pensión propiamente dicha atienda a las diferencias en la carrera de cotización¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Pacto que no nació como una iniciativa para la reforma del sistema de pensiones, sino como una instancia parlamentaria de permanente debate sobre el sistema y su necesaria adaptación a la evolución que la demografía y la economía del país demanden, ello con el objeto de intentar alejar las decisiones sobre pensiones del debate electoralista (HERCE, J.A., “La reforma de las pensiones en España”, cit., pág. 36).

¹⁸⁵ De conformidad con la legislación vigente, cuando entra en juego el complemento a mínimos, es indiferente hacer cotizado 15 que 25 años, así como si se ha llevado a cabo a tiempo completo o parcial. Así se observa en el caso de una persona trabajadora fija discontinua con coeficiente de parcialidad del 38,29% (9.222 días naturales en alta y 3.531 días cotizados), con una base reguladora de 153,41€, a la que, por aplicación del complemento a mínimos y el complemento por maternidad, se acaba reconociendo una pensión mensual de jubilación de 710,44 euros mensuales.

3. EQUIDAD Y SUFICIENCIA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Sin duda, una de las características más destacadas de la sociedad española es el envejecimiento de su población¹⁸⁶, lo que constituye uno de los mayores desafíos¹⁸⁷ a los que se enfrenta y que es necesario afrontar desde ya. Es posible resumir en dos los motivos que llevaron a la introducción, en lo que supone una de las mayores reformas aprobadas en décadas en el marco de nuestro sistema de pensiones¹⁸⁸, del factor de sostenibilidad y el índice de revalorización en el sistema de pensiones de jubilación en España: la crisis económica y la baja tasa de natalidad unida al aumento de la esperanza de vida en España, factores a los que se une el modelo del sistema de pensiones existente en nuestro país, basado en un sistema de reparto¹⁸⁹, caracterizado por el principio de solidaridad intergeneracional y en el que las pensiones son financiadas por las personas trabajadoras en la actualidad, en la confianza de que, a futuro, igualmente sus pensiones serán financiadas por las generaciones que en su momento se encuentren trabajando y cotizando al sistema de Seguridad Social. El sistema de pensiones basa sus fuentes de obtención de ingresos en función de las estimaciones de gasto, por lo que es necesario mantener un equilibrio entre ambos, habiéndose afirmado por ello que, cuando el gasto se incrementa y rompe el equilibrio, es necesario actuar reduciendo el gasto o incrementando los ingresos¹⁹⁰.

¹⁸⁶ MOLINA NAVARRETE, C., “Envejecimiento activo versus prohibición de despido por edad: ¿Quién debe pagar los costes sociales? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 23 de febrero de 2015, rec. Núm. 32/2014”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 389-390, 2015, pág.123.

¹⁸⁷ BALLESTEROS M., SACRISTAN R., LÓPEZ J.C., SEMPERE M., RUÍZ A., SANTOS E., y MARTÍNEZ J.M., “Cambios demográficos en el ámbito laboral: envejecimiento de la población trabajadora en una empresa”, *Seguridad y Salud en el Trabajo*, núm. 87, 2016, pág. 27

¹⁸⁸ GALA DURÁN, C., “Un nuevo modelo de pensión de jubilación: el impacto del índice de revalorización anual y del factor de sostenibilidad”, cit., pág.2.

¹⁸⁹ Basado en el principio de solidaridad que de manera general se menciona en el artículo 138 CE y en el artículo 2 LGSS al objeto de redistribuir la riqueza entre los diferentes sujetos y colectivos susceptibles de ser perceptores del sistema de Seguridad Social. En el modelo de reparto, cada generación soporta sus riesgos actuales y los de las generaciones pasadas, a cambio de que sus riesgos futuros sean soportados por las generaciones futuras, lo que exige la continua incorporación de cotizantes al sistema. Sobre la cuestión puede consultarse MADRID YAGÜE, P., “Los principios de contributividad y solidaridad”, en AAVV., LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág.376.

¹⁹⁰ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, cit., pág.160.

Precisamente, la reducción de los ingresos por cotizaciones ha sido uno de los detonantes del déficit que presenta el sistema. Así, los ingresos por cotizaciones a la Seguridad Social se vieron grandemente afectados con motivo de la crisis económica desatada en 2007 en una doble vertiente: Por un lado, el menor número de cotizantes¹⁹¹, motivado por un considerable aumento del desempleo y, como consecuencia de ello, un drástico descenso del volumen de cotizaciones. De otra parte, la paulatina disminución de los salarios percibidos por las personas trabajadoras como consecuencia de la reforma laboral y, en base a ello, la correlativa disminución de las correspondientes bases de cotización. La existencia de un menor número de cotizantes, unida al hecho de que, a su vez, efectúan las cotizaciones sobre menores bases de cotización, ha ocasionado un paulatino y creciente decremento de los ingresos por cotizaciones y, dado que, como veremos más adelante, sigue creciendo el universo de pensionistas con derecho a la prestación de jubilación, se ha producido un considerable aumento del déficit de la Seguridad Social. Basta observar el déficit acumulado en el periodo 2012-2017, que ascendió a un total de 80.002,33 millones de euros¹⁹².

En 2020, el déficit de la Seguridad Social se situó en -19.8398 millones de euros¹⁹³, lo que supone un 1,36 por 100 del PIB¹⁹⁴. Al mismo tiempo, el presupuesto de la Seguridad Social para 2021¹⁹⁵, en lo que al pago de pensiones se refiere, comportaba un pago total de 143.046 millones de euros, mientras que en cotizaciones sociales solamente contempla ingresos por 125.144 millones de euros, lo que supone de hecho una diferencia entre ingresos y gastos de -17.902 millones de euros, que se ven corregidos mediante aportaciones del Estado y detracciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Así, sistemáticamente, la administración se ve compelida a resolver, año tras año, el déficit previsto entre ingresos y gastos del sistema.

¹⁹¹ En 2011, el número de trabajadores afiliados al sistema de la Seguridad Social era de 17,326 millones frente a los 19,152 millones de trabajadores afiliados que tenía el sistema en 2007, al comienzo de la crisis.

¹⁹² Véase el Anexo V.

¹⁹³ Anexo VI.

¹⁹⁴ https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/b15db09e-6905-4e7b-9ccb-d45e4282acb9/ResSISTEMA_DiciembreDefinitivo_2020.pdf?MOD=AJPERES.

¹⁹⁵ Puede consultarse, en el Anexo VII.

Como ejemplo de ello, en 2017, sobre un presupuesto de gasto total en prestaciones de 142.630,10 millones de euros¹⁹⁶, dado que los ingresos por cotizaciones sociales no eran suficientes para cubrirlo, fue necesario que se complementaran con aportaciones del Fondo de Reserva por valor de 7.300 millones de euros, préstamos del Estado para equilibrio del sistema en cuantía de 10.192 millones de euros y aportaciones del Estado para protecciones no contributivas por importe de 13.073,93 millones de euros¹⁹⁷.

La negativa evolución experimentada por el empleo con motivo de la crisis económica, que ha supuesto una sustancial minoración del número de cotizantes al sistema, unida al efecto que sobre las bases de cotización supuso la reforma llevada a cabo por el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha determinado que el sistema haya evolucionado de un superávit, que en 2007 alcanzó su punto álgido al superar los 14,67 millones de euros, a presentar déficit desde el año 2012, déficit que ha tenido su mayor medida en 2016 al superar los 18,8 millones de euros. Es cierto que con la tímida recuperación de la economía experimentada en los años siguientes, que propició un aumento del número de cotizantes por el efecto de un mayor empleo, se produjo una suave corrección del déficit, corrección que se vio bruscamente interrumpida en 2020 con motivo de la nueva crisis económica y sanitaria originada por la pandemia del COVID-19, y que ha significado la vuelta a una situación económica de recesión con una muy importante contracción del PIB y un aumento considerable del desempleo, lo que sin duda conllevará un nuevo y significativo aumento del déficit económico de la Seguridad Social, déficit cuyo alcance en el tiempo aún está por determinar¹⁹⁸.

El segundo factor que pone en riesgo la sostenibilidad del sistema y que sirvió de justificación para la introducción del Factor de Sostenibilidad es la evolución a la baja de la tasa de natalidad en España, que en 2020 se ha situado en 7,15 nacimientos por cada

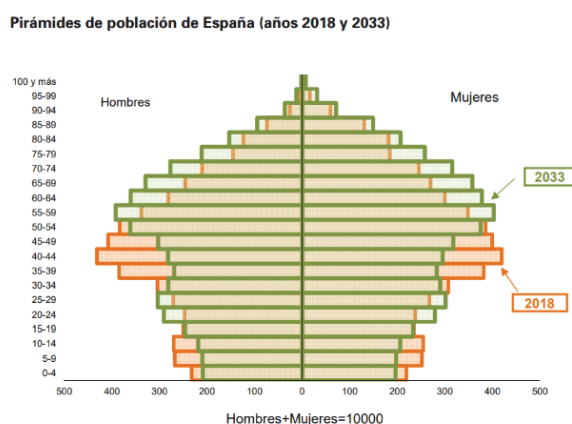
¹⁹⁶ Las cifras aparecen detalladas en el Anexo VIII.

¹⁹⁷ Fuente: Seguridad Social <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/PresupuestosEstudios/48546/2380/3645/3648#226818>.

¹⁹⁸ Cfr. Anexo IX.

mil habitantes¹⁹⁹, con una variación interanual del -4,65 por 100. Dicha circunstancia, sumada a la cada vez mayor esperanza de vida al nacimiento, que para las personas nacidas en 2018 ya se sitúa en los 85,80 años para las mujeres y en 80,39 años para los hombres²⁰⁰, está originando una pirámide poblacional en la que, cada vez, son menos las personas en edad de trabajar y más las que se encuentran en situación de jubilación o cercanas a ella.

Si se observa el gráfico sobre tasas de dependencia proyectadas²⁰¹, la tasa de dependencia pasará de un 50,1 por 100 en 2012, al 87,7 por 100 en 2066. Esta previsión, elaborada para los próximos cincuenta años (2016-2066), nos sitúa en un escenario en el que, paulatinamente, el número de personas dependientes, es decir, en edad de no trabajar (mayores de 64 años y menores de 16 años²⁰²), experimentará un incesante incremento de la población dependiente, pasando de un 55,7 por 100 en 2021 a un 78,9 por 100 en 2041, una subida de 23,4 puntos porcentuales en tan solo 20 años. De hecho, basta con atender a la variación que ha experimentado la proporción de personas mayores de 60 años respecto al total de población, que ha pasado de suponer un 12 por 100 para los varones y un 16 por 100 para las mujeres en 1970, a una proyección de un 35 por 100 para los varones y un 42 por 100 para las mujeres en el cercano 2040²⁰³.



199

Fuente:

INE.

Disponible

en:

https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177003&menu=ultiDatos&idp=1254735573002.

²⁰⁰ Sobre la cuestión, véase el Anexo X de este trabajo de investigación.

²⁰¹ Tasa de dependencia: el cociente, en tanto por ciento, entre la población menor de 16 años o mayor de 64 y la población de 16 a 64 años (Anexo X).

²⁰² Que constituye, con carácter general, la edad mínima de acceso al trabajo, según el art. 16.1 ET.

²⁰³ Para mayor detalle, véase el Anexo XI.

Basta observar la pirámide de edad²⁰⁴ para constatar, a simple vista, que la base sobre la que se sostiene es significativamente menos amplia que en su parte central.

Como toda estructura, para ser sólida y estable, requiere que la base sea capaz de sustentar consistentemente todo lo que se afirme sobre ella, lo que no es el caso. Bien al contrario, la base es cada vez más endeble, pues nacen menos personas, mientras que la parte alta de la pirámide, en la que se encuentran las personas jubiladas, va ensanchando y creciendo cada año debido al paulatino e imparable incremento del número de estas. Con todo, lo más preocupante es la zona media de la pirámide, donde se encuentra la actual población activa (la que hoy día mantiene el sistema), la más amplia de todas. El hecho de que la base se estreche cada vez más, unido al aumento de la esperanza de vida, provocará que esta zona media, en su avance hacia la cúspide por mor de la edad, lo haga cada vez más profusamente, lo que nos sitúa en un escenario ciertamente muy difícil de sostener para el sistema.

Según las proyecciones de población para 2033 del Instituto Nacional de Estadística (en adelante INE), la esperanza de vida al nacimiento alcanzará los 82,9 años en los varones y los 87,68 años en las mujeres, lo que supone una ganancia respecto a los valores actuales de 2,5 y 1,9 años, respectivamente, respecto de los valores actuales. Si, en la actualidad, cumplidos los 65 años, los hombres sobreviven un promedio de 19 años y las mujeres 22,9 años, el aumento de la esperanza de vida determinará que, en 2033, un hombre alargará su vida, por encima de los 65 años en un promedio de 20,7 años, y las mujeres lo harán un promedio de 24,4 años. Esto supondrá un ensanchamiento de la parte alta de la pirámide y, consecuentemente, una mayor necesidad de recursos para mantener las prestaciones del sistema.

Aplicadas estas proyecciones al número de pensionistas, encontramos que, la reducción del índice de natalidad en España, que según informa el INE ha tenido en 2020 una variación bruta anual de -6,16 por 100, unido al paulatino aumento de la esperanza de vida, sitúan a España en una difícil situación a futuro, pues es incesante el aumento de

²⁰⁴ Fuente INE. Proyecciones de población. 2018-2033. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/pp_2018_2068.pdf.

las personas mayores y, por tanto, susceptibles de ser beneficiarias de una prestación de jubilación, tanto contributiva como no contributiva, y un cada vez menor número de futuros cotizantes para contribuir a sostener el sistema.

De hecho, el número total de pensiones ha pasado de 8,86 millones en 2011 a 9,91 millones en 2021, lo que supone un aumento de 1,05 millones, de los que 0,93 millones se corresponden con pensiones de jubilación y 0,12 millones con el resto de las prestaciones (incapacidad permanente, viudedad, orfandad y favor familiares) ²⁰⁵. Esta cifra evidencia el paulatino y constante incremento que está experimentando el número de pensionistas en España.

Para terminar de conformar la tormenta perfecta, el incremento del número de pensionistas está simbióticamente unido a un aumento de la cuantía de la pensión con la que estos acceden a la prestación, lo que provoca el incremento de la cuantía media de la pensión a la que el sistema de Seguridad Social tiene que hacer frente.

Si se observa la serie estadística de nuevas pensiones de jubilación de la Seguridad Social, tomando como referencia enero de 2008 y enero de 2021²⁰⁶, se observa un incremento de 1.472.685 nuevos pensionistas (+17,66 por 100), con un incremento en el importe de la pensión percibida de 314,71 euros (+44,11 por 100). La pensión media de acceso al sistema entre enero de 2008 y enero de 2021 ha experimentado un incremento de +403,73 euros, lo que supone un 38,3 por 100²⁰⁷, variable a la que se une la ya comentada variación en la edad de acceso a la prestación, que ha pasado en el periodo 2017-2021 de una edad media de acceso de 64,2 años a una edad media de acceso de 64,7 años a junio de 2021, lo que muestra el efectivo influjo de las reformas introducidas por la LAAM sobre la edad de jubilación.

Como consecuencia de todo ello, la evolución de las prestaciones por jubilación en el Sistema de la Seguridad Social plantea un futuro incierto, con un interrogante que

²⁰⁵ Véase el Anexo XII.

²⁰⁶ Véase Anexo XIII.

²⁰⁷ En enero de 2008, se causaron en España 30.623 pensiones de jubilación con una cuantía media de 1.053,90 euros, siendo el total de pensiones contributivas de 8.338.439 con una pensión media de 713,48 euros. En enero de 2021, se produjeron en España 33.192 altas de pensiones de jubilación con una pensión media de 1.457,63 euros, siendo el número de pensiones contributivas de 9.811.124, con una pensión media de 1.028,19 euros. [AJ202106.pdf \(seg-social.es\)](#).

se sitúa por encima de cualquier otro, y es el relativo a la sostenibilidad del sistema a medio-largo plazo²⁰⁸. El propio preámbulo de la LAAM ya exponía que: *“El sistema de Seguridad Social tiene que seguir haciendo frente a importantes desafíos, afrontando a largo plazo las exigencias derivadas, entre otras, de las tendencias de evolución demográfica, a fin de garantizar la sostenibilidad financiera de aquél”*.

Conforme a los datos estadísticos que ofrece el INE, es irrefutable que el aumento de la esperanza de vida que progresivamente se ha observado y se prevé para España en los próximos años, constituye un hecho incuestionablemente positivo para la población, pues la pervivencia que se prevé nos sitúa como el segundo país del mundo con la población más longeva. Sin embargo, este positivo hecho va a suponer un importante reto de futuro, consistente en lograr un sistema de Seguridad Social capaz de asumir el pago de prestaciones durante cada vez más tiempo por causa del progresivo envejecimiento de la población que pronostica la citada esperanza de vida en España, unido al hecho cierto de una prolongada disminución de las tasas de natalidad, lo que, tal y como pone de manifiesto la proyección de población para 2033 del INE, sitúa a España en un escenario en el que es incesante el aumento del número de pensionistas en relación con la población activa, lo que supone un progresivo deterioro de la tasa de dependencia.

El sistema de pensiones en España se basa en el principio de reparto²⁰⁹, por el que los Presupuestos Generales del Estado prevén los ingresos que por cotizaciones habrá en cada año, cotizaciones que servirán para hacer frente a los compromisos de prestaciones adquiridos por el sistema. Las pensiones de las personas trabajadoras ya jubiladas se financian con las cotizaciones de las personas trabajadoras actuales cotizaciones que en modo alguno se capitalizan o constituyen una hucha personal a futuro que permita

²⁰⁸ VICENTE PALACIO, A., “Crisis y Seguridad Social”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 3, 2015, pág. 154.

²⁰⁹ “El sistema español de Seguridad Social funciona de acuerdo con el principio financiero de reparto” (RAMOS QUINTANA, M.I., “Factor de sostenibilidad e índice de revalorización del sistema de pensiones en España: dimensión constitucional y alcance jurídico”, cit. pág. 43). El artículo 110 LGSS dispone que, *“el sistema financiero de todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social será el de reparto, para todas las contingencias y situaciones amparadas por cada uno de ellos, sin perjuicio de que [...] en materia de pensiones causadas por incapacidad permanente o muerte derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional cuya responsabilidad corresponda asumir a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, a las empresas declaradas responsables, se procederá a la capitalización del importe de dichas pensiones, debiendo las entidades señaladas constituir en la Tesorería General de la Seguridad Social, hasta el límite de su respectiva responsabilidad, los capitales coste correspondientes”*.

sustentar su futura pensión de jubilación. De esta forma, se ha establecido *de facto* un sistema que podríamos llamar de solidaridad intergeneracional²¹⁰, por el que las personas trabajadoras que en cada momento sustentan las cotizaciones al sistema, esperan igual comportamiento de las futuras personas trabajadoras cuando, a su vez, ellas accedan a la situación legal de pensionista. El cada vez mayor déficit del sistema está provocando el cuestionamiento del sistema de reparto y el estudio de otras alternativas, si bien, en puridad, el sistema actual de reparto se configura como el más solidario y equitativo, favoreciendo que sea el Estado quien haga frente a los periodos de déficit del sistema. Caso de existir excedente en los ingresos respecto de los gastos, el remanente se ingresa en el Fondo de Reserva de la Seguridad Social (en adelante FRSS), creado por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social²¹¹. Por tanto, el FRSS se nutre de los excedentes de cotizaciones sociales que puedan resultar de la liquidación de los presupuestos, siendo su finalidad la de atender necesidades futuras en materia de prestaciones contributivas originadas por desviaciones entre ingresos y gastos de la Seguridad Social con motivo de los ciclos económicos. Actualmente, se encuentra reglado en los arts. 117 a 127 LGSS, la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, así como su reglamento de desarrollo (el RD 337/2004, de 27 de febrero), el RDL 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, y la Disp. Adic. Décima de la LPGE para 2015, por la que se regula el régimen excepcional de disposición de los activos del FRSS.

La negativa evolución que desde el inicio de la crisis viene padeciendo el sistema, con unos requerimientos de prestaciones que superan ampliamente a los ingresos por cotizaciones²¹², ha originado que se haya prácticamente vaciado el FRSS, coloquialmente

²¹⁰ CALVO VÉRGEZ, J., “El índice de revalorización y el factor de sostenibilidad”, cit., pág. 10.

²¹¹ Cfr. Anexo XIV. Fondo de Reserva: Informe a las Cortes Generales. Situación a 31 de diciembre de 2019. Véase en http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/18e5e21e-a008-4bd2-99d6-9a67323ea718/FONDO+DE+RESERVA+2019_RESUMEN.pdf?MOD=AJPERES&CVID=

²¹² Sobre un estudio de rentabilidad realizado sobre una muestra de altas de jubilación del año 2017, llevado a cabo a partir de la Muestra Continua de Vidas Laborales, el resultado es demoledor, pues, “*en términos de coste por pensión unitaria, el sistema proveería más de un euro de prestación por cada euro de cotización aportado para la mayor parte de los individuos de la muestra. En media, las altas de 2017 recibirían 1,74 euros de prestación por cada euro de cotización*” (MORAGA, M., RAMOS, R., “Una estimación del rendimiento financiero del sistema de pensiones”, *Boletín económico*, Banco de España, núm. 3, 2020, págs. 39-51.

llamado “hucha de las pensiones”²¹³. Así, en los años previos a la crisis económica, el FRSS se fue dotando de excedentes, llegando a alcanzar, en el año 2011, los 66.815 millones de euros. Sin embargo, a partir de ese año, ha sido necesario detraer fondos para atender los compromisos por prestaciones hasta situarlo en un saldo de 2.153 millones de euros en 2019, mientras, paradójicamente, las aportaciones al FRSS han experimentado desde el año 2012 una paulatina disminución de las dotaciones, hasta situar la dotación del año 2019 en cero euros. En cualquier caso, es obvio que el FRSS ha cumplido la finalidad para la que fue creado, habiendo servido de soporte a los menguantes ingresos del sistema.

En cualquier caso, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha determinado la sustitución del *non nato* factor de sostenibilidad²¹⁴, por un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional, abandonando el criterio de recorte de las futuras pensiones en función de la esperanza de vida, y conjugando los ingresos contributivos con la aportación mediante contribuciones procedentes de la aplicación de los tributos (fiscalidad).

Para intentar solucionar esta situación, siquiera a corto plazo, caben distintas opciones. Una primera opción sería la de incrementar las bases de cotización y sus correspondientes tipos, medida frente a la que se objeta una posible pérdida de empleo y un aumento de la economía sumergida o ilegal. La segunda opción consistiría en optar por una aportación directa del Estado al sistema de Seguridad Social, mediante la creación de un impuesto específico destinado a ello, solución que, aunque de cara al futuro se ha defendido como necesaria, la actual situación económica por la que atraviesa España y los déficit presupuestarios con que cuenta, parecen desaconsejar esta alternativa. La tercera opción con la que el Estado puede abordar este problema consiste en una rebaja de las prestaciones, que conllevaría un elevado coste político dada la evidente impopularidad de la medida y su enorme impacto subjetivo, habida cuenta los millones de pensionistas con que cuenta el sistema.

²¹³ De hecho, el fin del colchón económico que ha supuesto el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, ya fue admitido por el gobierno de España ante la Unión Europea en 2016. Véase en: <https://www.elmundo.es/economia/2016/10/18/5805215846163fb9238b469d.html>.

²¹⁴ LÓPEZ GANDÍA, J., “Del factor de sostenibilidad al mecanismo de equidad intergeneracional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2021, pág.61.

CAPÍTULO 4

JUBILACION PARCIAL, JUBILACIÓN FLEXIBLE Y JUBILACIÓN ACTIVA

1. CONSIDERACIONES COMUNES

En España, el percibo de la pensión de jubilación contributiva tiene carácter vitalicio²¹⁵, característica que contribuye a que, desde el momento en que la persona trabajadora accede a la condición de pensionista y comienza a percibir la prestación de jubilación sea percibida como una “carga” para el sistema como nuevo beneficiario o receptor de las prestaciones y ayudas públicas²¹⁶.

Existe un consenso común entre todos los actores económicos, jurídicos, sociales y de opinión respecto de la difícil sostenibilidad del sistema público de pensiones a medio y largo plazo, consenso que está motivado fundamentalmente por dos hechos: el progresivo e imparable aumento del número de pensionistas, fruto del envejecimiento de la generación del *baby boom* de los años 60, y del continuo y progresivo aumento de la esperanza de vida de estos²¹⁷. La conjunción de estos dos factores está originando un continuo y acumulado déficit del sistema de la Seguridad Social²¹⁸, que parece incapaz de hacer frente a los compromisos por pensiones mediante la recaudación propia del mismo. Por esta razón, desde algunos sectores se ha postulado una actuación de los poderes públicos encaminada a la reducción del coste de las prestaciones por pensiones²¹⁹. En el ámbito de esta actuación, junto con la posposición de la edad de acceso a la jubilación, se

²¹⁵ Según el art. 204 LGSS: “La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena”.

²¹⁶ GARCÍA MURCIA, J., “La política contemporánea de jubilación: algunos dilemas y algún contrasentido”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. pág.389.

²¹⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma de la jubilación ordinaria”, en AAVV., GARCIA ROMERO, B., LÓPEZ ANIORTE, M.C. (Coords.), *La Reforma de la Pensión de Jubilación*, cit., pág. 51.

²¹⁸ Véase: <https://www.expansion.com/economia/politica/2019/12/26/5e03ed63e5fdea75418b45d1.html>.

²¹⁹ BLASCO RASERO, C., “El papel de la negociación colectiva en materia de jubilación”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 13, 2017, pág.101.

ha apostado por un claro favorecimiento de la prolongación de la actividad laboral una vez que la persona trabajadora haya accedido a la condición de pensionista, previéndose la compatibilidad de la percepción de una pensión de jubilación con el desarrollo de un trabajo por cuenta propia o ajena, como excepción al tradicional principio general, en el ordenamiento jurídico español de incompatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y la realización de un trabajo remunerado²²⁰.

Hasta el 1 de enero de 2002²²¹, el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, era incompatible con el trabajo de la persona pensionista, con las salvedades y en los términos legal y reglamentariamente determinados. Por tanto, desde el mismo momento en que la persona trabajadora accedía a una prestación de jubilación, tenía prohibida la realización de cualquier actividad laboral, tanto por cuenta ajena como propia. De hecho, la concepción tradicional de la jubilación se ha caracterizado por el necesario cese en el trabajo lucrativo²²²

A partir de tal fecha, e imbuido por la necesidad de minorar, en la medida de lo posible, el coste de la prestación para la Seguridad Social, el legislador introdujo, primeramente, la posibilidad de que la persona trabajadora por cuenta ajena pudiese compatibilizar la percepción de la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial, eso sí, viendo minorada su pensión de jubilación en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo de la persona pensionista en relación con la de una persona trabajadora a tiempo completo comparable. Posteriormente, como consecuencia del Acuerdo Social y Económico (ASE) para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, suscrito el 2 de febrero de 2011 por el Gobierno, las organizaciones sindicales más representativas (UGT y CCOO) y las organizaciones empresariales CEOE

²²⁰ Así lo afirma el todavía en vigor art. 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de Vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, que establece que la pensión de jubilación será incompatible con cualquier trabajo que realice el pensionista.

²²¹ Fecha de la entrada en vigor de la modificación introducida por el art. 1 del RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (en adelante RD-Ley 16/2001).

²²² VIVERO SERRANO, J.B., “La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo”, *Documentación Laboral*, núm. 103, 2015, pág.119.

y CEPYME²²³, se amplió tal posibilidad a las personas trabajadoras por cuenta propia, siempre que los ingresos anuales totales por la realización de la actividad no superasen el Salario Mínimo Interprofesional en cómputo anual, no estando obligada la persona trabajadora a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social²²⁴.

Posteriormente, el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (en adelante RD-Ley 5/2013) en su Capítulo I y Disp. Adic. 1ª, propició la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo. Tal y como indica en su preámbulo, establecía la compatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia a fin de favorecer el alargamiento de la vida laboral activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y aprovechar los conocimientos y experiencia de las personas trabajadoras con una dilatada carrera profesional, al objeto de que pudiesen compatibilizar el empleo a tiempo completo o parcial con el cobro del 50 por 100 de la pensión de jubilación, gozando de unas obligaciones de cotización limitadas.

Ello supuso la introducción de nuevas situaciones realmente novedosas en nuestro ordenamiento jurídico, en las que se permite compatibilizar la pensión de jubilación con el desarrollo de una actividad productiva²²⁵. Hasta la fecha, las principales actuaciones llevadas a cabo al objeto de favorecer el empleo de las personas trabajadoras de mayor edad²²⁶, entre otras, habían consistido en: retrasar a los 67 años la edad de jubilación ordinaria (65 si se acredita una carrera de cotización igual o superior a 38 años y 6 meses); permitir que mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas de un despido colectivo se priorizara la permanencia en la empresa de las personas trabajadoras de mayor edad; posibilitar la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo; endurecer los requisitos para acceder a la jubilación anticipada y

²²³ “Hoja de ruta que orienta la actuación de las Administraciones Públicas respecto a las medidas dirigidas al colectivo de trabajadores de más de 55 años” (ARRIETA IDIAKEZ, F.J., “Consecuencias del envejecimiento sobre la economía y el mercado laboral”, cit., pág. 13).

²²⁴ Apartado 4 del art. 165 LGSS/1994, introducido por la Disp. Adic.31ª de la LAAM.

²²⁵ SELMA PENALVA, A., “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, *Aranzadi Social*, vol. 6, núm. 2, 2013, pág. 66.

²²⁶ ARRIETA IDIAKEZ, F.J., “Consecuencias del envejecimiento sobre la economía y el mercado laboral”, cit., págs. 16 y 17.

a la jubilación parcial; y establecer la obligación de abonar el importe de las cotizaciones a la Seguridad Social, la prestación y, en su caso, subsidio por desempleo de las personas trabajadoras con 50 o más años de empresas en beneficios (Disp. Adic. 16ª LAAM).

Además de la necesidad ya expuesta de aliviar la carga de prestaciones al Sistema de Seguridad Social, el legislador se ha visto compelido a favorecer el acceso de estas personas trabajadoras al mundo laboral, pues desde la Unión Europea se han venido impulsando políticas en este sentido.

Así, el *Libro Verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros* (Comisión Europea, 2010)²²⁷, consideraba necesario crear mejores oportunidades y condiciones de trabajo para la participación de las personas trabajadoras de más edad en el mercado de trabajo²²⁸. Igualmente, el *Dictamen del Comité de las Regiones – Libro Blanco – Agenda para unas pensiones adecuadas y sostenibles*²²⁹, respaldaba el objetivo de elevar la edad de jubilación en consonancia con el incremento de la esperanza de vida a fin de contribuir a asegurar la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones, favoreciendo una edad de jubilación flexible, de manera que se permita prolongar la vida laboral en función de las posibilidades de cada persona. En la misma línea, el Consejo Europeo dirigió a España la Recomendación de 10 de julio 2012²³⁰, aconsejando la adopción de medidas como el aumento de la edad de jubilación y el fomento de la reincorporación de estas personas trabajadoras al mercado de trabajo, ello encaminado al sostenimiento del sistema de pensiones. Como resumen de las recomendaciones realizadas en estos libros, la Comisión Europea propuso a los Estados miembros la modificación de sus Sistemas de Seguridad Social, basándolos en tres pilares, el primero de ellos universal, público, obligatorio y de reparto que garantice unas prestaciones mínimas, el segundo pilar sería también obligatorio, de capitalización y de

²²⁷ Bruselas, 7.7.2010, COM (2010) 365 final, SEC (2010) 830, pág. 12.

²²⁸ LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Dinámica de la pensión de jubilación y nuevo régimen de compatibilidad con el desarrollo de una actividad”, en AAVV., GARCÍA ROMERO, B., y LÓPEZ ANIORTE, M.C., (coords), *La reforma de la pensión de jubilación*, cit., pág. 151.

²²⁹ Dictamen del Comité de las Regiones — Libro Blanco — Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles (2012/C 391/02), pág. 2.

²³⁰ Recomendación del Consejo, de 10 de julio de 2012, sobre el Programa Nacional de Reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2015.

gestión privada (en España los fondos de pensiones de empleo), y el tercer pilar voluntario y de capitalización privada²³¹.

Más recientemente, la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de Derechos Sociales (C/2017/2600), en su recomendación nº 10, señala que: *“los trabajadores tienen derecho a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades profesionales y que les permita prolongar su participación en el mercado laboral”*. Pese a carecer de carácter vinculante por su condición de recomendación, sí que establece una línea de producción legislativa que deberá ser adaptada por cada estado miembro de acuerdo con su propia singularidad, persiguiendo un claro objetivo, y es el de facilitar la prolongación de la actividad laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación, lo que encuentra su motivación en las insuficientes perspectivas que los respectivos sistemas de pensiones ofrecen a futuro, lo que lleva a la Comisión al convencimiento de la necesidad de compatibilizar pensión de jubilación y trabajo, pudiendo optar para ello, en España, entre las distintas fórmulas que ofrece la actual legislación, a la razón, una jubilación parcial, una jubilación activa, o una jubilación flexible, lo que, en definitiva, supone demorar la jubilación efectiva, con el incentivo de que, en los casos de jubilación parcial y flexible, se producirá un incremento de las bases de cotización sobre las que se calculará la pensión definitiva.

La jubilación parcial, la jubilación flexible y la jubilación activa son, por tanto, fórmulas que permiten a la persona trabajadora compatibilizar la percepción de una pensión de jubilación con la realización de una actividad laboral, si bien se trata de situaciones bien distintas, pues, como se pondrá de manifiesto, presentan diferencias en cuanto a los requisitos de acceso a las mismas, diferencias en materia de cotización a la Seguridad Social, diferencias en la cuantía de la pensión de jubilación a percibir, y diferencias en el porcentaje de la actividad que la persona trabajadora puede desarrollar, obedeciendo estas a la búsqueda de una distinta utilidad, pues la jubilación parcial persigue un reparto de empleo entre personas trabajadoras de distintas generaciones²³²,

²³¹ APARICIO TOVAR, J., “La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social”, cit., pág. 306.

²³² TORTUERO PLAZA, J.L., y DEL AGUILA CAZORLA, O., “Artículo 166, Jubilación Parcial”, en AAVV., *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003, pág. 863.

mientras que la jubilación flexible y la jubilación activa persiguen prolongar la actividad laboral de las personas trabajadoras ya jubiladas²³³.

Por tanto, se puede concluir en el carácter de elemento básico que, para conseguir la adecuación y sostenibilidad del sistema de pensiones en España, tienen el incremento de la edad de jubilación, la prolongación de la vida activa y el incremento de la participación en el mercado de trabajo de las personas trabajadoras de más edad²³⁴.

2. LA JUBILACIÓN PARCIAL

Introducida por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (en adelante Ley 32/1984), la jubilación parcial²³⁵ ha sido, sin duda, uno de los instrumentos jurídicos que las entidades bancarias han utilizado más profusamente para la reestructuración de sus plantillas²³⁶, pues con ella se consigue el doble objetivo de facilitar a la persona trabajadora el tránsito entre la vida activa y la jubilación total²³⁷ y contribuir a la reducción del coste de estructura laboral para la empresa, por lo que ya se puede afirmar que la principal seña de identidad de la jubilación parcial es la compatibilidad de la pensión con el trabajo por cuenta ajena que se viniera prestando y que ya no tiene que extinguirse²³⁸.

El mantenimiento en activo de una persona trabajadora de edad avanzada supone para la empresa afrontar un elevado salario y su consiguiente cotización a la Seguridad

²³³ Así se desprende la Exposición de motivos de la Ley por la que fue creada (Ley 32/1984) que la considera una medida de fomento del empleo juvenil a través de la introducción del contrato de relevo.

²³⁴ Preámbulo del RD-Ley 5/2013.

²³⁵ En la actualidad regulada en el art. 215 LGSS, en el art. 12.6 ET y en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

²³⁶ Recurso que decayó ostensiblemente tras la entrada en vigor de la LAAM, que introdujo el aptdo. g) del art. 166.2 LGSS 1994, que impuso la cotización íntegra para el jubilado parcial y el relevista (FERRANDO GARCÍA F.M., “La jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, en AAVV., GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE., M.C. (Coords.), *La reforma de la pensión de jubilación*, cit. pág. 250).

²³⁷ Téngase en cuenta que, la jubilación parcial posee como singularidad que se lleva a cabo *ex ante*, es decir, previa a la jubilación del trabajador.

²³⁸ VIVERO SERRANO, J.B., “La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo”, cit., 123.

Social. Si la persona trabajadora accede a una jubilación parcial, este coste laboral se ve sensiblemente disminuido en proporción a la reducción de jornada pactada, pues incluso en el caso de que exista un contrato de relevo, este último lo será, con seguridad, en unas condiciones económicas más ventajosas para la empresa²³⁹.

Se trata de una modalidad de jubilación ciertamente compleja, pues confluyen en ella numerosas partes afectadas: empresa, persona trabajadora (en su caso, la persona trabajadora relevista) y la Seguridad Social²⁴⁰, lo que requiere del adecuado desarrollo normativo, pues mediante ella se conforma un derecho de acceso a prestaciones de la Seguridad Social. De lo expuesto, se deduce claramente que se trata de una modalidad de jubilación dirigida únicamente a las personas trabajadoras por cuenta ajena, si bien, este hecho no implica necesariamente que este vedada a las personas trabajadoras por cuenta propia, pues lo realmente importante a la hora de acreditar los requisitos para obtener el derecho a la jubilación parcial es el régimen en el que estuviera en alta la persona trabajadora en el momento del hecho causante²⁴¹ y que reúna los requisitos para el acceso a la misma²⁴².

La nota que caracteriza esta modalidad de jubilación es la voluntariedad²⁴³, ya que la persona trabajadora y su empresa deben consentir mutuamente²⁴⁴ de forma voluntaria

²³⁹ El propio art. 215.2.e) LGSS exige “una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial”, porcentaje al que las empresas bancarias se acogen íntegramente, pues estos trabajadores que acceden a la jubilación parcial, gozan de una experiencia y antigüedad en la empresa, que suponen la percepción de complementos salariales de carácter personal muy relevantes en su salario, complementos que la empresa ahorra en la persona del relevista que comporta un menor coste salarial.

²⁴⁰ MARTÍNEZ BOTELLO, P., “Acerca del endurecimiento en el acceso a la jubilación parcial anticipada, de aquellos barros, estos lodos”, *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2015, pág. 47.

²⁴¹ FERRANDO GARCÍA F.M., “La jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, cit., pág. 269.

²⁴² Artículo 35 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

²⁴³ MARTÍNEZ BOTELLO, P., “Jubilación parcial anticipada, correspondencia entre las bases de cotización de relevista y relevado”, *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2016, pág. 53.

²⁴⁴ Salvo que así se disponga en convenio colectivo, no puede obligarse a las empresas a aceptar la jubilación parcial, por lo que no se configura como un derecho individual de la persona trabajadora y requiere del mutuo acuerdo de las partes (SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Jubilación parcial: mitos y realidades ¿Revitalización de una institución “fracasada”? ¿Soluciones coyunturalmente satisfactorias o soluciones estructuralmente adecuadas, sostenibles y seguras?”, *Repositorio Institucional de la UCM*, 2013, pág. 7).

la mutación de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial, lo que supone la consecuente reducción de la jornada de trabajo y salario.

La jubilación parcial se lleva a cabo mediante un pacto suscrito por la persona trabajadora y su empresa, mediante el cual acuerdan una reducción de la jornada de trabajo y, consiguientemente, una reducción de salario proporcional a la jornada reducida. En suma, se pacta la sustitución del contrato de trabajo a jornada completa por otro contrato a tiempo parcial²⁴⁵, contrato que modifica las condiciones laborales de la persona trabajadora, con excepción de la antigüedad y demás derechos adquiridos en la empresa²⁴⁶, pues la jubilación parcial no extingue el precedente contrato laboral mantenido entre la empresa y la persona trabajadora, por lo que, al acceder a la misma y concertar el correspondiente contrato a tiempo parcial, lo hace en idénticas condiciones de fijeza o duración indefinida en que venía prestando sus servicios en la empresa²⁴⁷. Como consecuencia de ello, la persona trabajadora deja de prestar su trabajo a jornada completa y pasa a realizar un trabajo a tiempo parcial, percibiendo una remuneración acorde a la jornada que efectivamente pasa a prestar, ello en relación con la de una persona trabajadora a jornada completa comparable.

²⁴⁵ Como concluye la STS Sala 4ª, de 14 de mayo de 2007, rec. 85/2006, dictada en unificación de doctrina, “el contrato de trabajo a tiempo parcial constituye -al menos actualmente- una verdadera modalidad contractual y que no cabe identificarlo como un simple supuesto de reducción de jornada [contrato de trabajo a tiempo completo con jornada reducida] o de utilización reducida del tiempo de trabajo [«jornada parcial»]. Así lo ponen de manifiesto su compleja configuración legal [particularmente la voluntariedad, las específicas reglas de distribución del tiempo, la singularidad del sistema de protección social...], las exigencias formales y la posible conversión del contrato de tiempo completo a contrato a tiempo parcial y viceversa. Esta diversidad de naturaleza -en gran medida aceptada- necesariamente comporta, pese al principio de conservación del negocio y al carácter excepcional de la novación extintiva, ambos tan presentes en el Derecho del Trabajo [de ello son manifestación la sustitución de las cláusulas nulas por los preceptos debidos, la variedad de suspensiones de la relación laboral, la subrogación empresarial ...], que en los supuestos de la referida conversión no estemos en presencia de una novación modificativa de la relación laboral, sino ante la novación extintiva de la preexistente y su sustitución por la nueva (así ya la había indicado la STCT 22/11/88, para contexto normativo menos concluyente que el actual), habida cuenta de que el fenómeno extintivo no solamente tiene lugar cuando el contrato de trabajo finaliza para dar paso a una relación no laboral, sino también cuando se transforma en modalidad o especie distinta”.

²⁴⁶ A tenor del apartado 2 Disp. Adic.1ª RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial: “La celebración del contrato del trabajador que se jubila parcialmente no supondrá la pérdida de los derechos adquiridos y de la antigüedad que correspondan al trabajador”.

²⁴⁷ SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., “Criterios jurisprudenciales en torno a la jubilación parcial”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 22, 2010, pág.184.

Además, puesto que se ha jubilado parcialmente, la persona trabajadora también recibe una pensión de jubilación, en cuantía proporcional a la jornada de trabajo que reduce. Así, si su jornada de trabajo disminuye en un 50 por 100, pasará a percibir un salario equivalente al 50 por 100 del salario que correspondería a una persona trabajadora a jornada completa comparable, y una pensión de jubilación parcial equivalente al 50 por 100 de la cuantía de pensión que le correspondería, conforme a sus años de cotización y base reguladora de aplicación.

Conviene advertir la evolución que ha experimentado esta figura jurídica desde su aparición, pues la exposición de motivos de la ley por la que fue creada, Ley 32/1984, se refiere a ella como una medida de fomento del empleo, sobre todo juvenil, con la intención de facilitar el acceso de los jóvenes a una ocupación²⁴⁸ mediante la introducción del contrato de relevo. El paso del tiempo, al que se añade el concurso de otros factores, como la comprometida situación financiera del sistema de Seguridad Social, resultado de la reciente crisis económica, y demográficos, como el paulatino envejecimiento de la población, la baja tasa de natalidad y el aumento de la esperanza de vida, han convertido a la jubilación parcial en un instrumento muy útil para evitar el acceso prematuro a la jubilación completa, “incentivando el retraso de la edad de jubilación o la posposición del momento de jubilación total a la edad ordinaria legalmente contemplada”²⁴⁹.

Ahora bien, aunque esta figura cumple con su función como medida de política de empleo, no lo hace con el objetivo de propiciar una jubilación gradual y flexible²⁵⁰. Sin duda, el éxito de la jubilación parcial, se basa en su utilización real por las entidades financieras como una suerte de jubilación anticipada sin coeficientes reductores de la pensión, propiciada por la posibilidad de acumular la jornada anual de trabajo de la persona jubilada parcial y del relevista, en un mismo periodo, durante el cual va a prestar sus servicios en las mismas condiciones que una persona trabajadora a tiempo completo,

²⁴⁸ RODRIGUEZ CARDO, I.A., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, cit., pág. 191.

²⁴⁹ FERRANDO GARCIA F. M., “La jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, cit. pág. 236.

²⁵⁰ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible”, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 143.

lo que *de facto* puede suponer una jubilación anticipada sin coeficientes reductores, cuestión sobre la que se volverá al analizar la jubilación parcial anticipada²⁵¹.

2.1.MODALIDADES DE JUBILACIÓN PARCIAL

La normativa vigente contempla dos modalidades de acceso a la jubilación parcial: la diferida²⁵², cuando la persona trabajadora que accede a la jubilación parcial ya ha cumplido la edad ordinaria de jubilación y reúne los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, modalidad que, dado que su finalidad es la de potenciar la permanencia en activo a partir de los 65 años²⁵³, no ha sido objeto de atención por parte de las entidades financieras y sus plantillas; y la modalidad anticipada, en cuyo caso la persona trabajadora que pasa a la jubilación parcial lo hace a una edad inferior a la ordinaria de jubilación, atributo que es la causa de que haya sido profusamente utilizada por las entidades financieras, especialmente las Cajas de Ahorros, para prejubilarse parcialmente a sus empleados y empleadas de mayor edad, manteniéndolas como personas trabajadoras de la entidad²⁵⁴.

No obstante, el recurso a esta figura fue decayendo tras el endurecimiento en sus condiciones de acceso con motivo de los sucesivos cambios normativos, que comenzaron con la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (en adelante Ley 40/2007), que introdujo sustanciales modificaciones, como el aumento de la edad requerida para acceder a ella, situándola en 61 años, el incremento de los años de carencia, hasta un mínimo de 30 años, así como el requisito de

²⁵¹ En este sentido, véase FERRANDO GARCÍA, F.M., MEGÍAS BAS, A., “Aspectos controvertidos en torno a la acumulación interanual de la jornada en caso de jubilación parcial anticipada”, AA.VV., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019], Vol. 1, 2019, págs. 253-261; MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Jubilación parcial y acumulación de jornada”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2015.

²⁵² Se trata de una modalidad que apenas se vio afectada por la Ley 40/2007, centrada en el endurecimiento de las condiciones de acceso a la jubilación parcial anticipada, en la que se habían detectado los verdaderos problemas del sistema, como ha advertido CAVAS MARTINEZ, F., “Cambios en la pensión de jubilación tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2008, pág. 16.

²⁵³ FERRANDO GARCIA F.M., “La Jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, cit., pág. 264, citando a TORTUERO PLAZA, J.L. y DEL AGUILA CAZORLA, O., “Artículo 166. Jubilación parcial”, en AAVV, *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003, pág. 863.

²⁵⁴ SAN Sala de lo Social, de 14 de febrero de 2011, rec. 230/2010.

una antigüedad en la empresa de 6 años. Posteriormente, la LAAM introdujo los requisitos de la letra g) del número 2 del artículo 166 LGSS 1.994²⁵⁵, y, por último, el RD-Ley 5/2013, cuya finalidad era reconducir la jubilación parcial hacia su inicial objetivo de transferencia generacional de conocimiento y experiencia, y no un procedimiento rápido de jubilación anticipada²⁵⁶, que trajo consigo modificaciones en la edad de acceso similares a la jubilación ordinaria, así como una elevación del periodo mínimo de carencia hasta los 33 años, en sintonía con los de la jubilación anticipada²⁵⁷.

Como se expone a continuación, la persona trabajadora que accede a la jubilación parcial diferida lo hace tras cumplir la edad de jubilación ordinaria, por lo que los requisitos de acceso son menos exigentes que los requeridos para el acceso a la jubilación parcial anticipada²⁵⁸.

2.1.1. Jubilación parcial diferida

Podrán acceder a la jubilación parcial diferida, las personas trabajadoras integradas en cualquier Régimen de la Seguridad Social²⁵⁹, que cumplan los siguientes requisitos:

A) Edad

²⁵⁵ “Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por 100 del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial”.

²⁵⁶ PANIZO ROBLES, J.A., “Las nuevas reglas de acceso a la jubilación: a propósito del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”, *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2013, núm. 361, pág. 79

²⁵⁷ RODRIGUEZ CARDO, I.A., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, cit., pág. 195.

²⁵⁸ En la jubilación parcial diferida no se exige la simultánea suscripción de un contrato de relevo, aunque es posible; tampoco se exige que el trabajador viniera trabajando a tiempo completo, ni tampoco que se acredite un periodo previo de antigüedad en la empresa, otra diferencia importante es la relativa a la cotización, que se limita a cotizar por la jornada efectivamente trabajada (FERRANDO GARCIA, F. M., “La Jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, cit., págs. 264 y ss).

²⁵⁹ Tras la entrada en vigor de la vigente LGSS, la compatibilidad se extiende a los trabajadores por cuenta ajena, integrados en cualquier Régimen de la Seguridad Social, así como a los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas en los términos del artículo 215 de la LGSS, que tengan 60 años cumplidos y reúnan las demás condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación contributiva de la Seguridad Social.

El acceso a esta modalidad de jubilación requiere que la persona beneficiaria haya cumplido la edad ordinaria de jubilación a que se refiere el art. 205.1.a) LGSS. A estos efectos, se aplica la progresividad establecida en la Disp. Trans.7ª LGSS, que regula el tránsito gradual de la edad legal de jubilación entre los 65 y 67 años. La finalidad de esta modalidad de jubilación es potenciar la permanencia en activo a partir de los 65 años o de la edad ordinaria de jubilación aplicable en función de la carrera de cotización y del período transitorio²⁶⁰.

B) Hecho Causante

El hecho causante de la pensión de jubilación parcial se entenderá producido el día del cese en la jornada del trabajo que se viniese realizando con anterioridad, siempre que, en dicha fecha, se haya suscrito el correspondiente contrato a tiempo parcial y, caso de ser necesario, el contrato de relevo a que se refieren los arts. 12.6 ET y 10 RD 1131/2002²⁶¹.

C) Periodo mínimo de carencia

Son de aplicación los mismos requisitos que para la jubilación ordinaria a tiempo completo de conformidad con el artículo 205.1.b) LGSS. Así pues, la persona beneficiaria deberá acreditar el periodo mínimo de cotización de 15 años, de los cuales, al menos 2 deberán estar comprendidos dentro de los 15 inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho, sin computar la cotización por pagas extraordinarias.

D) Pacto de reducción de jornada laboral y salario

El pacto de reducción de la jornada de trabajo debe estar comprendido entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 50 por 100 de la jornada de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, porcentaje que puede alcanzar hasta el 75 por 100 cuando simultáneamente se concierte un contrato de relevo y la persona trabajadora relevista sea contratada a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida, debiendo mantenerse “*al menos, por una duración igual al resultado de sumar dos años*”

²⁶⁰ TORTUERO PLAZA, J.L., y DEL AGUILA CAZORLA, O., “Artículo 166, Jubilación Parcial”, cit., pág. 863.

²⁶¹ Véase el art. 11 RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a que se refiere el artículo 205.1.a) LGSS. En el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante. En caso de incumplimiento por parte del empresario de las condiciones establecidas en el presente artículo en materia de contrato de relevo, será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial” (art. 215 LGSS).

E) Contrato de relevo

La celebración de un contrato de relevo, regulado en el art. 12.6 ET no es un requisito para el acceso a esta modalidad de jubilación parcial, siendo una opción para la empresa, a diferencia de lo establecido respecto de la jubilación parcial anticipada. Sobre las características de este contrato se tratará al hilo de dicha modalidad de jubilación.

F) Antigüedad en la empresa y duración de la jornada

Para el acceso a esta modalidad de jubilación parcial no es exigible un periodo previo de antigüedad en la empresa. Por otra parte, puede acceder a la jubilación parcial diferida una persona trabajadora a tiempo parcial, si bien la reducción de jornada debe encontrarse entre los límites mínimo y máximos requeridos para una persona trabajadora a tiempo completo comparable²⁶². Es importante atender al hecho de que no existe regulación para la prestación laboral de la persona trabajadora relevista, pudiendo completar el horario de la persona trabajadora a la que sustituye o simultanearse con ella, lo que implica una cierta desconexión entre la jornada de trabajo y las funciones de persona trabajadora relevista y relevada²⁶³.

G) Cotización durante la jubilación parcial

De la redacción del artículo 215.2.g) LGSS se desprende que, durante el disfrute de la jubilación parcial, empresa y persona trabajadora cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando esta a jornada completa, si

²⁶² FERRANDO GARCIA F. M., “La Jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, cit., pág. 253.

²⁶³ LOPEZ GANDIA, J., *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Editorial Bomarzo, 2013, pág. 79.

bien nuevamente encontramos normas transitorias sobre su aplicación. Así, la Disp. Trans.10ª (Normas transitorias sobre jubilación parcial), establece una aplicación gradual, conforme a los porcentajes calculados sobre la base de cotización a jornada completa, estableciéndose la misma en un 50 por 100 para 2013, e incrementándose un 5 por 100 anual por cada año transcurrido a partir de 2014, hasta alcanzar el 100 por 100 en 2023, sin que, en ningún caso, el porcentaje de base de cotización fijado para cada ejercicio, pueda resultar inferior al porcentaje de actividad efectivamente realizada. Obviamente, se trata de porcentajes de mínimos, pues si la persona trabajadora realiza una jornada de trabajo que se encuentre por encima de la escala que deriva de esa disposición transitoria, se utilizará la base de cotización real²⁶⁴.

H) Base reguladora de la pensión total ordinaria.

Durante el trabajo a tiempo parcial, computan las cotizaciones efectuadas por el tiempo realmente trabajado²⁶⁵. Ahora bien, la persona trabajadora podrá optar entre: a) que se determine la base reguladora de la pensión de jubilación computando las bases de cotización realmente ingresadas durante la situación de jubilación parcial; o b) que se calcule en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial, o, en su caso, en la que dejó de aplicarse el beneficio del incremento del 100 por 100 de la base de cotización²⁶⁶, siendo de aplicación las demás reglas vigentes en el momento de causar la pensión. En este caso, en que el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación se determina en una fecha anterior a la del hecho causante, se aplican a la pensión resultante las pertinentes revalorizaciones que se hubiesen practicado desde dicha fecha hasta la del hecho causante.

2.1.2. Jubilación parcial anticipada a la edad ordinaria de jubilación.

²⁶⁴ RODRIGUEZ CARDO, I.A., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, cit., pág. 200.

²⁶⁵ A diferencia de la jubilación parcial anticipada, en este caso no se toma en cuenta el incremento hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido, de haber realizado en la empresa, en dicho periodo, el mismo porcentaje de jornada desarrollada antes de pasar a la situación de jubilación parcial, pues no se ha simultaneado con un contrato de relevo. Cfr. art. 18.4 RD 1131/2002, de 31 de octubre.

²⁶⁶ Art.18.4 RD 1131/2002, de 31 de octubre.

Esta modalidad de jubilación ha sido profusamente utilizada por las entidades financieras como un instrumento de regulación de empleo²⁶⁷, prescindiendo de sus personas trabajadoras de mayor edad con objeto de renovar su plantilla con empleados y empleadas más jóvenes, cualificadas y con menores exigencias de coste salarial. En este supuesto, se acumulan las jornadas de trabajo efectivo en los meses inmediatamente posteriores a la fecha de jubilación parcial, y se prestan dichas jornadas a tiempo completo con objeto de que, cuanto antes, la persona trabajadora deje de prestar los servicios a la empresa y pueda encontrarse en situación de “prejubilación”.

El recurso a esta figura comporta beneficios para ambas partes: La empresa, prescinde de una persona trabajadora de edad avanzada que, con motivo del convenio colectivo de aplicación y antigüedad en la empresa, percibe un salario y complementos salariales de cuantía importante²⁶⁸ (antigüedad, aportación plan de pensiones, ayuda estudios para hijos, etc.), sustituyendo esta persona trabajadora por otra más joven, normalmente con mejor formación y disponibilidad (movilidad geográfica, funcional y horaria), con menor predisposición a causar baja por enfermedad y a la que la aplicación del convenio en vigor supone una auténtica merma en el coste salarial respecto de la persona trabajadora a la que releva. Para la persona trabajadora que accede a la jubilación parcial, supone comenzar a disfrutar de un retiro anticipado, manteniendo el acceso a la jubilación en su edad ordinaria, lo que le evita la asunción de la rebaja de pensión inherente a la jubilación anticipada.

²⁶⁷ FERNANDEZ PRIETO, M., “La jubilación parcial anticipada”, en AA.VV., BORRAJO DACRUZ, E., (Coord.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, La Ley, 2004, pág. 291.

²⁶⁸ A este respecto, se puede observar como ejemplo la obligación de aportación al plan de pensiones de empresa a favor del trabajador, que ha venido sufriendo una continua variación a la baja tras la firma de cada nuevo convenio colectivo del sector de la banca. Así, el artículo 40 del X Convenio de Banca (1977-1978), contemplaba el derecho del empleado a jubilarse al cumplir los 65 años, percibiendo de la empresa mensualmente una cantidad tal que, sumada a la pensión de jubilación de la Seguridad Social se supusiera una percepción total líquida igual al 100 por 100 de la que tuviera, también líquida, en el momento de la jubilación, y, para el caso de que tuviese 40 años o más de servicio, la posibilidad de jubilarse a los 60 años con una percepción del 95 por 100 de sus percepciones totales líquidas, beneficios que con matizaciones y ligeras modificaciones, se mantienen en el vigente convenio colectivo del sector (2019-2023) para el personal ingresado en la empresa con anterioridad al día 8 de marzo de 1980. El vigente convenio contempla en su artículo 45.6 un Sistema de Previsión Social Complementaria de aportación definida a favor del personal en activo contratado a partir del 8 de marzo de 1980, con una aportación mínima anual a cargo de la empresa de 450 euros para los años 2019, 2020, 2021 y 2022, y de 550 euros a partir de 2023. Entre el X y el XXIV Convenio Colectivo de Banca, la evolución de beneficios para los empleados/coste para la empresa ha experimentado una paulatina evolución tendente a empeorar las condiciones económicas de los empleados, como los derechos por jubilación anteriormente expuestos, que convenio tras convenio han devenido en la actual situación.

De conformidad con el art. 215.2 LGSS, la jubilación parcial anticipada requiere que simultáneamente se celebre un contrato de relevo²⁶⁹, pudiendo acceder a ella las personas trabajadoras por cuenta ajena encuadradas en cualquier régimen de la Seguridad Social. Las mismas deben reunir los requisitos a los que se refieren los siguientes apartados:

A) Edad

Con la excepción de las personas trabajadoras que acrediten la condición de mutualista laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967, a las que se exige una edad mínima de acceso de 60 años²⁷⁰, la edad mínima de acceso a la jubilación parcial anticipada se establece en función del periodo de carencia acreditado, resultando una edad distinta en cada caso, en una configuración similar a la jubilación ordinaria²⁷¹. La LAAM mantuvo la edad mínima de acceso a la jubilación parcial anticipada en los 61 años (frente a los 63 años previstos para la jubilación anticipada total)²⁷², siendo corregida por el RD-Ley 5/2013, que estableció la edad mínima de acceso en función del periodo cotizado en el momento del hecho causante, situándola, al igual que ocurre con la jubilación anticipada por voluntad de la persona trabajadora, de 61 a 63 años, para quienes acrediten una cotización igual o superior a los 36 años y 6 meses, y a los 65 años en caso contrario, debiendo acreditar un periodo mínimo de cotización de 33 años en la fecha del hecho causante. No obstante, la Disp. Trans.10ª LGSS, establece un periodo transitorio de aplicación para el requisito de la edad mínima de jubilación parcial, que comenzó en 2013 y finaliza en 2027, buscando una correspondencia, entre la progresiva elevación de la edad mínima de acceso a la jubilación parcial y la edad de acceso a la jubilación ordinaria, conforme al siguiente cuadro:

²⁶⁹ Lo que refuerza el carácter de fomento de empleo otorgado por el legislador.

²⁷⁰ Disp. Trans. 4ª. Norma segunda, apartado Uno LGSS sobre aplicación de legislaciones anteriores para causar derecho a pensión de jubilación.

²⁷¹ RODRIGUEZ CARDO, I.A., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, cit., pág. 195.

²⁷² FERRANDO GARCIA, F. M., “La Jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, cit., pág. 244.

Año del hecho causante	Edad exigida según periodos cotizados en el momento del hecho causante		Edad exigida con 33 años cotizados en el momento del hecho causante
2013	61 y 1 mes.	33 años y 3 meses o más.	61 y 2 meses.
2014	61 y 2 meses.	33 años y 6 meses o más.	61 y 4 meses.
2015	61 y 3 meses.	33 años y 9 meses o más.	61 y 6 meses.
2016	61 y 4 meses.	34 años o más.	61 y 8 meses.
2017	61 y 5 meses.	34 años y 3 meses o más.	61 y 10 meses.
2018	61 y 6 meses.	34 años y 6 meses o más.	62 años.
2019	61 y 8 meses.	34 años y 9 meses o más.	62 y 4 meses.
2020	61 y 10 meses.	35 años o más.	62 y 8 meses.
2021	62 años.	35 años y 3 meses o más.	63 años.
2022	62 y 2 meses.	35 años y 6 meses o más.	63 y 4 meses.
2023	62 y 4 meses.	35 años y 9 meses o más.	63 y 8 meses.
2024	62 y 6 meses.	36 años o más.	64 años.
2025	62 y 8 meses.	36 años y 3 meses o más.	64 y 4 meses.
2026	62 y 10 meses.	36 años y 3 meses o más.	64 y 8 meses.
2027 y siguientes	63 años.	36 años y seis meses	65 años

B) Hecho causante

El hecho causante de la pensión de jubilación parcial se entenderá producido el día del cese en la jornada del trabajo que se viniese realizando con anterioridad, siempre que, en dicha fecha, se haya suscrito el correspondiente contrato a tiempo parcial y el correspondiente contrato de relevo (art. 11 RD 1131/2002, de 31 de octubre).

C) Contrato de relevo

El contrato de relevo camina directamente unido a la jubilación parcial anticipada²⁷³, siendo introducido en el art. 12 ET por la Ley 32/1984, con el objetivo de obtener un reparto del trabajo de índole totalmente voluntaria²⁷⁴. Según el art. 215.2 LGSS, para acceder a la jubilación parcial anticipada, es necesario que, simultáneamente, se celebre un contrato de relevo con una persona trabajadora en situación de desempleo, o, que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, al objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por la persona trabajadora que se jubila

²⁷³ PALOMINO SAURINA, P., “Aspectos relevantes de la jubilación parcial”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015, parte Estudios, pág. 8.

²⁷⁴ Párrafo 6º Exposición de motivos de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

parcialmente²⁷⁵, consiguiendo así, como ya se ha señalado, alcanzar el objeto de lograr el mantenimiento de reparto para el empleo²⁷⁶.

Dicho contrato de relevo tendrá una jornada de duración igual o superior a la reducción de la jornada acordada con la persona trabajadora sustituida y deberá ser de duración indefinida o, como mínimo, igual al tiempo que falte a la persona trabajadora sustituida para alcanzar la edad de jubilación ordinaria que corresponda conforme a la LGSS. Si, al cumplir dicha edad, la persona trabajadora jubilada parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo podrá prorrogarse por periodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el periodo correspondiente al año en que se produzca la jubilación total de la persona trabajadora relevada²⁷⁷. Para el caso de que el contrato de la persona trabajadora relevista se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, la empresa está obligada a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos que el extinguido y por el mismo tiempo que reste para el cumplimiento de la duración mínima. Si la empresa no cumple con esta obligación, deberá esta reintegrar a la entidad gestora el importe de la pensión de jubilación parcial percibida por la persona pensionista a tiempo parcial, desde el momento de la extinción del contrato del relevista y sin salvedad alguna²⁷⁸.

D) Antigüedad en la empresa

La persona trabajadora deberá acreditar haber prestado servicios en la empresa durante un periodo mínimo de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial²⁷⁹. A tal efecto, para el caso de que haya existido sucesión de empresa,

²⁷⁵ “Esta modalidad de jubilación parcial anticipada exige que el contrato del trabajador relevado sea a tiempo completo, requisito que no se exige para la jubilación parcial no anticipada” (VIVERO SERRANO, J.B., “La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo”, cit., pág. 125).

²⁷⁶ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible”, cit., págs. 36 y 37.

²⁷⁷ Art 10.b) RD 1131/2002, de 31 de octubre.

²⁷⁸ POQUET CATALÁ, R., “El contrato de relevo y la jubilación anticipada: puntos críticos”, *Revista Actualidad Laboral*, núm. 7, 2013, pág. 7.

²⁷⁹ Requisito introducido por la Ley 40/2007, siendo su finalidad la de evitar el fraude de ley que se venía produciendo por parte de empresas y trabajadores, pues ante denuncias del INSS por ser solicitada por empleados recién contratados en la empresa, los tribunales exigían prueba fehaciente del fraude, como ha puesto de manifiesto RODRIGUEZ CARDO, I.A., *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, cit., págs.153-154.

conforme a lo dispuesto en el art. 44 del ET, computa la antigüedad acreditada en la empresa anterior o en empresas pertenecientes al mismo grupo de empresas²⁸⁰.

Para el cumplimiento de este requisito, se admite que durante esos 6 años:

- Existan periodos de contratación a tiempo parcial con la empresa, pues la norma no exige que la antigüedad en la empresa sea en su totalidad a jornada completa²⁸¹.
- En la determinación de la exigible antigüedad ininterrumpida en la misma empresa (6 años) la persona trabajadora por cuenta ajena puede computar los servicios prestados para la misma entidad en régimen funcional²⁸².
- Parte del tiempo trabajado lo haya sido en virtud de relación determinante de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilado a persona trabajadora por cuenta ajena²⁸³.
- La antigüedad no sea ininterrumpida, entendiendo cumplida la antigüedad, reconocida expresamente por la empresa, respecto de una persona trabajadora vinculada a la misma por nueve contratos temporales (algunos a tiempo parcial), convirtiéndose el último en contrato indefinido, entre los que hubo dos interrupciones: una de 16 días y otra de 2 meses y medio, en cuyo marco percibió prestaciones por desempleo²⁸⁴.

E) Periodo mínimo de carencia

La persona trabajadora deberá acreditar un periodo de cotización efectiva, de 33 años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, salvo que se acredite una

²⁸⁰ FERNANDEZ ORRICO, F. J., “La importancia de salvar la esencia de la jubilación parcial”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014, pág. 161.

²⁸¹ STS Sala 4ª, de 5 de marzo de 2013, rec. 1443/2012.

²⁸² STS Sala 4ª, de 25 de marzo de 2013, rec. 1775/12 y STS Sala 4ª, de 3 de febrero de 2014, rec. 861/2013.

²⁸³ STS Sala 4ª, de 19 de noviembre de 2014, rec. 3323/2013.

²⁸⁴ STSJ País Vasco Sala de lo Social, de 7 de marzo de 2017, rec. 326/2017.

discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100²⁸⁵, en cuyo caso el periodo de cotización exigido será de 25 años [art. 215.2.d LGSS]. Para el cálculo del periodo de cotización exigido, no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente a pagas extraordinarias, pero sí computará el periodo de prestación del servicio militar obligatorio²⁸⁶ o la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

F) Pacto de reducción de jornada laboral y salario

La jubilación anticipada parcial supone un acuerdo de reducción de jornada que, según reiterado criterio de la jurisprudencia, no conforma una mera novación modificativa, sino que implica la extinción del contrato de trabajo a tiempo completo, siendo sustituido por otro contrato a tiempo parcial²⁸⁷. Como se ha señalado anteriormente, debe pactarse una reducción de la jornada de trabajo que se encuentre entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 50 por 100 de la jornada de una persona trabajadora a tiempo completo comparable. No obstante, la normativa admite una reducción hasta el 75 por 100 de la jornada de trabajo para los supuestos en que se concierte simultáneamente un contrato de relevo y la persona trabajadora relevista sea contratada a jornada completa, mediante un contrato de duración indefinida y a tiempo completo, debiendo mantenerse, al menos, por una duración igual al resultado de sumar 2 años al tiempo que le falte a la persona trabajadora sustituida para alcanzar la edad de jubilación a que se refiere el artículo 205.1.a) LGSS. En el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, la empresa estará obligada a celebrar por el tiempo restante, un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido. En caso de incumplimiento por parte de la empresa de las condiciones establecidas en materia de contrato de relevo, será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido la persona pensionista a tiempo parcial.

G) Concentración de la jornada en un único periodo

²⁸⁵ FERRANDO GARCIA, F. M., “La Jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, cit., pág. 243, citando a DEL VALLE DE JOZ, J.I., “Novedades en la regulación de la jubilación parcial”, en AAVV., *La Reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, 2011, pág. 199.

²⁸⁶ Se asimila al mismo la prestación del Servicio Social Femenino obligatorio, vigente hasta el 1 de septiembre de 1978 (STSJ País Vasco Sala de lo Social, de 11 de octubre de 2016, rec. 1821/2016).

²⁸⁷ FERRANDO GARCIA, F. M., “La jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, cit., pág.244.

La posibilidad de concentrar el período de prestación efectiva en la fase inicial de la jubilación parcial permite que la persona jubilada acceda de *facto* a una jubilación en realidad plena con una edad anterior a la de la jubilación ordinaria y sin la aplicación de penalización por la anticipación²⁸⁸. Con base en la libertad de pacto que establece el art. 1255 del CC, empresa y persona trabajadora, por razones prácticas, relacionadas con la organización de la empresa y personales para la persona trabajadora²⁸⁹, pueden pactar una concentración de jornada de modo tal que, la totalidad de las horas de trabajo que la persona trabajadora debe realizar en virtud del contrato de reducción de jornada pactado, se celebren concentradas en un determinado periodo²⁹⁰.

Dicho pacto está implícitamente permitido, pues el art. 65.3 del RD. 2064/1995, de 22 de diciembre²⁹¹, que regula los efectos en materia de cotización de las personas trabajadoras con contrato a tiempo parcial que hayan acordado con su empresa la concentración en un periodo temporal de todas las horas de trabajo que deben realizarse en cada año, existiendo periodos de inactividad superiores a un año. De otro lado, en todo momento, el RD 1131/2002, de 31 de octubre, se está refiriendo a una acumulación de jornada en periodos anuales y, la realidad es que, las empresas lo han venido utilizando a modo de prejubilación, con una concentración de jornada interanual en un único periodo al inicio del pacto.

Esta praxis ha dado lugar a numerosas actuaciones por parte de la Inspección de Trabajo que han finalizado con la imposición de sanciones y la extinción con devolución de la prestación, pues, tanto para la Inspección de Trabajo como para la Seguridad Social, la concentración de jornada interanual en un único periodo supone un claro fraude de ley, mientras que, para empresas y personas trabajadoras, simplemente se hace uso de la

²⁸⁸ RODRIGUEZ CARDO, I.A., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, *Foro, Nueva época*, vol. 17, núm. 2, 2014, pág. 192

²⁸⁹ FERRANDO GARCÍA, F.M., MEGÍAS BAS, A., “Aspectos controvertidos en torno a la acumulación interanual de la jornada en caso de jubilación parcial anticipada”, *cit.*, pág. 253.

²⁹⁰ Así se recoge en la exposición de motivos del RD 1131/2002, de 31 de octubre, a cuyo tenor “la regulación actual del contrato a tiempo parcial puede originar en la práctica que el trabajador acuerde con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que debe realizar anualmente, por razón de su contrato a tiempo parcial, se presten de forma concentrada en determinados periodos de cada año, con percibo de las correspondientes remuneraciones totales dentro de los mismos o bien de forma prorrateada a lo largo del año, permaneciendo inactivo el tiempo restante”.

²⁹¹ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

libertad de pacto recogida en el CC. La empresa y la persona trabajadora concentran todas las jornadas de trabajo que median entre la fecha de acceso a la jubilación parcial y la fecha de acceso a la jubilación total, que serán prestadas de forma ininterrumpida hasta completar la integridad de las mismas, quedando liberada desde ese momento la persona trabajadora de la prestación laboral; por su parte, la empresa le sigue manteniendo en alta y cotizando como jornada a tiempo parcial durante todo el periodo de jubilación parcial, abonándole asimismo la retribución correspondiente a la jornada de trabajo parcial. Esta práctica común, supone de *facto* una jubilación anticipada sin coeficientes reductores, siendo un instrumento utilizado por las entidades financieras para el acceso a la jubilación anticipada o “prejubilación”²⁹².

La Sala 4ª del TS, en casación para la unificación de doctrina²⁹³, ha establecido que la persona trabajadora puede pactar con la empresa una prestación de servicios a jornada completa o fracción de jornada en un único periodo ininterrumpido, anticipando así la fecha de finalización de su prestación de servicios a la empresa, debiendo eso sí, mantenerse en alta y cotizando hasta su jubilación total. Para la Sala 4ª TS²⁹⁴, aunque la

²⁹² ALVAREZ CUESTA, H., “Jubilación parcial con contrato de relevo o jubilación anticipada sin coeficiente reductor”, *Ius Labor*, núm. 2, 2017, pág. 8.

²⁹³ Entre otras, véanse las SSTs, Sala 4ª, de 31 de enero de 2018, rec. 619/2016, y la STS Sala 4ª, de 29 de marzo de 2017, rec. 2142/2015.

En el caso enjuiciado en la STS de 31 de enero de 2018, el trabajador presenta solicitud de jubilación parcial, mediando pacto de reducción de jornada con la empresa del 85 por 100. En fecha 2 de diciembre de 2008, trabajador y empresa suscribieron un contrato de trabajo de 269 horas al año, desde el 2 de diciembre de 2008 al 8 de diciembre de 2011, contrato que fue modificado el 12 de diciembre, finalizando dicho contrato en la fecha que el trabajador cumpliría los 65 años. El INSS reconoció al trabajador la prestación de jubilación parcial, consistente en el 85 por 100 de la base reguladora. Privadamente, empresa y trabajador pactaron que éste prestaría servicios de 40 horas semanales del 1 de diciembre de 2008 al 10 de mayo de 2009, fecha en que se completa la totalidad de la jornada a tiempo parcial que pactó con la empresa, habiendo prestado servicios durante ese periodo, según lo pactado.

Para el alto Tribunal: “Es cierto que la concentración de jornada llevada a cabo en el presente caso no tiene expresa contemplación legal [...] Pero esa usencia de específico tratamiento normativo no implica de suya ilegalidad alguna, sino que, partiendo de la libertad de pacto que impera en nuestra legislación (art. 1255 CC), aquella consecuencia solo es sostenible cuando media fraude” (Fundamento de Derecho Tercero). Como advierte la sentencia, “En el caso debatido, mal se puede mantener la existencia de aquella alegada “jubilación total anticipada”, porque ha continuado el percibo de la retribución, ha persistido el alta en la Seguridad Social y el ingreso de las correspondientes cotizaciones durante todo el periodo que media entre la jubilación parcial y la edad ordinaria de jubilación, concurriendo eso sí, la exclusiva singularidad de que se hubiese concentrado la prestación de servicios en los nueve primeros meses de jubilación parcial. Supuesto anómalo, como con acierto lo califica la decisión recurrida, que ciertamente puede tener consecuencias del más diverso orden y que ni tan siquiera procede ahora aventurar, pero que, en todo caso, no pueden ser las pretendidas de invalidar el previo contrato de relevo y de transformar en despido improcedente el legítimo cese del relevista en la fecha pactada”.

²⁹⁴ SSTs Sala 4ª, de 19 de enero de 2015, rec. 627/2014, y de 29 de marzo de 2017, cit.

concentración de jornada no tiene expresa contemplación legal, no implica de suyo ilegalidad alguna, pues se basa en la libertad de pacto que rige nuestro ordenamiento jurídico, no suponiendo fraude de ley, pues se cumplen las finalidades de atender al empleo por la permanencia del contrato de relevo contribuyendo al sistema mediante las cotizaciones correspondientes por la persona trabajadora relevista y la persona trabajadora relevada, habiéndose cumplido todos los requisitos de la institución.

H) Cotización durante la jubilación parcial

Como ya se ha visto, según dispone el art. 215.2.g) LGSS, durante el periodo de trabajo a tiempo parcial, empresa y persona trabajadora cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando esta a jornada completa. Resulta evidente el carácter recaudatorio que tiene esta medida, ya introducida anteriormente por la LAAM y el RDL 5/2013, pues de esta forma se obliga a la empresa a cotizar doblemente respecto de la parte de jornada objeto de reducción, pues el hecho de haber contratado una persona trabajadora relevista, por la cual igualmente debe cotizar en función de su jornada de trabajo, no le exime de la obligación de cotizar la jornada íntegra de la persona trabajadora jubilada parcialmente, lo que conlleva que la base de cotización sea mayor que la de un contrato a tiempo parcial con idéntica jornada. De esta forma, la contratación a tiempo parcial resulta penalizada por el hecho de estar vinculada a la figura de la jubilación parcial anticipada²⁹⁵, resultando evidente el propósito perseguido, y no es otro que trasladar al empresario y a la persona trabajadora el coste de financiación de la futura pensión²⁹⁶.

La aplicación de esta medida se realiza de forma gradual hasta el año 2027, de forma que, durante el año 2013, la base de cotización será equivalente al 50 por 100 de la base de cotización que hubiese correspondido a jornada completa; y, por cada año transcurrido a partir de 2014, se incrementará en un 5 por 100 más, hasta alcanzar el 100 por 100 de la base de cotización que le hubiese correspondido a jornada completa. En ningún caso, el porcentaje de base de cotización fijado para cada ejercicio podrá resultar

²⁹⁵ FERNANDEZ ORRICO, F.J., “La importancia de salvar la esencia de la jubilación parcial,” cit., pág. 169.

²⁹⁶ TORTUERO PLAZA, J.L., *La reforma de la jubilación (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización y Modernización del Sistema de la Seguridad Social*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2012, pág. 115.

inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada. Obviamente, si la persona trabajadora realiza una jornada de trabajo que se encuentre por encima de la escala que deriva de esa disposición transitoria, se utilizará la base de cotización real²⁹⁷.

Este endurecimiento de las condiciones de acceso a la jubilación parcial anticipada²⁹⁸, sobre todo la exigencia de doble cotización²⁹⁹, desincentiva el recurso a la jubilación parcial al obligar a una doble cotización respecto de la jornada objeto de reducción³⁰⁰, lo que llevará en la práctica a que desaparezca el recurso a ella o a que su utilización sea meramente residual o anecdótica. En suma, cabe concluir que, con la regulación resultante de la reforma de 2013, nos encontramos ante una figura en vías de extinción³⁰¹, a menos que se utilice como vía de acceso a la jubilación anticipada sin aplicación de coeficientes reductores y la empresa se haya comprometido a utilizar esta figura en el marco de un proceso de negociación.

I) Cuantía de la pensión de jubilación parcial.

Sin duda, uno de los aspectos más llamativos que nos ofrece esta modalidad de jubilación se encuentra en la redacción del tercer párrafo del art. 12.1 RD 1131/2002, según el cual *“cuando se acceda a la misma antes del cumplimiento de la edad ordinaria exigida en cada caso, no se aplicarán coeficientes reductores en función de la edad.”* Es

²⁹⁷ RODRIGUEZ CARDO, I.A., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, cit., pág. 200.

²⁹⁸ Endurecimiento que se llevó a cabo siquiera como una reacción pendular contraria al efecto llamada que tuvo para empresarios y trabajadores la anterior regulación de la jubilación parcial, en la que el empresario obtenía un importante ahorro de costes sociales (menor coste de salario y cotización a la Seguridad Social del trabajador relevista respecto del trabajador jubilado parcial), pactando la acumulación de jornada de todo el contrato de jubilación parcial de forma tal que, realmente, el trabajador jubilado parcial prestaba sus servicios a jornada completa hasta completar la totalidad de las correspondientes a todo el periodo, no volviendo a aparecer por la empresa a suerte de “prejubilación” mediante el acceso de los trabajadores a una suerte de jubilación anticipada. Sobre la cuestión, véase MARTINEZ BOTELLO, P., “Acerca del endurecimiento en el acceso a la jubilación parcial anticipada, de aquellos barros, estos lodos”, *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2015, pág. 49.

²⁹⁹ Esta obligación de doble cotización (el empresario debe pagar las cotizaciones del jubilado parcial como si trabajase a tiempo completo, más las cotizaciones reales del trabajador relevista) tienen como finalidad desincentivar la utilización de esta modalidad de jubilación anticipada (VIVERO SERRANO, J.B., “La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo”, cit., pág. 125).

³⁰⁰ FERRANDO GARCÍA, F.M.; MEGÍAS BAS, A., “Aspectos controvertidos en torno a la acumulación interanual de la jornada en caso de jubilación parcial anticipada”, cit., pág. 253.

³⁰¹ LOPEZ BALAGUER, M., “La Jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales: Lex Social*, Vol. 5, núm. 2, 2015, pág. 11.

una cualidad extraordinaria de esta modalidad de jubilación, pues elimina la penalización que sí soporta toda aquella persona que decide anticipar la plena percepción de la pensión de jubilación.

Al acceder a esta modalidad de jubilación, la pensión es objeto de una reducción, si bien limitada a un porcentaje idéntico al de la jornada que la persona trabajadora jubilada sigue prestando a tiempo parcial. Es decir, a la pensión de jubilación que le correspondería en función de los años cotizados a la fecha del hecho causante, no le son de aplicación los coeficientes reductores previstos por la Ley en función de la edad en que se anticipa la prestación, limitándose a calcular la pensión aplicando el porcentaje que corresponda en función de la reducción de jornada pactada entre la persona trabajadora y su empresa. A esto se suma otra gran ventaja derivada de la no limitación del importe máximo de la pensión sobre el que se calcula la pensión parcial resultante conforme al porcentaje de reducción de jornada, pensión teórica sobre la que no actúa el tope de cuantía máxima de las pensiones, pues dicho tope se establece sobre la pensión de jubilación parcial resultante tras la aplicación del porcentaje de reducción de jornada³⁰².

El importe de la pensión no podrá ser inferior, en ningún caso, a la cuantía que resulte de aplicar ese mismo porcentaje al importe de la pensión mínima vigente en cada momento para las personas jubiladas mayores de 65 años, de acuerdo con sus circunstancias familiares (art. 12.1 párrafo segundo RD 1131/2002).

Dentro de los límites máximos de reducción de jornada establecidos reglamentariamente, a petición de la persona trabajadora y con la conformidad del empresario, podrá incrementarse el porcentaje de reducción de jornada por periodos anuales. En consecuencia, se modificará la cuantía de la pensión, aplicando a la reconocida inicialmente el porcentaje que corresponda en función de la nueva reducción de jornada. Por otra parte, la nueva pensión será objeto de actualización con las revalorizaciones habidas desde la fecha de efectos de la pensión de jubilación parcial inicial hasta la fecha de efectos del nuevo importe de la pensión. Si, para ello, es necesario el mantenimiento de un contrato de relevo, la empresa ofrecerá a la persona trabajadora relevista la ampliación de su jornada de trabajo en proporción a la reducción de la de la

³⁰² FERRANDO GARCIA, F. M., “La Jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, cit., pág. 260.

persona jubilada parcialmente. Si la jornada de trabajo de la persona relevista fuese superior a la jornada dejada vacante, la ampliación tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo aplicable o, en su defecto, la jornada ordinaria máxima legal. Si la persona relevista no acepta la ampliación de su jornada, deberá contratar, por la jornada reducida por el jubilado parcial, a otra persona trabajadora en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada (art. 12.2 RD 1131/2002).

En los supuestos de pluriempleo, para el cálculo de la base reguladora sólo se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al trabajo desempeñado hasta dicho momento, y que es objeto de la correspondiente reducción de jornada (art. 12.3 RD 1131/2002).

Por último, las pensiones de jubilación parcial serán objeto de revalorización en los mismos términos que las demás pensiones de modalidad contributiva (art. 12.4 RD 1131/2002).

2.2. CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEFINITIVA TRAS LA JUBILACIÓN PARCIAL

En lo que concierne a la cuantía de la pensión de jubilación definitiva, el tratamiento legislativo deparado a las personas trabajadoras acogidas a la jubilación parcial (al menos hasta la aplicación de la cotización completa dispuesta en el apartado 3 de la Disp. Trans.10ª LGSS, pues hasta que esto ocurra en el año 2023, en que persona trabajadora y empresa habrán de cotizar por jornada de trabajo a tiempo completo), el art. 18.2 del RD 1131/2002, establece la ficción de considerar, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización correspondientes al periodo trabajado a tiempo parcial como cotizadas a tiempo completo³⁰³, es decir, cada día que la persona trabajadora ha prestado sus servicios a tiempo parcial es considerado a tiempo completo (o la misma jornada que tuviese la persona trabajadora antes de pasar a la jubilación parcial), siempre y cuando la misma se hubiese simultaneado con un contrato de relevo, siendo igualmente de aplicación si la jubilación parcial se hubiese simultaneado con la prestación de desempleo.

³⁰³ FERRANDO GARCÍA, F. M., “La Jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, cit., pág. 262.

A la hora de establecer el porcentaje aplicable a la base reguladora, el citado precepto dispone que se tomará como periodo cotizado a tiempo completo el periodo que se haya cotizado durante la jubilación parcial, nuevamente, con la exigencia de haberse simultaneado esta con un contrato de relevo.

Para el caso de que la persona trabajadora no pueda beneficiarse del incremento al 100 por 100 del porcentaje aplicable a las bases de cotización, por no haber simultaneado su jubilación parcial con un contrato de relevo, podrá optar entre que se determine la base reguladora de su pensión de jubilación computando las bases de cotización realmente ingresadas durante el periodo de jubilación parcial, o, que la misma se calcule en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial o, en su caso, en la que dejó de aplicarse el beneficio del incremento hasta el 100 por 100 de la base de cotización, si bien aplicando las demás reglas vigentes en el momento de causar la pensión. Cuando la base reguladora de la pensión de jubilación se haya determinado en fecha anterior a la del hecho causante, se aplicará a la pensión resultante las revalorizaciones que se hubiesen practicado desde dicha fecha hasta la del hecho causante.

La persona trabajadora acogida a la jubilación parcial podrá solicitar la pensión de jubilación definitiva, bien sea en su modalidad ordinaria o anticipada, a través de cualquiera de las modalidades legalmente previstas, de acuerdo con las normas del Régimen de Seguridad Social de que se trate. La pensión de jubilación a percibir se calculará en función de los años de cotización que acredite la persona jubilada en el momento del hecho causante, sin que sea de aplicación el porcentaje adicional, por cada año cotizado a que hace mención el art. 210.2 LGSS.

Para el cálculo de la base reguladora se incrementará gradualmente el período de cotizaciones considerado, siendo de 16 años (192 meses/224) en 2013, e incrementándose cada año con la adición de 1 año más, hasta el año 2022, año a partir del cual la base reguladora constituye el promedio cotizado en 25 años (300 meses/350).

Para aquellas personas trabajadoras que hayan cesado en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad [por las causas y supuestos contemplados en el artículo 267.1.a) LGSS], y a partir del cumplimiento de los 55 años y, al menos durante 24 meses, hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral, la base reguladora será la establecida

en el art. 209.1 LGSS, siempre que resulte más favorable. Al efecto, si apareciesen meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de las mensualidades con el 50 por 100 de dicha base mínima.

Respecto del porcentaje a aplicar a la base reguladora, por los primeros 15 años cotizados se aplicará el 50 por 100, y por cada mes adicional, se adicionará un porcentaje que varía en función de la tabla prevista en la Disp. Trans. 9ª:

- En el periodo de 2013 a 2019, por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 a 163, el 0,21 por 100; por cada uno de los 83 meses siguientes, el 0,19 por 100. De esta forma, el 100 por 100 de la base reguladora se obtiene con 35 años y 6 meses cotizados.
- Durante el periodo de 2020 a 2022, por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 106, se sumará el 0,21 por 100 a la base reguladora, y, por cada uno de los 146 meses siguientes, el 0,19 por 100. Así pues, el 100 por 100 de la base reguladora se obtiene con 36 años cotizados.
- Para los años 2023 a 2026, por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 49, se suma el 0,21 por 100 y por cada uno de los 209 meses siguientes, el 0,19 por 100. El 100 por 100 de la base reguladora se obtiene con 36 años y seis meses cotizados.
- El período transitorio finaliza en 2027, año a partir del cual por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 248, se suma el 0,19 por 100 de la base reguladora y, por cada uno de los meses siguientes, el 0,18 por 100. En suma, el 100 por 100 de la base reguladora se obtiene con 37 años cotizados.

2.3. COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Como ya se ha señalado, el derecho al trabajo es un derecho fundamental recogido en el art. 35.1 CE, por lo que no puede prohibirse, aunque si es posible establecer normativamente que el ejercicio de este derecho implique necesariamente la suspensión de una o varias prestaciones. Así ocurría, como también se ha puesto de manifiesto, hasta la introducción de la jubilación flexible mediante el RD 1132/2002, de 31 de octubre, compatibilidad consolidada con la publicación de la LAAM y el RDL 5/2013.

Actualmente, la norma permite la compatibilidad de percibir la pensión de jubilación parcial con el desempeño de un trabajo remunerado, lo que se lleva a cabo mediante la reducción de su cuantía³⁰⁴, estableciendo igualmente su incompatibilidad y, por tanto, suspensión del derecho a percibirla, en otros casos.

2.4.SUPUESTOS DE COMPATIBILIDAD

Tanto las personas nuevas pensionistas que acceden a la pensión de jubilación (parcial), como las personas pensionistas de jubilación con pensión ya causada (jubilación flexible), podrán compatibilizar la percepción de la pensión de jubilación con *“la realización de un trabajo a tiempo parcial en la empresa y, en su caso, con otros trabajos a tiempo parcial anteriores a la situación de jubilación parcial”*³⁰⁵, siempre que no se aumente la duración de su jornada. Asimismo, con los trabajos a tiempo parcial concertados con posterioridad a la situación de jubilación parcial, cuando se haya cesado en los trabajos que se venían desempeñando con anterioridad en otras empresas, siempre que no se aumente la duración de la jornada realizada hasta entonces. En los dos supuestos anteriores, en caso de aumentarse la duración de su jornada, la pensión de jubilación parcial quedará en suspenso”³⁰⁶. Esta compatibilidad se extiende a la prestación de Incapacidad Permanente Total que la persona trabajadora pudiese estar percibiendo de un trabajo anterior al trabajo del que se jubila parcialmente³⁰⁷.

Asimismo, la pensión de jubilación parcial es compatible con la pensión de viudedad, con la prestación de desempleo por pérdida involuntaria del trabajo parcial,

³⁰⁴ ORTÍZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M, “La Juridificación del Concepto Europeo de Pensiones Adecuadas, Seguras y Sostenibles”, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2016, pág. 241, citando a RODRÍGUEZ PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RE, F., CASA BAAMONDE, M.E., “La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2013, pág.10.

³⁰⁵ Compatibilidad que, tal y como ya se ha señalado, favorecieron en la primera década del siglo XXI el que las entidades financieras recurrieran profusamente a la utilización de la jubilación parcial como instrumento para llevar a cabo los procesos de prejubilación de sus trabajadores de mayor edad, recurriendo en la práctica totalidad de los casos a la concentración de jornada del trabajador jubilado parcial, lo que de facto suponía la jubilación anticipada del trabajador.

³⁰⁶ Art. 14 RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

³⁰⁷ Así lo afirma la STS Sala 4ª, de 28 de octubre de 2014, rec. 1600/2013. Afirma la Sala el derecho del trabajador a compatibilizar el cobro de ambas prestaciones, pues la IPT cubre la pérdida de capacidad laboral para un trabajo anterior, mientras que, la jubilación parcial la jornada de trabajo en la que se jubila, lo que no ocurriría con la pensión de jubilación definitiva, momento en el que tendrá que optar entre las dos pensiones por incurrir en incompatibilidad.

siendo proporcional al trabajo a tiempo parcial desarrollado, y con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones que correspondieran a los trabajos a tiempo parcial concertados con anterioridad a la situación de jubilación parcial, como la Incapacidad Temporal (IT). El subsidio de IT de las personas jubiladas parcialmente, cualquiera que sea la contingencia de que derive, será abonado en régimen de pago directo, en todo caso, y por la duración que corresponda, sin que opere el régimen de colaboración obligatoria a que se refiere el art. 16.1.b) y c) de la Orden de 25 de noviembre de 1996, debiendo la entidad gestora o colaboradora comunicar a la empresa el inicio del abono del subsidio a la persona trabajadora en régimen de pago directo, así como su finalización³⁰⁸.

2.5.INCOMPATIBILIDADES

La pensión de jubilación será incompatible con las pensiones de Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez, y de Incapacidad Permanente Total respecto del mismo trabajo del que se jubila parcialmente; así como con la pensión de jubilación que pudiera corresponder por otra actividad distinta a la realizada en el contrato de trabajo a tiempo parcial³⁰⁹

2.6.EXTINCIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL

La pensión de jubilación parcial se extinguirá por alguna de las siguientes causas: el fallecimiento de la persona pensionista, el reconocimiento de la jubilación definitiva, tanto en su modalidad ordinaria como anticipada³¹⁰, el reconocimiento de una pensión de Incapacidad Permanente (IP) declarada incompatible.

Además, entre los supuestos de extinción, también hay que incluir la extinción del contrato de trabajo a tiempo parcial que realiza la persona jubilada parcialmente, salvo cuando se tenga derecho a prestación de desempleo compatible con la jubilación parcial,

³⁰⁸ Disp. Adic. 2ª Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

³⁰⁹ Artículo 14 RD 1131/2002, de 31 de octubre.

³¹⁰ La persona trabajadora en situación de jubilación parcial podrá acceder en cualquier momento a la situación de jubilación plena, tanto en su modalidad ordinaria como anticipada a la edad general si tuviera derecho a ello conforme a las normas del régimen de aplicación. Véase, en este sentido, TORTUERO PLAZA, J.L. (Dir.), DEL ÁGUILA CAZORLA, O., MARTÍN JIMÉNEZ, E., MORENO ROMERO, F., “La reforma de la jubilación: políticas de pensiones y políticas de empleo”, cit., pág. 340.

la renuncia por opción con otra prestación incompatible, la revisión de oficio por la Entidad Gestora por errores materiales o de hecho y aritméticos³¹¹, así como la anulación de la prestación por parte de la Entidad Gestora si se actuó de manera fraudulenta en su obtención y, por último, por revocación mediante sentencia judicial³¹² cuando la Entidad Gestora advierta error en el reconocimiento de la prestación³¹³.

3. JUBILACIÓN ACTIVA

Esta modalidad de jubilación fue introducida por el RD-Ley 5/2013, en el marco de las políticas activas de empleo y sostenibilidad del sistema de Seguridad Social³¹⁴, para dar cumplimiento a las recomendaciones recogidas en el “Libro Blanco 2012” de la Comisión Europea, con el objetivo de permitir que la persona jubilada pueda compatibilizar la percepción de la pensión de jubilación³¹⁵ con la realización de un trabajo a tiempo completo o parcial, por cuenta propia o ajena, opción a la que cada vez se suman más quienes, como consecuencia de su calidad y esperanza de vida³¹⁶, pueden prolongar su vida activa.

El acceso a esta forma de jubilación se encuentra condicionado al cumplimiento de dos requisitos: El primero de ellos exige que, el acceso a la pensión de jubilación haya tenido lugar al menos un año después de haber alcanzado la edad que en cada caso resulte

³¹¹ LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Dinámica de la pensión de jubilación y nuevo régimen de compatibilidad con el desarrollo de una actividad”, cit., pág. 146.

³¹² La STS, Sala 4ª, de 10 de marzo de 2020, rec. 2090/2017, reitera su doctrina sobre la imposibilidad de que el ente gestor revise de oficio lo que ha reconocido con anterioridad, estando permitida implícitamente la revisión que sea favorable para el titular de los derechos, disponiendo de un plazo de prescripción de 4 años para activar un proceso judicial que reviste un acto propio, anterior y declarativo de derechos, con la excepción de las rectificaciones de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como cuando se constate la existencia de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario.

³¹³ GARCÍA VIÑA, J., “El derecho a la pensión de jubilación en el Régimen General”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 1.733.

³¹⁴ En su Exposición de motivos establece el fin perseguido de: “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”

³¹⁵ Obsérvese que ya no se suspende la percepción de la pensión, sino que se prevé una reducción de la misma.

³¹⁶ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., “La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la seguridad social: envejecimiento activo, política de reinserción y derecho antidiscriminatorio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015, págs. 203-219.

de aplicación³¹⁷, por lo que la persona trabajadora debe tener reconocido el derecho a la prestación sin la asistencia de bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación a las que pudiera acogerse esta. El segundo requisito exige que, la pensión reconocida debe ser resultado de aplicar el 100 por 100 a la base reguladora³¹⁸.

Estos dos requisitos son taxativos y, a criterio de la Sala 4ª TS, los términos del precepto son tan claros que no dejan duda sobre la necesidad de haberse jubilado con una pensión equivalente al 100 por 100 de la base reguladora de la misma³¹⁹, lo que veta el acceso de personas trabajadoras que hayan accedido a la jubilación anticipada, tanto por causa no imputable a la persona trabajadora como por voluntad de la interesada, ratificando así la intención del legislador de incentivar el trabajo de la persona trabajadora ya jubilada. La verdadera novedad que introduce esta modalidad de jubilación es la posibilidad, no solamente de mantener la relación laboral de la persona trabajadora con su empresa, sino que permite el inicio de una nueva actividad³²⁰, pudiendo realizarse el trabajo compatible tanto por cuenta ajena, a tiempo completo o a tiempo parcial, como por cuenta propia.

Respecto del montante de la pensión que la persona pensionista percibe mientras subsista la compatibilidad, en el caso de que se realice un trabajo por cuenta ajena, la cuantía de la pensión de jubilación será de un 50 por 100 del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo en el momento de inicio de la compatibilidad, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice la persona pensionista. En el caso de que la actividad se realice por cuenta propia y se acredite tener contratado, al menos, a una persona trabajadora por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará al 100 por

³¹⁷ Introducido por el art. 1.9 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

³¹⁸ Conforme a la STS, Sala 4ª, de 30 de mayo de 2017, rec. 2268/2015, el porcentaje del 100 por 100 de base reguladora debe haberse alcanzado en el momento de acceso a la compatibilidad por lo que no es posible alcanzarla con cotizaciones posteriores a la jubilación.

³¹⁹ STS, Sala 4ª, de 24 de enero de 2018, rec. 389/2016, entre otras.

³²⁰ GONZÁLEZ-CONDE ORTIZ, F.M., “La jubilación parcial, flexible y activa como fórmulas para el envejecimiento activo”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 10, 2019, pág.15.

100³²¹. Mientras se mantenga la compatibilidad, la pensión de jubilación se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del Sistema de la Seguridad Social, manteniendo la reducción al 50 por 100 en el caso de una persona trabajadora por cuenta ajena y el 100 por 100 en el caso de una persona trabajadora por cuenta propia que acredite tener contratada al menos una persona trabajadora por cuenta ajena³²².

En relación con la cotización para estos supuestos de compatibilidad de jubilación y trabajo en los términos establecidos en el art. 214 LGSS, tanto para las personas trabajadoras por cuenta ajena como por cuenta propia, se cotizará únicamente por Incapacidad Temporal y por contingencias profesionales, según la normativa de cada régimen, así como una cotización especial de solidaridad. Esta cotización especial, introducida por el artículo 4 del citado RD-Ley 5/2013, constituye un concepto totalmente desconocido hasta ese momento en nuestro ordenamiento jurídico³²³, que se mantiene en la vigente LGSS al objeto de que la persona pensionista siga contribuyendo al sistema de Seguridad Social, siendo la cotización de un 8 por 100 sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que, en caso de la persona trabajadora por cuenta ajena, se distribuirá entre empresa y persona trabajadora, corriendo a cargo de la empresa el 6 por 100 y de la persona trabajadora el 2 por 100³²⁴.

De otra parte, en cualquiera de las dos modalidades de compatibilización, la persona trabajadora tendrá la consideración de pensionista a todos los efectos, si bien no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima mientras compatibilice la pensión con el trabajo.

³²¹ Téngase en cuenta que la norma no hace referencia a la modalidad del Régimen de la Seguridad Social por el que el trabajador accede a la prestación de jubilación (Régimen General o RETA), por lo que el pensionista, con independencia del Régimen con que haya accedido a la jubilación, podrá optar por una jubilación activa como trabajador por cuenta ajena o propia.

³²² La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha eliminado el requisito de que la empresa no haya amortizado puestos de trabajo mediante decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores a la compatibilidad, así como la exigencia de mantener el nivel de empleo existente con anterioridad al inicio de la compatibilidad.

³²³ SELMA PENALVA, A., “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, cit., pág. 74.

³²⁴ Cotización regulada en los art. 153 y 309 LGSS.

4. JUBILACIÓN FLEXIBLE

La jubilación flexible es aquella de la que disfruta la persona trabajadora ya jubilada que, tras haber cumplido la edad de jubilación y encontrarse percibiendo la pensión correspondiente, vuelve al mercado laboral para realizar un trabajo a tiempo parcial (art. 215.1 LGSS)³²⁵, a diferencia del anterior supuesto de jubilación parcial, en la que la persona trabajadora accede a la jubilación sin haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el art. 215.2 LGSS, anteriormente analizado.

Está muy extendida la convicción de que es mejor solución, tanto para saneamiento del sistema de Seguridad Social como para la propia persona interesada, la opción de prolongar la vida activa mediante una regulación flexible de la jubilación, de forma tal que, anteponga la voluntad de la persona interesada a la automaticidad del retiro, permitiendo que la persona trabajadora opte entre la jubilación completa y la jubilación parcial³²⁶, pues mediante el acceso a estas modalidades de jubilación parcial y jubilación flexible, se cumpliría sin duda el objetivo de posponer la edad de acceso a la jubilación y la consecuente mejora de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social³²⁷.

Para un sector de la doctrina³²⁸, la jubilación flexible es una manifestación de la jubilación parcial, pues al igual que esta, supone la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación con la realización de un trabajo a tiempo parcial, minorando la pensión de jubilación en función de la jornada de trabajo de la persona pensionista, estando dentro de los límites de jornada dispuestos en el art. 12.6 ET. Sin embargo, otro sector de la doctrina³²⁹, considera que la jubilación flexible cuenta con identidad propia,

³²⁵ LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Dinámica de la pensión de jubilación y nuevo régimen de compatibilidad con el desarrollo de una actividad”, cit., pág. 156.

³²⁶ MONTOYA MELGAR, A., y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra-1, 2002, pág. 28.

³²⁷ FERRANDO GARCÍA, F. M., “La Jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, cit., pág. 253.

³²⁸ RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Jubilación flexible”, en AAVV, *Enciclopedia laboral Básica “Alfredo Montoya Melgar”*, Civitas, Madrid, 2009, pág. 816.

³²⁹ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Jubilación parcial tras la reforma de 2013”, Lex Nova, Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pág. 375.

al constituir un evento específico de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el desempeño de un trabajo asalariado a tiempo parcial.

Indudablemente, las modalidades de jubilación parcial y flexible gozan de numerosas similitudes. La jubilación parcial ordinaria y la flexible, con sus matices respectivos, responden ambas a una misma finalidad, como es la de facilitar la prolongación de la vida activa de la persona trabajadora al cumplir la edad de jubilación ordinaria, mientras que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora en su calidad, que amplió el intervalo de porcentaje de reducción de jornada, permitiendo la continuidad de la persona trabajadora más allá de los 65 años, permite a la persona trabajadora y su empresa enlazar la jubilación parcial anticipada con la jubilación flexible³³⁰.

Mientras se mantenga la situación de jubilación flexible, la pensión de jubilación se verá minorada en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo de la persona pensionista en relación con la de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, entendiendo por tal a una persona trabajadora a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que desempeñe un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiese ninguna persona trabajadora comparable a tiempo completo, se considerará la jornada contemplada en el convenio colectivo de aplicación, en su defecto, la jornada máxima legal.

Conforme dispone el art. 215.2.c) LGSS, la reducción de la jornada de trabajo debe estar comprendida entre un mínimo del 25 por ciento y un máximo del 50 por 100, lo que supone que la persona trabajadora jubilada debe llevar a cabo un desempeño efectivo de jornada de entre un 50 por 100 y un 75 por 100 de la jornada de trabajo a tiempo completo.

Durante la vigencia del contrato a tiempo parcial, se cotizará por la persona trabajadora jubilada aplicando las mismas reglas que para cualquier otra persona trabajadora, es decir, se cotizará en proporción a la jornada reducida que efectivamente

³³⁰ MARTÍNEZ NOVAL, L., “Cuestiones en relación a la jubilación en el Sistema Español de Seguridad Social”, cit., pág. 66.

realice [art. 215.2.g) LGSS]. Las cotizaciones efectuadas con motivo de la actividad realizada durante la situación de jubilación flexible, servirán a los efectos de un nuevo cálculo de la base reguladora de la pensión, mediante el cómputo de las cotizaciones efectuadas, aplicando las reglas vigentes en el momento del cese en la actividad, salvo que resultase una base reguladora menor a la anterior, en cuyo caso se mantendrá esta última, sirviendo esta cotización para, si se da el caso, para reducir o, en su caso, suprimir el coeficiente reductor que se hubiese aplicado con motivo de una jubilación anticipada³³¹.

Por último, durante el periodo en que la personal trabajadora se encuentre en situación de jubilación flexible, mantendrá la condición de pensionista a los efectos de reconocimiento y percibo de las prestaciones sanitarias (servicios sociales, farmacéuticos, médicos y sanitarios asociados a la condición de pensionista³³²).

A pesar de sus innegables semejanzas, existe un requisito que evidencia, siquiera indiciariamente, la diferencia entre la jubilación flexible y la jubilación parcial, y es el hecho de que la jubilación parcial es una opción para la empresa y la persona trabajadora a partir del cumplimiento de los 61 años, cumpliendo con los requisitos de acceso que ya han sido objeto de estudio, o, acceder a ella al cumplir la persona trabajadora la edad ordinaria de jubilación en el caso de que no se haya firmado un contrato de relevo³³³, mientras que, en la jubilación flexible, la persona trabajadora retoma la actividad laboral desde la condición de jubilada, lo que comporta menor exigibilidad en cuanto a los requisitos de acceso a la misma (no requiere contrato de relevo, ni antigüedad en la empresa, como tampoco un periodo de carencia igual al de la jubilación ordinaria³³⁴).

³³¹ Art. 8.2 RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/8200, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

³³² Art. 9 RD 1132/2002.

³³³ La jubilación parcial nace con carácter *ex ante*, en cambio la jubilación flexible nace con carácter *ex post* (ORTÍZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M., “La Juridificación del Concepto Europeo de Pensiones Adecuadas, Seguras y Sostenibles”, cit., pág. 231).

³³⁴ FERRANDO GARCÍA, F. M., “La Jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición”, cit., pág. 254.

5. LA JUBILACIÓN DEMORADA

Como se ha señalado anteriormente, actualmente no existe en España una edad máxima obligatoria de jubilación, ya que la jubilación es considerada siempre como un derecho y no como una obligación.

Además de retrasar la edad de jubilación, el legislador ha decidido incentivar a las personas trabajadoras para que demoren su jubilación de forma voluntaria³³⁵, lo que supone un incremento de cotizaciones con la consiguiente mejora de la pensión de jubilación. Esto es así porque se pospone el cobro de la prestación y, por tanto, se cobrará durante una cantidad inferior de años³³⁶.

La nueva redacción dada al art. 210 LGSS por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, viene a incentivar aún más el retraso del acceso a la jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo establecido en el art. 205.1.a) LGSS. Por cada año completo que se cotice desde que la persona trabajadora reuniese los requisitos para acceder a la pensión, se reconocerá un complemento económico que podrá consistir, a elección de la persona interesada en:

- a) Un porcentaje adicional del 4 por 100 por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió la edad de jubilación ordinaria y la del hecho causante de la pensión.
- b) Una cantidad a tanto alzado por cada año completo de cotización que exceda de la fecha en que cumplió la edad para poder jubilarse ordinariamente, cuya cuantía vendrá determinada en función de los años de cotización acreditados a la fecha en que podría haberse jubilado.
- c) Una combinación de las dos soluciones anteriores en los términos que se determinen reglamentariamente.

³³⁵ La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, incorporó incentivos por la prolongación de la actividad de las personas trabajadoras que, al cumplimiento de los 65 años de edad y con una acreditación de una carrera de cotización de 35 años, continuasen en su puesto de trabajo, debiendo cotizar únicamente por IT derivada de contingencias comunes (Disp. Adic. 20ª).

³³⁶ ARSUAGA, A., DE LA PEÑA, J.I., y LLORENTE, A., “Efecto de la jubilación demorada y activa en el sistema de pensiones de la Seguridad Social Española”, *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, núm. 26, 2020, pág. 50.

Dicha elección se llevará a cabo por una sola vez, no pudiendo ser modificado con posterioridad. Por defecto se aplicará la opción a).

Ahora bien, este beneficio no se aplicará en los supuestos de jubilación parcial, jubilación flexible o acceso a la jubilación desde una situación asimilada al alta, siendo igualmente incompatible con el acceso al envejecimiento activo previsto en el art. 214 LGSS.

CAPÍTULO 5

LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

1. RASGOS GENERALES Y FINALIDAD DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

Como ha habido ocasión de señalar, en el vigente sistema de Seguridad Social, la jubilación es siempre voluntaria para la persona trabajadora³³⁷, no aplicándose a la misma el principio de oficialidad, pues su tramitación de oficio sería contraria al derecho al trabajo³³⁸, sin perjuicio de que el cumplimiento de una determinada edad sea uno de los requisitos que legal y reglamentariamente se requieren para acceder a ella. En efecto, el acceso a la jubilación se configura como un derecho de la persona trabajadora, pues nada impide que esta pueda seguir trabajando una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación³³⁹. Esto es así, tanto para el acceso a la jubilación a la edad ordinaria como para acceder a cualquiera de las modalidades de prolongación de la vida laboral activa (jubilación parcial, jubilación flexible, jubilación activa y jubilación demorada), voluntariedad que, con mayor motivo, es igualmente de aplicación para el acceso a la jubilación anticipada.

³³⁷ Excepto en el caso de que el trabajador se encuentre percibiendo la prestación o el subsidio por desempleo y cumpla la edad ordinaria de jubilación, cumpliendo asimismo con el requisito de cotización requerido (arts. 272 y 279 LGSS), en cuyo caso se extingue el derecho a la prestación o al subsidio, debiendo el trabajador jubilarse.

³³⁸ LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Dinámica de la pensión de jubilación y nuevo régimen de compatibilidad con el desarrollo de una actividad”, pág. 140, citando a RIVAS VALLEJO, P., “La pensión de jubilación ordinaria en el Régimen de la Seguridad Social”, en AAVV., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) y BARRIOS GAUDOR, G.L. (Coord.), *Pensiones por jubilación o vejez*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 268.

³³⁹ A salvo de la posibilidad de jubilación forzosa dispuesta en convenio colectivo, prevista por la Disp. Adicional 10ª ET, que autoriza a los convenios colectivos a establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que el trabajador tenga derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva y que la medida se vincule a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo destinados a favorecer la calidad del empleo. La incorporación de la posibilidad de establecer la jubilación forzosa en los convenios colectivos se llevó a cabo mediante la Disp. Final 1 del RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para hacer efectivo el IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2018, 2019 y 2020, suscrito por CEOE, CEPYME, UGT y CCOO, el 5 de julio de 2018, en el que se instaba “a la Administración para que realice los cambios legales que permitan que los convenios colectivos posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, siempre que el trabajador afectado tenga derecho a la pensión completa de jubilación, con el fin de facilitar el relevo generacional y vinculado a objetivos de política de empleo”.

Sin duda, tal y como afirma el Preámbulo de la Ley 35/2002, de 12 de julio, la jubilación anticipada es una posibilidad excepcional, que pretende orientar a la persona trabajadora hacia una flexibilidad y gradualidad en la edad de jubilación, lo que se compadece con la limitación subjetiva, requisitos particulares y procedimiento regulados en la normativa de Seguridad Social³⁴⁰.

La anticipación de la jubilación se permite básicamente por una de estas cuatro causas: jubilación anticipada por razón de la actividad, jubilación anticipada en caso de discapacidad, jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora y jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada. En la mayoría de los casos, el acceso a la jubilación anticipada supondrá una proporcional reducción de la cuantía de la pensión de jubilación como consecuencia de la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores sobre la misma³⁴¹.

Con todo, parece conveniente diferenciar entre la jubilación anticipada y la reducción de la edad de jubilación, pues, cuando la persona trabajadora se jubila a la edad que le corresponde y que es previa a la edad de jubilación estándar y ordinaria para el resto de las personas trabajadoras, no se trata de una jubilación anticipada propiamente dicha, por lo que no debería ser objeto de penalización en su acceso³⁴², si bien, como habrá ocasión de comprobar, no siempre sucede así.

2. REQUISITOS DE ACCESO

Las reformas legislativas que se han venido produciendo en esta materia a fin de demorar la edad de jubilación ordinaria en dos años, situándola en los 67 años a partir del año 2027³⁴³ (con la progresividad establecida en la tantas veces citada Disp. Adic. 7ª de la LGSS), y la exigencia de un mayor periodo de cotización, han tenido por objeto retrasar

³⁴⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La funcionalidad de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial”, en CASTIÑERA GONZÁLEZ, J (coord.), *Reestructuraciones de Empresas, XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, pág. 56.

³⁴¹ LÓPEZ CUMBRE, L., “Jubilaciones anticipadas en extinción”, cit., pág. 86.

³⁴² GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2013, pág. 3.

³⁴³ Con la entrada en vigor de la vigente LGSS se establecieron dos edades ordinarias de jubilación, la de 67 años, o de 65 años para una carrera de cotización igual o superior a 38,5 años.

la edad media real de acceso a la jubilación con relativo éxito, pues está resultando muy difícil, si no imposible, que las personas trabajadoras por cuenta ajena retarden su edad real de jubilación para que se pueda cumplir con el propósito de armonización entre la edad de jubilación real con la edad de jubilación “legal”³⁴⁴.

En clara contraposición con las ya descritas medidas de alargamiento de la edad de jubilación ordinaria, el legislador sigue manteniendo una política pasiva de empleo ciertamente permisiva y favorecedora de la anticipación de la jubilación ordinaria mediante la aplicación de coeficientes reductores de su pensión, lo que permite el acceso a la prestación de jubilación con una anticipación en años que dependerá de las causas que motivaron el cese en el trabajo o, en su caso, por razón de la actividad desarrollada o grado de discapacidad de la persona trabajadora.

La comisión de seguimiento del Pacto de Toledo, en su Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, advertía que “la jubilación anticipada se ha convertido, básicamente, en una fórmula de regulación de empleo [...] la jubilación anticipada debería reservarse a aquellos trabajadores que cuenten con largas carreras de cotización y, voluntariamente, opten por acogerse a ella [...] se debe conceder mayor relevancia a la carrera de cotización del trabajador, en orden a delimitar la cuantía de su pensión³⁴⁵”. Este informe únicamente justificaba el acceso a la jubilación anticipada en su modalidad voluntaria y para el caso de prolongadas carreras de cotización. Para la Comisión, la evolución de la expectativa de vida después de los 65 años requiere necesariamente la ampliación del periodo de carencia exigido a las personas trabajadoras, con el fin de elevar la edad real de abandono del mercado de trabajo, requisito imprescindible para garantizar la viabilidad del sistema de pensiones³⁴⁶.

³⁴⁴ La edad de jubilación ordinaria en el año 2022 está establecida en 66 años y 2 meses para un periodo de cotización inferior a 37 años y 6 meses, y en 65 años para un periodo de cotización superior a los 37 años y 6 meses. Sin embargo, la edad media real de jubilación apenas está experimentando una ligera subida, pasando de 64,2 años en 2014 a 64,6 años en el acumulado a junio de 2020, siendo para el Régimen General de 64,6 años. Estas variaciones sugieren que las medidas establecidas no están dando el fruto esperado, siendo cada vez mayor el número de trabajadores que optan por anticipar su edad de jubilación. Véase Anexo XV.

³⁴⁵ Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, Colección Seguridad Social, núm. 35, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2011, pág. 87.

³⁴⁶ BLAZQUEZ AGUDO, E.M., “¿Hacia dónde va el sistema de la Seguridad Social? El mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, las expectativas en la prolongación de la vida laboral, las mejoras en el subsidio para desempleados mayores de 52 años, la equiparación entre regímenes y la esperanza mejora de las prestaciones familiares”, cit., pág. 11.

La figura de la jubilación anticipada ya venía contemplada en la anterior LGSS de 1994, si bien, hasta el 1 de enero de 2002³⁴⁷, se limitaba a los grupos o actividades profesionales de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, y con elevadas tasas de morbilidad o mortalidad, debiendo, en todo caso, acreditar las personas trabajadoras afectadas un mínimo de cotización. Con posterioridad a dicha fecha se introduce la jubilación anticipada a partir de los 61 años para aquellas personas trabajadoras en situación de desempleo y cuyo cese en el trabajo no se hubiera producido por causa imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora³⁴⁸. Sin embargo, es únicamente a partir de la Ley 40/2007, que introduce el art. 161bis en la LGSS, cuando se regula la jubilación anticipada en todas sus modalidades.

Posteriormente, se incorpora la distinción entre la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la persona trabajadora (básicamente personas trabajadoras que ven extinguido su contrato de trabajo en procesos de reestructuración empresarial), y aquella otra en que el acceso deriva de la voluntad de la persona interesada, con distintos requisitos de acceso para cada una de ellas, lo que se lleva a cabo según el art.5 de la LAAM.

El RD-Ley 5/2013 introduce una diferencia importante en cuanto modifica la edad de acceso a la jubilación anticipada, de forma que se sustituye el requisito de tener cumplidos 61 años de edad por la anticipación de la jubilación partiendo de la edad ordinaria que le corresponda en función de la carrera de cotización de la persona trabajadora³⁴⁹, y permitiendo la posibilidad de anticipar la jubilación como máximo en 4 años a la edad ordinaria de jubilación, siempre que el acceso sea debido a causa no imputable a la voluntad de la persona interesada; y, en el caso de acceso por libre voluntad de la persona interesada, elimina la edad mínima de los 63 años, facultando a la persona trabajadora para anticipar hasta un máximo de 2 años la edad ordinaria de jubilación.

³⁴⁷ Entrada en vigor del RD-Ley 16/2001 y, a partir del 14 julio 2002 mediante la Ley 35/2002, de 12 de julio.

³⁴⁸ Apartado 3 del artículo 161, introducido por el artículo 3 del RD-Ley 16/2001.

³⁴⁹ MALDONADO MOLINA, J.A., “Vida laboral cotizada: Cómputo y Efectos tras las últimas reformas”, cit., pág. 133.

3. SUPUESTOS DE JUBILACIÓN ANTICIPADA

Por último, la vigente LGSS dedica un artículo específico a cada una de las diferentes modalidades de acceso a la jubilación anticipada: las contempladas en los arts. 206 y 206 bis LGSS, que constituyen supuestos de reducción de la edad de jubilación, por razón de la actividad o en caso de discapacidad; y las previstas en los arts. 207 LGSS, que regula la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora, y 208 LGSS, sobre jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada, supuestos ambos que determinan la aplicación de coeficientes reductores.

3.1. REDUCCIÓN DE LA EDAD DE JUBILACIÓN

3.1.1. Por razón de la actividad (art. 206 LGSS)

El art. 206 LGSS alude a la jubilación anticipada para los grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre (minería, trabajo en el mar, ferroviarios, personal de vuelo, profesionales taurinos, artistas, bomberos, miembros de la Ertzaintza).

Puesto que su estudio no constituye el objeto de esta investigación, basta en este momento apuntar que la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha modificado el art. 206 LGSS, para distinguir los supuestos de realización de trabajos penosos, peligrosos o tóxicos de los que se fundan en una situación de discapacidad, que pasan a regularse en un precepto autónomo (art. 206 bis LGSS), establecer los condicionantes y procedimientos para la fijación de la edad en cada actividad o sector, y prever la posibilidad de aplicar coeficientes reductores o tipos adicionales de cotización sobre la base de contingencias comunes, a cargo de la empresa y de la persona trabajadora, con el fin de garantizar la sostenibilidad del sistema.

3.1.2. En caso de discapacidad (art. 206 bis LGSS)

Con relación a las personas con discapacidad, la ley distingue entre las personas con discapacidad en un grado superior al 65 por 100 y aquellas otras con un grado de discapacidad superior al 45 por 100, estando destinada a “trabajadores que padezcan determinadas discapacidades en las que concurren evidencias que determinan de forma

generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida”³⁵⁰, manteniendo, en líneas generales, la regulación existente.

A) Personas trabajadoras con discapacidad igual o superior al 65 por 100

Según lo establecido en el RD 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía, respecto de las personas trabajadoras por cuenta ajena incluidas en el Régimen General y en los Regímenes Especiales de Trabajadores del Mar y la Minería del Carbón, que, durante los periodos de trabajo realizado acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 y cumplan los demás requisitos exigidos (periodo de cotización y hecho causante), la edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación se reducirá en un periodo equivalente al que resulte de aplicar, al tiempo efectivamente trabajado, el coeficiente del 0,25. Si, además, acreditan la necesidad del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria, el coeficiente de aplicación será del 0,50. La aplicación de estos coeficientes reductores de la edad tendrá como límite la edad de 52 años. Igual regla será de aplicación para las personas trabajadoras que hayan tenido la condición de mutualistas con anterioridad al 1 de enero de 1967 y tengan derecho, conforme dispone la Disp. Trans. 3ª de la LGSS, a causar la pensión de jubilación a partir de los 60 años.

A los efectos del cómputo del tiempo efectivamente trabajado se descontarán todas las faltas al trabajo, salvo las siguientes: las que hayan sido causadas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o profesional, o de accidente, sea o no de trabajo; las que tengan por motivo la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento de menores, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural; y los permisos y licencias retribuidos, disfrutados en virtud de las correspondientes disposiciones normativas o convencionales.

³⁵⁰ RODRÍGUEZ INIESTA, G., “La jubilación anticipada”, en AAVV., LÓPEZ ANIORTE, M.C., GARCÍA ROMERO, B. (Coords.), *La reforma de la pensión de jubilación*, cit., pág. 216.

El período de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación de la persona trabajadora, de acuerdo con lo establecido anteriormente³⁵¹, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de jubilación.

Tanto la reducción de la edad como el cómputo a efectos de cotización del tiempo en que resulte reducida aquella, y que se establecen en los artículos 3 y 4 del citado RD 1539/2003, de 5 de diciembre, se aplicarán a la jubilación de las personas trabajadoras que, habiendo estado comprendidas en el campo de aplicación de dicha norma reglamentaria, tenga lugar en cualquier otro régimen de la Seguridad Social.

B) Personas trabajadoras con una discapacidad igual o superior al 45 por 100

La edad ordinaria de jubilación exigida en cada momento podrá reducirse en el caso de personas trabajadoras con un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100, requiriendo para ello que se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que produzcan de un modo habitual y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas³⁵².

Podrán acceder a ella las personas trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en cualquier régimen de la Seguridad Social, cuando acrediten estar en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante, y a lo largo de su vida laboral, hayan trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al periodo mínimo de cotización exigido para acceder a la pensión de jubilación, y que estén afectadas por alguna de las discapacidades enunciadas en el art. 2 del RD 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis LGSS/1994 (art. 206 de la vigente LGSS), en cuanto a la anticipación de la jubilación de las personas trabajadoras con discapacidad en grado igual o superior al 45 por 100³⁵³.

³⁵¹ Art. 3 RD 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía.

³⁵² Introducido por el RD 1851/2009, de 4 de diciembre.

³⁵³ El citado art. 2 RD 1851/2009, de 4 de diciembre, se refiere a las siguientes enfermedades: discapacidad intelectual, parálisis cerebral, determinadas anomalías genéticas (síndrome de Down, Síndrome de Prader Willy, Síndrome X frágil, Osteogénesis imperfecta, Acondroplasia, Fibrosis quística, Enfermedad de Wilson), trastornos del espectro autista, anomalías congénitas secundarias a Talidomida,

Desde el 1 de enero de 2012, la edad mínima de jubilación de las personas afectadas en grado igual o superior al 45 por 100 por una discapacidad de las enunciadas en el precitado precepto será de 56 años (art. 3 RD 1851/2009).

Para el cómputo del tiempo efectivo trabajado se descontarán todas las ausencias al trabajo, excepto las que tengan por motivo la baja médica por enfermedad común o profesional, o accidente, sea o no de trabajo, las que tengan por motivo la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, y las ausencias del trabajo con derecho a retribución (art. 4 RD 1851/2009).

El periodo de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación de la persona trabajadora se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación (art. 7 RD 1851/2009).

Quienes reúnan las condiciones exigidas para acogerse a lo establecido en dicho RD, en cuanto a la anticipación de la jubilación de las personas trabajadoras con discapacidad en grado igual o superior al 45 por 100, y en el RD 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de las personas trabajadoras que acreditan un grado importante de discapacidad, podrán optar por la aplicación del que les resulte más favorable (Disp. Adic. 1ª RD 1851/2009).

3.2. MODALIDADES DE JUBILACIÓN ANTICIPADA QUE CONLLEVAN LA APLICACIÓN DE COEFICIENTES REDUCTORES

La entrada en vigor del RD-Ley 16/2001, supone la incorporación, por primera vez, del requisito de la edad para acceder a la prestación de jubilación anticipada, siendo este el de tener cumplidos los 61 años y encontrarse inscrito como demandante de empleo durante un periodo de al menos 6 meses, con un requisito de periodo mínimo de cotización de 30 años. Dicha norma, exigía, además, que el cese en el trabajo como consecuencia de la extinción de la relación laboral no se produjese por causa imputable a

secuelas de polio o síndrome postpolio, daño cerebral adquirido (por traumatismo craneoencefálico, secuelas de tumores SNC, infecciones o intoxicaciones), enfermedad mental (esquizofrenia, trastorno bipolar), y ciertas enfermedades neurológicas (Esclerosis Lateral Amiotrófica, esclerosis múltiple, Leuco distrofias, síndrome de Tourette, lesión medular traumática).

la libre voluntad de la persona trabajadora³⁵⁴, entendiendo por tal la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que lo impida, decide poner fin a la misma. Posteriormente, la Ley 40/2007, introdujo el art. 161.bis en la LGSS/1994, que mantenía el requisito de edad en los 61 años, y la exigencia de acceso ajeno a la libre voluntad de la persona interesada.

A partir del 1 de enero de 2013, fecha de entrada en vigor de la LAAM, se establecen dos modalidades de acceso a la jubilación anticipada: la que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable a la persona trabajadora y la que obedece a la voluntad de la persona interesada; manteniendo el requisito de tener cumplidos 61 años de edad para el acceso por causa no imputable a la voluntad de la persona interesada, e incorporando el requisito de tener cumplidos los 63 años de edad, en el caso de acceso por libre voluntad de la persona interesada. Se mantiene el requisito de acreditar la inscripción como demandante de empleo durante los 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación, elevando el requisito de periodo mínimo de cotización efectiva a 33 años para la modalidad de acceso por causa ajena a la libre voluntad de la persona trabajadora. Respecto de la modalidad de acceso por voluntad de la persona interesada, la misma deberá acreditar un mínimo de cotización efectiva de 35 años.

3.2.1. Jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora

Esta modalidad de jubilación no es accesible a partir de cualquier extinción involuntaria del contrato de trabajo, sino que debe estar directamente vinculada a situaciones de reestructuración empresarial³⁵⁵. Hasta la entrada en vigor de la LAAM, la extinción del contrato de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 LGSS/1994, se presuponía involuntaria en todo caso. Los requisitos de inscripción en la

³⁵⁴ “La normativa de Seguridad Social define la libre voluntad -como elemento contrario a la involuntariedad que actúa con requisito necesario para poder acceder a una jubilación anticipada con un coeficiente reductor más favorable para el trabajador afectado-” [GALA DURÁN, C., “Comentario de la STS de 30 de enero de 2006 (Recurso núm. 5320/2004): Acuerdos de prejubilación, “involuntariedad” en el cese y determinación de los coeficientes reductores aplicables en el caso de la jubilación anticipada”, *IUSLabor*, núm. 3, 2006, pág. 4].

³⁵⁵ RODRÍGUEZ CARDO, I., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, cit., pág. 179, citando a SEMPERE NAVARRO, A.V., “Actualización del sistema de Seguridad Social (III): la reforma de la jubilación”, *Aranzadi Social*, vol. 4, núm. 8, 2011, págs.11 y ss.

oficina de empleo y cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora, no eran exigidos en 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 de trabajo, 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*”, introduciendo la LAAM, por primera y única vez, el contrato individual de prejubilación con idénticos beneficios que la obligación adquirida mediante acuerdo colectivo. En cuanto a los coeficientes reductores de la pensión de jubilación, se establecieron idénticos para ambas modalidades de anticipación³⁵⁶.

El RD-Ley 5/2013, introduce una sustanciosa novedad, consistente en la desaparición de la referencia a la edad de 61 años para acceder a la jubilación anticipada por causa no imputable a la libre voluntad de la persona interesada, pasando a establecerse una edad inferior en 4 años, como máximo, a la edad que en caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 161.1.a) LGSS 1994, es decir, a la edad ordinaria de jubilación que en cada momento se establezca. Como se sabe, la edad ordinaria de jubilación está establecida en los 67 años desde 1 de enero de 2013, si bien la Disp. Trans. 7ª de la LGSS, establece un periodo transitorio para llegar a dicha edad ordinaria de jubilación en 2027, por lo que en cada año se estará a la edad establecida en la misma. Por tanto, la anticipación de la edad de jubilación por causa no imputable a la libre voluntad de la persona interesada se establece, como regla general, a la edad mínima de 63 años.

Esto no quiere decir que no se pueda acceder a ella a los 61 años, pues la propia Disp. Trans. 7ª y el art. 205.1.a) de la LGSS, establecen la jubilación ordinaria a la edad de 65 años para aquellas personas trabajadoras que acrediten un periodo igual o superior

³⁵⁶ Tanto para la jubilación por causa ajena a la libre voluntad de la persona trabajadora como para la derivada de la voluntad de la persona interesada, se establecieron idénticos coeficientes reductores de la pensión de jubilación, diferenciando únicamente en función de la carrera de cotización: un coeficiente del 1,875 por 100 por trimestre para los trabajadores con menos de 38 años y 6 meses cotizados, y del 1,625 por 100 por trimestre para los trabajadores con 38 años y 6 meses cotizados o más.

a los 38 años y 6 meses de cotización. En consecuencia, dado que para estas personas trabajadoras su edad de jubilación ordinaria es de 65 años, los 4 años de anticipación les permiten acceder a ella a la edad de 61 años, siempre y cuando acrediten el resto de los requisitos de acceso³⁵⁷, manteniendo, en cualquier caso, el requisito de encontrarse inscritas como demandantes de empleo al menos durante los 6 meses anteriores a la fecha de solicitud de jubilación³⁵⁸.

La gran novedad que incorpora esta nueva redacción consiste en restringir la consideración del cese involuntario, pues se pasa de considerar como tal cualquiera de las situaciones de desempleo contempladas en el art. 161 bis 2.d) de la LGSS/1994, a exigir que sea como consecuencia de una reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. El entendimiento de lo que significa libre voluntad o causa ajena a la libre voluntad de la persona interesada, que en un principio podría y debería ser sencillo, ha sido objeto de debate y evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, en la que sin duda ha influido la realidad sociolaboral. Resulta interesante observar la evolución que el requisito de la involuntariedad en el acceso a la jubilación anticipada ha venido experimentando desde 1 de enero de 2002.

- 1) Desde el 1 de enero de 2002, se requería que la extinción del contrato de trabajo no se produjese por causa imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora, entendiendo por tal, 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.

³⁵⁷ El art. 207.1 LGSS establece como requisitos para la jubilación anticipada: tener cumplida una edad que sea inferior, en cuatro años como máximo, a la edad legal de jubilación; encontrarse inscrito como demandante de empleo durante al menos los 6 meses anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación; y acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años. En su apartado d), establece, además, como requisito que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral.

³⁵⁸ Requisito introducido en los artículos 3 del RD-Ley 16/2001 y de la Ley 35/2002, de 12 de julio, y mantenido por la Ley 27/2011, de 1 de agosto y por el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, así como por el artículo 207.1 b) de la vigente LGSS y su Disp. Trans. 4ª por la que se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, a las pensiones que se causen antes de 1 de enero de 2021 a las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013 y que no hayan vuelto a ser incluidas en ninguno de los regímenes de la Seguridad Social con posterioridad a esa fecha. La jurisprudencia interpreta literalmente el requisito, siendo suficiente el hecho de “haber estado inscrita en la oficina de empleo como demandante de empleo durante un plazo de al menos seis meses anteriores a la solicitud” (SSTS Sala 4ª, de 1 de diciembre de 2020, rec. 2390/2018, y de 28 de octubre de 2020, rec. 3264/2018, entre otras).

- 2) A partir de 1 de enero de 2008, además del requisito de que la extinción obedeciera a causa no imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora, se incorpora la presunción de que, en todo caso, se considerará que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se hubiera producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 de la LGSS, eximiendo de los requisitos de periodo de cotización y la inscripción como demandante de empleo, al menos, 6 meses antes de la fecha de solicitud de la jubilación³⁵⁹, en aquellos supuestos en los que, mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, la empresa hubiera abonado a la persona trabajadora una vez extinguido el contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, representara 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.
- 3) A partir de 1 de enero de 2013, se introduce una importante modificación en las causas del cese en el trabajo, debiendo ahora haberse producido como consecuencia de una situación de crisis o cierre de la empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral. Desaparece la presunción que hasta ahora existía de involuntariedad y, en su lugar, se enumeran las causas que podrían dar derecho al acceso a la anticipación de la jubilación; a saber: el despido por causas económicas, debidamente autorizado por la autoridad laboral del art. 51 ET, el despido objetivo también por causa económica conforme al art. 52 ET, la extinción del contrato de trabajo por resolución judicial conforme a la Ley Concursal³⁶⁰, la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual o la

³⁵⁹ Requisito que la jurisprudencia interpreta de forma literal. Así, la STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2019, rec. 175/2019, señala que: “respecto a la inscripción en las oficinas de empleo como demandante de empleo se exige solo que conste “en los 6 meses anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación”.

³⁶⁰ Actualmente: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

extinción de la personalidad jurídica, así como la motivada por causa de fuerza mayor, conforme al art. 49 ET. Como novedad, se incorpora la extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

- 4) A partir de 17 marzo 2013, se vuelve a producir una reforma en esta materia, pues, además de la reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral, se amplían las causas de extinción del contrato de trabajo en caso de despido objetivo y colectivo, de forma que, a esta modalidad de jubilación anticipada se podrá acceder no solo por causas económicas, sino también por causas, técnicas, organizativas o de producción, es decir, todas las causas que al efecto contemplan los artículos 51 y 52.c) del ET³⁶¹.
- 5) La última, hasta el momento, de esta saga de reformas ha sido efectuada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, que viene a añadir el período de prestación del servicio social femenino obligatorio a los supuestos que computan como de período cotizado a efectos de la acreditación de los 33 años exigidos para acceder a esta modalidad de jubilación. Dicha reforma recoge el criterio sentado por la STS 115/2020, de 6 de febrero³⁶². Asimismo, amplía las causas contempladas en el art. 207 LGSS, para incluir, además de las previstas en el art. 52.c) ET, los supuestos de extinción conforme a los apartados a) y b) del mismo precepto. Y se añaden los supuestos de rescisión por voluntad de la persona trabajadora previstos en los arts. 40.1, 41.3 y 49.1.m), y de resolución judicial conforme al art. 50 del mismo cuerpo legal.

³⁶¹ Concretamente, se podrá llegar a esta modalidad de jubilación en caso de despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 ET (anteriormente se limitaba a causas económicas solamente); asimismo, en los supuestos de despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 52.c) ET; extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 ET, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante; extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el artículo 51.7 ET, y extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.

³⁶² Rec. 3801/2017.

Así pues, la propia ley delimita claramente los supuestos en los que se considera la extinción del contrato de trabajo por causas no imputables a la libre voluntad de la persona trabajadora - tasadas en el art. 207.1.d) LGSS³⁶³, dejando fuera de dicha consideración aquellas otras extinciones del contrato de trabajo que, sin deberse a una reestructuración empresarial, sí serían claramente ajenas a la libre voluntad de la persona trabajadora. Esta delimitación encuentra acogida en la interpretación que al efecto lleva a cabo la Sala 4ª del TS, al afirmar que, el legislador ha querido, expresa y taxativamente, centrar de forma limitada y estricta la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada, elaborando para ello un concepto “*ad hoc*”, como es el de la reestructuración empresarial, fijando y concretando el contenido y alcance del mismo³⁶⁴, excluyendo la ley todas las demás situaciones que dan lugar a la extinción del contrato de trabajo y también obedecen a causa no imputable a la persona trabajadora.

Esta literal interpretación de la norma para el acceso a la jubilación anticipada, evidencia la necesidad de una reforma que contemple otras causas de extinción del contrato de trabajo igualmente ajenas a la libre voluntad de la persona trabajadora, al objeto de evitar lo que podría considerarse una discriminación respecto de unas personas trabajadoras que ven extinguida su relación laboral por causas ajenas a su voluntad y que,

³⁶³ A cuyo efecto, se exige: “d) *Que el cese en el trabajo se haya producido por alguna de las causas siguientes:*

1.ª El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.ª El despido por causas objetivas conforme al artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

3.ª La extinción del contrato por resolución judicial en los supuestos contemplados en el texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

4.ª La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.

5.ª La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el artículo 51.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

6.ª La extinción del contrato por voluntad del trabajador por las causas previstas en los artículos 40.1, 41.3 y 50 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

7.ª La extinción del contrato por voluntad de la trabajadora por ser víctima de la violencia de género prevista en el artículo 49.1.m) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

³⁶⁴ STS, Sala 4ª, de 10 de febrero de 2021, rec. 3370/2018.

pese a tener la edad requerida, no pueden acceder a la jubilación anticipada por no encontrarse en alguna de las causas tasadas para ello³⁶⁵.

Tal sería el caso de un despido declarado improcedente en sede judicial y en el que la empresa opte por la facultad que le otorga el artículo 56.1 ET, de extinguir el contrato de trabajo e indemnizar a la persona trabajadora³⁶⁶. La declaración de improcedencia en sede judicial ratifica la involuntariedad de extinción del contrato por la persona trabajadora, pese a lo cual, en caso de tratarse de una persona trabajadora de edad avanzada, la misma vería vedado su derecho de acceso a la jubilación anticipada en su modalidad de acceso por causa ajena a su libre voluntad al no ser el despido improcedente una de las causas de acceso a la misma, aunque acreditase los requisitos relativos al periodo de cotización y a la situación de desempleo.

También puede darse la extinción del contrato de trabajo por voluntad de la persona trabajadora, fundamentada en un incumplimiento contractual de la empresa en los supuestos regulados en los arts. 49.j) y 50 del ET³⁶⁷. Los casos más frecuentes de resolución judicial por dicha vía legal son los de impago reiterado de salarios y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 ET y que redunden en menoscabo de la dignidad de la persona trabajadora. En estos casos, la persona trabajadora ejercita un derecho que al efecto le otorga la norma, pues la continuación de la relación laboral se hace imposible para la persona trabajadora, como consecuencia de un incumplimiento grave y culpable de la empresa. El propio TS, en su sentencia de 15 de septiembre de 2016³⁶⁸, ante una demanda de extinción del contrato de trabajo a instancia de la persona trabajadora por impago de salarios, establece que “debe considerarse justificada la interrupción del trabajo efectivo puesto que hacía ya más de seis meses que no se percibía ningún tipo de retribución, lo

³⁶⁵ LÓPEZ CUMBRE, L., “Jubilaciones anticipadas en extinción”, cit., pág.88.

³⁶⁶ Así, la STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 13 de marzo de 2019, rec. 96/2019, sobre la denegación de pensión de jubilación por parte del INSS a un trabajador de 62 años al que la sentencia del Juzgado de lo Social declaró su despido como improcedente. La Sala del STSJ Extremadura desestima la demanda del trabajador en base a que el despido improcedente no se encuentra entre las causas tasadas para el acceso a la jubilación anticipada del art. 207 LGSS.

³⁶⁷ La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha incluido este supuesto entre los que permiten la jubilación anticipada por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora.

³⁶⁸ Sala 4ª, rec. 174/2015.

que indudablemente habría de afectar no solo a la propia dignidad del trabajador, sino además a su propia subsistencia y a la de las personas que de él dependieran”.

Igualmente, en dichos supuestos de resolución judicial se incluye la debida a acoso moral por razón de la edad, siendo relativamente frecuente que las personas trabajadoras de edad avanzada sean objeto de conductas no deseadas que tengan por objeto atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo, con repetición de determinadas conductas que se mantienen en el tiempo, y puestas en práctica con la intención de minar o anular la autoestima de la persona trabajadora, normalmente a la finalidad de abocarle a la ruptura de la relación laboral³⁶⁹.

La misma consideración merece, en fin, el caso de un cierre de la empresa judicialmente declarado improcedente, si bien no por causas objetivas ni de reestructuración.

En estos casos, pese a que en sede judicial queda patente que la persona trabajadora se ha visto obligada a optar por la extinción del contrato de trabajo, de forma que dicha resolución no se basa en la libre voluntad, sino que ha sido provocada exclusivamente por el incumplimiento grave de la empresa, se impide a la persona trabajadora acogerse a una jubilación anticipada por causa no imputable a la misma, lo que supone un perjuicio injustificado para estas personas trabajadoras.

A la vista de la conflictividad suscitada en la anterior regulación y de la doctrina judicial recaída en su aplicación, la doctrina había señalado el carácter de imperativo de una modificación legislativa que incorporara, entre los motivos de extinción que permiten el acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora, aquellos supuestos que, aun operando a instancia de la persona trabajadora, tienen su origen en circunstancias o el comportamiento de la empresa³⁷⁰, pues el mantenimiento de

³⁶⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad”, en AA.VV., LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pág.1461.

³⁷⁰ La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, incorpora alguna de estas circunstancias en la modificación del artículo 207 LGSS, si bien siguen siendo a todas luces insuficientes [“6.ª La extinción del contrato por voluntad del trabajador por las causas previstas en los artículos 40.1, 41.3 y 50 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. 7.ª La extinción del contrato por voluntad de la trabajadora por ser víctima de la violencia de género prevista en el artículo 49.1.m) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”].

la anterior redacción restaba alternativas a estas personas trabajadoras frente a las referidas prácticas de acoso y discriminación. Se trataba de una situación a todas luces injusta para las personas trabajadoras de edad avanzada afectadas por dicha situación, en la medida en que el legislador establecía un tratamiento menos favorable que el deparado a la persona trabajadora cuyo contrato de trabajo se extingue por causas ajenas a su libre voluntad, y que se traduce en mejores condiciones de acceso a la prestación de desempleo (art. 267 LGSS), un más favorable tratamiento fiscal a la indemnización que en su caso pueda percibir de la empresa como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo (art. 7 Ley Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas³⁷¹, en adelante LIRPF) y, como se acaba de exponer, en un tratamiento más favorable en el acceso a la jubilación anticipada. En cuanto recibían peor trato en el acceso a esta modalidad de jubilación que quienes ven extinguido su contrato por crisis de empresa, se podía considerar que esta diferencia de trato ante la ley era injustificada y contraria al artículo 14 CE.

En atención a lo anterior, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha incorporado entre las causas que permiten la jubilación anticipada por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora, los supuestos de extinción conforme al art. 50 ET.

3.2.2. Jubilación anticipada por voluntad de la persona trabajadora

Sin duda alguna, la característica principal de esta modalidad de jubilación es la voluntariedad en el acceso a ella por la persona trabajadora. Ahora bien, además de quienes voluntariamente cesen en el trabajo, se deben incorporar a esta modalidad aquellas personas trabajadoras cuya relación laboral se haya extinguido por alguna causa ajena a su voluntad³⁷², pero no se encuentren contempladas en las predeterminadas por el artículo 207 LGSS relativas a los procesos de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral.

A) Regulación anterior a la LAAM

Como se ha constatado anteriormente, es a partir del 1 de enero de 2013, fecha de entrada en vigor de la LAAM, cuando se diferencian dos modalidades de acceso a la

³⁷¹ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

³⁷² RODRÍGUEZ CARDO, I., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, cit., pág. 181.

jubilación anticipada, la que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable a la persona trabajadora y la que deriva de la voluntad de la persona interesada, estableciéndose para ellas requisitos distintos en materia de acceso a la pensión.

La regulación anterior a la entrada en vigor de la LAAM establecía la jubilación anticipada a partir de los 61 años de edad, con los requisitos de que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se hubiese producido por causa imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora, así como el requisito de estar inscrito como demandante de empleo durante al menos los 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación, así como acreditar un periodo mínimo de cotización de 30 años.

B) Regulación introducida por la LAAM

Como consecuencia de la introducción de las dos modalidades de acceso a la jubilación anticipada, la derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la persona trabajadora y la que deriva de la voluntad de la persona interesada, la edad mínima para acceder a la jubilación anticipada se establece en los 63 años para el caso de acceso por libre voluntad de la persona trabajadora, y en los 61 años en caso de acceso por causa no imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora, tomando como referencia la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el art. 161.1.a) y en la Disp. Trans. 20ª de la LGSS/1994.

Se establece un requisito adicional para el acceso por libre voluntad de la persona interesada, requisito relativo a la cuantía de la pensión resultante, que ha de ser superior a la cuantía mínima que correspondería a la persona interesada por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años³⁷³, requisito que no se exige para la modalidad de acceso involuntario.

³⁷³ Requisito que necesariamente habrá de ser objeto de revisión con base en el Reglamento núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, que se opone a la normativa de un Estado miembro que impone, como requisito para que un trabajador acceda a una pensión de jubilación anticipada, que el importe de la pensión a percibir sea superior al importe de la pensión mínima que ese trabajador tendría derecho a percibir al cumplir la edad legal de jubilación en virtud de dicha normativa (STJUE nº C-398/18 y C-428/18 de 5 de octubre de 2019).

Igualmente, se establece un último requisito común a ambas modalidades de acceso a la jubilación anticipada, consistente en la necesidad de acreditar un periodo de cotización efectiva de al menos 33 años, sin que, se tenga en cuenta la parte proporcional de las pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

C) Regulación introducida por el RD-Ley 5/2013

A partir del 17 de marzo de 2013, fecha de entrada en vigor del RD-Ley 5/2013, se establecen diferencias sustanciales en los requisitos de acceso a la jubilación anticipada, siendo sin duda, la principal innovación introducida el cambio que se atribuye al cese involuntario, pasándose de considerar como tal cualquier extinción del contrato de trabajo que tuviese su origen en cualquiera de las causas de desempleo contempladas en el artículo 208 de la LGSS 1994, a contemplar solamente las propias causas contempladas en la norma para los procesos de reestructuración empresarial.

Respecto de la edad de acceso a la jubilación anticipada, deja de establecerse en una edad mínima, siendo de aplicación una regla de anticipación máxima a la edad de jubilación ordinaria en función de la modalidad por la que se accede a la jubilación anticipada. Para la modalidad de acceso voluntario se establece una anticipación máxima de 2 años respecto de la edad ordinaria de jubilación que en cada momento resulte de aplicación.

En lo que concierne al período de cotización mínima exigido, dicho requisito se endurece respecto del acceso por causa ajena a la libre voluntad de la persona interesada, estableciéndose un mínimo de cotización efectiva de 35 años (2 años más que para la modalidad de acceso por causa involuntaria).

D) La reforma efectuada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre

Como en el supuesto de jubilación por causa ajena “forzada”, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, añade el período de prestación del servicio social femenino obligatorio a los supuestos que computan como de período cotizado a efectos de la acreditación de los 35 años exigidos para acceder a esta modalidad de jubilación.

4. CUANTÍA DE LA PENSIÓN

Respecto de la cuantía de la pensión a percibir, no existe diferencia alguna a la hora de establecer la base reguladora en función de las bases de cotización que correspondan con la carrera de cotización de la persona trabajadora dependiendo de la modalidad por la que se accede a ella, siendo las reglas y porcentajes idénticos para ambas modalidades, a excepción de los coeficientes reductores aplicables en base a la modalidad de acceso a la jubilación, que serán mayores en el caso de la jubilación anticipada voluntaria.

4.1. LA APLICACIÓN DE COEFICIENTES REDUCTORES DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN CASO DE ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

Desde la introducción de la posibilidad de anticipar la jubilación a partir de los 61 años para quienes no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967³⁷⁴, ha sido paulatina la ampliación de las posibilidades de acceso a la misma, culminando con el establecimiento de distintas modalidades de acceso en función de si se produce por la libre voluntad de la persona trabajadora³⁷⁵ o por causa ajena su libre voluntad³⁷⁶. Como contrapartida, se han establecido coeficientes reductores de la pensión de jubilación, al objeto de penalizar la anticipación llevada a cabo en la percepción de la prestación en función del período de tiempo en que se anticipa la pensión, a fin de reducir la cuantía de esta.

Las condiciones de acceso a la jubilación anticipada dependen de que la extinción de la relación laboral se haya llevado a cabo de forma voluntaria o por causas ajenas a la libre voluntad de la persona trabajadora. En efecto, en función de una u otra calificación se podrá anticipar la jubilación hasta 4 años en caso de cese involuntario y hasta 2 años en el caso de cese voluntario, y dicha calificación implicará la aplicación de diferentes coeficientes reductores de la pensión de jubilación.

Para el caso de que la solicitud de jubilación anticipada se fundamente en un cese de la relación laboral por causa no imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora,

³⁷⁴ RD-Ley 16/2001, de 28 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

³⁷⁵ Artículo 208 LGSS.

³⁷⁶ Artículo 207 LGSS.

la norma exige los siguientes requisitos: tener cumplida una edad que sea como máximo 4 años inferior a la que en cada caso resulte de aplicación conforme a lo establecido en el art. 205.1.a) LGSS; encontrarse inscrita como demandante de empleo al menos 6 meses antes a la fecha de la solicitud; acreditar una carrera de cotización de al menos 33 años; así como que el cese en el trabajo sea consecuencia de una reestructuración empresarial u otra de las causas tasadas que impiden la continuidad de la relación laboral. Dichas causas son: 1) el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del art. 51 ET; 2) el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del art. 52.a), b) y c) ET; 3) la extinción del contrato por resolución judicial basada en el art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal³⁷⁷; 4) la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, así como la extinción de la personalidad jurídica de la empresa; 5) la extinción del contrato por causa de fuerza mayor, debiendo acreditar la persona trabajadora haber percibido la indemnización correspondiente por la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto la correspondiente demanda judicial para reclamarla o impugnar la decisión extintiva; 6) la extinción por voluntad del trabajador por las causas previstas en los art. 40, 41 y 50 ET; y 7) la extinción del contrato por voluntad de la trabajadora por ser víctima de la violencia de género prevista en el art. 49.1.m) ET³⁷⁸.

En el supuesto de que la solicitud de jubilación anticipada tenga su origen en una extinción de la relación laboral derivada de la libre voluntad de la persona trabajadora, los requisitos que prevé la norma son: tener cumplida una edad que sea, como máximo, 2 años inferior a la que resulte de aplicación conforme a lo establecido en el art. 205.1.a) LGSS, acreditar una carrera de cotización de al menos 35 años. Además de estos requisitos, por último, el importe de la pensión a percibir debe ser superior a la cuantía mínima que correspondería a la persona interesada al cumplir los 65³⁷⁹. Una vez

³⁷⁷ Actualmente, artículos 169 a 185 de la vigente Ley Concursal.

³⁷⁸ Las causas 6 y 7 han sido introducidas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

³⁷⁹ Requisito que ha sido ratificado por la STJUE C-843/19, de 21/01/2021. La Sala Octava del Tribunal declara: “El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, en caso de que un trabajador afiliado al régimen general de la seguridad social pretenda jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho a una pensión de jubilación anticipada al requisito de que el importe de esta pensión sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a ese trabajador a la edad de 65 años, aunque esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente, siempre

establecida la modalidad por la que la persona trabajadora accede a la anticipación de la prestación, la aplicación de los coeficientes reductores de la misma se ven modulados en función de la carrera de cotización que acredite la persona trabajadora.

En ambas modalidades de jubilación anticipada, a los solos efectos de determinar la edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido a la persona trabajadora de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que resulte de aplicación conforme a lo establecido en el art. 205.1.a) ET. Los coeficientes reductores de la pensión de jubilación no dejan de ser, en realidad, un coste que la persona trabajadora asume por la anticipación de la prestación, coste destinado a intentar compensar a la Seguridad Social por el tiempo que adelanta la percepción de la prestación respecto a su edad de jubilación ordinaria, pues supondrá el cobro de la prestación durante un mayor periodo de tiempo.

Los referidos coeficientes reductores de la pensión de jubilación, de aplicación en función de los años de cotización de la persona trabajadora, han experimentado una evolución relevante³⁸⁰. Tras la entrada en vigor de la LAAM, los coeficientes reductores, que hasta entonces se aplicaban en cómputo anual, pasaron a aplicarse en cómputo trimestral, siendo significativo el hecho de que se aplicase idéntico coeficiente al acceso a la jubilación anticipada por causa imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora que, a los supuestos de jubilación por causa no imputable a la misma, estableciéndose la distinción en función de los años efectivamente cotizados.

Con la entrada en vigor del RD-Ley 5/2013, se pone fin a esta equiparación mediante la introducción de cuatro periodos de cómputo de cotizaciones, así como el establecimiento de un mayor coeficiente de reducción para la modalidad de acceso por libre voluntad de la persona trabajadora.

Se introduce la penalización adicional contemplada en el art. 163.3 LGSS/1994 a partir de 1 de enero de 2013, consistente en aplicar, al importe de la pensión que resulte de la aplicación a la base reguladora de los coeficientes que correspondan en función de

que esta consecuencia quede justificada no obstante por objetivos legítimos de política social ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

³⁸⁰ Véase la tabla resumen en el Anexo XVI.

la carrera de cotización acreditada. Esta nueva limitación/penalización, tiene como objeto conseguir que, siempre y en todo caso, cuando la persona trabajadora acceda a la anticipación de la jubilación, vea penalizada la prestación, y dirigida especialmente a las personas trabajadoras con largas carreras y elevada base de cotización, al disponer que, una vez aplicados los coeficientes reductores de la pensión de jubilación, el importe resultante de esta no podrá ser superior a la cuantía de reducir el tope máximo de pensión en un 0,25 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación.

Es decir, en cualquier caso, la prestación será siempre objeto de reducción, percibiendo la persona trabajadora la menor que resulte de aplicar a su base reguladora el porcentaje que corresponda por trimestre o fracción de trimestre de anticipación y el resultado de minorar la pensión máxima establecida en cada momento en la LPGE en el porcentaje que corresponda de aplicar un 0,25 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación. Tras la entrada en vigor del RDL 5/2013, este coeficiente de aplicación se situó en un 0,50 por 100 por cada trimestre de anticipación, penalización que se mantiene en la vigente LGSS para el acceso por causa involuntaria.

Las reformas introducidas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, modifican los coeficientes aplicables a la jubilación anticipada, en dos aspectos: en primer lugar, los coeficientes reductores aplicables no operan ya por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipo, sino por cada mes o fracción de mes que en el momento del hecho causante falte a la persona trabajadora para cumplir la edad legal de jubilación que resulte de aplicación; en segundo lugar, dichos coeficientes varían en función del tiempo de cotización acreditado en la fecha del hecho causante de la jubilación³⁸¹, produciendo un efecto desigual en la cuantía de la pensión, ya que penalizan en mayor cuantía a medida que la edad de jubilación efectiva se aleja de la ordinaria legalmente prevista.

La cuantía de la pensión se ve, asimismo, mermada tras la reforma como consecuencia de la forma en que se aplican los coeficientes, ya que afectan a la cuantía resultante de aplicar el límite máximo de la pensión. Hasta la entrada en vigor de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, los coeficientes se aplicaban sobre la pensión resultante de

³⁸¹ En el anexo XVII, se puede consultar una tabla comparativa de la legislación anterior y la legislación en vigor, así como la aplicación gradual de los coeficientes reductores establecidos en la nueva Disp. Trans. 34ª LGSS.

aplicar a la base reguladora el correspondiente porcentaje en función de la carrera de cotización acreditada, si bien no se consideraba el límite máximo de la pensión pública que cada año se establece en la LPGE, por lo que, si resultaba una pensión superior al límite máximo de pensión pública, el importe de la pensión no podría ser superior a la cuantía que resulte de reducir el tope máximo de pensión en un 0,50 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación³⁸².

Tras la entrada en vigor de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, se ha establecido una clara diferenciación en la aplicación de coeficientes para cada modalidad de acceso. Así, cuando se produce por causa ajena a la voluntad de la persona interesada, los coeficientes reductores se aplican sobre la pensión resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda por la carrera de cotización que se acredite, no pudiendo superar la cuantía que resulte de reducir el tope máximo de pensión en un 0,50 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación. Respecto de la jubilación por voluntad de la persona interesada, los coeficientes reductores se aplican sobre el importe de la pensión resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda por meses de cotización, si bien, en este caso, cuando la pensión resultante supere el límite de la cuantía inicial de las pensiones establecido en la LPGE para ese año, los coeficientes reductores se aplicarán sobre dicho límite, lo que de hecho supone una menor pensión para largas carreras y elevadas bases de cotización³⁸³.

Una importantísima novedad que incorpora esta nueva Disp. Trans. 34ª LGSS y de enorme trascendencia para todo el personal del sector bancario, es la relativa a la aplicación de las reglas de acceso a la jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, cuando la base reguladora de la pensión resulte superior al límite de la cuantía inicial de las pensiones que cada año establece la LGSS (para largas carreras de cotización y con bases elevadas),

³⁸² No siendo de aplicación para las jubilaciones anticipadas de los arts. 206 y 206 bis, en relación con los grupos o actividades de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, o con las personas con discapacidad.

³⁸³ Minoración que el legislador ha intentado atemperar mediante la introducción de una nueva disposición transitoria 34ª en la LGSS, que, en su punto 1º, dispone que la aplicación de esta medida solamente será de aplicación “*en la medida en que la evolución de la pensión máxima del sistema absorba completamente el efecto del aumento de coeficientes respecto a los vigentes en 2021 para aquellos trabajadores con base reguladora superior a la pensión máxima, de manera que la pensión reconocida no resulte en ningún caso inferior a la que habría correspondido con la aplicación de las normas vigentes en 2021*”.

siendo el requisito para ello que se cumpla alguna de las siguientes condiciones: “a) que la extinción se haya producido antes de 1 de enero de 2022, siempre que con posterioridad a tal fecha la persona no vuelva a quedar incluida, por un periodo superior a 12 meses, en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social; b) que la extinción se produzca después de esa fecha como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o en virtud de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa o decisiones adoptadas en procedimientos concursales, que fueran aprobados con anterioridad al 1 de enero de 2022. No obstante, para el reconocimiento del derecho a pensión de las personas a las que se refieren las letras a) y b) anteriores, la entidad gestora aplicará la legislación que esté vigente en la fecha del hecho causante de la misma, cuando resulte más favorable a estas personas.”

Con el objeto de comprender la aplicación de los coeficientes en las sentencias que se analizan a continuación, es preciso acudir a la tabla de coeficientes reductores vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre³⁸⁴.

Aunque la voluntariedad o involuntariedad en la extinción del contrato de trabajo será objeto de posterior estudio, conviene traer a colación el criterio que mantenía la Sala 4ª del Tribunal Supremo, en los casos de extinción de la relación laboral en virtud de ERE³⁸⁵, y la consecuencia práctica de su utilización para determinar los coeficientes reductores de aplicación.

En este punto, parece oportuno citar el caso de un trabajador de la Caja de Ahorros de Asturias, que cesó en su relación laboral con motivo de ERE aprobado por la Dirección General de Trabajo³⁸⁶. Al cumplir los 60 años solicitó la pensión de jubilación anticipada, que le fue concedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), aplicándole un porcentaje reductor del 40 por 100 de su base reguladora, por entender que el cese fue voluntario. El trabajador presentó demanda contra el INSS, estableciendo la sentencia de instancia el carácter de involuntario al cese de la relación laboral.

³⁸⁴ Véase la tabla de coeficientes contenida en el Anexo XVIII.

³⁸⁵ Doctrina previa a la STS, Sala 4ª, de 24 de octubre de 2006, rec. 4453/2004.

³⁸⁶ STS, Sala 4ª, de 20 de septiembre de 2005, rec. 877/2004.

La sentencia fue revocada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, y posteriormente recurrida en casación por el trabajador. La Sala 4ª del TS, para resolver el conflicto, recurre a la doctrina unificada en la que entiende que, quienes deciden aceptar voluntariamente la oferta de un plan de jubilación, consensuado por la empresa con la legal representación de las personas trabajadoras y aprobado por la Autoridad Laboral, después de conocer sus condiciones, no son objeto de un despido colectivo del art. 51 ET, sino que extinguen de mutuo acuerdo con la empresa [art. 49.1.a] ET) sus contratos de trabajo. Por tanto, al ser un cese calificado como voluntario, es objeto de la aplicación de coeficientes reductores de la pensión de jubilación superiores que los que se aplicarían para el caso de que fuese considerado cese por causa ajena a su libre voluntad. El mencionado criterio igualmente se aplica en el caso de que el cese en el trabajo se haya producido mediante un contrato de prejubilación establecido en el convenio colectivo de empresa³⁸⁷.

En ese momento, para la Sala 4ª TS, la decisión de las personas trabajadoras de cesar en la empresa debe ser vinculada a la causa de extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso o mutuo acuerdo extintivo de la relación de trabajo prevista en el art. 49.1.a) ET. En consecuencia, puesto que la jubilación anticipada solicitada por el trabajador, trae causa de un acuerdo extintivo de la relación laboral adoptado conjuntamente por voluntad del empresario y el trabajador, no puede considerarse forzosa sino voluntaria, por lo que el coeficiente reductor de la pensión de jubilación que se ha de aplicar al trabajador es el de la jubilación anticipada por su propia voluntad (lo que supone la aplicación de un coeficiente reductor de la pensión de jubilación de un 8 por 100 anual en lugar de un 7 por 100 si el cese fuese calificado de involuntario). Posteriormente, en su sentencia de 24 de octubre de 2006, la Sala 4ª del Tribunal Supremo estableció el criterio vigente en la actualidad, estableciendo la involuntariedad en la extinción del contrato de trabajo cuando se lleva a cabo en el marco de un ERE, aun cuando la adhesión al mismo de la persona trabajadora sea voluntaria.

Igualmente es necesario, por los numerosos casos que se presentan, estudiar el criterio con el que la Sala 4ª ha venido interpretando la DT 3ª.1. 2ª LGSS de 1994 para el acceso a la jubilación anticipada y la correspondiente aplicación de los coeficientes

³⁸⁷ STS, Sala 4ª, de 25 de noviembre de 2002, rec. 1463/2002.

reductores de la pensión de jubilación, especialmente en lo relativo a la exoneración de los requisitos b) y d) del artículo 161.bis.2 LGSS 1994, en su redacción vigente hasta la entrada en vigor de la LAAM³⁸⁸.

La Ley 35/2002, de 12 de julio, supuso universalizar el acceso a la jubilación anticipada a los 61 años respecto de aquellas personas trabajadoras que hubiesen cesado en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad³⁸⁹, con el requisito de encontrarse inscritas como demandantes de empleo, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación, así como de acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 30 años, introduciendo una exoneración del requisito de inscripción como demandante de empleo y de la extinción por causa ajena a su libre voluntad para aquellas personas trabajadoras a las que, en virtud de obligación adquirida mediante convenio colectivo, la empresa haya abonado, tras la extinción del contrato de trabajo, y al menos durante los 2 años anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad igual o superior a la que le hubiese correspondido como prestación por desempleo más el convenio especial con la Seguridad Social, todo ello condicionado explícitamente a que la extinción del contrato de trabajo se debiese a un acuerdo colectivo.

La Ley 40/2007, introdujo el artículo 161.bis en la LGSS 1994, incorporando una importante modificación que, a la postre, supondría facilitar los acuerdos de reestructuración empresarial, pues incorporó la posibilidad de jubilación anticipada para las personas trabajadoras que, cumpliendo los requisitos de exoneración de los apartados b) y d) del mismo artículo, hubiesen extinguido su contrato de trabajo en virtud de acuerdo individual de prejubilación. Con esta importante modificación, se estaba definitivamente universalizando el acceso a la jubilación anticipada para aquellas personas trabajadoras afectadas por un proceso de reestructuración empresarial y que se veían compelidas por

³⁸⁸ Disposición que extiende sus efectos hasta el 31 de diciembre de 2020, por lo que aún se continúan sustanciando en la jurisdicción social numerosas demandas que tienen su origen en jubilaciones producidas al amparo de la *vacatio legis* prevista por la DF 12ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, prorrogada por la DT 4ª. 5 de la vigente LGSS, por la que, a las pensiones de jubilación que se causen antes de 1 de enero de 2022, les será de aplicación la legislación vigente anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, es decir, a las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013, siempre que no hayan vuelto a quedar incluidas en ninguno de los regímenes del sistema de Seguridad Social, así como a personas con la relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de ERE o por convenio colectivo, acuerdo colectivo de empresa o procedimiento concursal, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad a 1 de abril de 2013. En el caso de acuerdo colectivo de empresa, este deberá estar debidamente registrado en el INSS.

³⁸⁹ LÓPEZ CUMBRE, L., “Jubilaciones anticipadas en extinción”, cit., págs. 88-89.

su empresa a prejubilarse, no importando entonces el carácter de voluntario o involuntario con el que se accediese a la anticipación, pues la norma preveía mecanismos para poderla llevar a cabo mediante acuerdo individual o colectivo.

Sin embargo, la entrada en vigor de la LAAM, que estableció la diferenciación entre acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora y por voluntad de la persona interesada, modificada por el RD-Ley 5/2013, introdujo modificaciones en el apartado 2 del artículo 161 bis LGSS 1994, siendo la más relevante el hecho de que, para el acceso a la jubilación anticipada derivada de causa no imputable a la persona trabajadora, se estableciera la obligación de acreditar que la persona trabajadora hubiese percibido la indemnización correspondiente a la extinción del contrato o, en su caso, haber interpuesto una demanda judicial en reclamación de la misma o de impugnación de la decisión extintiva, exigencia que pretendía evitar la simulación en fraude de ley de un despido para que la persona trabajadora accediese a la jubilación anticipada en las condiciones de acceso más favorables previstas en caso de extinción del contrato por causa no imputable a su libre voluntad.

Las entidades financieras, como ya se ha apuntado anteriormente, a la hora de abordar sus procesos de reestructuración han acudido a todas las figuras que les ofrece la legislación laboral para la extinción de la relación laboral, siendo, sin duda, la más profusamente utilizada la contemplada en el art. 45.1.a) ET, modalidad que ha originado numerosas controversias en el momento de que la persona trabajadora solicita acceder a la jubilación anticipada. Con relación a los supuestos en que resultaba de aplicación la legislación anterior a la LAAM, es decir, cuando la relación laboral se extinguió en virtud de una decisión adoptada antes del 1 de abril de 2013³⁹⁰), la litigiosidad se centraba en la acreditación de la percepción de la correspondiente indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo o, en su caso, de haber impugnado la decisión extintiva o interpuesto la correspondiente demanda judicial contra la misma.

La primera cuestión que adquiere relevancia, a los efectos de que la persona trabajadora pueda anticipar la pensión de jubilación al amparo de lo dispuesto en el art.

³⁹⁰ De aplicación siempre que el trabajador no haya quedado encuadrado en ninguno de los regímenes de la Seguridad Social con posterioridad a 1 de abril de 2013, como recoge la STS de 24 de marzo de 2021, rec. 4155/2018.

161 bis.2 LGSS 1994, es la relativa a determinar la naturaleza del acuerdo suscrito entre la persona trabajadora y su empresa, siendo concluyente para ello establecer si lo pactado es una suspensión del contrato de trabajo o una extinción de este. Es el caso de una persona trabajadora de BBVA que, en 1 octubre de 2001, suscribió un acuerdo individual de suspensión del contrato de trabajo al amparo del art. 45.1.a) ET que extendería sus efectos hasta el 1 de abril de 2008, fecha en que quedaría definitivamente extinguida la relación laboral, abonándole el banco, en concepto de compensación indemnizatoria, las cantidades pactadas con periodicidad anual, y debiendo la persona trabajadora suscribir convenio especial con la Seguridad Social para el mantenimiento de su cotización³⁹¹.

Esta solicitó acceder a la pensión de jubilación anticipada en fecha 1 abril de 2008, que le fue reconocida por el INSS en porcentaje del 76 por 100, con una reducción del 8 por 100 por cada año de anticipación. Frente a dicha resolución, reclamó solicitando la aplicación de un coeficiente reductor del 6 por 100, para lo que adujo que, realmente, el pacto de prejubilación había supuesto la extinción del contrato de trabajo, por lo que era de aplicación lo dispuesto en el art. 161.bis 2 LGSS vigente al momento de la extinción. La sentencia de instancia y la posterior de la Sala de lo Social dictaron sentencia contraria a su pretensión. Interpuesto recurso de casación para unificación de doctrina, para resolver la controversia, la Sala 4ª del TS estableció, en primer lugar, que la cuestión litigiosa se concretaba en determinar la naturaleza del acuerdo de prejubilación suscrito, a fin de deducir sus consecuencias. Tras citar su propia jurisprudencia, la Sala 4ª del TS dictaminó que lo pactado por la persona trabajadora y la empresa constituía una extinción del contrato de trabajo³⁹², consideración que adquiere trascendental importancia para los intereses de la persona trabajadora, pues, como se verá, va a conllevar una sustancial mejora de la cuantía de su pensión de jubilación.

Razona la Sala que, para el acceso a la jubilación anticipada, el art. 161.bis 2 de la LGSS, en su redacción dada por la Ley 40/2007, ley aplicable al presente caso, exige, entre otros: “*b) encontrarse inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo durante un plazo al menos de seis meses anteriores a la fecha de solicitud de la*

³⁹¹ STS Sala 4ª, de 21 de diciembre de 2011, rec. 3709/2010.

³⁹² Como ya se ha señalado, el criterio de la Sala 4ª respecto de la naturaleza jurídica de la prejubilación, es el de considerar la extinción del contrato de trabajo, salvo que del pacto celebrado entre las partes se deduzca claramente que sólo implica una suspensión de este, debiendo estar a lo pactado entre ellas respecto de los efectos que esta produce sobre la relación laboral.

jubilación y, d) que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la voluntad del trabajador”. Requisitos que la recurrente no cumplía.

Sin embargo, el propio artículo 161.bis 2 LGSSS señala a continuación que, “*estos requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en 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 de trabajo 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 en concepto de convenio especial con la Seguridad Social*”; requisitos que en este caso si cumple, pues las cantidades percibidas cada año del BBVA en concepto de compensación indemnizatoria, superaron ampliamente esas cantidades.

El hecho de que el pacto de prejubilación se haya considerado de naturaleza extintiva, lleva consigo la exención de los requisitos b) y d) enumerados, lo que unido al hecho de que, las cantidades percibidas desde la extinción del contrato de trabajo, superen el importe mensual de la prestación de desempleo que le hubiera correspondido y la cuota que hubiera podido abonar de convenio especial con la Seguridad Social, comportan la aplicación de lo dispuesto en el citado art. 161.bis 2 LGSS³⁹³, lo que implica el beneficio de la aplicación de mejores coeficientes reductores de la pensión de jubilación, que, en este caso, para la carrera de cotización que acredita la persona trabajadora, le suponen un coeficiente reductor de un 6 por 100 por año anticipado en lugar del 8 por 100 inicialmente aplicado, resultando finalmente una pensión de jubilación del 82 por 100 de la base reguladora y no del 76 por 100 inicialmente reconocido por el INSS.

Otra casuística es la derivada de la, en ocasiones, errónea interpretación que la empresa y las personas trabajadoras llevaron a cabo del artículo 161.bis.2 LGSS 1994, pues, en una incorrecta interpretación de la norma, pactaron que el abono de la indemnización por extinción de la relación laboral se llevase a cabo en un único pago,

³⁹³ STS, Sala 4ª, de 7 de abril de 2013, rec. 2381/2013.

circunstancia que, llegado el momento de solicitar la anticipación de la pensión de jubilación, ha impedido el acceso de la persona trabajadora a la misma. Resulta de interés, por la aplicación de derecho transitorio, el caso de un trabajador de Banca Cívica que en 25 de abril de 2012 suscribió con su empresa un contrato de extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo de las partes ex artículo 49.1.a) ET, percibiendo en un único pago tanto la indemnización por extinción del contrato de trabajo como el importe destinado al pago del convenio especial con la Seguridad Social. Solicitada la pensión de jubilación anticipada en fecha 11 de diciembre de 2017, fue denegada por el INSS por no haberse producido el cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, decisión que fue ratificada por la Sala de Instancia, siendo recurrida en suplicación.

La Sala de lo Social del TSJ de Navarra³⁹⁴ centró los hechos controvertidos en el carácter voluntario o involuntario de la extinción del contrato de trabajo al acogerse el trabajador a una oferta de prejubilación individual con su empresa. Una vez establecido el carácter de cese voluntario, para resolver la controversia, la Sala se apoya en la Disp. Trans.4ª, apartado 5 LGSS³⁹⁵ y en el artículo 161.bis.2 LGSS 1994, razonando que, dado que la prejubilación acordada por la persona trabajadora y su empresa, se llevó a cabo mediante extinción del contrato de trabajo por libre voluntad de la persona trabajadora, no puede esta acceder a la jubilación anticipada del artículo 161.bis.2 LGSS de 1994, pues la excepción a la voluntariedad en el cese que se establece en el apartado d) de dicho artículo, no resulta de aplicación a este caso. *“La norma dispone la atención sobre las cantidades recibidas por el trabajador de su empresa en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada y, en este caso, el trabajador percibió la indemnización en 2012 de una sola vez en forma de capital, circunstancia que no permite excusar el cumplimiento del requisito cese involuntario establecido en la letra d)*

³⁹⁴ STSJ Navarra, Sala de lo Social, de 25 de marzo de 2019, rec. 90/2019.

³⁹⁵ Según la cual: “Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, a las pensiones de jubilación que se causen antes de 1 de enero de 2021, en los siguientes supuestos: a) Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 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”.

del citado artículo 161.bis.2 LGSS 1994”, por lo que falla en contra de la pretensión de la persona trabajadora.

Una muestra de la importancia que adquiere para la persona trabajadora una correcta observación de la norma aplicable en cada momento, se encuentra en el caso en el que la persona trabajadora percibe una cantidad mensual de su empresa con motivo de un despido por causa no imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora, concretamente, de un despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que exige a la persona trabajadora la obligación de acreditar haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo, o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de la misma o de impugnación de la decisión extintiva.

Es el caso de un trabajador que, en 2013, vio extinguido su contrato de trabajo por causas objetivas, extinción que oportunamente impugnó, alcanzándose conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC), en la que ambas partes aceptan la procedencia del despido objetivo, fijando una indemnización adicional a la legal, que sería abonada mediante una póliza de seguros, indemnización que se acredita haber percibido. Solicitada la jubilación anticipada en 2016, le fue denegada por el INSS, cuya resolución denegatoria fue confirmada en instancia y por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, así como en casación por la Sala 4ª del TS, que deniega el derecho del trabajador a la jubilación por causa ajena a su libre voluntad³⁹⁶.

Estima el TS que, el abono por parte de la compañía aseguradora a la persona trabajadora de una renta no acredita que la empresa haya abonado a esta realmente la indemnización por extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a su libre voluntad, sino que obedece a un común acuerdo para extinguir la relación laboral con el consentimiento y la libre voluntad de la persona trabajadora, a cambio de la percepción de una renta mensual muy similar a la del salario en activo. Para la Sala, la empresa no ha puesto a disposición de la persona trabajadora la indemnización de manera simultánea a la notificación del despido objetivo, sino que la renta mensual a cargo de la aseguradora evidencia que no guarda relación con esa finalidad. De hecho, de admitirse dicha

³⁹⁶ STS, Sala 4ª, de 13 de noviembre de 2019, rec. 2875/2017.

vinculación, se trataría de un pago fraccionado de la indemnización legalmente establecida para el despido objetivo individual, por lo que no cumpliría con las condiciones legales exigidas para su validez³⁹⁷. No puede la empresa aplazar el pago ni menos aún, fraccionarlo a largo plazo³⁹⁸.

Distinto resultado obtuvo una persona trabajadora que extinguió su contrato de trabajo bajo la cobertura de un ERE autorizado por la Dirección General de Trabajo. Solicitada la jubilación anticipada, le fue denegada por el INSS al no tener cumplidos los 65 años y no hallarse inscrita como demandante de empleo durante al menos los 6 meses anteriores a la fecha de la solicitud. No se cuestiona en este caso que, en los dos años anteriores a la solicitud, la persona trabajadora recibiera de su empresa las cantidades y conceptos a que hace mención el art. 161.bis.2 apartado d) párrafo segundo LGSS vigente en ese momento, si bien se le deniega la pensión sobre la base de que la extinción del contrato de trabajo fue voluntaria, pues aunque estaba bajo la cobertura de un ERE, tenía su origen en un acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras y al que se adhirió voluntariamente la persona trabajadora. Tras ver atendida su petición en la instancia, la Sala de lo Social del TSJ de Aragón resolvió en su contra.

Interpuesto recurso de casación para unificación de doctrina, la Sala 4ª TS dictaminó que³⁹⁹, aunque el trabajador prestara su consentimiento al cese, no puede afirmarse que fuese voluntario o por causa imputable a su voluntad, pues derivó de una causa objetiva previa independiente de su voluntad como fue el ERE autorizado por la Dirección General de Trabajo, por lo que no le son de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo primero de la regla 2ª de la Disp. Trans. 3ª LGSS. Se apoya para ello la Sala en la reiterada doctrina citada en su sentencia de 24 de octubre de 2006, en la que afirma que el cese en virtud de ERE tiene carácter de involuntario. La resolución concluye estimando la pretensión de la persona trabajadora, y reconociendo, por tanto, su

³⁹⁷ El art. 53.1.b) ET establece la obligación de poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la documentación escrita, la indemnización legalmente establecida y, cuando la decisión extintiva se base en el art. 52.c) ET, con alegación de causa económica, y en consecuencia no pudiera ponerse a disposición del trabajador la indemnización, poniéndolo en la comunicación escrita, la empresa podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador a exigir su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

³⁹⁸ El aplazamiento de pago está permitido en aquellos despidos objetivos colectivos que se pacte, salvo que sean abusivos (STS, Sala 4ª, de 20 de abril de 2017, rec. 812/2015).

³⁹⁹ STS Sala 4ª, de 14 de abril de 2010, rec. 790/2009.

derecho a la jubilación anticipada por cumplir con los requisitos legalmente prevenidos para ello⁴⁰⁰.

No deja de resultar sorprendente que aún se estén sustanciando en los tribunales denegaciones de jubilación anticipada en las que existe identidad de razón con la anteriormente expuesta, como la que recientemente ha resuelto la Sala 4ª del TS, en su STS Sala 4ª, de 10 de marzo de 2021⁴⁰¹, en la que estima el recurso de casación para unificación de doctrina, casando y anulando la STSJ Castilla y León, Sala de lo Social, de 3 de diciembre de 2018⁴⁰², en la que se resuelve sobre la denegación de solicitud de jubilación anticipada de una persona trabajadora cuyo contrato de extinguió en abril de 2012 en virtud de prejubilación acogida a un acuerdo colectivo llevado a cabo por empresa y representantes de las personas trabajadoras en el marco de un ERE, acuerdo que fue comunicado al INSS por la representación sindical a los efectos del artículo 4.1 del RD 1716/2012, de 28 de diciembre⁴⁰³. La persona trabajadora solicitó la jubilación anticipada en fecha 16 de enero de 2018, con 61 años, siéndole denegada por el INSS, alegando como motivo que el cese en el trabajo no se produjo por causa no imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora.

Formulada reclamación previa, la misma es desestimada con base en que el interesado figura inscrito como demandante de empleo por un periodo inferior a seis meses necesarios para tener derecho a la pensión de jubilación anticipada. Dicha resolución fue confirmada por el Juzgado de lo Social y en suplicación por el TSJ de Castilla y León, que fallan en contra de la pretensión de la persona trabajadora, siendo ciertamente muy significativa la afirmación que la Sala del TSJ realiza al afirmar que: “en todo caso el hecho de que la baja del actor en el Régimen General de la Seguridad

⁴⁰⁰ Los requisitos exigidos en los apartados b) y d) del art. 161.bis.2 LGSS, no son exigibles en aquellos casos en los que, como ocurre en este caso, en virtud de contrato individual o colectivo de prejubilación, el empresario haya abonado al trabajador, tras la extinción del contrato de trabajo, 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 hubiese correspondido en concepto de prestación por desempleo más la cuota de convenio especial con la Seguridad Social.

⁴⁰¹ Rec. 307/2019.

⁴⁰² Rec. 785/2018.

⁴⁰³ Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

Social se tramitara en la TGSS como baja no voluntaria o voluntaria, carece de eficacia jurídica en orden al reconocimiento de las exigencias legales necesarias para el acceso a la jubilación anticipada postulada. La tramitación de baja como no voluntaria no puede extender sus efectos al ámbito prestacional, pues el reconocimiento de las prestaciones de seguridad social se encuentra sometido al principio de legalidad”. La Sala concluye, desestimando la pretensión de la persona trabajadora en base a que esta no llevaba inscrita como demandante de empleo 6 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de jubilación.

La resolución que ofrece al caso la Sala 4ª del TS es ciertamente muy clarificadora. Centra la cuestión litigiosa en determinar si al actor le es de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo de la letra d) del art. 161 bis 2 de la LGSS - con relación a la no exigencia de los requisitos exigidos en los apartados b) y d)-, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, ley aplicable al caso.

La primera afirmación que realiza la Sala 4ª del TS, es reiterar el carácter involuntario de la extinción contractual por ERE⁴⁰⁴, afirmación ciertamente oportuna, pues, aunque no incida directamente en la resolución de la cuestión planteada, reafirma el criterio establecido en la prolija STS de 24 de octubre de 2006. La Sala establece que no resulta exigible al actor el único requisito cuestionado de encontrarse inscrito como demandante de empleo durante al menos 6 meses inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación, pues la indemnización percibida por el actor lo fue en virtud de acuerdo de prejubilación amparado en un acuerdo colectivo, en el que se fijaba la compensación por prejubilación mediante mutuo acuerdo de las partes, abonando la empresa, hasta el cumplimiento del actor de los 63 años de edad, una cantidad bruta mensual, a lo que se añade el abono mensual del importe bruto equivalente al coste del convenio especial con la Seguridad Social hasta el momento en que la persona trabajadora cumpla los 63 años de edad, entrando por tanto en juego la excepción contemplada en el párrafo segundo de la letra d) del art. 161.bis.2 LGSS⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ “(...) pues con independencia del carácter involuntario de su extinción contractual por ERE,” (FJ Tercero.3).

⁴⁰⁵ A cuyo tenor: “Los requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en 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 de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo

4.2. EJEMPLO DE APLICACIÓN DE COEFICIENTES REDUCTORES Y DEL LÍMITE MÁXIMO DE LA PENSIÓN JUBILACIÓN

Para una mejor comprensión del alcance práctico de esta regulación, cabe plantear la jubilación anticipada de la persona trabajadora anteriormente estudiada (persona trabajadora por cuenta ajena, afiliada al Régimen General y nacida el 3 de abril de 1957)⁴⁰⁶. Para el caso de que se hubiese jubilado anticipadamente a los 63 años, es decir, el día 3 de abril de 2020, su base reguladora (23 años) ascendería a 2.953,86 euros⁴⁰⁷, y acreditaría una cotización de 37,14 años (12.461 días). Al tener más de 36 años cotizados, en 2020 tendría derecho al 100 por 100 de la base reguladora.

Dado que cumple con todos los requisitos para acceder al anticipo voluntario de su jubilación, se aplican los coeficientes reductores que contempla el art. 208.2 LGSS⁴⁰⁸, que para el caso que nos ocupa será del 2 por 100 por trimestre anticipado, pues acredita una cotización inferior a 38 años y 6 meses. Así, a la base reguladora de la pensión de jubilación, se aplicará un coeficiente reductor del 16 por 100 (2x8 trimestres), resultando una pensión de jubilación de 2.481,24 euros, que no alcanza el límite máximo de pensión pública, que cada año establece la LPGE⁴⁰⁹, fijado en 2.683,34 euros mensuales para el año 2020, sin perjuicio de las pagas extraordinarias que pudieran corresponder al titular, cuya cuantía se halla también afectada por el citado límite.

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”.

⁴⁰⁶ Téngase en cuenta que la fecha supuesta de jubilación es anterior a la de entrada en vigor de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, si bien, conforme a lo dispuesto en la Disp. Trans. 34ª.) de dicha norma, si se jubilase en 2022, al superar la pensión el límite establecido para el importe de las pensiones, le sería igualmente de aplicación la legislación anterior.

⁴⁰⁷ Base reguladora (23 años) = $951.142,92 / 322 = 2.953,86$ euros.

⁴⁰⁸ A cuyo tenor: “En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este artículo, la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 205.1.a), de los siguientes coeficientes en función del período de cotización acreditado:

Coeficiente del 1,875 por ciento 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”.

⁴⁰⁹ Según el art. 57 LGSS, “El importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad Social por cada beneficiario no podrá superar la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”.

En aplicación del art. 210.3 LGSS, al tope máximo de pensión, se aplican los coeficientes reductores del 0,50 por 100 por cada trimestre anticipado, pues la pensión resultante en ningún caso podrá ser superior a la cuantía que resulte de reducir el tope máximo de pensión en un 0,50 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación, que para este caso concreto se sitúa en una cuantía de pensión máxima de 2.576 euros, resultado de restar un 4 por 100 (8 trimestres x 0,50) a la pensión máxima de jubilación vigente en 2020.

En realidad, esta medida rebaja la cuantía máxima de la pensión de jubilación a percibir por cualquier persona trabajadora que acceda a ella anticipadamente, pues, tanto para el acceso por libre voluntad de la persona interesada, como para el acceso por causa no imputable a su libre voluntad, se aplica un 0,50 por trimestre o fracción de trimestre anticipado a la cuantía de pensión máxima vigente en cada momento, circunstancia que evidentemente perjudica a quienes cuentan con una elevada base de cotización.

La entrada en vigor de las modificaciones introducidas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, repercute, principalmente, sobre las personas trabajadoras con largas carreras y elevadas bases de cotización, que se ven doblemente perjudicadas, especialmente en los casos de acceso a la jubilación por su libre voluntad⁴¹⁰.

Ejemplo de ello es el caso de una persona trabajadora que acredite una carrera de cotización igual o superior a los 38 años y 6 meses, y haya estado cotizando durante los últimos 25 años por la base máxima de cotización, pues será objeto de un claro desequilibrio entre la cuantía de pensión máxima (2.819,19 euros mensuales en 2022) y la base de cotización aplicable (la base máxima para 2022, de 4.139,40 euros).

Hasta ahora, llegado el momento de acceder a la jubilación, esta persona trabajadora alcanzaba la pensión máxima en el caso de la jubilación ordinaria y, en el supuesto de que accediese a la jubilación anticipada, tanto por su libre voluntad como por causa ajena a la misma, al aplicarse los coeficientes reductores sobre la base reguladora de la pensión, le era de aplicación la regla establecida en el artículo 210.3 LGSS, por la

⁴¹⁰ La anterior redacción del artículo 208 LGSS, establecía la penalización para una persona trabajadora que anticipe su jubilación en 24 meses y con una carrera de cotización inferior a los 38 años y 6 meses en un 16 por 100 sobre la base reguladora de la pensión, mientras que la nueva redacción dada con la Ley 21/2021, la penalización se ha situado en un 21 por 100 sobre la pensión resultante y no sobre la base reguladora de esta.

que se le penalizaba, en cualquier caso, con al menos un coeficiente de un 0,50 por 100 por cada trimestre o fracción de anticipación sobre la pensión máxima establecida por la LPGE para el año en que accedía a la jubilación. La contribución al sostenimiento y equidad del sistema era innegable, pues se había estado cotizando muy por encima de las expectativas de la futura pensión, que se veía afectada, en cualquier caso, en virtud de los coeficientes reductores previstos en el artículo 210.3 LGSS.

Tras la entrada en vigor de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre (independientemente de la aplicación transitoria de los nuevos coeficientes reductores de la pensión de jubilación⁴¹¹), se desincentiva el acceso a la jubilación en su modalidad de anticipada por su libre voluntad, pues, una vez finalizado el periodo transitorio en el año 2033, la anticipación de 24 meses supondrá una disminución de la pensión de jubilación del 19 por 100.

Continuando con el ejemplo de la persona trabajadora con una carrera de cotización superior a los 38 años y 6 meses e inferior a los 41 años y 6 meses, con base máxima de cotización:

- Con la norma anterior, sobre una base reguladora superior a la pensión máxima para este año, por ejemplo, de 3.412,11 euros, y una anticipación de 24 meses, la pensión resultante sería de 2.706,43 euros (por aplicación del límite máximo de pensión para el año 2022 de 2.819,19 euros), que se vería minorada en la cuantía de 112,76 euros (tras aplicar un coeficiente reductor de 0,50 por cada trimestre de anticipación conforme artículo 210.3 LGSS).
- Con la aplicación de las nuevas reglas de aplicación impuestas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre (el cálculo se realiza sin atender a la progresividad de su aplicación), la pensión sería de 2.283,54 euros, resultado de minorar la pensión máxima en un 19 por 100 (535,65 euros). El nuevo pensionista verá minorada la pensión de jubilación en 422,89

⁴¹¹ Disp. Trans. 34ª. Aplicación gradual de coeficientes reductores de la edad de jubilación según lo previsto en el artículo 210.3 cuando la pensión supere el límite establecido para el importe de las pensiones.

euros, lo que puede fomentar, si las circunstancias lo permiten, la demora del acceso a la jubilación.

Para las personas trabajadoras con una base reguladora inferior a la pensión máxima vigente cada año, la aplicación de las nuevas reglas de cálculo de la pensión de jubilación, resultan igualmente más gravosas, aunque en menor medida, pues, con una carrera de cotización como la anteriormente contemplada, la penalización sobre la base reguladora de la pensión de jubilación ha pasado de ser un 15 por 100 a un 19 por 100, aumentando por tanto en cuatro puntos porcentuales, lo que sin duda también contribuirá a incentivar el retraso en el acceso anticipado a la jubilación.

El objetivo perseguido por la reforma es el de conseguir posponer en unos meses la edad real de jubilación anticipada en su modalidad de voluntaria, pues si se observa el decalaje de porcentajes de reducción que se establecen para cada periodo de meses en que se adelanta la jubilación⁴¹², con independencia de su aplicación sobre la pensión y no sobre la base reguladora, la anticipación en 24 meses tiene una penalización de un 19 por 100, siendo del 16,50 por 100 para los 23 meses, mientras que, para los 22 meses, se sitúa en el 14 por 100, ligeramente inferior al coeficiente reductor del 15 por 100 que se aplicaba con la norma anterior para ese mismo periodo de anticipación, lo que igualmente ocurre cuando la anticipación es mínima, pues del 1,875 que se aplicaba para una anticipación de hasta 3 meses se ha pasado a aplicar un coeficiente reductor del 3,11 por 100 por 1 mes de anticipación, del 3,23 por 100 para 2 meses de anticipación y del 3,36 por 100 por 3 meses de anticipación, mejorando, sin embargo, conforme se alejan los meses de anticipación, pues para una anticipación de 4 meses se propone una reducción del 3,50 por 100, y de un 3,65 por 100 para 4 meses de anticipación, que son inferiores a la penalización que estipulaba la norma anterior (3.75 hasta los 6 meses de anticipación).

En definitiva, con la aplicación de los nuevos coeficientes reductores de la pensión de jubilación, se puede afirmar que la penalización afectará más a las personas trabajadoras que decidan anticipar en 23 o 24 meses su jubilación, y en los 3 meses anteriores a ella, lo que reforzará el objetivo de favorecer una más larga carrera de cotización.

⁴¹² Se continua sobre el ejemplo de un periodo cotizado igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses.

A modo de resumen, cabe señalar las siguientes diferencias entre ambas modalidades de acceso a la jubilación anticipada:

1. La primera y más importante diferencia se encuentra en los años en que esta se puede anticipar, pudiendo hacerlo hasta 4 años antes de la edad ordinaria de jubilación, si accede por causa no imputable a la voluntad de la persona interesada, mientras que, si accede por su libre voluntad, solamente la puede anticipar un máximo de 2 años.
2. La segunda gran diferencia radica en el requisito de un periodo mínimo de cotización efectiva, siendo la exigencia menor en 2 años para la jubilación por causa ajena a la voluntad de la persona trabajadora, que, por libre voluntad de esta, pues en el primer caso se exige una cotización efectiva de 33 años y en el segundo de 35 años.
3. En cuanto a la aplicación de coeficientes reductores en función del período que, en el momento del hecho causante, falte a la persona trabajadora para cumplir la edad legal de jubilación que resulte de aplicación, la Ley establece una diferencia en el coeficiente aplicable, siendo más favorable para quien accede a la jubilación anticipada por causa no imputable a su voluntad, beneficio de gran importancia, pues la pensión de jubilación resultante de aplicar los coeficientes reductores que procedan, tienen efecto para toda la vida de la persona pensionista, y solamente se verá revisada anualmente por los incrementos que se establezcan, con carácter general, conforme al vigente Índice de Revaloración de las Pensiones.

Olvida el legislador que, en España, los coeficientes reductores que se aplican a la pensión de jubilación por anticipar la edad de acceso a la prestación no son actuarialmente neutrales, lo que origina una edad de jubilación objetivamente óptima⁴¹³ y a la que hay que pretender llegar como culminación de la carrera de cotización.

⁴¹³ MENEU, R., DEVESA, J.E., DEVESA, M., DOMÍNGUEZ, I., ENCINAS, B., GARCÍA, M.A., “La jubilación en España: edad óptima y equidad actuarial”, *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, núm. 25, 2019, pág. 3.

Desde el punto de vista actuarial, la edad de jubilación en España tiene una regulación poco equitativa, lo que motiva que la edad de acceso a la prestación se concentre alrededor de la edad legal, con cierta tendencia a la jubilación anticipada. Esta situación requiere que las penalizaciones por anticipar la jubilación o las bonificaciones por demorarla sean objeto de la aplicación de factores de equidad actuarial por edad más beneficiosos para las personas trabajadoras, actuación que requerirá, igualmente, una ponderación de los distintos parámetros que conforman el sistema (tipo de cotización, edad legal de jubilación, porcentaje por años cotizados, etc.), vinculándolos a las mejoras de la esperanza de vida⁴¹⁴, como fórmula para lograr una verdadera equidad y suficiencia del sistema que, sin abandonar el vigente sistema de reparto, por ser el más solidario, generoso y universal, sí que permita adecuar la cuantía de la pensión a la realidad de la carrera de cotización que a lo largo de su vida laboral ha llevado a cabo la persona trabajadora, evitando las distorsiones que a favor o en contra provoca actualmente el sistema, especialmente en los casos de largas carreras de cotización y con bases elevadas.

La jubilación en España: edad óptima y equidad actuarial

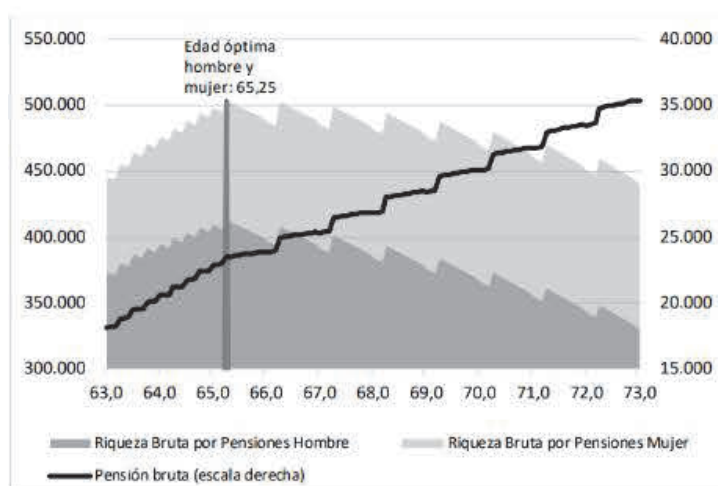


Gráfico 6. Riqueza Bruta por Pensiones según Edad de Jubilación. Individuo con 63 años de Edad y 35 años Cotizados en Enero de 2019. Fuente: INE (Tablas de mortalidad proyectadas de 2019) y elaboración propia.

Fuente: Anales del Instituto de Actuarios Españoles, 4ª época, 25, 2019, pág. 21

⁴¹⁴ MENEU, R., DEVESA, J.E., DEVESA, M., DOMÍNGUEZ, I., ENCINAS, B., GARCÍA, MA., “La jubilación en España: edad óptima y equidad actuarial”, cit., págs. 29 y 30.

5. Ficción normativa para anticipar la edad de jubilación

Según se ha expuesto, a la hora de establecer las normas para el acceso a la jubilación anticipada, tanto por causas ajenas a la libre voluntad de la persona interesada, como por ella, el legislador establece coeficientes reductores de la pensión de jubilación, que, en función de la modalidad de acceso y tiempo de anticipación, pueden suponer una reducción de la pensión hasta un máximo del 30 por 100 para el caso de una anticipación de 4 años cuando tiene su origen en una causa ajena a la voluntad de la persona interesada, y un máximo del 21 por 100 para la anticipación de 2 años en el caso de acceso por libre voluntad de la persona interesada, ambos con una cotización inferior a los 38 años y 6 meses.

Sin embargo, a la hora de acceder a la jubilación anticipada, la LGSS establece una ficción que beneficia a la persona trabajadora, pues a los exclusivos efectos de determinar la edad legal de jubilación *“se considerarán cotizados los años que le resten al interesado desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación que le corresponda en cada momento”⁴¹⁵*. Esta ficción ha tenido reflejo en las sucesivas redacciones que al respecto se han dado a la LGSS⁴¹⁶, ayudando así a que, aquellas personas trabajadoras de avanzada edad que, por cualquier motivo, quieran acceder a una jubilación anticipada, puedan hacerlo mediante la consideración de su edad de jubilación ordinaria como si hubiesen cotizado hasta dicha edad, consiguiendo jubilarse anticipadamente con una edad ciertamente impensable en este momento en que se está intentando retrasar la edad real de acceso a la jubilación.

⁴¹⁵ Último párrafo artículos 207 y 208 LGSS.

⁴¹⁶ 1 de enero de 2013: “A los efectos de determinar dicha edad legal de jubilación se considerarán cotizados los años que le resten al interesado desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que le corresponda”.

17 de marzo 2013: “A los exclusivos efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, 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 la aplicación de lo establecido en el artículo 161.1 a) y en la disposición transitoria vigésima”.

2 de enero 2016: “A los exclusivos efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, 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 la aplicación de lo establecido en el artículo 205.1.a)”.

Para mejor entender el sentido de la legislación vigente, es preciso acudir al art. 3.2 del RD 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la LAAM, según el cual, a los efectos de aplicación de los coeficientes reductores de la pensión por jubilación anticipada, tanto si el cese en el trabajo se produce por voluntad de la persona interesada como por causa no imputable a su libre voluntad, el cómputo de trimestres que en el momento del hecho causante le falten a la persona trabajadora para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de aplicación, se realizará de fecha a fecha, contados hacia atrás desde la fecha en que se cumpliría, por el solicitante de la pensión, la edad legal de jubilación. Para determinar dicha edad legal de jubilación, se considerarán cotizados los años que resten a la persona interesada desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que corresponda, ficción que, sin duda, beneficia a la persona trabajadora a la hora de anticipar la prestación de jubilación.

Si trabajamos con la hipótesis de encontrarnos ya en el año 2027, en el que, como se sabe, la edad ordinaria de jubilación se establece en los 67 años, siendo de 65 años para una persona trabajadora que acredite una cotización igual o superior a los 38 años y 6 meses⁴¹⁷, es posible analizar el beneficio que supone la aplicación de esta ficción normativa:

La jubilación anticipada por causa ajena a la libre voluntad de la persona interesada se podría llevar a cabo con una antelación máxima de 4 años a la edad ordinaria de jubilación, es decir, como mínimo a la edad de 63 años, mientras que, en su modalidad voluntaria, el acceso a la anticipación de la jubilación se podría llevar a cabo con una máxima anticipación de 2 años a la edad ordinaria de jubilación, es decir, a los 65 años.

En el caso de una persona trabajadora con 61 años, que acredita un periodo de cotización efectiva de 37 años, en principio, su edad legal de jubilación estaría situada en los 66 años y 2 meses, conforme a lo dispuesto en la Disp. Adic. 7ª de la LGSS, sin embargo, la ficción normativa obliga a considerar cotizados los años que le faltan para

⁴¹⁷ Para el año 2022, la Disp. Trans. 7ª de la LGSS establece una edad legal de jubilación de 66 años y 2 meses para las personas trabajadoras con menos de 37 años y 6 meses de cotización, y de 65 años para las personas trabajadoras con 37 años y 6 meses o más de cotización).

cumplir dicha edad, es decir, 5 años y 2 meses más, lo cual situaría su periodo de cotización efectiva en 42 años y 2 meses.

Merced a la ficción realizada, la situación de quien solicita el anticipo de la prestación de jubilación, cambia sustancialmente, pues, con más de 37 años y 6 meses cotizados, su edad legal de jubilación se sitúa en los 65 años, lo que le permite una anticipación, en el caso de acceso por causa ajena a su libre voluntad, de hasta 4 años, pudiendo hacerlo a los 61 años, lejos de los 66 años y 2 meses inicialmente previstos, y, en el caso de acceso por libre voluntad, a los 63 años.

Ahora bien, la ficción se realiza exclusivamente a los efectos del cálculo de la edad ordinaria de jubilación. A la hora de determinar el porcentaje de base reguladora que corresponde a la persona trabajadora para calcular su pensión de jubilación, se toman en consideración únicamente los años realmente cotizados, por lo que los coeficientes reductores de aplicación lo serán conforme al periodo de cotización efectivamente acreditado en la fecha del hecho causante, que en el supuesto contemplado se sitúa en el tramo de menos de 38 años y 6 meses. Así, el coeficiente reductor máximo aplicable a su pensión de jubilación sería de un 30 por 100 (48 meses de anticipación) para el caso de anticipación por causa ajena a su libre voluntad y de un 21 por 100 en el supuesto de anticipación por causa de su libre voluntad (24 meses de anticipación).

Si a esta misma persona trabajadora no se le favoreciese con esta ficción normativa, al tener cotizados menos de 37 años y 6 meses, su edad legal de jubilación se situaría en los 66 años y 2 meses, y la jubilación anticipada solamente sería posible a partir de los 62 años y 2 meses por causa involuntaria a su libre voluntad, o a los 64 años y 2 meses, por causa de su libre voluntad (si bien, de no seguir cotizando, debería aguardar a cumplir la edad de 67 años para jubilarse).

Se aprecian, por tanto, muy claramente los beneficios de esta ficción normativa, pues facilita el acceso a la prestación de jubilación con un máximo de dos o cuatro años de anticipación a la que le correspondería sin la aplicación de dicha ficción normativa, no resultando afectado el montante de la prestación a percibir, pues los coeficientes reductores de la pensión de jubilación son los mismos.

6. LA IMPORTANCIA DE LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO Y LA NECESIDAD DE ACREDITAR SU COBRO MEDIANTE UN INSTRUMENTO FEHACIENTE

A salvo de la repercusión que fiscalmente corresponda a las cantidades percibidas por la persona trabajadora de su empresa con motivo de acceder a la prejubilación, y que se tratan en el correspondiente apartado dedicado al tratamiento fiscal, cuando la empresa y la persona trabajadora llevan a cabo la resolución del vínculo laboral que les une, adquiere enorme trascendencia la forma y momento en el que la empresa pone a disposición de la persona trabajadora la cantidad indemnizatoria acordada, pues las repercusiones para ambas partes pueden revestir consecuencias ciertamente relevantes.

En primer lugar, a fin de evitar el fraude encaminado al acceso a la prestación de jubilación anticipada por causa ajena a la voluntad de la persona trabajadora, en los casos de despido colectivo u objetivo, será necesario que se acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo mediante un documento fehaciente o, en su caso, haber interpuesto la oportuna demanda judicial reclamándola o accionando contra la decisión extintiva. Para dar cumplimiento a este requisito, el percibo de la indemnización se acreditará mediante el documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente⁴¹⁸.

A este respecto, el criterio de la Sala 4ª del TS es muy claro. Para la Sala, la exigencia de transferencia bancaria sitúa la necesidad de que la documentación alternativa, al tener que ser equivalente, deba reunir las características de aquella, pretendiendo la constatación de que el importe indemnizatorio efectivamente ha entrado en el patrimonio de la persona trabajadora, lo que únicamente puede efectuarse a través de elementos objetivos que permitan seguir las trazas de ese ingreso por la intervención de terceros ajenos al negocio jurídico y sujetos a la máxima garantía de control y transparencia. Por tanto, lo que la ley exige no es que la persona trabajadora entienda satisfecho su crédito, sino que, de modo efectivo y contable, se haya producido la percepción de la indemnización, de forma tal que no pueda dudarse de la realidad de la propia extinción del contrato por causas legales⁴¹⁹.

⁴¹⁸ RODRÍGUEZ CARDO, I., La pensión de jubilación tras la reforma de 2013, cit., págs. 183-184.

⁴¹⁹ STS, Sala 4ª, de 1 de julio de 2020, rec. 2267/2018.

La instrumentación del abono de la indemnización por despido es, por tanto, de gran trascendencia, pues debe quedar fuera de toda duda su vinculación con el despido al que se atribuye. Es el caso frecuente de instrumentar el pago de la indemnización mediante una renta periódica a abonar a la persona trabajadora con cargo a una póliza de seguros suscrita al efecto⁴²⁰. No solamente se debe acreditar el abono de la empresa a la persona trabajadora de una determinada cantidad, sino que se debe acreditar fehacientemente que la misma se corresponde con una indemnización por extinción del contrato de trabajo.

Sin embargo, puede que la acreditación del pago no sea, por si sola, suficiente para que la persona trabajadora pueda acceder a prestaciones (como la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora). El modo y forma en los que se pone a disposición la cantidad indemnizatoria adquieren también enorme relevancia, pues, además de impedir el acceso a las prestaciones por parte de la persona trabajadora, podría darse el caso de que, ante una impugnación del despido, fuese declarado improcedente en sede judicial.

Es el caso de una persona trabajadora a la que el INSS denegó el derecho a la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad, ello pese a que la relación laboral se había extinguido mediante un despido objetivo del art. 52.c) ET como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial, concretamente por causas económicas. La empresa y la persona trabajadora firmaron un documento en el que se admitía la improcedencia del despido, acordando en conciliación que el pago de la indemnización se llevaría a cabo mediante una prima de seguro a cargo de la empresa y destinada a generar las rentas brutas que percibiría la

⁴²⁰ La STS Sala 4ª, de 13 de noviembre de 2019, rec. 2875/2017, deniega a un trabajador el derecho a la pensión de jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad, al haberse extinguido la relación laboral mediante un despido objetivo conforme al art. 52.c) ET como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial. El despido se produce por causas objetivas de carácter económico al amparo de lo dispuesto en el art. 52.c) ET, firmando ambas partes un documento en el que se admite la improcedencia del despido y la empresa ofrece en concepto de indemnización el pago de una prima de seguro que genera las rentas brutas que percibirá el empleado durante los periodos indicados, consignándose al efecto una póliza de seguro con la aseguradora Allianz. El trabajador aporta certificación bancaria en la que viene percibiendo mensualmente una cantidad mensual a cargo de la aseguradora. La Sala deniega el derecho del trabajador a la jubilación anticipada derivada de un despido objetivo del art. 52.c) ET por incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 207.1.d) LGSS, al no haber acreditado la percepción de la correspondiente indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas o haber activado las acciones judiciales oportunas para su reclamación.

persona empleada durante los periodos acordados, consignándose al efecto una póliza de seguro con una aseguradora de primer nivel. Solicitada la jubilación anticipada, el INSS desestima la prestación por incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 207.1.d) LGSS al no haber acreditado la percepción de la correspondiente indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas o haber activado las acciones judiciales oportunas para su reclamación.

Sobre este asunto se pronuncia la Sala 4ª del TS, afirmando la Sala que de lo que se trata no es de acreditar que la empresa haya abonado a la persona trabajadora una determinada cantidad - directamente o a través de una póliza de seguros-, sino de que la naturaleza jurídica de lo pagado obedezca realmente a una indemnización por extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a la voluntad de la persona trabajadora, en concreto, por causas objetivas conforme a los arts. 51 o 52 c) ET. Para la Sala, estaríamos ante una modalidad de pago fraccionado de la indemnización legal por despido objetivo individual que no cumpliría las condiciones legales exigidas para su validez. La doctrina de la Sala en materia de despidos objetivos individuales concluye que "el requisito de simultaneidad que el precepto exige, vinculando en un mismo momento la entrega de la comunicación escrita con la puesta a disposición de la cantidad legalmente prevista como indemnización en estos supuestos, que la persona trabajadora en el momento en que recibe esa comunicación pueda disponer de la referida cantidad".

Por último, la Sala aclara que esta situación jurídica nada tiene que ver con aquellos supuestos de despidos colectivos en los que se hubieren podido pactar planes de adscripción voluntaria de las personas trabajadoras, en los que la empresa garantiza mediante aseguramiento la percepción de unas determinadas rentas o se hace efectiva la indemnización por la vía de tomar una póliza de seguros a cargo de la empresa, lo que no ha de impedir que los afectados puedan acogerse a la modalidad de jubilación anticipada que contempla el art. 207 LGSS cuando concurren los requisitos que el precepto exige. Por tanto, pese a apariencia de ajustarse a la norma el pacto celebrado entre la persona trabajadora y su empresa, la deficiente puesta a disposición de la indemnización pactada ha supuesto que no pueda acceder a la jubilación anticipada prevista para el cese de la relación laboral por causa no imputable a la persona trabajadora.

De la propia redacción de la norma, se puede deducir la exigencia de que la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo sea percibida por la

persona trabajadora con carácter previo o simultáneo a la extinción, o se acredite la interposición de la oportuna demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva. El criterio de la Sala 4ª del TS⁴²¹ a este respecto es muy claro, apoyándose en su doctrina reiterada según la cual "el despido por causas económicas no es ajustado a Derecho si con la entrega de la comunicación escrita no se pone a disposición del trabajador la correspondiente indemnización, de forma simultánea y efectiva, pues "la ausencia de la simultaneidad entre la entrega al trabajador de la comunicación escrita y la puesta a disposición de la indemnización de 20 días por año de servicio a que se refiere la letra b) del número 1 del artículo 53 ET y que exige sin matices o paliativos la norma, no puede conducir a otra solución jurídica que la prevista en el propio artículo 53.4 de esa misma norma, esto es, la nulidad -en la actualidad improcedencia del despido así practicado, porque la trabajadora no tuvo ninguna posibilidad de disponer de la cantidad a la que legalmente tenía derecho en el mismo momento en que se le entregó la comunicación escrita ni la referida cantidad había salido en ese momento del patrimonio del demandado" (SSTS 17/07/98 -rcud 151/98-; 31/01/00 -rcud 118/99-; 23/04/01 -rcud 1915/00-; 28/05/01 -rcud 2073/00-; 25/01/05 -rec. 4018/03-; 09/07/13 -rcud 2863/12-; 24/02/14 -rcud 3152/12-; y 17/12/14 -rcud 2475/13-)".

No obstante, este criterio general puede ser modulado en determinadas circunstancias especiales, como sería el supuesto de que la transferencia bancaria fuera emitida el mismo día de entrega de la carta de despido y tuviera entrada en la cuenta bancaria de la persona trabajadora con posterioridad al día de entrega de la carta extintiva, en cuyo caso se debe entender cumplido el requisito de simultaneidad (STS de 17 de marzo de 2015⁴²²). Y, para el caso de que se trate de un despido objetivo, la transferencia bancaria realizada antes del cese y en la que no consta la fecha de su recepción, igualmente cumple con el requisito de la puesta a disposición simultánea a la entrega de la comunicación escrita (STS Sala 4ª, de 5 de diciembre de 2011⁴²³). Igualmente se admite que, por vía de acuerdo colectivo, es posible fijar los criterios de abono de la indemnización por extinción del contrato de trabajo mediante un pago aplazado, pues el

⁴²¹ STS, Sala 4ª, de 17 de octubre de 2017, rec. 2217/2016.

⁴²² Rec. 1145/2014.

⁴²³ Rec. 1667/2011.

acuerdo tiene análoga eficacia a lo acordado en Convenio Colectivo, alcanzando y vinculando a la empresa y a las personas trabajadoras durante el tiempo de su vigencia (STS Sala 4ª, de 13 de junio de 2018⁴²⁴).

No se cumple, en cambio, con esa exigible simultaneidad, si la transferencia bancaria se lleva a cabo tres días después de producirse la entrega de la carta de despido (STS, Sala 4ª, de 17 de diciembre de 2014⁴²⁵). Basándose en estos criterios, la Sala 4ª del TS confirma la procedencia del despido por causas objetivas de sendas personas trabajadoras de Bankia S.A, a las que se abonó la indemnización (en una cuantía superior a la legal) tres días después de la comunicación del despido, mas con anterioridad a los ceses, en el marco de un acuerdo colectivo en que se indicaba que el primer pago se efectuaría en el momento de la efectividad de la extinción contractual⁴²⁶.

Otra variante de esta necesidad de acreditar la percepción de la correspondiente indemnización se encuentra en la STS, Sala 4ª, de 5 de julio de 2018⁴²⁷, que establece la disposición de la norma de eliminar toda sombra de fraude en la acreditación, exigiendo la aportación como prueba del pago de un documento que resulte inmune a la eventual simulación, considerando como tal aquel que únicamente consigne la manifestación de voluntad de las partes, puesto que la Ley exige que, de modo efectivo y contable, se haya producido el percibo de la indemnización, no siendo válido que la persona trabajadora entienda satisfecho su crédito. Concretamente, los recibos firmados por la empresa y persona trabajadora no pueden sustituir a efectos de constancia documental a una transferencia bancaria, pues es imprescindible que se constate que la indemnización ha entrado efectivamente en el patrimonio de la persona trabajadora, debiendo ser posible seguir las trazas del ingreso por la intervención de terceros ajenos al negocio jurídico, y sujetos a la máxima garantía de control y transparencia.

Por tanto, para que la persona trabajadora pueda acceder a la prestación de jubilación anticipada por causa ajena a su libre voluntad, será necesario, no solamente acreditar la percepción de la cantidad indemnizatoria motivada por la extinción de la

⁴²⁴ Rec. 2200/2018.

⁴²⁵ Rec. 2475/2013.

⁴²⁶ STS, Sala 4ª, de 12 de noviembre de 2019, rec. 1453/2017.

⁴²⁷ Rec. 1312/2017.

relación laboral en base a un despido colectivo del artículo 51 ET o un despido objetivo del artículo 52 ET, sino que, además, la puesta a disposición de la cantidad indemnizatoria deberá ser realizada con anterioridad o simultáneamente a la efectividad del cese, salvo que se incardine en una negociación colectiva que contemple un pago aplazado, pues el acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras tiene la fuerza de Convenio Colectivo y vincula a las partes.

TERCERA PARTE

LA PREJUBILACIÓN

CAPÍTULO 6

LA PREJUBILACIÓN: NOCIÓN Y DELIMITACIÓN DE SUS EFECTOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO

1. APROXIMACIÓN A LA FIGURA JURÍDICA Y RASGOS DEFINITORIOS

La definición de prejubilación recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁴²⁸ alude a la “*Jubilación que se produce antes de la edad fijada por la ley o por una norma*”. Pese a que dicha noción proviene de tan docta institución, adolece de imprecisión desde el punto de vista jurídico, pues, real y legalmente, en dicho supuesto no se ha llevado a cabo tal jubilación, sino que el trabajador se encuentra en un punto intermedio entre el cese efectivo en el trabajo y el acceso a la jubilación, sea en su modalidad ordinaria o anticipada⁴²⁹; eso sí, con unas importantes consecuencias sobre la nueva condición, identidad social y reorganización de la vida cotidiana de la persona prejubilada⁴³⁰.

Aunque las prejubilaciones se iniciaron con las ayudas a la jubilación anticipada con motivo de los procesos de reconversión industrial de los años 70 y 80 en España, lo cierto es que poco a poco han evolucionado respecto de su utilidad. Así, la prejubilación dejó gradualmente de ser exclusiva de estos procesos de reconversión industrial, pasando a ser utilizada por las grandes empresas del sector servicios (banca, comunicaciones y

⁴²⁸ Vigésimotercera edición. Octubre 2014.

⁴²⁹ Destino natural de los trabajadores prejubilados, como apunta CABEZA PEREIRO, J., “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, en AA.VV., BORRAJO DACRUZ, E. (Coord.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, La Ley, 2004, pág. 228.

⁴³⁰ ALONSO, C., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.J., IBÁÑEZ ROJO, R., “¿Viviendo como unos reyes? El discurso de los trabajadores prejubilados del sector servicios en España”, *Arxius de Ciencies Socials*, núm. 24, 2011, pág. 17.

eléctricas) para deshacerse de sus empleados de mayor edad, aprovechando para ello los beneficios generados en épocas de expansión económica, pues realmente era concebida por las empresas como una inversión⁴³¹.

De esta inicial utilización de las prejubilaciones para abaratar costes en momentos de bonanza, se ha pasado al recurso al despido colectivo y a las prejubilaciones personalizadas como medio de llevar a cabo las prejubilaciones de sus empleados. Así, los procesos de prejubilación que se acometen en España suelen llevarse a cabo con motivo de un escenario económico que necesariamente condiciona a las empresas en la asunción de sus propios procesos de reestructuración económica. En un escenario económico adverso, es el propio mercado el que compele a las empresas a materializar procesos de reestructuración⁴³², normalmente por motivos de ajuste de la demanda o por la necesidad de adecuar su estructura productiva como consecuencia de procesos de fusión con otras empresas, siendo el recurso al ajuste de plantilla el más utilizado para intentar garantizar la subsistencia y competitividad de la empresa. Sin embargo, no necesariamente la empresa se ha de encontrar en una situación económica desfavorable para recurrir a esta figura como medio de llevar a cabo un proceso de reducción de su plantilla, pues la prejubilación se ha convertido en un mecanismo ordinario⁴³³ para llevar a cabo los ajustes de personal, que recae en las personas trabajadoras más próximas a la edad de jubilación conforme al vigente sistema de Seguridad Social, destacando como una característica de la prejubilación la falta de voluntariedad de la misma en la mayoría de los casos⁴³⁴.

No existe en el ordenamiento jurídico español ninguna norma que contemple esta figura, aunque sí se encuentra definida en la normativa europea. Así, el Reglamento CE 883/2004, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, define las prestaciones de prejubilación como “*todas las prestaciones en metálico, distintas de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones anticipadas de vejez, concedidas a*

⁴³¹ ALONSO, C.E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.J., IBAÑEZ ROJO, R., “¿Viviendo como unos reyes? El discurso de los trabajadores prejubilados del sector servicios en España”, cit., pág. 9.

⁴³² TEJÓN SÁEZ, H., “Fracturas psicosociales asociadas a la prejubilación”, *Aposta, Revista de ciencias sociales*, núm. 47, 2010, pág. 4.

⁴³³ CABEZA PEREIRO, J., “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, cit., pág. 208.

⁴³⁴ ALONSO, C.E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.J., IBAÑEZ ROJO, R., “¿Viviendo como unos reyes? El discurso de los trabajadores prejubilados del sector servicios en España”, cit., pág. 13.

partir de una edad determinada, al trabajador que haya reducido, cesado o suspendido sus actividades profesionales hasta la edad en que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada”. En esta definición caben las múltiples y variadas situaciones en que puede encontrarse la persona trabajadora prejubilada, pero, sobre todas ellas, destaca el hecho de constituir un estado previo al acceso a la condición de pensionista.

En la doctrina, se ha definido esta figura como “la situación de hecho y de derecho en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación en el sistema de seguridad social, ya sea anticipada u ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación”⁴³⁵. Aunque no necesariamente ha de extinguirse el contrato de trabajo para considerar a la persona trabajadora en situación de prejubilación, sino que puede encontrarse en situación de suspensión del contrato, en excedencia pactada, etc., lo que sí es exigible para considerar a una persona trabajadora prejubilada es que se haya producido un cese efectivo en la prestación laboral. Por tanto, como elemento configurador de la prejubilación, se debe atender a la necesaria concurrencia del cese de actividad, noción no coincidente con la de extinción del contrato de trabajo y que contempla otras situaciones de prejubilación no extintivas, como sería la suspensión del contrato de trabajo o la simple interrupción de los plenos efectos contractuales⁴³⁶. En cualquier caso, de producirse la extinción del contrato, el principio de causalidad que rige en el ordenamiento jurídico determina que dicha extinción no pueda articularse como un despido libre ni por un cauce distinto a los establecidos en el artículo 49 ET⁴³⁷.

La ausencia de regulación de una institución como la analizada, cada vez más utilizada por las empresas para desprenderse de sus trabajadores a la hora de acometer sus procesos de reconversión o reestructuración, es cuanto menos criticable, pues la

⁴³⁵ LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, cit., pág. 86.

⁴³⁶ RABANAL CARBAJO, P., “Notas sobre el status jurídico-laboral del trabajador prejubilado”, en AAVV., *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., pág. 333.

⁴³⁷ BLASCO RASERO, C., “La protección de los Prejubilados”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015, parte Estudios, pág. 4.

prejubilación es causa y efecto⁴³⁸ de la existencia de una pluralidad de posibles situaciones en la relación persona trabajadora-empresa susceptibles de ser encuadradas en ella, que plantean diversos interrogantes, entre los que cabe aludir al eventual derecho de las personas trabajadoras prejubiladas a figurar en el censo de la empresa como electoras o elegibles. A este respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia⁴³⁹ consideran la prejubilación como una forma de extinción del contrato de trabajo, por lo que las personas prejubiladas no tendrían derecho a figurar en el censo, ni como electores ni como elegibles⁴⁴⁰. Ahora bien, si la prejubilación se lleva a cabo mediante una verdadera suspensión del contrato de trabajo, estableciendo un criterio de temporalidad en la medida y contemplando la posibilidad de reanudar la prestación laboral, tendrían derecho a figurar en el censo tanto como electores como elegibles, pues seguiría vivo el vínculo laboral entre la empresa y estas personas trabajadoras prejubiladas⁴⁴¹, pues la jurisprudencia también atribuye virtualidad suspensiva y no extintiva a la prejubilación cuando así se pactó entre las partes⁴⁴².

Esta diversidad comporta una seria dificultad a la hora de intentar definir y regular la prejubilación, de ahí que se suela recurrir a una delimitación negativa⁴⁴³, por contraposición a los conceptos de persona trabajadora y persona jubilada en cualquiera de las modalidades de jubilación (parcial, anticipada, ordinaria)⁴⁴⁴. Siguiendo a la

⁴³⁸ GODINO REYES, M., “Del empleo a la jubilación en tiempos de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas”, *Revista de información laboral*, núm. 7, 2014., pág. 27.

⁴³⁹ STS, Sala 4ª, de 1 de junio de 2004, rec. 128/2003.

⁴⁴⁰ AAVV., CCOO, *Elecciones sindicales: sentencias y laudos arbitrales*, Editorial Bomarzo, Madrid, 2014, pág. 247.

⁴⁴¹ Sería el caso de las personas trabajadoras del Grupo Cooperativo Cajamar que suscribieron el “Acuerdo de Excedencias Especiales Voluntarias Compensadas para el Grupo Cooperativo Cajamar”, de 3 de marzo de 2017, firmado por la dirección de la empresa y representantes de los sindicatos CCOO, UGT y CGT, en el que se suspendía el contrato de trabajo y la prestación de servicios durante el periodo de un año prorrogable de mutuo acuerdo entre las partes por años naturales, y se contemplaba la posibilidad expresa de que la persona trabajadora pudiera reincorporarse al término de la concesión inicial o cualquiera de las prórrogas de la excedencia, pudiendo igualmente la empresa, por necesidades del servicio, reincorporar a la persona trabajadora al término de la concesión inicial o cualquiera de sus prórrogas.

⁴⁴² STS, Sala 4ª, de 15 de octubre de 2007, rec. 4591/2006.

⁴⁴³ Lo que no sería necesario si se incorporase la figura de la prejubilación como una contingencia propia y diferenciada en el Sistema de Seguridad Social, estableciendo una prestación específica para ella y con un régimen jurídico propio.

⁴⁴⁴ RANSES PEREZ-BOGA, J., “Aspectos fiscales de la prejubilación”, en AA.VV., ALMARCHA BARBADO, A. (Coord.), *Envejecimiento laboral y prejubilación, dilemas y problemas socioeconómicos*, Universidad da Coruña, 2010, pág. 119. Fecha de consulta: 06-11-2016. Disponible en <http://hdl.handle.net/2183/13078>

doctrina, la prejubilación es una contingencia en la que, una persona trabajadora de avanzada edad es apartada de la actividad laboral, parcial o totalmente, sufriendo una disminución de sus ingresos, a lo que se une la imposibilidad de que pueda acceder a la pensión de jubilación por no alcanzar la edad requerida para ello, lo que sitúa a la prejubilación como un híbrido jurídico entre las contingencias de desempleo y de jubilación, contingencias con las que comparte rasgos comunes⁴⁴⁵, razón por la que se afirmó que “supone una forma dinámica para desenganchar al trabajador de la relación de trabajo y engancharle en la jubilación”⁴⁴⁶.

Precisamente por ello, el mejor de los acercamientos a una posible definición es el realizado por el citado Reglamento CE 883/2004, de 29 de abril, en cuanto contiene los elementos básicos e imprescindibles de toda prejubilación: la situación de reducción, cese o suspensión de la prestación laboral hasta que la persona trabajadora alcance la edad en que pueda acogerse a la pensión de jubilación, en cualquiera de sus modalidades; y la percepción de una prestación en metálico sustitutiva del salario, que permita a la persona trabajadora llegar hasta el acceso a la prestación de jubilación.

Ambos elementos se corresponden con la definición doctrinal de prejubilación, que la sitúa como una situación transitoria en la que se encuentra una persona de edad avanzada, desde el momento en el que cesa en su empleo⁴⁴⁷, y hasta el momento en que pueda acceder a la pensión de jubilación, tanto en su modalidad ordinaria como anticipada, una vez cumpla la edad requerida para ello. De hecho, siendo, tal y como se ha visto, la voluntariedad en su acceso la nota característica de la prejubilación, se puede afirmar que esta nace y se regula a través de la extinción por mutuo acuerdo del contrato de trabajo, pues aun cuando los instrumentos que se utilicen para llevar a cabo la prejubilación sean muy variados, lo cierto es que los más utilizados por las entidades financieras han sido la extinción del contrato de trabajo mediante un pacto de mutuo acuerdo de las partes del artículo 49.1.a) ET y el recurso al despido colectivo del artículo 51 ET (fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), en el

⁴⁴⁵ LÓPEZ CUMBRE, L., “Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2014, pág. 201.

⁴⁴⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., “La jubilación entre el derecho y la obligación”, en AA.VV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 48.

⁴⁴⁷ BLASCO RASERO, C., “La protección de los prejubilados”, cit., pág. 3.

que la voluntariedad en la adscripción a las medidas extintivas es el primer criterio de selección de las personas trabajadoras.

Como ya se ha señalado, en España, la prejubilación no se encuentra regulada expresamente en ninguna norma de derecho positivo, no apareciendo entre las causas de extinción del contrato de trabajo recogidas en el art. 49 del vigente ET, como tampoco entre las contingencias cubiertas por el Régimen General de la Seguridad Social. Sin embargo, el fenómeno de la “prejubilación” no ha sido del todo desconocido por nuestro ordenamiento jurídico, habiendo optado el legislador “por reconocer -sin regular- la presencia de esta realidad en el ámbito laboral y su conexión con la Seguridad Social”⁴⁴⁸.

Así, aunque de forma implícita, aparece contemplada en algunas previsiones normativas, como el RD 1589/1999, de 15 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre, que realiza una descripción que perfectamente encajaría en la situación de prejubilación de la persona trabajadora. En efecto, en su art. 16.1.a) 3º, considera contingencias susceptibles de cobertura en un plan de pensiones, situaciones asimilables a la jubilación, entendiéndose como tales *“cualquier supuesto de extinción o suspensión de la relación laboral de un partícipe con al menos 52 años cumplidos, que determine el pase a la situación de desempleo y siempre que se inscriba como tal en el Instituto Nacional de Empleo o se encontrase en dicha situación a partir de esa edad”*.

Una clara alusión a esta figura aparece en el art. 161.bis LGSS/1994, cuyo apartado 2.d) párrafo segundo, según la redacción dada por la Ley 40/2007, contemplaba expresamente la prejubilación como una de las causas de exención de los requisitos exigidos en sus apartados b) y d), para acceder a la jubilación anticipada⁴⁴⁹, siendo nuevamente nombrada en la Disp. Adic. 24ª de la LAAM, en la que se ordena al gobierno la realización de un estudio actuarial relacionado con la aplicación de los coeficientes reductores de la pensión de jubilación anticipada, y *“específicamente la situación de los trabajadores que tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 y se hubieran jubilado anticipadamente a través de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos*

⁴⁴⁸ LÓPEZ CUMBRE, L., “Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas”, cit., pág. 201.

⁴⁴⁹ LÓPEZ CUMBRE, L., “Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas”, cit., pág. 202.

colectivos o contratos individuales de prejubilación de empresas, con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”.

El hecho de que la prejubilación carezca de regulación normativa ha provocado cuantiosos problemas en el difícil engarce de esta con figuras e instituciones propias del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que no han sido reguladas atendiendo a las distintas situaciones que pueda plantear la prejubilación de una persona trabajadora⁴⁵⁰. Por ello, ha sido necesario recurrir a la jurisprudencia a la hora de afrontar las disputas en relación con esta figura, siendo numerosísimas las referencias que sobre la prejubilación realiza la Sala 4ª del TS en sus sentencias⁴⁵¹, en las que reiteradamente afirma que “la prejubilación es una figura que no aparece regulada en nuestro Derecho positivo, por tanto, se regirá por lo pactado válidamente entre las partes⁴⁵²”. Inicialmente, el alto Tribunal se refiere a ella como “un caso de suspensión del contrato por mutuo acuerdo de las partes al amparo del artículo 45,1, a) del Estatuto de los Trabajadores [...]. No pudiéndose olvidar que la finalidad de esta figura es enlazarla con la jubilación anticipada al cumplir los sesenta años y precisamente al cumplir esta edad percibirán la compensación prevista para la jubilación anticipada, lo que evidencia el carácter transitorio y temporal de la medida”⁴⁵³. Sin embargo, a partir de 2001, pasa a sentar el criterio de que la prejubilación supone, siempre y en todo caso, la extinción del contrato de trabajo⁴⁵⁴. Desde ese momento, tanto la doctrina⁴⁵⁵ como la jurisprudencia⁴⁵⁶ vienen

⁴⁵⁰ MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M., “Efectos de la prejubilación como consecuencia de ERE”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4, 2008, pág. 59.

⁴⁵¹ Dada la falta de regulación de esta figura, que carece de reconocimiento legal, se ha venido sistemáticamente trasladando al ámbito judicial las numerosas controversias y tribulaciones que plantea esta realidad sociolaboral (LÓPEZ CUMBRE L., “Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas”, cit. pág. 201).

⁴⁵² STS, Sala 4ª, de 14 de diciembre de 2001, rec. 1365/2001.

⁴⁵³ STS, Sala 4ª, de 18 de mayo de 1998, rec. 2108/1997.

⁴⁵⁴ Para el Alto Tribunal, “la prejubilación es una figura que no aparece regulada en nuestro Derecho Positivo, y que, por tanto, ha de regirse por lo pactado válidamente entre las partes, siendo definido por la doctrina como el cese prematuro y definitivo en la vida laboral del trabajador de edad avanzada antes del cumplimiento de la edad normal de jubilación, mediante las correspondientes contrapartidas económicas a cargo de la empresa” (en este sentido, véanse, las STS, Sala 4ª, de 25 de junio de 2001, rec. 3442/2000 y de 14 de diciembre de 2001, cit.).

⁴⁵⁵ CABEZA PEREIRO, J., “Consideraciones sobre la prejubilación según la doctrina reciente”, en AAVV LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 1.288.

⁴⁵⁶ Por todas, véase la STS, Sala 4ª, de 1 de junio de 2004, rec. 128/2003, en cuyo FJ 7º señala que “La prejubilación, en el momento actual, aun cuando ciertamente no constituya una contingencia protegida

definiendo la prejubilación como una modalidad de extinción del contrato de trabajo, mediante un pacto de prejubilación por el que se están regulando entre empresa y empleado circunstancias o situaciones previas a o antes de la jubilación⁴⁵⁷.

El Tribunal parte de una noción de prejubilación entendida como “el cese prematuro y definitivo en la vida laboral del trabajador de edad avanzada antes del cumplimiento de la edad normal de jubilación, mediante las correspondientes contrapartidas económicas a cargo de la empresa”⁴⁵⁸. En aplicación de este criterio jurisprudencial, cabe afirmar que, con independencia de la figura legal utilizada para ello⁴⁵⁹, la finalidad perseguida por la prejubilación es el cese real de la prestación laboral por parte de la persona trabajadora, percibiendo de la empresa, como contrapartida, una remuneración pactada hasta el momento en que pueda este llevar a cabo su jubilación, rigiéndose este contrato por lo válidamente pactado por las partes.

En este punto, se hace imprescindible volver sucintamente sobre la figura de la jubilación, tanto en su modalidad ordinaria como anticipada, pues la prejubilación va indefectiblemente unida a la jubilación, ya que el objeto de esta es precisamente el tránsito entre la vida laboral activa y la jubilación de la persona trabajadora⁴⁶⁰. En todos los casos de prejubilación, las negociaciones y condiciones pactadas se llevan a cabo en función de la edad ordinaria de jubilación y, sobre todo, la posibilidad de su anticipación. Resulta evidente el “anclaje” que opera entre la prejubilación y la jubilación anticipada,

por la Seguridad Social ni, tampoco, aparezca regulada en el Estatuto de los Trabajadores, sin embargo, se erige en una de las modalidades de la jubilación gradual y flexible que rige ya en España, sobre todo a partir de la suscripción del Pacto de Toledo y, más específicamente, a partir de la Ley 35/2002, siendo notorio, que junto a la jubilación anticipada y a la jubilación parcial en sus diversas modalidades, constituye un instrumento en manos de las empresas para remodelar las plantillas de sus trabajadores, desprendiéndose de aquellos que por su edad avanzada y por su largo periodo de cotización a la Seguridad Social pueden alcanzar a través del convenio especial con la Seguridad Social y con el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, una jubilación anticipada u ordinaria para la que sirve de pórtico la prejubilación que, lógicamente, se revela como una modalidad de extinción contractual y no de simple suspensión de la relación laboral”.

⁴⁵⁷ En este sentido, también se pronuncian en suplicación la STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2019, rec. 353/2019, y la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 2019, rec. 2613/2019.

⁴⁵⁸ STS, Sala 4ª, de 14 de diciembre de 2001, cit.

⁴⁵⁹ “La posibilidad de la prejubilación se prevé no solamente a través de un expediente de regulación de empleo, que ha de ser aprobado por la autoridad laboral, sino también por el acuerdo logrado en fase de consultas previas de dicho expediente, por lo establecido en convenio colectivo o, simplemente, por el acuerdo individual entre el trabajador y la empresa” (STS Sala 4ª, de 1 de junio de 2004, FJ 7º, cit.).

⁴⁶⁰ BLASCO RASERO, C., “La protección de los prejubilados”, cit., pág. 3.

materializado en su día por la introducción de los pactos de prejubilación entre las causas eximentes de los requisitos b) y d) del art. 161.bis LGSS 1994, situando claramente la prejubilación como paso previo a la jubilación anticipada de la persona trabajadora⁴⁶¹.

Como consecuencia de esto, la gran mayoría de acuerdos de prejubilación comprenden un periodo temporal que abarca desde la fecha de extinción/suspensión de la relación laboral hasta la fecha de jubilación anticipada de la persona trabajadora, modalidad de jubilación que solamente se puede establecer en relación con la anticipación legal permitida sobre la fecha de jubilación ordinaria⁴⁶², con lo que se pretende evitar la afectación negativa a las personas trabajadoras que se encuentren en edades cercanas a la jubilación⁴⁶³.

Por tanto, se puede afirmar con rotundidad que, para que se pueda establecer que nos encontramos ante una verdadera prejubilación, deben concurrir indefectiblemente dos requisitos: la negociación previa de las condiciones de prejubilación y la aceptación voluntaria por la persona trabajadora de la extinción de su contrato de trabajo. Es necesario que la prejubilación obedezca a una negociación previa, bien de carácter individual entre la persona trabajadora y la empresa⁴⁶⁴, bien de naturaleza colectiva entre esta y la representación legal de las personas trabajadoras, que establezca el marco legal y las condiciones económicas en las que se llevará a cabo la prejubilación de las personas trabajadoras afectadas y, una vez acordado este, el segundo y más importante requisito,

⁴⁶¹ MARTÍNEZ GIRON, J., ARUFE VARELA, A., “La prejubilación: Aspectos jurídicos, laborales y de Seguridad Social”, en AA.VV., ALMARCHA BARBADO, A. (Coord.), *Envejecimiento laboral y prejubilación, dilemas y problemas socioeconómicos*, Universidad da Coruña, 2010, pág. 176. Fecha de consulta: 06-11-2016. Disponible en <http://hdl.handle.net/2183/13078>

⁴⁶² Por causa no imputable a la voluntad de la persona trabadora y con los requisitos del art. 207 LGSS, la anticipación respecto de la edad ordinaria de jubilación puede ser de hasta 4 años. Por el contrario, cuando el acceso a la jubilación anticipada se produce por la libre voluntad de la persona trabajadora, el art. 208 LGSS establece una anticipación máxima de 2 años respecto de la edad de jubilación ordinaria.

⁴⁶³ Como se ha estudiado anteriormente, tras la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social, la edad ordinaria de jubilación en España para el Régimen General de la Seguridad Social se sitúa en el cumplimiento de los 67 años, o 65 años cuando se acredite una cotización igual o superior a los 38 años y 6 meses, de conformidad con la normativa de la Seguridad Social. Estas edades de jubilación se están aplicando de forma gradual mediante el establecimiento de un periodo transitorio, contemplado en la Disp. Transitoria 7ª LGSS.

⁴⁶⁴ Esta modalidad de prejubilación individual mediante un acuerdo de extinción de la relación laboral ex artículo 49.1.a) ET, fruto de una negociación particular entre empresa y persona trabajadora, ciertamente es infrecuente, pues las prejubilaciones suelen acometerse en el marco de los planes estratégicos de gestión de recursos humanos en las empresas. En este sentido MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M., “Efectos de la prejubilación como consecuencia de ERE”, cit., pág. 60.

la adhesión voluntaria del trabajador para extinguir el contrato de trabajo. Si no existe el previo acuerdo de prejubilación, se estaría ante un despido puro y duro, con independencia de que, por su edad, algunas de las personas trabajadoras afectadas pudieran enlazar la situación de desempleo con la jubilación.

En cuanto a las modalidades de prejubilación, siguiendo a la doctrina⁴⁶⁵, se puede distinguir entre la voluntariedad en el origen de la extinción y la voluntariedad en su aceptación. Respecto al origen de la extinción del contrato de trabajo, sin duda alguna los factores externos a la voluntad de la persona trabajadora se configuran como los motivadores de la práctica totalidad de los procesos de prejubilación, siendo los más representativos: una situación de crisis en la empresa, un proceso de reestructuración de los puestos de trabajo, la puesta en marcha de una nueva política de empleo en la empresa, etc.

Y, en lo que al carácter de voluntariedad en la aceptación se refiere, es necesario que, en todos los casos, y para evitar que pueda ser calificada como una clara discriminación de la persona trabajadora por razón de su edad, es imprescindible que se preste el consentimiento a la extinción de la relación laboral, evitando así que esta pueda ser declarada no conforme a derecho por entenderse que se ha llevado a cabo de una forma forzosa. En suma, cabe calificar la aceptación de la prejubilación como un acto de voluntariedad forzado, pues los sujetos afectados se ven compelidos a aceptar necesariamente la prejubilación ofrecida por la empresa como opción más ventajosa para su salida de esta.

Respecto a la corrección de elegir solamente personas trabajadoras de mayor edad y, por tanto, más próximas a la jubilación, se han pronunciado reiteradamente los tribunales ordinarios, que consideran que, en supuestos de crisis de empresa, el criterio de afectación del ERE en función de la proximidad a la edad de jubilación es un criterio objetivo, de aplicación igual para todas las personas trabajadoras que se encuentran en tal situación, por lo que resulta adecuado⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Véase LÓPEZ CUMBRE, L., “Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm.1, 2014, pág. 206.

⁴⁶⁶ STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 2 de mayo de 2013, rec. 561/2013.

Dicho criterio ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional⁴⁶⁷ (en adelante TC), que con ocasión de los recursos de amparo interpuestos sobre la base de la vulneración del derecho a la no discriminación por edad reconocido en el artículo 14 CE, ha resuelto que no existe discriminación siempre que se cumplan los requisitos de justificación y proporcionalidad exigidos constitucionalmente. Parte el TC de que se debe analizar en cada caso concreto la aplicación del principio de igualdad y de la prohibición de la discriminación, que se constituyen como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, lo que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, necesariamente ha de concurrir una suficiente justificación de la diferencia, de apariencia fundada y razonable, de acuerdo con los criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todos caso, desproporcionadas. Pues bien, el TC estima que la adopción de un criterio de edad para la selección de las personas trabajadoras afectadas por un ERE, fundado en el menor perjuicio que el despido supone para las personas trabajadoras de más edad, dada la mayor protección social brindada a las personas mayores de 55 años, constituye un factor objetivo y proporcionado de selección, siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos produce en los afectados, como serían las mejoras voluntarias de la prestación de desempleo y la firma de convenio especial con la Seguridad Social.

2. MODALIDADES DE ACCESO A LA PREJUBILACIÓN

La ya referida ausencia de una regulación legal de la prejubilación, tanto en lo que concierne al catálogo de contingencias protegidas por la Seguridad Social, como en lo que concierne a las vicisitudes del contrato de trabajo, motiva que su régimen jurídico se deba regir por la libertad de pacto⁴⁶⁸, siendo posible acudir a un variado elenco de figuras jurídicas contempladas en nuestro ordenamiento⁴⁶⁹. En consecuencia, como ha puesto de manifiesto la doctrina judicial, “el modo, forma y condiciones en que empresa y trabajador lleguen a un acuerdo para una efectiva cesación en la prestación laboral, como

⁴⁶⁷ STC 66/2015, de 13 de abril de 2015, rec. de amparo 3875/2013.

⁴⁶⁸ Art. 1255 CC.

⁴⁶⁹ CABEZA PEREIRO, J., “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, cit., pág. 207.

paso previo a una posible jubilación anticipada u ordinaria, se configura como un abanico de figuras y situaciones jurídicas que, por sí solas o en combinación de varias de ellas, permiten a las partes llegar a un acuerdo susceptible de alcanzar el objetivo perseguido - prejubilación al trabajador-, a cuyo contenido quedan las partes sometidas, y cuya interpretación se regirá por las reglas de interpretación de los contratos que rigen el Código Civil”⁴⁷⁰.

La prejubilación es la figura más utilizada en España para el tránsito de la vida laboral activa a la jubilación, a modo de jubilación gradual y flexible⁴⁷¹, sobre todo a partir de la firma del Pacto de Toledo y, más específicamente, a partir de la Ley 35/2002, de 12 de julio, que dotó a las empresas de un eficaz instrumento para acometer la remodelación de sus plantillas, introduciendo en el ordenamiento laboral dos novedades que tendrán gran trascendencia para la prejubilación de las personas trabajadoras. En primer lugar, la universalización del acceso a la jubilación anticipada a partir de los 61 años y, en segundo lugar, su vinculación al carácter involuntario del acceso a la misma, pues el cese de la relación laboral debía traer causa de una pérdida del trabajo no voluntaria por parte de la persona trabajadora.

No obstante, al objeto de facilitar la proliferación del recurso a esta modalidad de jubilación, se incorporó una exención al requisito de la involuntariedad, al admitir que el cese de la relación laboral se llevase a cabo por la libre voluntad de la persona trabajadora en virtud de un acuerdo colectivo suscrito por los representantes de las personas trabajadoras con la empresa, siempre que se acreditara el abono por la empresa a la persona trabajadora de cantidades dinerarias que, en cómputo global, supusieran al menos el resultado de sumar el importe de la prestación por desempleo que hubiese correspondido a la persona trabajadora y la cuota de cotización a la Seguridad Social durante los dos años anteriores a la solicitud de jubilación. Por tanto, tal y como afirma la doctrina⁴⁷², la jubilación anticipada, que estaba llamada a desaparecer por su carácter transitorio y la ausencia de mutualistas a los que aplicarla, adquirió un nuevo impulso con

⁴⁷⁰ STSJ Aragón, Sala de lo social, de 19 de diciembre de 2019, rec. 632/2019.

⁴⁷¹ Flexibilidad entendida como sistema flexible de jubilación y que no hay que confundir con la jubilación flexible que es una modalidad de jubilación. La flexibilidad de acceso a la jubilación lo es en cuanto a “capacidad de opción -tener entre qué elegir- y voluntad de opción -poder hacerlo-, “(véase LÓPEZ CUMBRE, L., “La jubilación. Entre el derecho y la obligación”, cit., pág. 46).

⁴⁷² LÓPEZ CUMBRE, L., “La jubilación. Entre el derecho y la obligación”, cit., pág. 47.

la Ley 35/2002, de 12 de julio, al generalizarse para toda persona trabajadora mayor de 61 años.

Abundando en el interés del legislador de favorecer e incentivar el recurso a la prejubilación por parte de las empresas, la Ley 40/2007⁴⁷³ introdujo como novedad la incorporación de la modalidad de extinción por mutuo acuerdo de las partes (persona trabajadora y empresa) a esta posibilidad de anticipación de la jubilación a los 61 años, manteniendo, eso sí, la misma exigencia de que la empresa abone, al menos durante los dos años anteriores a la solicitud de jubilación, una cantidad equivalente al importe de la prestación por desempleo y la cotización por el convenio especial con la Seguridad Social. Es necesario destacar la trascendencia que ha tenido la jubilación anticipada prevista en la Ley 40/2007, extendiendo sus efectos hasta el día 31 de diciembre de 2020⁴⁷⁴ para aquellos trabajadores cuya relación laboral se hubiera extinguido antes del día 2 de abril de 2013, siempre que, con posterioridad a esa fecha no hayan vuelto a quedar incluidos en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, así como para aquellas personas trabajadoras que suspendieron o extinguieron su relación laboral con motivo de ERE, convenio colectivo, acuerdo colectivo de empresa o decisión adoptada en procedimiento concursal, llevados a cabo con anterioridad al día 1 de abril de 2013⁴⁷⁵.

Indubitadamente, convergen en la prejubilación principios y normas de muy diverso tipo y rango: autonomía de la voluntad e irrenunciabilidad de derechos, normas

⁴⁷³ La Ley 40/2007 ciertamente favoreció las prejubilaciones, pues calificó como involuntaria la extinción del contrato de trabajo llevada a cabo con motivo de un ERE, e introdujo una reducción de los coeficientes reductores de la pensión de jubilación, así como la ya comentada posibilidad de acceso a la anticipación desde los 61 años para los trabajadores que extinguieran su contrato voluntariamente mediante acuerdo individual con su empresa.

⁴⁷⁴ Disp. Trans. 4ª.5. LGSS en su redacción anterior al RD-Ley 2/2021, de 26 de enero. La vigente LGSS en su redacción de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha eliminado el límite temporal de acceso a la pensión de jubilación, manteniendo *sine die* la regulación, en sus diferentes modalidades, de los requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de las prestaciones vigentes antes de la entrada en vigor de la LAAM.

⁴⁷⁵ Transitoriedad que es muy importante para numerosas personas trabajadoras, pues, por citar un ejemplo, ha permitido que un trabajador nacido en 1955 y que contara con 31 años de cotización, pudiera jubilarse en 2020 a los 65 años. El trabajador fue despedido en el marco de un ERE aprobado con anterioridad a abril de 2013, habiendo agotado la prestación por desempleo en 2015 y manteniéndose hasta su jubilación como demandante de empleo. Como consecuencia de la aplicación de la legislación anterior prevista en la Disp. Trans. 4ª.5 LGSS, la carencia específica a efectos de cálculo de su base reguladora de la pensión de jubilación es de 180 meses, lo que favorece la cuantía de la misma. Con la legislación actual, no podría jubilarse hasta cumplir los 67 años y con la aplicación de peores condiciones en el cálculo de la base reguladora de la pensión.

laborales, de Seguridad Social, civiles, mercantiles, administrativas y tributarias, prevaleciendo unas u otras según el caso concreto, pero todas han de ser tenidas en cuenta⁴⁷⁶. Con todo, la primera motivación de la prejubilación es la extinción del contrato de trabajo, por lo que, pese a que no aparece contemplada expresamente entre las causas de extinción del contrato de trabajo previstas en el art. 49.1 ET, ni entre las causas de suspensión del contrato de trabajo enunciadas en el art. 45.1 ET, apartados a), j) y m), es necesario acceder a ella mediante la utilización de alguna de esas causas, extinguiendo o suspendiendo el contrato de trabajo conforme a la voluntad de las partes intervinientes⁴⁷⁷. Por tanto, el conjunto de figuras disponibles para llevar a cabo la prejubilación de un trabajador es muy diverso, pudiendo variar en función de circunstancias tales como: la modalidad de acceso a la misma, fruto de una negociación individual persona trabajadora-empresa o de empresa-representantes legales de las personas trabajadoras; con percepción de la indemnización pactada en un único pago o en forma de renta periódica; con derecho a la percepción de las prestaciones por desempleo o no; con abono de la cotización mediante convenio especial con la Seguridad Social o no; con previsión de enlace con la jubilación ordinaria o anticipada si cumple con los requisitos establecidos para ello, con derechos económicos en planes y fondos de pensiones de empresa; con extinción o suspensión del contrato de trabajo, etc. En todos los casos existe un reconocimiento de prestaciones de la empresa a favor de sus personas trabajadoras prejubiladas (usualmente con motivo de la extinción de la relación laboral), que aquella se obliga a satisfacer hasta la fecha acordada de jubilación de estas, prestaciones que se pactan en función de las retribuciones percibidas por las personas trabajadoras en activo, así como del periodo de tiempo restante hasta la fecha de jubilación pactada.

La doctrina distingue entre las prejubilaciones programadas, en las que la empresa participa activamente en la previsión y planificación de las prestaciones que faciliten a la persona trabajadora la satisfacción de sus necesidades en el periodo que media entre la extinción contractual y el acceso a la jubilación, y la jubilación no programada, en la que la empresa no interviene ni directa ni indirectamente en la satisfacción de las necesidades

⁴⁷⁶ CABEZA PEREIRO, J., “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, cit., págs. 204 y ss.

⁴⁷⁷ MARÍN CORREA, J. M., “La prejubilación: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2003, pág. 610.

de la persona trabajadora en el periodo de prejubilación⁴⁷⁸. Evidentemente, dada la intervención activa de la empresa en la prejubilación programada, es la dirección de esta la que decide las medidas sociolaborales en las que se llevará a cabo la misma⁴⁷⁹, pudiendo hacerlo mediante la resolución de los contratos de trabajo con el abono de la oportuna indemnización, de forma que elimina cualquier vínculo futuro entre empresario y trabajador, o bien mediante una negociación en la que se establezca una cobertura de prestaciones para las personas trabajadoras afectadas, prestaciones que pueden recaer en la propia empresa y exclusivamente a su cargo o, en su caso, un sistema mixto en el que la persona trabajadora perciba las prestaciones de desempleo del vigente Sistema de Seguridad Social complementadas con una prestación directamente a cargo de la empresa.

En una primera aproximación, el análisis y estudio de las distintas y variadas modalidades de acceso a la prejubilación ha de ser efectuado respecto de la modalidad programada, centrandolo en aquellas figuras que se pueden considerar como las básicas para acceder a la misma, y que no son otras que los instrumentos derivados de la autonomía individual o colectiva: la prejubilación negociada individualmente entre la empresa y la persona trabajadora, la establecida en convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios, la prejubilación mediante los acuerdos de empresa y, por último, la prejubilación mediante el recurso al despido colectivo, generadores todos ellos de derechos y obligaciones para las partes.

Por último, desde un punto de vista sociológico, es posible establecer igualmente una distinción entre la aceptación voluntaria y la aceptación forzosa de una oferta de prejubilación⁴⁸⁰. A salvo de la simplificación que esta categorización pueda suponer, en la realidad son numerosos los casos en los que, aun cuando la aceptación sea formalmente “voluntaria” para la persona trabajadora, la organización o la propia representación de las personas trabajadoras ejercen presión sobre la persona trabajadora para su aceptación. En líneas generales se puede afirmar que existe un patrón común a la mayoría de las personas trabajadoras que voluntariamente aceptan la oferta de prejubilación realizada por la

⁴⁷⁸ LÓPEZ CUMBRE, L., “Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas”, cit., pág. 203.

⁴⁷⁹ BLASCO RASERO, C., “La protección de los prejubilados”, cit., pág. 18.

⁴⁸⁰ FERNÁNDEZ MUÑOZ, J.J., ALCOVER DE LA HERA, C.M., CREGO DÍAZ, A., “Percepciones sobre la voluntariedad en el proceso de salida organizacional en una muestra de prejubilados españoles”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 26, núm. 2, 2010, pág. 140.

empresa. Se trata de personas trabajadoras con una buena predisposición a aceptar la oferta de prejubilación, en la que influyen el estado de salud, una mayor valoración de la disponibilidad de ocio y tiempo libre que les permite la prejubilación en contraposición al mantenimiento de la actividad laboral, y otros factores como la concurrencia de un elevado estrés laboral, proveniente tanto de las dificultades que las demandas físicas de la prestación laboral requieren de una persona trabajadora de avanzada edad, como de una falta de adaptación al cambio en los procesos de trabajo, lo que provoca la aparición de problemas de relaciones sociales en su entorno laboral, tanto con compañeros como con clientes. En definitiva, tanto por causas endógenas como por causas exógenas, la persona trabajadora suele encontrarse favorablemente predispuesta a aceptar voluntariamente la oferta de prejubilación que recibe de su empresa⁴⁸¹.

2.1. PREJUBILACIÓN NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE

Esta modalidad de prejubilación viene siendo utilizada por las entidades financieras de forma ininterrumpida y continuada en el tiempo, sin perjuicio de que, en momentos puntuales, acometan acuerdos colectivos de prejubilaciones en el marco de un despido colectivo o de un acuerdo de empresa. Son las comúnmente denominadas “bajas incentivadas”, que consisten en la dimisión de la persona trabajadora promovida por la empresa⁴⁸². En estos casos, se pacta con la persona trabajadora su prejubilación, con o sin extinción del contrato de trabajo, siendo lo más habitual en banca que el pacto se extienda hasta que la persona trabajadora cumpla los 63 años y pueda jubilarse anticipadamente, si bien, en función de los años de cotización de la persona trabajadora, se puede pactar hasta la edad ordinaria de jubilación prevista en el art. 205 LGSS.

En virtud de dicho acuerdo, la empresa se compromete a abonar una renta sustitutiva del salario hasta que la persona trabajadora alcance la edad pactada, y a sufragar a su cargo un convenio especial con la Seguridad Social hasta que la persona

⁴⁸¹ Muestra de ello es el continuo y elevado grado de solicitudes de aceptación que las empresas reciben de sus trabajadores ante ofertas de prejubilación. En las ofertas de prejubilación llevadas a cabo por el sector bancario en el año 2021, se ofertaron 14.759 salidas, recibiendo 19.404 solicitudes de aceptación de sus trabajadores, lo que supone una sobredemanda del +31.53 por ciento: <https://www.msn.com/es-es/dinero/economia/los-ere-de-santander-sabadell-bbva-y-caixabank-terminan-con-sobredemanda/ar-AAMS5sL?ocid=BingNewsSearch>

⁴⁸² BLASCO RASERO, C., “La protección de los prejubilados”, cit., pág. 6.

trabajadora cumpla la edad acordada de jubilación anticipada⁴⁸³. Para llevar a cabo el acuerdo de prejubilación, es necesaria la suscripción de un contrato pactado entre la persona trabajadora y su empresa, que requiere necesariamente forma escrita, debiendo cumplir los requisitos propios de cualquier contrato. Este tipo de extinción de la relación laboral⁴⁸⁴ se lleva a cabo mediante un contrato de mutuo acuerdo de las partes ex artículo 49.1.a) ET, precepto que no contiene regulación alguna que desarrolle la causa de extinción que contempla⁴⁸⁵, por lo que el principal atributo del contrato de prejubilación es la absoluta y total libertad de pacto, y el único requisito exigible a este es el de no contravenir el ordenamiento jurídico.

La consecuencia más importante de la extinción de la relación laboral mediante esta modalidad de mutuo acuerdo de las partes es, sin duda, la derivada de la voluntariedad de la persona trabajadora al acceder a ella, lo que comporta que, en aplicación de lo dispuesto en la LGSS, tenga vedado el acceso a las prestaciones de desempleo y a la jubilación anticipada por causa ajena a la libre voluntad de la persona trabajadora, así como las implicaciones en el ámbito tributario, pues, en principio, la indemnización que perciba de la empresa con motivo de la extinción, no gozará de las exenciones del artículo 7.e) de la LIRPF.

Respecto de esta modalidad de prejubilación, resulta oportuno recordar que, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Sala 4ª del TS, no es posible el ofrecimiento por parte de la empresa a las personas trabajadoras de un acuerdo que vulnere lo dispuesto en un convenio colectivo o acuerdo de empresa, pues vulneraría el derecho a la negociación colectiva⁴⁸⁶.

⁴⁸³ SAGARDOY BENGOCHEA, JA., y GIL y GIL, JL., “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, en AA.VV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 1101.

⁴⁸⁴ Evidentemente, tal y como establece expresamente dicho artículo, se trata de un contrato de naturaleza claramente extintiva y adoptada por mutuo acuerdo de las partes, por lo que no se trata de un despido, sino de una baja voluntaria, que cierra el acceso de la persona trabajadora a la prestación por desempleo (MARTÍNEZ GIRON, J., ARUFE VARELA, A., “La prejubilación: Aspectos jurídicos, laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 177).

⁴⁸⁵ LÓPEZ BALAGUER, M., “La extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y por las causas válidamente consignadas en el mismo”, en AAVV., SALA FRANCO T. (Dir.) *“La extinción del contrato de trabajo”*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, pág. 22.

⁴⁸⁶ STS, Sala 4ª, de 11 de octubre de 2016, rec. 68/2016.

2.2. PREJUBILACIÓN CON ORIGEN EN UNA CAUSA COLECTIVA

Tras la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que suprimió la necesidad de que la empresa solicitase autorización a la autoridad laboral para llevar a cabo la extinción de los contratos de trabajo, siendo el único requisito el de llevar a cabo el periodo de consultas con la legal representación de las personas trabajadoras⁴⁸⁷, trascurrido el cual, es suficiente el acuerdo entre ambas partes respecto de los términos y condiciones en los que se llevará a cabo el despido colectivo, y, en su defecto, para el caso de que no se llegara a un acuerdo, la empresa comunicará a la legal representación de las personas trabajadoras su decisión de seguir adelante con el despido, decisión que será directamente ejecutiva⁴⁸⁸.

La prejubilación negociada colectivamente es el cauce más habitualmente utilizado por las empresas para la reestructuración de sus plantillas⁴⁸⁹, el empresario y la legal representación de las personas trabajadoras suelen llevar a cabo la negociación de un pacto de prejubilación que establezca las condiciones en las que se llevará a cabo la desvinculación de estas, y que usualmente se concreta en la delimitación de las personas trabajadoras a las que se ofrece la prejubilación y periodo temporal para llevarla a cabo, determinación de las medidas de protección previstas a favor de las personas trabajadoras prejubiladas, compromisos adquiridos por las partes y, en su caso, las cláusulas penalizadoras, etc. Los distintos escenarios en los que se puede llevar a cabo esta negociación colectiva son:

- a) En el marco de un convenio colectivo sectorial (supraempresarial) es posible establecer las condiciones de acceso voluntario a la prejubilación de las personas trabajadoras del sector, si bien, puesto que, se trata de un convenio de eficacia general, suele carecer de atractivo para las empresas, pues dado el carácter de norma necesaria y lo alejado de las particulares circunstancias de

⁴⁸⁷ “El despido colectivo deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores.” Art. 51.2 ET.

⁴⁸⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Aspectos procesales del despido colectivo tras las reformas legales de 2012-2013: una síntesis de jurisprudencia”, en AAVV., FERRANDO GARCÍA, F.M., LUJAN ALCARAZ, J. (Coords.), *Derecho Sustantivo y Proceso Laboral, repercusión procesal de las reformas sustantivas laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, Estudios, Cizur Menor, 2020, pág.144.

⁴⁸⁹ GODINO REYES, M., “Del empleo a la jubilación en tiempos de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas”, cit., pág. 25.

la empresa, puede resultar menos flexible como medio de planificar las prejubilaciones en una concreta empresa.

- b) En el marco de un convenio de empresa, que se adecua a las concretas circunstancias y necesidades que pueda presentar la empresa y que resulta más idóneo para planificar las prejubilaciones de sus personas trabajadoras de más edad. En este supuesto, la empresa negocia con la legal representación de las personas trabajadoras las condiciones en las que se ofrecerá a estas la aceptación de la prejubilación, determinando el universo de las personas trabajadoras afectadas, la temporalidad de vigencia de la oferta y las contraprestaciones a favor de la persona trabajadora que acepte la extinción de su contrato de trabajo.

En estas dos modalidades de acuerdo individual o colectivo entre la empresa y sus personas trabajadoras, concurre necesariamente la voluntariedad en su acceso, enmarcada en el artículo 49.1.a) ET y que es siempre voluntaria⁴⁹⁰.

- c) Mediante un despido colectivo, marco legal más utilizado por las entidades financieras para llevar a cabo sus procesos de reestructuración de plantillas, siendo el colectivo de mayor edad el que aglutina a la mayoría de las personas afectadas por el despido articulado mediante el procedimiento de regulación de empleo⁴⁹¹, que puede ser de adhesión voluntaria u obligatoria, según el acuerdo al que hayan llegado la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras.

Sin ánimo de reiterar la regulación legal del despido colectivo, basta señalar que dicho mecanismo legal opera cuando, por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁴⁹² a que se refiere el art. 51.1 ET, la empresa

⁴⁹⁰ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B., “Relaciones jurídicas entre la prejubilación y la jubilación anticipada: a propósito de la libre voluntad del trabajador para extinguir su contrato de trabajo.”, en AA.VV., *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., pág. 276.

⁴⁹¹ SAGARDOY BENGOCHEA, JA., y GIL y GIL, JL., “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, cit., pág. 1108.

⁴⁹² Distinguiendo dentro de estas las causas organizativas, que demandan criterios que permitan establecer una relación de causalidad entre el despido y la concreta afectación del trabajador, mientras que las razones económicas demandan criterios que simplemente permitan “controlar la ausencia de discriminaciones o diferenciaciones por motivos ilícitos” [SEMPERE NAVARRO, A.V., SAN MARTIN MAZZUCCONI, C., “Selección de los trabajadores afectados por un ERE (Criterios prácticos), *Análisis*

procede a un número de despidos que, en un periodo de 90 días, supera los umbrales señalados en dicho precepto. Pese a la negativa consecuencia derivada de la extinción de la relación laboral, el despido colectivo tramitado conforme al art. 51 ET, es la figura jurídica que ofrece mejores condiciones tanto a las personas trabajadoras como a la empresa. Para las personas trabajadoras, el hecho de que se les considere en situación legal de desempleo [art. 267.1.a). 1º LGSS] conlleva el derecho a la percepción de la prestación de desempleo, manteniendo su base de cotización a la Seguridad Social en idénticas condiciones a las que tenía al acceder a la prestación, cotización que, posteriormente, puede continuar mediante la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social hasta la fecha pactada de jubilación, y, por último, el derecho a la exención fiscal por la indemnización percibida de hasta los primeros 180.000 euros⁴⁹³.

Para la empresa, negociar prejubilaciones en el marco de un despido colectivo también implica una serie de ventajas, entre las que destaca la mayor capacidad de negociación que obtiene a la hora de acometer la reestructuración de su plantilla, consiguiendo, como resultado del acuerdo con la legal representación de las personas trabajadoras, una situación de “paz social” necesaria para la buena marcha de la empresa.

Buena muestra del aumento de la capacidad negociadora de la empresa, la encontramos en la negociación de la estricta aplicación o no de las indemnizaciones por despido establecidas en el art. 51.1 en relación con el art. 53.1.b) ET. En el marco de un despido colectivo no negociado o sin acuerdo, las indemnizaciones establecidas en el ET para las personas trabajadoras son las de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a 1 año y con un máximo de 12 mensualidades. El hecho de que sea facultad de la empresa la estricta aplicación o la mejora de dichas condiciones a la hora de extinguir la relación laboral de las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo, provoca una merma en la capacidad negociadora de la legal representación de las personas trabajadoras, que, ante la potestad discrecional de la

GA&P, 2014, disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/seleccion-de-trabajadores-afectados-por-un-ere-criterios-practicos.pdf>].

⁴⁹³ Art 7.e) LIRPF.

empresa para establecer los términos del despido colectivo⁴⁹⁴, se ven compelidas a intentar reconducir la negociación hacia aspectos socio-laborales tendentes a posibilitar y conseguir que la mayor parte de empleados afectados lo sean mediante prejubilaciones o bajas pactadas. No se trata de que dejen de lado las reivindicaciones de mejoras económicas respecto a lo marcado en la norma; de hecho, las consiguen mejorar indefectiblemente, si bien es cierto que las subordinan a un pacto de menor afectación en el número de personas trabajadoras y al rango de edad de las afectadas, procurando que el despido se centre en personas trabajadoras susceptibles de prejubilación.

Finalmente, tanto en su modalidad individual como colectiva, la prejubilación debe materializarse mediante la suscripción de un contrato individual de prejubilación en el que se establezcan las condiciones de aplicación, que, en el caso de una oferta unilateral de la empresa a una o varias personas trabajadoras (que la aceptan), se constituye en condición más beneficiosa para la persona trabajadora⁴⁹⁵ y, en el caso de una negociación colectiva, debe de respetar las condiciones pactadas en el acuerdo colectivo de empresa o convenio sectorial en su caso. En cualquiera de los casos, tal y como afirma la doctrina⁴⁹⁶, es preciso admitir que, ante la ausencia de una regulación expresa de la contingencia de prejubilación, tanto el contrato de prejubilación en su dimensión individual, como los planes de prejubilación en el ámbito colectivo, se establece el régimen jurídico aplicable para este periodo transitorio entre el cese en la prestación laboral de la persona trabajadora y su acceso a la jubilación, que denominamos prejubilación.

⁴⁹⁴ Por supuesto, ciñéndose en todo momento a la legalidad vigente.

⁴⁹⁵ BLASCO RASERO, C., “La protección de los prejubilados”, cit., pág. 25.

⁴⁹⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., “Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas”, cit., pág. 207.

CAPÍTULO 7

EL PACTO DE PREJUBILACIÓN

1. SOBRE LA NATURALEZA EXTINTIVA O SUSPENSIVA DEL PACTO DE PREJUBILACIÓN

Como se ha establecido anteriormente, la prejubilación es un estado jurídico que no encuentra acogida en normativa alguna, comprendiendo el periodo que media entre la extinción o suspensión de la relación laboral hasta el momento de acceso a la pensión pública de jubilación o alcanzar la edad requerida para ello⁴⁹⁷, percibiendo “prestaciones de prejubilación” vinculadas a ese periodo y que se fundamentan en el contrato de prejubilación⁴⁹⁸. Durante este periodo, no se puede hablar en puridad de persona trabajadora, pues no efectúa trabajo alguno, pero tampoco se halla jubilada, pues aún no ha alcanzado el derecho de acceder a la jubilación y, sin embargo, mantiene un vínculo con la empresa, de la que percibe, en compensación por la cesación en el trabajo, una indemnización económica, sustitutiva del salario, que le aporta cierta estabilidad económica hasta llegar a su jubilación, compensación que puede percibir en un solo acto (opción más frecuente en los casos de despido colectivo) o, mediante pagos fraccionados de periodicidad pactada, pudiendo añadirse otros compromisos tales como el pago del convenio especial con la Seguridad Social, mantenimiento de las aportaciones al plan de pensiones, ventajas sociales, etc.⁴⁹⁹ No hay duda de que “constituye un pacto entre empresa y empleado para dar por concluida su relación laboral, pacto mediante el que, como consecuencia de la utilización del prefijo “pre”, ahora sí, concepto jurídico,

⁴⁹⁷ Hay que tener siempre presente que la jubilación es una opción, un derecho para el trabajador, por lo que, llegado el vencimiento del pacto de prejubilación (en la fecha de jubilación pactada, bien en su modalidad ordinaria bien anticipada), el trabajador puede optar entre jubilarse o retornar al trabajo activo, tanto por cuenta propia como ajena.

⁴⁹⁸ En ese sentido LÓPEZ CUMBRE, L., “Prestaciones complementarias de prejubilación: un debate sobre su naturaleza retributiva o de protección social. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, caso Defreyn/Saberna, S.A”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 32, 2001, pág.183.

⁴⁹⁹ RANSÉS PEREZ-BOGA, J., “Aspectos fiscales de la prejubilación: dilemas y problemas socioeconómicos”, en AA.VV., ALMARCHA BARBADO, A., (Coord.), *Envejecimiento laboral y prejubilación, dilemas y problemas socioeconómicos*, Universidad da Coruña, 2010, pág. 119.

“jubilación”, se están regulando entre empresa y empleado circunstancias o situaciones previas a o antes de la jubilación, no después”⁵⁰⁰.

También se ha visto que, dado que estamos ante una figura que no aparece regulada en nuestro derecho positivo, debe regirse por lo válidamente pactado entre las partes. Esta peculiar característica hace necesario que se analice con detenimiento el contrato de prejubilación firmado, pues conforme a reiterada jurisprudencia, la verdadera naturaleza de un pacto ha de determinarse conforme a su contenido real, con independencia de la denominación que las partes le atribuyan⁵⁰¹. Con base en lo anterior, la firma del contrato de prejubilación hace surgir una nueva relación entre empresa y persona trabajadora, en la que ambas establecen una nueva modalidad contractual que deriva de la extinta relación laboral y que se rige por lo establecido en el CC para los contratos, por lo que la redacción que al efecto otorguen las partes al contrato de prejubilación, con el alcance de las obligaciones asumidas por ambas y las consecuencias de su incumplimiento, será fundamental para poder dirimir las controversias derivadas del mismo.

Por tanto, se puede afirmar con rotundidad que, dado que la relación que une a empresa y persona trabajadora ya no es de carácter laboral, sino que es una relación regida por los pactos suscritos conforme a lo preceptuado en el CC para la regulación de las obligaciones y contratos, nada impide que puedan llevar a cabo una novación de este⁵⁰². Es más, si trascurrido el tiempo, las partes deciden su modificación o, incluso, su anulación y el restablecimiento de la relación laboral, a salvo lógicamente del derecho de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, pueden perfectamente llevarlo a cabo.

⁵⁰⁰ STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2019, rec. 353/2019.

⁵⁰¹ En este sentido, la STS, Sala 4ª, de 18 de marzo de 2009, rec. 1709/2007, afirma que: “2.- Ha de partirse de la base de que la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad del contenido que manifiesta su ejecución, que debe prevalecer sobre el nomen iuris que errónea o interesadamente puedan darle las partes, porque «los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo» (así, últimamente, SSTs de 20/03/07, rec. 747/06, de 07/11/07, rec. 2224/06, de 27/11/07, rec. 2211/06, de 12/12/07, rec. 2673/06, de 12/02/08, rec. 5018/05 y de 22/07/08, rec. 3334/07)”.

⁵⁰² LÓPEZ CUMBRE, L., “Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas”, cit., pág. 219.

Seguramente, la primera incógnita que se plantea una persona trabajadora del sector bancario en el momento de valorar su adscripción voluntaria a una oferta de prejubilación recibida de su empresa, es la repercusión que la firma del contrato de prejubilación comporta respecto del vínculo laboral que le une con la misma, más concretamente si este queda en suspenso o, por el contrario, la relación laboral queda extinguida, pues a futuro, las obligaciones recíprocas que se generen con motivo de la prejubilación de la persona trabajadora, pueden revestir características bien distintas en uno u otro caso.

La solución de esta incógnita resulta ciertamente complicada, pues no basta con la simple remisión a lo que al efecto disponen los art. 45 y ss. del ET, en los que se hace clara referencia a las causas y consecuencias de una y otra figura, sino que es necesario realizar un análisis pormenorizado de cada caso concreto, al objeto de poder determinar si se trata de una suspensión del contrato de trabajo o una extinción de este⁵⁰³, pues, dada la ya conocida “libertad de pacto que rige en nuestro ordenamiento jurídico, así como que, la prejubilación no cuenta con su correspondiente apoyo normativo, trabajador y empresa pueden pactar, tanto la suspensión del contrato de trabajo hasta el acceso a la jubilación, como la extinción de este”⁵⁰⁴.

El objetivo perseguido por la prejubilación es el cese de la prestación efectiva de trabajo hasta que la persona trabajadora alcance la edad de jubilación convenida, en su modalidad de anticipada u ordinaria, percibiendo a cambio una contraprestación económica pactada con su empresa. Esta situación de disponibilidad convencional y contractual, permitida por la inexistencia de una regulación específica en la materia, ha originado que, pese a lo formalmente pactado por las partes, existan verdaderas discrepancias en la doctrina y en la jurisprudencia a la hora de considerar si realmente se ha producido una u otra figura, lo que obliga, en todos y cada uno de los casos, a analizar cuál es la verdadera voluntad de las partes, pues la calificación como suspensión o

⁵⁰³ Como señala la STSJ Castilla y León, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2007, rec. 1165/2006, “a todos los efectos de los Arts. 1281, 1284 y 1285 CC, que el acuerdo a que han llegado las partes en fecha 28-2-03 no deja de ser un auténtico acuerdo de prejubilación, el cual implica, la novación extintiva de la antigua relación laboral existente entre las partes, conforme al Art. 1204 CC, surgiendo una relación nueva que se regirá por los pactos concretos realizados entre las partes”.

⁵⁰⁴ STS, Sala 4ª, de 2 de julio de 2007, rec. 368/2006, refiriendo doctrina de la Sala 4ª de 21 de septiembre de 2005, rec. 3977/2004, STS de 15 de noviembre de 2005, rec. 5037/2004, 13 de febrero de 2006, rec. 3488/2004, 10 de abril de 2006, rec. 4216/2004 y 21 de abril de 2006, rec. 4226/2004.

extinción del contrato no se basa en lo formalmente manifestado por las partes en el pacto de extinción de la relación laboral, sino en la verdadera voluntad que se desprenda del mismo.

Como primera premisa, tanto la doctrina⁵⁰⁵ como la jurisprudencia⁵⁰⁶ estiman que la naturaleza jurídica de la prejubilación es la de una extinción del contrato de trabajo, salvo que del pacto celebrado entre las partes se deduzca claramente que sólo implica una suspensión de este al establecer un criterio de temporalidad, siendo requisito para ello que expresamente se contemple en el contrato la posibilidad de reanudar la prestación laboral.

1.1. CRITERIO JURISPRUDENCIAL

Para la Sala 4ª del TS, “salvo supuestos de simulación relativa que no se pueden presumir, la formalización del acuerdo de prejubilación como pacto de suspensión del contrato de trabajo no es incompatible con esta situación o vicisitud contractual, en la que la relación se mantiene viva, aunque se paralizan las prestaciones básicas de la misma”. Razona la Sala que, aunque normalmente la prejubilación comporta la extinción de la relación laboral, no se puede descartar la configuración del pacto como una suspensión de mutuo acuerdo del artículo 45.1.a) ET, pues el mantenimiento de la relación entre la persona trabajadora y su empresa puede perfectamente perseguir intereses lícitos para ambas partes, a los “efectos accesorios del contrato de trabajo, o de conservación de derechos de previsión social, o de garantía de restablecimiento de la relación si una de las partes incumple lo acordado (*exceptio inadimpleti contractus*)”⁵⁰⁷. Ello permite anticipar que la regla general es la de extinción del contrato y surgimiento de un nuevo contrato bilateral y de tracto sucesivo, de forma que el contrato de trabajo es sustituido por un nuevo contrato que regulará las obligaciones para ambas partes, empresa y trabajador, debiendo ambas cumplir con los compromisos adquiridos en dicho contrato.

⁵⁰⁵ “En consecuencia, puede decirse que suspensión y acuerdo de prejubilación son naturalmente incompatibles, puesto que, si el instituto suspensivo se crea para mantener el contrato de trabajo, el pacto de prejubilación se crea para extinguirlo” (GARCÍA MUÑOZ, M., “La naturaleza novatoria extintiva del pacto de prejubilación”, *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 67, 2002, pág. 246).

⁵⁰⁶ STS, Sala 4ª, de 14 de diciembre de 2001, rec. 1365/2001.

⁵⁰⁷ STS, Sala 4ª, de 28 de mayo de 2007, rec. 377/2006.

La jurisprudencia del TS ha experimentado una clara evolución, desde la posición de considerar la suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes al amparo del artículo 45.1.a) del ET como una figura cuya finalidad es “enlazarla con la jubilación anticipada [...], lo que evidencia el carácter transitorio y temporal de la medida⁵⁰⁸”, a considerar que la prejubilación implica la extinción del contrato de trabajo, pues “con independencia de cómo denominen las partes al acuerdo, lo importante es atender a la verdadera intención al suscribir el pacto, pues con independencia de la formalidad contractual, la regla interpretativa de los tribunales es que, las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son, debiendo determinar la verdadera naturaleza de un contrato o pacto con arreglo a su contenido real, con intencionalidad de la denominación que las partes le den”⁵⁰⁹.

Este criterio jurisprudencial, obliga necesariamente a analizar, en cada caso concreto, cuáles son los compromisos adquiridos por cada parte en el acuerdo de prejubilación, pues de la verdadera voluntad e intenciones que del contrato se desprendan, se deducirá si se trata de una verdadera suspensión del contrato o de su extinción, siendo irrelevante para determinar la verdadera naturaleza jurídica del contrato el “*nomen iuris*” que errada o interesadamente puedan otorgarle las partes, pues el contrato tiene la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, con independencia de la calificación jurídica que las partes puedan consignar. En suma, “a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación, debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo”⁵¹⁰.

Así, cuando no existe una voluntad de temporalidad en la suspensión de las recíprocas obligaciones contractuales, ni se contempla la posibilidad de que la persona trabajadora pudiera tener un derecho al reingreso en alguna circunstancia, y a estas circunstancias se une que, en el pacto de prejubilación, se establecen derechos y obligaciones totalmente diferentes a los que configuran el contrato de trabajo, consistentes básicamente en el abono de una cantidad mensual hasta que se jubile

⁵⁰⁸ STS, Sala 4ª, de 18 de mayo de 1998, rec. 2108/1997.

⁵⁰⁹ STS, Sala 4ª, de 14 de diciembre de 2001, rec. 1365/2001.

⁵¹⁰ STS, Sala 4ª, de 18 de marzo de 2009, rec. 1709/2007.

anticipadamente conforme a la normativa de Seguridad Social y de las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social, estaremos ante una extinción del contrato de trabajo⁵¹¹.

Por el contrario, estaremos ante una verdadera suspensión contractual cuando exista una voluntad inicial de reanudar la relación laboral suspendida o de conservar el derecho a hacerlo. Los pactos que se establezcan y las normas en que se basen, deben contemplar las causas y efectos de la suspensión, especialmente las relativas a la conservación del puesto de trabajo, previendo el reingreso de la persona trabajadora cuando cese la causa de la suspensión y los plazos y condiciones para ello, los efectos del tiempo transcurrido con el contrato suspendido en cuanto a antigüedad, ascensos o retribuciones, o los posibles deberes, especialmente de la persona trabajadora, durante dicho periodo intermedio⁵¹², quedando la interpretación de lo pactado en el contrato de prejubilación sujeta a las reglas interpretativas de los contratos previstas en el CC. Por otra parte, aun cuando los efectos del contrato de trabajo se encuentren suspendidos, el convenio colectivo aplicable despliega todos sus efectos, pues lo que queda suspendida es únicamente la obligación de prestar servicios y su retribución. Por esta misma razón, las cantidades que la persona trabajadora pueda percibir durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo tienen carácter indemnizatorio y no salarial, extendiéndose los efectos del pacto de prejubilación hasta la fecha convenida de jubilación de la persona trabajadora o de la extinción del contrato de trabajo.

La Sala 4ª del TS muestra, como primera dificultad para poder calificar el pacto llevado a cabo por las partes como suspensivo del contrato de trabajo, el hecho de que realmente, “la suspensión del contrato de trabajo no se encuentra definida en el ET, limitándose este a una simple enumeración de las causas de la suspensión en su art. 45 ET”⁵¹³. Para la Sala, el efecto principal de la suspensión del contrato de trabajo se sustenta en el número dos del precitado artículo, pudiendo definirla como “la situación anormal de una relación laboral, originada por la voluntad de las partes o por la ley, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo,

⁵¹¹ STS, Sala 4ª, de 25 de junio de 2001, rec. 3442/2000.

⁵¹² STS, Sala 4ª, de 25 de junio de 2001, cit.

⁵¹³ STS, Sala 4ª, de 25 de junio de 2001, cit.

con pervivencia del vínculo jurídico”. Dicha vicisitud del contrato se caracteriza por los siguientes requisitos esenciales: “la temporalidad de la situación, la no prestación de trabajo durante ella y su no remuneración, y la continuidad y pervivencia del contrato que, por la concurrencia de una causa suspensiva sufre tan sólo una especie de 'aletargamiento’”.

A criterio de la Sala, la verdadera suspensión contractual se da cuando existe una voluntad inicial de reanudar la relación laboral suspendida o de conservar el derecho a reanudarla y, los pactos válidamente establecidos y las normas legales o convencionales en los que se base, contemplen las causas y efectos de la suspensión, especialmente la conservación de la plaza concreta o reserva del puesto de trabajo y los plazos y condiciones para que la persona trabajadora ejecute su derecho a solicitar el reingreso, así como los efectos que la suspensión proyecta sobre aspectos tales como antigüedad, ascensos o retribuciones, y los posibles deberes, especialmente de la persona trabajadora, durante dicho periodo intermedio⁵¹⁴.

En definitiva, “cuando no existe voluntad de temporalidad en la suspensión de las recíprocas obligaciones contractuales, ni se contempla la posibilidad de que el trabajador pudiera tener un derecho al reingreso, unido a que en el contrato de prejubilación se puedan establecer derechos y obligaciones distintos a los que definen la relación laboral, estaremos ante una extinción del contrato de trabajo”⁵¹⁵.

Para la jurisprudencia, con carácter general, en los pactos de prejubilación, se prevé la finalización de la prestación de servicios por parte de la persona trabajadora, con obligación de la empresa de abonar una compensación económica hasta que aquella acceda a la jubilación, por lo que “puede decirse que suspensión y acuerdo de prejubilación son naturalmente incompatibles, puesto que, si el instituto suspensivo se crea para mantener el contrato de trabajo, el pacto de prejubilación se diseña para extinguirlo”⁵¹⁶. En consecuencia, la jurisprudencia considera que, en un pacto de prejubilación, nos encontramos ante una extinción del contrato de trabajo de mutuo

⁵¹⁴ STS Sala 4ª, de 25 de junio de 2001, cit. y 21 de diciembre de 2011, rec. 3709/2010.

⁵¹⁵ STS Sala 4ª, de 25 de junio de 2001, cit.

⁵¹⁶ GARCÍA MUÑOZ, M., “La naturaleza novatoria extintiva del pacto de prejubilación”, cit., pág. 246.

acuerdo entre las partes del art. 49.1.a) ET, salvo que se establezcan en el pacto la temporalidad de la medida y la posibilidad de retomar la relación laboral⁵¹⁷, en cuyo caso la Sala 4ª del TS admite la posibilidad de pactar una auténtica suspensión del contrato de trabajo, pronunciando a este respecto que, “salvo en el caso de que estemos ante una simulación relativa, que no se puede presumir, el hecho de formalizar el acuerdo de prejubilación como un pacto de suspensión del contrato de trabajo, es perfectamente compatible con la situación en la que la relación entre el trabajador y la empresa se mantiene viva, aunque se paralizan las prestaciones básicas de la misma, pudiendo perfectamente perseguir intereses lícitos para ambas partes contratantes respecto de los efectos accesorios en lo que a deberes del contrato se refiere, o de la conservación de los derechos de previsión social del trabajador, así como de la garantía de restablecimiento de la relación si una de las partes incumple lo acordado⁵¹⁸”.

Por tanto, el criterio jurisprudencial respecto de la naturaleza jurídica de la prejubilación, es el de considerar la extinción del contrato de trabajo, salvo que del pacto celebrado entre las partes se deduzca claramente que sólo implica una suspensión del mismo, debiendo estar a lo pactado entre ellas respecto de los efectos que esta produce sobre la relación laboral, determinando “una mera suspensión del contrato de trabajo conforme al art. 45.1.a) ET, en la que se contempla la posibilidad de reanudar la relación laboral suspendida y con exoneración recíproca de las obligaciones de prestación del trabajo y su remuneración, o encontrarnos ante una extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 49.1.a) ET”⁵¹⁹, produciéndose una novación de este que da lugar al nacimiento de una nueva relación jurídica. De hecho, “la prejubilación supone la ruptura definitiva del contrato, aunque la empresa se vincule con el trabajador a través de una serie de compromisos que surgen como consecuencia del pacto en que se fijen las condiciones de prejubilación”⁵²⁰.

⁵¹⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, JA., y GIL y GIL, JL., “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, cit., pág. 1103.

⁵¹⁸ STS Sala 4ª, de 2 de julio de 2007, rec. 368/2006.

⁵¹⁹ SAGARDOY BENGOCHEA, JA., y GIL y GIL, JL., “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, cit., pág. 1103.

⁵²⁰ STS, Sala 4ª, de 21 de diciembre de 2011, rec. 3709/2010.

Analizada desde una perspectiva histórica, se observa una clara evolución de la doctrina emanada de la Sala 4ª del TS respecto de la naturaleza jurídica de la prejubilación. La misma ha pasado de considerar en todo caso el contrato de prejubilación como causa de suspensión del contrato de trabajo⁵²¹, a su actual criterio de atribuirle virtualidad extintiva, al afirmar que la prejubilación comporta el cese prematuro y definitivo en la relación laboral de la persona trabajadora de edad avanzada antes del cumplimiento de la edad normal de jubilación y mediante las correspondientes contrapartidas económicas a cargo de la empresa⁵²². Con todo, la propia Sala 4ª del TS ha establecido un criterio jurisprudencial unificado que “atribuye virtualidad suspensiva y no extintiva a la prejubilación cuando así se pactó entre las partes”⁵²³, lo que nuevamente lleva a la necesidad de analizar detenidamente cada contrato en particular.

1.2. CRITERIO DOCTRINAL

En primer lugar, la doctrina⁵²⁴ estima que la extinción convencional o pactada de la relación laboral, llevada a cabo mediante un acuerdo de voluntades para dejar sin efecto la relación obligatoria que une a las partes, constituye un pacto liberatorio cuya finalidad es la extinción de la relación jurídica laboral, siempre que no se lleve a cabo en fraude de ley, abuso de derecho por el empresario o disposición de derechos indisponibles por la persona trabajadora, en definitiva, siempre que no se contravenga lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Esta tesis doctrinal sobre la eficacia extintiva del pacto de prejubilación se apoya en la redacción dada en su día por la Ley 40/2007, al artículo 161.bis de la LGSS/1994, artículo que fugazmente pasó a incorporar el término “prejubilación” en nuestro ordenamiento jurídico-laboral. En la redacción de este artículo, se recoge la posibilidad de eximir a la persona trabajadora del cumplimiento de algunos de los requisitos generales para acceder a la jubilación anticipada que se establecen en los apartados b) y d) del

⁵²¹ STS, Sala 4ª, de 18 de mayo de 1998, rec. 2108/1997.

⁵²² STS, Sala 4ª, de 14 de diciembre de 2001, rec. 1365/2001 y 25 de junio de 2001, rec. 3442/2000.

⁵²³ STS, Sala 4ª, de 15 de octubre de 2007, rec. 4591/2006, citando STS de 24 de julio de 2006, rec. 2414/05, de 28 de junio de 2007, rec. 1381/2006 y 12 de julio de 2007, rec. 376/2006, entre otras muchas.

⁵²⁴ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2020, pág.493.

mismo, siendo requisito para ello la existencia de un acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación.

Dicho contrato tenía naturaleza extintiva⁵²⁵, pues la persona trabajadora debe haber recibido del empresario, tras la extinción del contrato de trabajo, en los dos años anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, debía representar un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiese correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota del convenio especial con la Seguridad Social. Esta exigencia obedece al hecho de que, al resultar extinguido el contrato por “mutuo acuerdo de las partes” ex art. 49.1.a) ET, la persona trabajadora tenía vedado el acceso al cobro de la prestación por desempleo⁵²⁶, de ahí que el legislador exigiera al empresario que abonase a la persona trabajadora, como mínimo, el importe de la prestación y el convenio especial con la Seguridad Social de los dos años anteriores a la jubilación anticipada.

En la actualidad, la doctrina mantiene que, dado que no hay intención de las partes de volver a restablecer la relación laboral, con carácter general, la tesis extintiva resulta la más adecuada. Normalmente, el contrato de prejubilación implica la extinción del contrato de trabajo, a salvo de que surja un nuevo contrato también bilateral y de tracto sucesivo⁵²⁷.

La utilización de ambas figuras (suspensión y extinción del contrato de trabajo) por las entidades financieras ha sido profusa. Dadas las peculiaridades y requisitos de formación necesarios para configurar una persona trabajadora bancaria cualificada, inicialmente se decantaron en numerosas ocasiones por la figura legal de suspensión del contrato de trabajo, ya que permite mantener la relación laboral con el mantenimiento de derechos y obligaciones recíprocas, tales como facilitar que la persona trabajadora se beneficie de posibles mejoras en el convenio colectivo, el mantenimiento como participe en el plan de pensiones de la empresa y demás ventajas sociales, facilitando que la

⁵²⁵ MARTÍNEZ GIRON, J., ARUFE VARELA, A., “La prejubilación: Aspectos jurídicos, laborales y de Seguridad Social”, cit., pág. 177.

⁵²⁶ Dicha causa de extinción no constituye situación legal de desempleo conforme al art. 267 LGSS.

⁵²⁷ CABEZA PEREIRO, J., “Consideraciones sobre la prejubilación según la doctrina reciente”, cit., pág. 1288.

relación laboral pueda ser retomada sin necesidad de firmar un nuevo contrato. Esta modalidad, garantiza a la empresa la puesta a disposición de personas trabajadoras cualificadas a las que, en caso de necesidad, puede incorporar de inmediato, quedando la persona trabajadora obligada en virtud de la obligación de no concurrencia del artículo 21.2 ET, siendo estas obligaciones recíprocas entre la persona trabajadora y su empresa las que han motivado la configuración del pacto de prejubilación como un acuerdo suspensivo celebrado conforme a lo dispuesto en el art. 45.1.a) ET⁵²⁸.

Por último, en el caso de las prejubilaciones celebradas conforme a las condiciones previstas en el convenio colectivo, la jurisprudencia de la Sala 4ª del TS concluye que constituyen supuestos de extinción y no de suspensión de la relación laboral, por cuanto comportan el reconocimiento de importantes contrapartidas económicas, que se llevan a cabo mediante acuerdos que no son impugnados por dolo, coacción, ni ningún otro vicio⁵²⁹. A tenor del criterio manifestado en la sentencia, se debe calificar como un cese voluntario para el acceso a la pensión de jubilación, porque sin el consentimiento de la persona trabajadora la extinción del contrato de trabajo no se habría producido, no viéndose alterada la voluntariedad de la aceptación del acuerdo de prejubilación por la persona trabajadora, por las previsiones de futuro en orden a la evolución del empleo en la empresa y a la ampliación de reducciones de plantilla o medidas de modificación de condiciones de trabajo.

Como consecuencia de lo expuesto, para calificar los efectos del contrato de prejubilación, es posible establecer una clara premisa, y es que, doctrina y jurisprudencia, se decantan por considerar la extinción del contrato de trabajo⁵³⁰, exigiendo unas notas muy específicas de temporalidad y reserva del puesto de trabajo para considerar que nos encontramos ante una suspensión del contrato, pues la suspensión lleva consigo la expectativa de reiniciar la prestación laboral, mientras que la prejubilación supone la ruptura definitiva del contrato aunque la empresa se vincule con la persona trabajadora a

⁵²⁸ GARCÍA MUÑOZ, M., “La naturaleza novatoria extintiva del pacto de prejubilación”, cit., pág. 244.

⁵²⁹ STS, Sala 4ª, de 1 de febrero de 2006, rec. 3906/2004.

⁵³⁰ STS, Sala 4ª, de 1 de junio de 2004, rec. 128/2003.

través de una serie de compromisos que surgen como consecuencia del pacto en que se fijen las condiciones de la prejubilación⁵³¹.

Como ejemplo de la importancia que tiene para el acceso a prestaciones la calificación que al efecto se otorgue al carácter suspensivo o extintivo del pacto de prejubilación, son numerosos los litigios generados en torno a la aplicación del artículo 161.bis 2 de la LGSS de 1994.

Como primer caso⁵³², se analiza el de una persona trabajadora del BBVA que el 1 de octubre de 2001 suscribe un acuerdo individual de suspensión del contrato de trabajo al amparo del art. 45.1.a) ET, pacto que estaría vigente hasta el 1 de abril de 2008 en que quedaría definitivamente extinguida la relación laboral. Mediante el pacto, el banco se compromete a abonarle, con carácter de compensación indemnizatoria, ciertas cantidades pactadas de periodicidad anual, debiendo la persona trabajadora suscribir convenio especial con la Seguridad Social para el mantenimiento de su cotización. La persona trabajadora solicitó pensión de jubilación en fecha 1 de abril de 2008, siendo reconocida por el INSS en un porcentaje del 76 por 100, aplicándosele una reducción de un 8 por 100 por cada año de anticipación de la jubilación.

La persona trabajadora presenta demanda en la que reclama la aplicación de un coeficiente reductor del 6 por 100, pues aduce que, realmente, el contrato de prejubilación supuso la extinción del contrato de trabajo, siéndole de aplicación lo dispuesto en el art. 161.bis 2 LGSS, vigente al momento de la extinción. En instancia y, posteriormente, en suplicación, se dictó sentencia contraria a su pretensión, por lo que interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina.

Para resolver la controversia, la Sala 4ª del TS establece, en primer lugar, que la cuestión litigiosa se concreta en determinar la naturaleza del acuerdo de prejubilación suscrito, para deducir sus consecuencias. Tras citar su propia jurisprudencia, dictamina que lo pactado por la persona trabajadora y empresa entraña la extinción del contrato de trabajo⁵³³, consideración que adquiere trascendental importancia para los intereses de la

⁵³¹ STSJ Castilla La Mancha, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2018, rec. 814/2017.

⁵³² STS, Sala 4ª, de 21 de diciembre de 2011, rec. 3709/2010.

⁵³³ Como ya se ha visto, el criterio de la Sala 4ª respecto de la naturaleza jurídica de la prejubilación, es el de considerar la extinción del contrato de trabajo, salvo que del pacto celebrado entre

persona trabajadora, pues, como se verá, va a conllevar una sustancial mejora de la cuantía de su pensión de jubilación.

Razona la Sala que, para el acceso de la persona trabajadora a la jubilación anticipada, el art. 161.bis 2 de la LGSS, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, ley aplicable al presente caso, exige, entre otros elementos: encontrarse inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo durante un plazo al menos de seis meses anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación (aptdo. b); y que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la voluntad de la persona trabajadora (aptdo. d); requisitos que, en el caso enjuiciado, la persona trabajadora no cumple.

Sin embargo, el propio artículo dispone a continuación una excepción a estos requisitos *“en aquellos supuestos en 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 de trabajo 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 en concepto de convenio especial con la Seguridad Social”*.

Se trata de requisitos que la persona trabajadora sí cumplía, pues las cantidades percibidas cada año del BBVA en concepto de compensación indemnizatoria, superaron ampliamente esas cantidades. Por tanto, el hecho de que el contrato de prejubilación se haya considerado de naturaleza extintiva, determina la exención de los requisitos b) y d) enunciados, lo que unido al hecho de que las cantidades percibidas del banco desde la extinción del contrato de trabajo, superan el importe mensual a la prestación de desempleo que le hubiera correspondido y la cuota que hubiera podido abonar de convenio especial con la Seguridad Social, comportan la aplicación del beneficio de mejores coeficientes reductores de la pensión de jubilación conforme a lo dispuesto en el citado art. 161.bis 2 LGSS, que, en el caso resuelto por el tribunal, para los 43 años de cotización acreditada, suponían un 6 por 100 por año anticipado en lugar del 8 por 100 inicialmente aplicado,

las partes se deduzca claramente que sólo implica una suspensión del mismo, debiendo estar a lo pactado entre ellas respecto de los efectos que esta produce sobre la relación laboral.

lo que le determinaba una pensión de jubilación del 82 por 100 de la base reguladora y no el 76 por 100 inicialmente aprobado por el INSS.

De otro lado, la modalidad en la que la persona trabajadora percibe la indemnización de su empresa por la extinción del contrato de trabajo es muy relevante, como lo muestra el caso de una persona trabajadora de Banca Cívica que en 25 de abril de 2012 suscribió con su empresa un contrato de extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo de las partes ex artículo 49.1.a) ET, percibiendo, en un único pago, tanto la indemnización por extinción del contrato de trabajo como el importe destinado al pago del convenio especial con la Seguridad Social⁵³⁴. La persona trabajadora solicitó pensión de jubilación anticipada en fecha 11 de diciembre de 2017, siéndole denegada por el INSS por no haberse producido el cese en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad.

Interpuesta demanda por la persona trabajadora, la Sala de Instancia se pronuncia en su contra, por lo que recurre en suplicación. Para la Sala de lo Social del TSJ de Navarra, los hechos controvertidos se refieren al carácter voluntario o involuntario de la extinción del contrato de trabajo al acogerse la persona trabajadora a una oferta de prejubilación individual con su empresa. Para resolver la controversia, la Sala se apoya en la Disp. Trans. 4ª, apartado 5 LGSS⁵³⁵ y en el artículo 161.bis.2 LGSS 1994. Razona la Sala que, dado que la prejubilación acordada por el trabajador y su empresa se llevó a cabo mediante extinción del contrato de trabajo por libre voluntad de la persona trabajadora, no puede esta acceder a la jubilación anticipada del artículo 161.bis.2 LGSS de 1994, pues la excepción a la voluntariedad en el cese que se establece en el apartado d) de dicho artículo, no se aplica a este caso. La norma dispone la atención sobre las cantidades recibidas por la persona trabajadora de su empresa en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada y, en este caso, la persona trabajadora percibió la indemnización en 2012 de una sola vez en forma de capital, circunstancia que no permite excusar el cumplimiento del requisito de cese

⁵³⁴ STSJ Navarra, Sala de lo Social, de 25 de marzo de 2019, rec. 90/2019.

⁵³⁵ Según la cual: “Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, a las pensiones de jubilación que se causen antes de 1 de enero de 2021, en los siguientes supuestos: a) Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 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”.

involuntario establecido en la letra d) del citado artículo 161.bis.2 LGSS 1994, por lo que falla en contra de la pretensión de la persona trabajadora.

Una variación de la aplicación de la exención establecida en el párrafo segundo del artículo 161.bis.2 LGSS 1994, se encuentra en el caso de una persona prejubilada en el año 2002 mediante ERE aprobado por la autoridad laboral, habiendo percibido la prestación de desempleo hasta octubre de 2004. En febrero de 2008, la persona trabajadora solicitó al INSS la pensión de jubilación, siendo desestimada por no haber cumplido aún los 65 años y no hallarse inscrita como demandante de empleo durante un plazo de al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de jubilación. La denegación del INSS se basa en el hecho de que no le es aplicable lo dispuesto en el art. 161 bis 2) LGSS párrafo segundo, ya que su jubilación anticipada procede de un ERE.

La Sala⁵³⁶, citando la STS de 24 de octubre de 2006, que afirma que, el cese en virtud de ERE tiene carácter involuntario, centra la litis en determinar si al trabajador le es de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo de la letra d) del art. 161. bis.2 LGSS 1994 en relación con la no exigencia de los requisitos exigidos en los apartados b) y d) del mismo artículo. El criterio de la Sala es que, no es exigible a la persona trabajadora el requisito de encontrarse como demandante de empleo durante, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la petición de jubilación, pues con independencia del carácter involuntario de la extinción contractual, esta lo fue mediante acuerdo colectivo, cumpliendo por tanto la persona trabajadora con todos los requisitos para acceder a la jubilación anticipada, conforme a la redacción dada por la Ley 40/2007, de aplicación al caso por la fecha de solicitud de la pensión.

También ha motivado números litigios la controversia surgida respecto al posible fraude de ley en la novación del contrato de prejubilación para que la persona trabajadora consiga la aplicación de mejores condiciones de acceso a la jubilación. Lo podemos observar en el caso de una persona trabajadora de Banesto que causo baja en el banco con fecha 30 de diciembre de 2003, suscribiendo convenio especial con la Seguridad Social hasta cumplir los 60 años, fecha en la que debía solicitar su jubilación⁵³⁷. En 1 de junio de

⁵³⁶ STS, Sala 4ª, de 14 de abril de 2010, rec. 790/2009.

⁵³⁷ STS, Sala 4ª, de 10 de febrero de 2015, rec. 3188/2013.

2009, firma un nuevo acuerdo novatorio del pacto, por el que se pactan nuevas condiciones de prejubilación y jubilación en sustitución de las anteriores, alargando el periodo de prejubilación y suscripción del convenio especial con la Seguridad Social hasta que la persona trabajadora cumpliera los 61 años.

El 11 de mayo de 2012, la persona trabajadora solicitó la pensión de jubilación anticipada, siéndole aplicados por el INSS coeficientes reductores del 8 por 100 para una cotización de 46 años. Interpuesta reclamación previa solicitando la aplicación de un coeficiente del 6 por 100, fue desestimada por el INSS en base a que, el cese por prejubilación se produjo en fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, por lo que, dado que su prejubilación se produjo antes del 1 de enero de 2008, mediante contrato individual de prejubilación, supuesto jurídico inexistente en la legislación de Seguridad Social anterior a la Ley 40/2007, no le afecta la nueva normativa sobre la jubilación anticipada introducida por dicha Ley.

En instancia se reconoce el derecho de la persona trabajadora a la aplicación del coeficiente del 6 por 100 y, por tanto, la pensión pretendida, criterio que comparte la Sala de suplicación. Recurrida en casación para unificación de doctrina por el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), sobre la base de un criterio jurisprudencial manifestado en otros recursos idénticos sobre pensiones de jubilación anticipada de personas trabajadoras prejubiladas de Banesto en las mismas condiciones⁵³⁸, la Sala 4ª TS acuerda rechazar el recurso de la TGSS y el INSS, y ratifica las sentencias de instancia y suplicación, afirmando la aplicación a la persona trabajadora de las condiciones establecidas en el artículo 161.bis LGSS 1994. El Alto Tribunal fundamenta el fallo en su propia doctrina anterior que establece que, conforme estipula expresamente la Disp. Final 3ª Ley 40/2007, las modificaciones introducidas por esta entraron en vigor a partir de 1 de enero de 2008; que el hecho causante de la jubilación anticipada es la

⁵³⁸ Véanse las STS, Sala 4ª, de 14 de marzo de 2014, rec. 1317/2013, de 11 de noviembre de 2014, rec. 2838/2013, de 19 de marzo de 2014, rec. 1302/2013, entre otras. En ellas, el alto tribunal tiene establecido que, “los requisitos exigibles y las consecuencias jurídicas atribuibles a la prestación de jubilación han de concurrir y vienen determinados respectivamente por la fecha del hecho causante” que, para los trabajadores en situación asimilada al alta y convenio especial en activo se identifica con el momento de solicitar la pensión: “Que la fecha que hay que tomar en cuenta para determinar la normativa aplicable es la del momento de solicitar la jubilación anticipada, pues ahí se produce el hecho causante, y no el anterior en el que lo único que se produjo es la denominada “prejubilación””.

fecha en la que se accede a ella, es decir, los 63 años, y no la fecha del contrato de prejubilación.

Según doctrina unificada de la Sala, el pacto es válido y eficaz: No existe fraude de ley, pues este no se presume, hay que acreditarlo, no constando en el pacto dato alguno que permita presumir su existencia. El nuevo contrato suscrito no es fraudulento, sino que se limita a recoger el pacto por el que se sustituyen las condiciones establecidas en el anterior acuerdo, permitiendo al trabajador acceder a las condiciones establecidas por la nueva norma. El hecho de que empresa y persona prejubilada hayan suscrito un nuevo pacto para adaptar el anterior a las nuevas condiciones de jubilación no supone un contrato fraudulento, en la medida en que obedece a la finalidad legítima de permitir a la persona trabajadora jubilarse conforme a la nueva norma. De no admitirse la novación del contrato, se haría de peor condición a la persona prejubilada con anterioridad a la publicación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, respecto de la prejubilada con posterioridad a esta⁵³⁹.

2. LOS DERECHOS ECONÓMICOS ASOCIADOS A LA PREJUBILACIÓN

El contrato de prejubilación es causa de recíprocas obligaciones que, con carácter general, obligan a la empresa y a la persona trabajadora. Para la empresa, las obligaciones más frecuentes consisten en el abono a la persona trabajadora de la indemnización pactada con motivo de la extinción de la relación laboral, así como el abono del convenio especial con la Seguridad Social, a fin de que mantenga su base de cotización hasta su jubilación y, por último, cualquier otra ventaja social o particular pactada. Para quien se prejubila, las obligaciones más frecuentes se refieren al pacto de no concurrencia suscrito conforme al artículo 21 ET o al deber de acreditar, a requerimiento de la empresa, el pago del convenio especial con la Seguridad Social, así como, con frecuencia, el compromiso de no realizar trabajo remunerado por cuenta ajena o propia sin autorización expresa de la empresa. Obviamente, como todo contrato bilateral, el contrato de prejubilación es susceptible de ser incumplido por alguna de las partes.

⁵³⁹ STS, Sala 4ª, de 14 de octubre de 2014, rec. 3146/2013.

A la hora de abordar con eficacia cualquier controversia nacida de la ejecución de un contrato de prejubilación, emerge claramente una necesidad básica y fundamental, como es la perentoria necesidad de establecer si constituye un contrato de naturaleza civil, y al que por tanto son de aplicación las reglas del CC o, por el contrario, nos encontramos ante un contrato que trae causa del extinguido contrato de trabajo y al que son de aplicación las normas inherentes al mismo⁵⁴⁰.

A esta pregunta da respuesta la STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 20 de enero de 2005⁵⁴¹, en la que se establece claramente que “ha de entenderse que el denominado contrato de prejubilación trae causa del contrato de trabajo que lo precede, estando suscrito por las mismas partes, y sus presupuestos, circunstancias y condiciones giran en torno al precedente vínculo laboral entre las partes; se trata, en definitiva, de una relación jurídica entre el mismo empleador y el mismo trabajador que se proyecta más allá del contrato de trabajo en sentido estricto, pero que, bajo la fórmula de contrato de prejubilación, va a regular el vínculo que, al menos a los efectos que aquí interesan, todavía subsiste entre ambas partes”. En consecuencia, el contrato de prejubilación se puede calificar como un “pacto laboral”⁵⁴², de ahí que la sentencia establezca la

⁵⁴⁰ Como ha afirmado la jurisprudencia, es preciso “partir del principio de irrelevancia del *nomen iuris*, axioma que nos dice que “las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son”, es decir, en un contrato lo que verdaderamente importa es la naturaleza de este, no la denominación que las partes le hayan dado. Desde el punto de vista laboral, la naturaleza y el espíritu del contrato determinan la relación jurídica ante la que estamos, sirviendo para establecer si nos encontramos ante un contrato de naturaleza laboral que debe regirse por la legislación laboral o ante un contrato de otra naturaleza. Para dilucidarlo es importante acudir al criterio de interpretación de los contratos que al efecto mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Para el alto tribunal, la interpretación de los contratos está presidida por tres principios fundamentales: el principio de la voluntad o búsqueda de la voluntad real de los contratantes que aparece en el art. 1281 CC como “la intención evidente de los contratantes” y en el art. 1283 CC cuando dispone que los términos de un contrato no deben entenderse comprendidas cosas diferentes “de aquellas sobre las que los interesados se propusieron contratar”; el principio de buena fe, que comprende el de la confianza, reflejado en el art. 1288 CC cuando dispone que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”; y el principio de conservación de los contratos, que implica que lo lógico es considerar que las declaraciones efectuadas en un contrato se han hecho para conseguir un efecto jurídico determinado, lo que implica que las declaraciones deben ser interpretadas en el sentido más adecuado para que produzca el efecto buscado por las partes (art. 1284 CC en relación con el art. 1281 CC)”. Tal interpretación ha de combinar los criterios de orden lógico, finalístico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a la intención de los contratantes, pues la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo –en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes” (SSTS, Sala 4ª, de 21 de septiembre de 2017, rec. 205/2016, de 3 de octubre de 2017, rec. 202/2016, de 24 de octubre de 2017, rec. 3221/2015, de 20 de marzo de 2018, rec. 76/2017, entre otras).

⁵⁴¹ Rec. 5831/2004.

⁵⁴² STSJ Aragón, Sala de lo Social, de 24 de marzo de 2003, rec. 1043/2002 y STS Castilla y León, Sala de lo Social, de 29 de julio de 2004, rec. 1323/2004.

competencia del orden jurisdiccional social para conocer y dirimir de los litigios que se puedan ocasionar por su incumplimiento.

Sin embargo, pese a esta afirmación, dado que se reconoce la naturaleza extintiva de la relación laboral, este contrato plantea numerosos interrogantes acerca de su régimen jurídico y de la legislación aplicable a algunas de las contingencias que el mismo contempla, como serían el deber o pacto de no concurrencia, o la eventual posibilidad de despedir a la persona trabajadora por hechos acaecidos con anterioridad a la prejubilación, cuestiones que han sido resueltas por la jurisprudencia basándose en la legislación laboral.

Sin embargo, el contrato de prejubilación suele contener otra serie de pactos, como sería el abono del convenio especial con la Seguridad Social en el caso de extinción de mutuo acuerdo *ex art. 49.1.a) ET*⁵⁴³, o la prohibición de realizar trabajo alguno por cuenta propia o ajena sin autorización expresa de la empresa⁵⁴⁴, pactos para los que, en caso de incumplimiento, sería necesario acudir al Derecho Común para dar respuesta al mismo⁵⁴⁵.

En cualquier caso, habrá de estar siempre al estudio del caso concreto, pues dada la especial situación de la persona trabajadora prejubilada, siempre se planteará, cuando menos, la duda de si esta se encuentra aún en el ámbito de organización de la empresa, ya que, aunque no se le pueda considerar en activo, pues para ello el contrato de trabajo ha de estar vigente y, en el supuesto de la prejubilación, la relación se ha extinguido⁵⁴⁶, la persona prejubilada aún permanece vinculada a la empresa por mor de las obligaciones nacidas del pacto de prejubilación.

⁵⁴³ La empresa abona al trabajador el importe del convenio especial con la Seguridad Social, siendo el trabajador quien debe proceder a su abono a la Seguridad Social, estando facultada la empresa para exigir al trabajador la justificación de su pago. Obviamente puede darse el caso de que el trabajador incumpla esta obligación, destinando el dinero a otros fines distintos al pactado.

⁵⁴⁴ Además del lógico pacto de no concurrencia, es frecuente que la empresa prohíba a la persona trabajadora la realización de trabajos remunerados, tanto por cuenta propia como ajena, durante el periodo de prejubilación, estableciendo la obligación de la persona trabajadora de recabar autorización expresa de la empresa para su posible realización.

⁵⁴⁵ CABEZA PEREIRO, J., “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, cit., pág. 213.

⁵⁴⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., “Extinción contractual por prejubilación; prejubilados y censo electoral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 8, 2005, pág.4.

3. ALGUNA CASUÍSTICA EN RELACIÓN CON LAS INCIDENCIAS QUE PUEDEN ORIGINARSE TRAS LA SUSCRIPCIÓN DEL PACTO DE PREJUBILACIÓN

Sin duda, la casuística más frecuente tras la suscripción de un contrato de prejubilación tiene que ver con la reclamación de una cantidad económica por parte de la persona trabajadora a su empresa y viceversa. Se analizan a continuación las respuestas jurisprudenciales a diversas controversias que suelen deducirse de un pacto de prejubilación, y en las que cobra enorme importancia, por un lado, la naturaleza jurídica, extintiva o suspensiva, atribuida al pacto de prejubilación y, por otro, la calificación que se otorgue a las cantidades derivadas del pacto de prejubilación que percibe la persona prejubilada, pues, como se verá, el hecho de que se les confiera carácter indemnizatorio o, por el contrario, carácter de mejora de prestaciones de la Seguridad Social, determina la aplicación de plazos de prescripción o plazos de caducidad de la acción.

3.1. ¿CARÁCTER INDEMNIZATORIO O MEJORA DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL?

El Reglamento CE 883/2004, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, define las prestaciones de prejubilación como “*todas las prestaciones en metálico, distintas de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones anticipadas de vejez, concedidas a partir de una edad determinada, al trabajador que haya reducido, cesado o suspendido sus actividades profesionales hasta la edad en que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada*”. De esta definición de prejubilación se puede inferir el atributo que comporta mayor significación para las partes intervinientes, que no es otro que la percepción de una prestación en metálico sustitutiva del salario que posibilita la subsistencia económica de la persona trabajadora hasta que pueda acceder a la jubilación⁵⁴⁷. Nos encontramos, por tanto, ante el derecho de la persona trabajadora a la percepción de una prestación consistente en una determinada cantidad en metálico sustitutiva de su salario, que le permitirá subsistir hasta que pueda ejercer la opción de jubilarse, prestación que es necesario calificar convenientemente para poder establecer los distintos escenarios posibles en los que se puede encontrar la persona trabajadora que se prejubiliza, como sería

⁵⁴⁷ GODINO REYES, M., “Del empleo a la jubilación en tiempos de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas”, cit., pág. 27.

el tratamiento fiscal del dinero que percibe de la empresa, plazos de prescripción de los derechos ante el eventual incumplimiento por parte de la empresa, muerte de la persona trabajadora y derechos de sus herederos, etc.

Como se ha señalado anteriormente, cuando la persona trabajadora accede a la prejubilación, percibe de su empresa una cantidad fija de dinero, establecida normalmente en función de un porcentaje pactado de su retribución mientras se halla en activo, a la que se suele añadir otra suma destinada a sufragar el convenio especial con la Seguridad Social hasta la edad de jubilación de la persona trabajadora, siendo frecuente que la persona trabajadora pueda igualmente percibir prestaciones derivadas del plan de pensiones de empresa, seguros de empresa, etc. Estas cuantías pueden ser satisfechas en un solo acto por la empresa o, si así se ha pactado, de forma diferida en el tiempo mediante pagos periódicos, con carácter mensual, trimestral, semestral o anual, periodicidad que, en función de la calificación que al efecto merezca la prestación recibida, adquirirá gran trascendencia fiscal.

En primer lugar, es preciso determinar si las cantidades percibidas tienen naturaleza indemnizatoria aparejada a la extinción o suspensión de la relación laboral, o si, por el contrario, constituyen una mejora voluntaria de la Seguridad Social⁵⁴⁸, calificación que resulta relevante a la hora de establecer los plazos de prescripción en el caso de que se produzca una posible reclamación por parte de la persona trabajadora, pues si se califica como cantidad indemnizatoria, se aplicaría el plazo de prescripción de un año señalado en el art. 59.1 y 2 ET, mientras que, si se califica como una mejora voluntaria, que completa alguna prestación del Sistema de Seguridad Social, resultaría de aplicación el plazo de prescripción de cinco años a que alude el art. 53.1 LGSS, así como la afectación fiscal que, en concepto de IRPF, pueda recaer sobre dicha cantidad, pues las mejoras voluntarias de Seguridad Social están sujetas y no exentas del IRPF, a diferencia de las indemnizaciones legales por extinción de la relación laboral, que gozan de la exención de IRPF que establece el art. 7.e) LIRPF⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ Mejora que conforme estipula el artículo 41 CE gozan de total libertad y voluntariedad en la constitución de un nivel de protección en el que se integran todas las ayudas externas o adicionales a las prestaciones propias del sistema de Seguridad Social. Sobre la cuestión, véase BLASCO RASERO, C., “El papel de la negociación colectiva en materia de jubilación”, cit., pág.86.

⁵⁴⁹ A cuyo tenor: “El importe de la indemnización exenta a que se refiere esta letra tendrá como límite la cantidad de 180.000 euros”.

La jurisprudencia de la Sala 4ª del TS es muy clara respecto al carácter que otorga a las cantidades percibidas por la persona trabajadora con motivo de su prejubilación. Considera el alto tribunal que las prestaciones por prejubilación percibidas por la persona trabajadora son indemnizaciones con motivo de la extinción de la relación laboral. Esta calificación se basa en la apreciación de la no concurrencia del necesario mantenimiento de la relación laboral, pues no existe una verdadera prestación de servicios que pueda ser objeto de retribución⁵⁵⁰, resultando por tanto difícil calificar la percepción de estos complementos como una retribución diferida⁵⁵¹ en el concepto de masa salarial⁵⁵², de forma que no suponen, en ningún caso, una mejora de la prestación de jubilación, al carecer de su carácter complementario⁵⁵³. Carácter indemnizatorio que igualmente les otorga el art. 7.e) LIRPF, cuando declara exentas las indemnizaciones por despido o cese de la persona trabajadora en los supuestos de despidos colectivos realizados conforme a lo dispuesto en el art. 51 ET o por las causas previstas en la letra c) del art. 52 ET⁵⁵⁴, siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o de fuerza mayor.

Por tanto, en el caso de un despido colectivo, las cantidades percibidas por la persona trabajadora con motivo de la extinción de la relación laboral tienen la calificación de indemnización y no de salario, calificación que igualmente cabe extender a los casos de prejubilación por mutuo acuerdo de las partes conforme al art. 49.1.a) ET o a las producidas en virtud de lo pactado en convenio colectivo, en los que no media prestación de servicios ni existe relación laboral, por lo que no pueden considerarse salario las cantidades percibidas por la persona trabajadora, ni, como se ha visto, constituyen una

⁵⁵⁰ Como ha concluido la STS, Sala 4ª, de 9 de marzo de 2015, rec. 116/2014: “No es dable entender tampoco, en el presente caso, que la indicada compensación económica por acceder a la prejubilación configurada como una cantidad garantizada o garantía económica pueda calificarse de salario, pues el prejubilado ya no presta servicios en la empresa y no tiene derecho al salario en los términos en que el mismo se define en el art. 26.1. ET”.

⁵⁵¹ STS, Sala 4ª, de 31 de marzo de 2015, rec. 159/2014.

⁵⁵² STS, Sala 4ª, de 9 de marzo de 2014, rec. 116/2014.

⁵⁵³ STSJ Asturias, Sala de lo social, de 1 de septiembre de 2016, rec. 1639/2016.

⁵⁵⁴ El artículo 53.1.b) ET otorga a los trabajadores cuyo contrato se extinga en virtud de un despido colectivo el derecho a percibir una indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

mejora de prestaciones de la Seguridad Social, sino que deben ser calificadas como una indemnización percibida con motivo de la extinción de la relación laboral⁵⁵⁵.

Llegados a este punto, la falta de cumplimiento por la empresa de sus obligaciones contractuales durante la vigencia de un contrato de prejubilación suscrito con una persona trabajadora, ha generado y genera una disparidad de controversias que tienen su origen en obligaciones explícitas del contrato así como en obligaciones que la persona trabajadora considera implícitas en el mismo por mor de las modificaciones legislativas o normativas que se producen durante su vigencia, lo que ha motivado una ingente cantidad de demandas, cuyo fundamento se sustenta en un presunto incumplimiento de obligaciones contractuales por la empresa o en una demanda de actualización o mejora de las mismas, conforme al derecho que la persona trabajadora entienda ser de aplicación. La casuística que se puede presentar es muy diversa, si bien conviene centrar este estudio en dos de las reclamaciones más frecuentes en relación con las obligaciones derivadas del contrato de prejubilación: las cantidades indemnizatorias pactadas en el contrato de prejubilación y las aportaciones por parte de la empresa al Plan de Pensiones de la persona trabajadora.

Como norma general, las reclamaciones de origen económico se dirimen en la jurisdicción social, siendo primordial para ello establecer el plazo de que dispone la persona trabajadora para reclamar por el incumplimiento de estas obligaciones dimanantes de un contrato de prejubilación, pues el ejercicio de acciones que tengan su origen o fundamento en el contrato de prejubilación se ven afectadas por la prescripción extintiva que impone el art. 1961 CC (*“las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la Ley”*), de ahí que sea relevante la calificación que se otorgue a estas obligaciones.

Una primera aproximación, al considerar que el contrato de trabajo se ha extinguido, nos llevaría a considerar la posibilidad de que estas obligaciones asumidas por la empresa con la persona trabajadora prejubilada constituyeran una mejora voluntaria de prestaciones de la Seguridad Social⁵⁵⁶. Las mejoras voluntarias están contempladas en

⁵⁵⁵ STSJ Andalucía, Sala de lo social, de 23 de enero de 2007, rec. 4066/2005.

⁵⁵⁶ “Las mejoras voluntarias comprenden un conjunto plural de técnicas protectoras de naturaleza privada y carácter voluntario que, complementando o suplementando los regímenes públicos de Seguridad Social, tratan de garantizar a sus beneficiarios una más elevada tasa de sustitución de las rentas de activo”

el art. 43 LGSS, que establece la posibilidad de que la acción protectora de la Seguridad Social en su modalidad contributiva sea mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que establezcan las normas reguladoras del Régimen General y los regímenes especiales⁵⁵⁷, pudiendo ser consecuencia del reconocimiento unilateral por la empresa, o de un acuerdo individual o colectivo⁵⁵⁸. Se hallan reguladas en los arts. 238 a 241 LGSS, consistiendo básicamente en una mejora directa de las prestaciones o en el establecimiento de tipos de cotización adicionales destinados a la revalorización de las pensiones u otras prestaciones periódicas ya causadas y financiadas con cargo al mismo o para mejorar las futuras⁵⁵⁹.

Su consideración como mejoras voluntarias supondría la aplicación del plazo de prescripción de cinco años para el reconocimiento de prestaciones o el de caducidad de un año en el caso del derecho a percibir la prestación⁵⁶⁰. No obstante, para que sean consideradas mejoras voluntarias, es necesario que su función sea la de complementar exclusivamente una prestación de Seguridad Social, como así sería en el caso de que las partes establezcan un complemento que, sumado a la prestación de desempleo, garantice a la persona trabajadora la percepción real de un determinado porcentaje establecido sobre su salario, bien entendido que el pacto de prejubilación debe contemplarlo así expresamente, pues aunque la persona trabajadora efectivamente perciba la prestación por desempleo, si no se ha establecido un complemento expreso sobre la misma, las

(CAMPS RUIZ, L.M., “Las mejoras voluntarias de la pensión de jubilación”. en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación, cit., pág. 2120).

⁵⁵⁷ Pese a esta previsión, sólo en el Régimen General se han dictado disposiciones al respecto. ROS BENAVIDES, M.J., *Derecho de la Protección Social*, cit., págs. 10-5.

⁵⁵⁸ BLASCO RASERO C., “El papel de la negociación colectiva en materia de jubilación”, cit., pág.87.

⁵⁵⁹ Como afirma la STS Sala 4ª, de 20 de junio de 2019, rec. 53/2018, “Estas mejoras voluntarias de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social constituyen un modo o manera de acrecentar “la modalidad contributiva de la acción protectora, que el sistema de la seguridad social otorga a las personas comprendidas en el apartado 1 del artículo 7 de la presente ley”. No afecta a la naturaleza social de la materia que la mejora sea adoptada por decisión unilateral del empleador, contrato individual o convenio colectivo, pues ello solamente incide en su nacimiento y regulación... las mejoras del Régimen General de Seguridad Social son materia de seguridad social complementaria, reconocida y regulada por los artículos 39 y 191 a 194 LGSS y demás “normas dictadas para su aplicación y desarrollo”, en los términos del artículo 191.2 LGSS , y de ello deriva que el plazo de prescripción de las acciones para reconocer los derechos derivados de estas mejoras sea el de cinco años fijado en el artículo 43.1 LGSS”.

⁵⁶⁰ Art. 53.1 en relación con el art. 54.2 LGSS.

cantidades dinerarias que pudiera percibir la persona trabajadora tendrían carácter indemnizatorio, por lo que no complementarían la prestación.

Igualmente ocurre en el caso de que exista un compromiso por pensiones y se prevea en el mismo el abono anticipado de la correspondiente prestación en caso de que la persona trabajadora extinga su relación laboral y pase a la situación legal de desempleo⁵⁶¹. En este supuesto, también estaríamos ante una mejora de prestaciones de la Seguridad Social. Para el caso de que la persona trabajadora alcance la edad de jubilación y comience a percibir la pensión de jubilación de la Seguridad Social, la renta garantizada en el compromiso de pensiones tendrá igualmente el carácter de mejora voluntaria de prestaciones de la Seguridad Social.

En definitiva, si nos encontramos ante mejoras voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social, el plazo de prescripción es de cinco años para reclamar el reconocimiento de su derecho a percibir la prestación, mientras que, si lo que se reclama no es el derecho a la percepción, sino el contenido económico de dicho derecho, no se aplicará un plazo de prescripción, sino de caducidad de un año, conforme al artículo 54.2 LGSS⁵⁶².

⁵⁶¹ Según el art. 8.6.a) párrafo tercero del Real Decreto Legislativo 1/20002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y el art. 8.2 Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones, *“Los planes de pensiones podrán prever el pago de la prestación correspondiente a la jubilación en caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a situación legal de desempleo en los casos contemplados en los artículos 49.1.g), 51, 52 y 57.bis del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Reglamentariamente podrán establecerse condiciones para el mantenimiento o reanudación de las aportaciones a planes de pensiones en este supuesto”*.

⁵⁶² El tema ha sido resuelto por la STS, Sala 4ª, de 26 de noviembre de 2007, rec. 2020/2006, respecto de una prestación de jubilación y después de viudedad a cargo del BBVA. Según esta sentencia: “El problema jurídico, así planteado, consiste en determinar si en el caso de abono de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad social - artículos 191 y 192 de la LGSS - se debe aplicar el plazo de prescripción de cinco años a que se refiere el artículo 43.1 de la referida norma para proyectarla sobre la reclamación de atrasos de prestaciones ya reconocidas pero sobre las que se discute su cuantía, o, por el contrario, ha de ser en esos supuestos el artículo 44.2 de la LGSS y el plazo de caducidad de un año allí previsto el que resuelva la controversia sobre las cantidades adeudadas. Tal y como recuerda la parte recurrida en su escrito de impugnación, y el Ministerio Fiscal en su informe, esta Sala ha unificado la doctrina sobre el problema así planteado en su sentencia de 16 de septiembre de 1.998, rec. 4085/1997, resolución a la que cabría añadir la de 13 de julio de 1.978. En ellas, se recuerda que en el apartado primero del artículo 43, el legislador está contemplando el plazo de prescripción sobre el reconocimiento de las distintas prestaciones en sí que integran el contenido de la acción protectora, y en cuanto a tales modalidades de protección, en las que con carácter general se conserva el derecho a las mismas durante cinco años, salvo en relación con aquellas que el legislador estima imprescriptibles como la jubilación, y de que los efectos económicos se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presenta la solicitud. En el artículo 44.2 el legislador no se refiere al reconocimiento de la prestación, sino a la reclamación de su

Así se concluyó en el supuesto de una persona trabajadora del Banco Santander que se acogió a una prejubilación en la que se le abonaría el 100 por 100 del salario bruto anualmente mediante pagos mensuales. Con motivo de una fusión del banco, la persona prejubilada reclama la parte proporcional de dos pagas de beneficios, lo que le fue reconocido en instancia. La Sala de lo social del TSJ de Madrid estimó que el concepto reclamado constituía una obligación de tracto sucesivo, sujeta a un plazo de prescripción de un año y cuyo “*dies a quo*” no es el de la suscripción del acuerdo sino el de cada uno de los abonos⁵⁶³.

Si, por el contrario, la reclamación económica versa sobre una cantidad de carácter indemnizatorio, la regla general es que la persona trabajadora podrá ejercitar las acciones que pudiera detentar frente a la empresa durante el periodo de vigencia del contrato y hasta un año después de su finalización⁵⁶⁴. Sin embargo, nos encontramos con frecuencia con reclamaciones referidas a obligaciones económicas de tracto sucesivo⁵⁶⁵

contenido, por cuanto ya se tiene reconocido el derecho a ser beneficiario de esa modalidad de la acción protectora, de manera pacífica y no controvertida y en estos supuestos transforma el plazo de vigencia para efectuar la reclamación y su naturaleza, pues que ya no estamos en presencia de un plazo de prescripción sino de caducidad, pues la ausencia de reclamación de esas cantidades no controvertidas, está presuponiendo igualmente ese reconocimiento sin que se hubiera discutido el derecho, que se extingue por la simple abulia o abandono del interesado que no reclama durante todo ese periodo de tiempo la prestación ya reconocida. En esa misma línea, nuestra sentencia de 24 de octubre de 2.005 lleva a cabo un profundo estudio de la aplicabilidad y alcance de los artículos 43 y 44 LGSS, y concluye que “... para que juegue el supuesto del artículo 44 es esencial constatar la pasividad del beneficiario, al no exigir el pago de un derecho reconocido. Ahora bien, cuando lo que se discute es una diferencia en el importe de la pensión que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, es evidente que se reclama contra una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido. Estamos, por tanto, en el supuesto del artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social -prescripción de cinco años- y no en el supuesto del artículo 44 -plazo de un año-”.

También aplica este criterio la STSJ Andalucía, de 26 de junio de 2008, rec. 2225/2007, respecto de una persona que percibía una pensión de viudedad con un complemento de orfandad que le fue retirado, afirmando la sala que “no resulta de aplicación el plazo de caducidad que previene el artículo 44.2 LGSS EDL1994/16443 y que en el recurso se postula, sino el de prescripción de cinco años previsto en el artículo 43.1 de la misma norma, susceptible de interrupción, como por otra parte reconoce el número 2 del referido precepto, en relación con el artículo 1.973 del Código Civil”.

⁵⁶³ STSJ Madrid, Sala de lo social, de 20 de enero de 2005, rec. 5840/2004.

⁵⁶⁴ Artículo 59.1 ET.

⁵⁶⁵ “A este respecto, la STS, Sala 4ª, de 26 de diciembre de 2007, rec. 4605/2006, recuerda “que el ya reiterado criterio jurisprudencial de esta Sala - Sentencias, entre otras, de 9 de febrero de 2007 recurso 4141/2005-, 13 de marzo de 2007 -recurso 4378/2005- y 30 de abril de 2007 -recurso 238/2005 - obliga a aplicar a tal reclamación de cantidad el plazo prescriptivo de un año previsto en el artículo 59-2 del Estatuto de los Trabajadores. Siendo así que la papeleta de conciliación aparece presentada el día 11 de diciembre de 2003 y tratándose de una cantidad -la de prejubilación- que se configura para la empresa como una obligación de tracto sucesivo devengable por mensualidades a favor del trabajador resulta evidente que han de tenerse por prescritas las diferencias reclamadas del año 2002 anteriores al 11 de diciembre de 2002, por lo que sólo las devengadas desde esta última fecha y hasta el 31 de diciembre de 2002 han de ser abonadas por la empresa al trabajador recurrente”.

que, pese a la vigencia del contrato de prejubilación, pueden haber decaído por prescripción de la acción una vez haya transcurrido el plazo de un año desde su vencimiento, tal y como dispone el artículo 59.2 ET⁵⁶⁶. Cuando nos enfrentamos al instituto jurídico de la prescripción extintiva, es fundamental fijar adecuadamente el “dies a quo” para el computo de la prescripción, debiendo acudir necesariamente a lo dispuesto en el artículo 1969 CC, a cuyo tenor: “*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*”, lo que facilita la fijación del *dies a quo* con carácter general.

El criterio establecido por la Sala 4ª del TS para la reclamación más frecuente derivada del pacto de prejubilación, que consiste en la reclamación de diferencias indemnizatorias en concepto de actualización de IPC, o de las pagas extraordinarias acordadas en el nuevo convenio colectivo de aplicación, etc., es el de aplicar la prescripción extintiva de un año prevista en el del art. 59.2 ET⁵⁶⁷.

El caso más habitual es el del pacto que contempla el establecimiento de un complemento anual de jubilación que deberá satisfacer la empresa desde la fecha de jubilación de la persona trabajadora, y que comprenderá la cuantía precisa para que, sumada a la pensión anual que conceda la Seguridad Social, alcance un importe anual pactado. Se trata de un claro supuesto de mejora de prestaciones de la Seguridad Social, por lo que en caso de controversia entre la empresa y la persona prejubilada respecto de la misma, la doctrina jurisprudencial ha concluido que: “las mejoras voluntarias habrán de regirse, en primer lugar, por las disposiciones o acuerdos que las han implantado, tanto

⁵⁶⁶ En su aplicación, la STS, Sala 4ª, de 4 de febrero de 2020, rec. 3630/2017 concluye que “la fijación del *dies a quo* para cómputo del plazo de prescripción para ejercitar la acción indemnizatoria por los herederos del trabajador, en la fecha del fallecimiento de éste, es decir, en el 29/12/2013, y constando que la papeleta de conciliación se presentó el 29/07/2014, y la demanda el 31/01/2015, es claro que la acción no estaba prescrita, al no haber transcurrido el plazo de un año previsto en el art. 59.2 ET, contado desde el momento en que se pudo ejercitar la acción”.

⁵⁶⁷ Como exponente de este criterio jurisprudencial cabe citar las SSTS, Sala 4ª, de 17 de julio de 2007, rec. 3228/2006 y de 20 de noviembre de 2007, rec. 4287/2005, que aluden a “la doctrina jurisprudencial citada, que nosotros vamos a seguir aquí en aras a la unidad y estabilidad de la jurisprudencia, es la aplicación a estos supuestos suspensivos del plazo de prescripción establecido en el art. 59.2 ET. Ello comporta, en los términos de la sentencia precedente de 21 de septiembre de 2005, “que el ejercicio de la acción - vigente todavía el acuerdo (de prejubilación) y, por lo tanto, devengándose mensualmente la cantidad a percibir - no ha de producir otro efecto prescriptivo que el de las cantidades reclamadas correspondientes a los atrasos causados mensualmente, en el sentido de que no podrán ser reconocidas las devengadas más allá del período del año anterior a la fecha de la reclamación”.

en su reconocimiento cuanto a la disminución o anulación de los derechos atribuidos a dichas prestaciones, pero, en lo no expresamente previsto, debe atenderse, en principio, a las propias normas del Sistema de Seguridad Social, interrelacionándolas incluso con las posibles normas de otro orden existentes sobre el tipo de mejora establecido, como la legislación sobre seguros⁵⁶⁸. Esta remisión al título constitutivo como fuente de la obligación implica que no caben interpretaciones extensivas que alcancen a supuestos no contemplados específicamente por las partes⁵⁶⁹, no siendo tampoco viables interpretaciones restrictivas del derecho pactado colectivamente; al contrario, una interpretación armónica del ordenamiento jurídico lleva a interpretar las mejoras voluntarias con criterios propios del Sistema de Seguridad Social⁵⁷⁰.

Por sus características, tal prestación sería constitutiva de una mejora de la prestación de jubilación, perfectamente incardinada en las mejoras a las prestaciones de Seguridad Social que se contemplan en los arts. 43 y 238 a 241 de la LGSS, siendo el plazo de prescripción para reclamar su cumplimiento el de 5 años, conforme al art. 53 LGSS⁵⁷¹.

En aplicación de este criterio cabe citar la STS Sala 4ª, de 19 de enero de 2015⁵⁷², que versa sobre una persona prejubilada de la entidad bancaria BSCH (actual Banco de Santander), perceptora de una pensión de viudedad desde el 1 de enero de 1998. En febrero de 2012, pasa a percibir la pensión de jubilación, teniendo pactado con el banco la percepción de un complemento anual de jubilación en la cuantía que resultara precisa para que, sumada a la pensión inicial de la Seguridad Social, comportara un importe anual conjunto determinado. Llegado el momento de la jubilación, a la actora se le reconoce una pensión mensual de 2.752,52 euros, pero el INSS la redujo, fijando una pensión inicial de 1.393,69 euros, por tener reconocida una pensión de viudedad por 1.129,20

⁵⁶⁸ Entre otras, cfr. las SSTs, Sala 4ª, de 24 de enero de 2014, rec. 640/2013; de 17 de enero de 2011, rec. 4468/2009; de 6 de octubre de 2010, rec. 3423/2009; de 1 de febrero de 2000, rec. 200/1999; y de 17 de marzo de 1997, rec. 2817/1996.

⁵⁶⁹ SSTs, Sala 4ª, de 9 de febrero de 2004, rec. 18/2003 y 31 de enero de 2007, rec. 5481/2005.

⁵⁷⁰ STS, Sala 4ª, de 22 de noviembre de 2011, rec. 4277/2010.

⁵⁷¹ STS, Sala 4ª, de 6 de febrero de 2018, rec. 1080/2016.

⁵⁷² Rec. 677/2014.

euros, resultando la suma de ambas la pensión máxima fijada legalmente para 2012⁵⁷³. La cuestión litigiosa consiste en determinar la repercusión que, sobre el complemento de jubilación pactado entre la persona trabajadora y el banco, tiene el hecho de que exista una concurrencia de pensiones, es decir, si el banco no tiene nada que complementar porque la suma anual de ambas pensiones supera la garantizada en el pacto, o si el cálculo del complemento ha de hacerse exclusivamente partiendo de la pensión inicial, en cuyo caso resulta una diferencia a favor de la interesada de 584,24 euros/mes.

Razona la sentencia que, al concurrir la pensión de viudedad con la pensión de jubilación, se sobrepasa el tope de pensión máxima establecido legalmente, no pudiendo los pactos privados soslayar la aplicación de medidas legales en los supuestos de concurrencia de pensiones que superen el tope máximo legal de la jubilación correspondiente⁵⁷⁴, pues la mejora pactada está subordinada a las vicisitudes de la pensión reconocida por la Seguridad Social.

Igual consideración merece la percepción de la prestación de jubilación de forma adelantada prevista en el art. 8.6 del RD-Leg 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (en adelante LPFP)⁵⁷⁵, que permite a los planes de pensiones prever el pago de la prestación correspondiente a la jubilación en caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a la situación legal de desempleo en los casos de extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante (art. 49.1.g) ET), despido colectivo (art. 51 ET), despido objetivo (art. 52 ET) y procedimiento concursal (art. 57 ET). Se trataría claramente de una mejora de prestaciones de la Seguridad Social, siendo

⁵⁷³ Se establece como límite la cuantía de pensión máxima que cada año fijan las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

⁵⁷⁴ STS, Sala 4ª, de 6 de febrero de 2018, cit.

⁵⁷⁵ De conformidad con el art. 8.6.a) párrafo tercero RD Leg. 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y el art. 8.2 RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones: “*Los planes de pensiones podrán prever el pago de la prestación correspondiente a la jubilación en caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a situación legal de desempleo en los casos contemplados en los artículos 49.1.g), 51, 52 y 57.bis del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Reglamentariamente podrán establecerse condiciones para el mantenimiento o reanudación de las aportaciones a planes de pensiones en este supuesto*”.

una prestación análoga a la jubilación, pues supone una anticipación de la prestación correspondiente a la misma.

Otra de las discrepancias que dan origen a numerosas demandas por parte de las personas trabajadoras prejubiladas es la reclamación a su antigua empresa de mejoras basadas en la aplicación del nuevo convenio colectivo del sector, como ocurrió en la reclamación que motivó la STS Sala 4ª, de 2 de julio de 2007⁵⁷⁶, relativa a las diferencias en la asignación anual de la persona trabajadora prejubilada.

La demanda interpuesta por una persona trabajadora de Banco Santander, prejubilada mediante un pacto de suspensión del contrato de trabajo firmado el día 17 de septiembre de 1999, y que extendería sus efectos desde el día 1 de diciembre de 1999 y hasta la fecha de jubilación, comprometiéndose la empresa a abonar una cantidad anual equivalente al 100 por 100 de su salario, que sería revalorizada, por una sola vez, con el porcentaje de variación que fijase el convenio colectivo de aplicación, aprobado el día 26 de noviembre con efectos de 1 de enero de 1999. El banco, con motivo de los beneficios obtenidos ese año, acordó incrementar en dos pagas de beneficios las que venían percibiendo las personas trabajadoras con anterioridad a dicho ejercicio. En marzo, el banco abonó a la persona trabajadora las dos pagas adicionales en proporción al tiempo trabajado en el año 1999. Basándose en la aprobación del abono de esas dos pagas de beneficios para el año 1999, año en el que la persona trabajadora extinguió su contrato de trabajo, en enero de 2004, vigente el pacto de prejubilación, la persona trabajadora ejercita la acción contra el banco en demanda de que se incremente la cantidad pactada anual bruta, pues se había calculado sobre 16'25 pagas y no sobre las 18'25 pagas establecidas para todas las personas trabajadoras a partir de ese mismo año 1999.

El banco alega la excepción de prescripción. Para resolver el caso, nuevamente hay que recurrir a la institución de la prescripción, debiendo establecer si se está ante una prescripción de cinco años del art. 53.1 LGSS o, por el contrario, ante la prescripción de un año del art. 59.2 ET. El criterio mantenido reiteradamente por la Sala 4ª TS, es la aplicación a estos supuestos suspensivos del plazo de prescripción de un año del art. 59.2 ET, pues, vigente el acuerdo de prejubilación y devengándose mensualmente la cantidad

⁵⁷⁶ Rec. 368/2006.

a percibir, no podrán ser reconocidas las cantidades devengadas más allá del periodo del año anterior a la fecha de la reclamación. En cuanto al cómputo de las dos pagas extraordinarias de beneficios, el criterio de la Sala es que se deben computar en su importe anual.

Una variante respecto a este debate se encuentra en la STS Sala 4ª, de 6 de febrero de 2018⁵⁷⁷, en la que se dirime la prescripción o caducidad del derecho de la demandante a la percepción de mayor cantidad indemnizatoria con motivo de su jubilación obligatoria. La demandante había sido trabajadora de la universidad de Valladolid, reclamando una diferencia en el cálculo de su indemnización por jubilación obligatoria prevista en el convenio colectivo de aplicación. Una vez establecido por el juez de instancia que la indemnización objeto de controversia es una mejora de prestaciones de la Seguridad Social, la cuestión que resuelve la Sala 4ª TS es la de establecer si es aplicable el instituto de la caducidad del art. 54 LGSS o el de la prescripción del art. 53.1 LGSS. Dado que se trata de una reclamación sobre una resolución no ajustada a Derecho, resulta aplicable el plazo de prescripción de cinco años, pues el único objeto de la caducidad del art. 54 LGSS es el de regular la caducidad en relación con prestaciones reconocidas e indiscutibles.

Un supuesto curioso de reclamación a su anterior empresa por parte de una persona prejubilada se puede observar en la SJSO de Palma de Mallorca, de 12 de febrero de 2018, rec. 81/2017. La sentencia resuelve sobre la demanda de extinción de la relación laboral por despido improcedente, interpuesta por una persona trabajadora prejubilada, basándose en el incumplimiento por la empresa del pago de las cantidades pactadas en el contrato de prejubilación, concretamente el impago de los salarios de varios meses anteriores a la fecha de prejubilación y la liquidación por jubilación. Basándose en lo preceptuado en el art. 50 ET, ejercita la persona trabajadora la acción de extinción del contrato por voluntad de la persona trabajadora. Citando jurisprudencia de la Sala 4ª del TS, que tiene establecido como uno de los requisitos para entablar la acción, el de la necesidad de que la relación este viva al tiempo de dictar sentencia y, dado que, la persona trabajadora ya se encuentra prejubilada, produciendo la prejubilación, con carácter general, una extinción de la relación laboral, así como que, las prestaciones reconocidas resultan abonables hasta el momento de su jubilación,

⁵⁷⁷ Rec. 1080/2016.

siendo su naturaleza la indemnización por extinción de contrato, unido al hecho de que la demanda se interpuso en fecha posterior a la de extinción del contrato de trabajo, estima el juzgador de instancia que la acción de la actora carece de vínculo laboral alguno con la empresa, por lo que no puede extinguirse una relación laboral que no existe. La demanda fue desestimada.

3.2. VALOR LIBERATORIO DEL FINIQUITO. INDEMNIZACIÓN POR PREJUBILACIÓN

Otra de las controversias que suelen surgir con motivo de la prejubilación de una persona trabajadora versa sobre la reclamación de diferencias motivada en la distinta interpretación que de la extinción de la relación laboral llevan a cabo empresa y persona trabajadora.

Es el caso de dos personas trabajadoras de Liberbank, quienes se acogen a una oferta de prejubilación mediante extinción del contrato de trabajo que tiene su origen en un despido colectivo, en virtud de la cual percibieron de su empresa la compensación por prejubilación de una sola vez en forma de capital, firmando para ello una cláusula de saldo y finiquito con fecha 29/02/12. Con posterioridad, las personas trabajadoras presentan demanda en reclamación del impago de la parte proporcional del premio de dedicación contemplado en el Reglamento de beneficios y mejoras sociales de la entidad, consistente en una gratificación para aquellas personas trabajadoras que cumplan 25 años de servicio. La cuestión que se dirime es la posibilidad de acceder al premio de dedicación para las personas trabajadoras prejubiladas con motivo de un ERE, planteándose el núcleo del debate en torno a la naturaleza voluntaria o involuntaria de dicho cese. El premio de dedicación estaba incluido en los conceptos salariales que formaban parte del acuerdo firmado entre empresa y representación sindical.

El reglamento de beneficios de Liberbank dispone que el personal que se jubile sin haber cumplido los 25 años de servicio percibirá, en el momento de la jubilación, la parte proporcional del premio de dedicación en función del servicio prestado y computado. El motivo alegado por el banco para no incluir en la indemnización la parte proporcional de este premio de dedicación se basa en que, el reglamento que rige el mismo exige en su art. 20 que la relación con la demandada se extinga por jubilación, entendiendo la empresa que, en este caso, la relación se ha extinguido voluntariamente en el marco de una prejubilación con motivo de un ERE.

Al respecto, la Sala trae a colación el criterio jurisprudencial existente en la materia⁵⁷⁸, según el cual no existe voluntariedad en la opción prejubilatoria que se produce con origen en un expediente de regulación de empleo. Para la Sala, el carácter involuntario del cese es común a ambas extinciones, sirviendo a la trazabilidad de la conexión entre jubilación y prejubilación. Ambas causas de cese obedecen a una misma razón: haber alcanzado la persona trabajadora una determinada edad. El paralelismo entre ambas fórmulas de extinción del contrato, cuando la persona interesada no ha llegado al número de años premiables es indiscutible, por lo que el citado premio debe acoger ambos supuestos por ser idéntica su razón de ser y la causa que asignablemente los justifica. En consecuencia, la sentencia de casación⁵⁷⁹ confirma la dictada en suplicación por el TSJ de Castilla La Mancha⁵⁸⁰, que reconoce el derecho de quienes se prejubilán a percibir, como parte de la indemnización prevista en el acuerdo de prejubilación, el denominado premio de dedicación.

3.3. INCUMPLIMIENTO POR LA PERSONA TRABAJADORA DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS

Evidentemente, la persona trabajadora también puede incumplir las obligaciones que le son exigibles en virtud de lo pactado en el contrato de prejubilación, entre las que, como se ha expuesto, las más generalizadas y exigidas por las empresas a sus personas trabajadoras son: el pacto de no competencia previsto en el artículo 21 ET, la prohibición de realizar trabajos remunerados tanto por cuenta propia como ajena, sin autorización expresa de la empresa, y la obligación de satisfacer efectivamente las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social.

3.3.1. Pacto de no competencia postcontractual

El derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio se halla constitucionalmente reconocido en el artículo 35 de la CE y contemplado en el artículo 4.1.a) ET. Puesto que, por su ubicación en la norma constitucional, no constituye un derecho fundamental, se puede afirmar la licitud del establecimiento de limitaciones a

⁵⁷⁸ SSTs de 24 de octubre de 2006, rec. 4453/2004, de 7 de febrero de 2008, rec. 4237/2006, de 14 de abril de 2010, rec. 790/2009.

⁵⁷⁹ STS, Sala 4ª, de 3 de abril de 2019, rec. 1540/2017.

⁵⁸⁰ STSJ Castilla La Mancha, Sala de lo Social, de 12 de diciembre de 2016, rec. 751/2015.

este derecho, entre otros supuestos, mediante la suscripción de un pacto de no competencia una vez extinguido el contrato de trabajo, con la finalidad de limitar a la persona prejubilada la posibilidad de ejercer su derecho al trabajo y a la libre elección de oficio.

Ahora bien, dado que la regla general en nuestro ordenamiento es la de admitir la posibilidad de concurrencia⁵⁸¹, la nota común en los pactos de no competencia es la de su voluntariedad para la persona trabajadora. Para que el pacto que limita este derecho constitucional adquiera eficacia, es necesario que se adecúe a los requisitos establecidos en la legislación vigente. A este respecto, el artículo 21.2 ET⁵⁸² establece los requisitos que deberá cumplir el pacto de no competencia. En primer lugar, es un pacto que necesariamente ha de ser expreso, si bien no requiere forma escrita, estableciendo la Ley dos requisitos que han de concurrir necesariamente para la validez y licitud del pacto: en primer lugar, que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial y, en segundo lugar, que satisfaga a la persona trabajadora una compensación económica adecuada.

Para la Sala 4ª del TS: “de estos dos requisitos se deduce un doble interés: para el empleador, la no utilización de los conocimientos adquiridos por el trabajador en otras empresas; para el trabajador, asegurarse una estabilidad económica una vez extinguido el contrato de trabajo, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo, estando ante obligaciones bilaterales recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del artículo 1256 del CC no puede quedar al arbitrio de una de las partes”⁵⁸³. En definitiva, la naturaleza jurídica del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, es la de un pacto o acuerdo bilateral que genera derechos y obligaciones para ambas partes⁵⁸⁴, siendo nula la cláusula de no competencia que

⁵⁸¹ LUJAN ALCARAZ, J., “La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2009, pág. 11.

⁵⁸² Art. 21.2 ET: “El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes:

- a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.
- b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada”.

⁵⁸³ STS, Sala 4ª, de 8 de noviembre de 2011, rec. 409/2011.

⁵⁸⁴ STS, Sala 4ª, de 20 de abril de 2010, rec. 2629/2009.

permita al empresario rescindir unilateralmente el pacto de no competencia, con independencia de que la persona trabajadora de su consentimiento⁵⁸⁵.

El pago de la adecuada compensación económica tiene como finalidad resarcir a la persona trabajadora del perjuicio que le pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato de trabajo y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta⁵⁸⁶ y, para el empresario, evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por la persona trabajadora de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entre en competencia con aquella, por lo que, en ambos casos, para la empresa y para la persona trabajadora, la cláusula ostenta ese carácter indemnizatorio⁵⁸⁷. Resulta evidente que la cuantía de esta compensación económica debe permitir la subsistencia de la persona trabajadora mientras dure el periodo en el que tiene vedado trabajar, debiendo guardar dicha indemnización una adecuada proporcionalidad entre las obligaciones que genera para ambas partes. El pago de la compensación económica puede haberse llevado a cabo expresamente durante la vigencia del contrato de trabajo o, la casuística más general, haber sido incorporada al finiquito. Si el empresario no satisface a la persona trabajadora oportunamente en tiempo y forma la cuantía pactada como compensación económica, esta dispone del plazo de prescripción de un año para interponer la correspondiente reclamación por la cantidad dejada de percibir, pudiendo plantear igualmente una acción resolutoria del pacto de no competencia postcontractual incumplido por el empresario.

⁵⁸⁵ “Se ha reiterado que la solución a la cuestión planteada, -- en orden a si el empresario con amparo en una cláusula contractual pactada puede quedar autorizado a rescindir de forma unilateral el pacto de no competencia --, viene determinada por lo dispuesto en el art. 1256 CC , según el cual “ *la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de los contratantes* ”, y no otra cosa es lo que se ha hecho en el supuesto aquí contemplado en el que la cláusula discutida ha dejado al libre arbitrio del empleador el cumplimiento o no del pacto de no competencia, con lo que se observa que, con independencia de la claridad de la cláusula, su contenido resulta manifiestamente contrario a aquella prohibición legal, y es por ello por lo que debe de considerarse nula en aplicación de lo previsto en el art. 6.3 del mismo Código en relación con los actos contrarios a normas prohibitivas como la del precitado art. 1256 CC” (STS Sala 4ª, de 8 de noviembre de 2011, cit.).

⁵⁸⁶ STS, Sala 4ª, de 26 de octubre de 2016, rec. 1032/2015.

⁵⁸⁷ Como recuerda la STS, Sala 4ª, de 6 de febrero de 2009, rec. 665/2008, “el pacto de no competencia postcontractual genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizás no esté preparado), como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquélla)”, es decir, que en ambos casos la cláusula ostenta ese carácter indemnizatorio.

Es también normal que se establezca una cláusula penal que proteja al empresario del incumplimiento de la obligación contraída por la persona trabajadora en el pacto de no competencia. Dicha cláusula puede estar basada en los daños y perjuicios causados por la persona trabajadora con motivo de su quebrantamiento o cumplir una función constrictiva o de salvaguarda, o, en todo caso, en el sentido que apunta el artículo 1152.1 CC, sustituir a la indemnización de daños. En este caso, es necesaria una adecuada proporcionalidad entre la indemnización percibida por la persona trabajadora y la que, en virtud de la cláusula penal pueda tener derecho a percibir la empresa cuando la persona trabajadora incumpla el pacto, pues de lo contrario la cláusula podría resultar abusiva y contraria al principio de buena fe del artículo 7.2 del CC.

Para el caso de que la persona trabajadora incumpla el pacto, la empresa puede exigir el cumplimiento de la cláusula penal en sustitución a la indemnización por daños, no siendo necesario que acredite su importe, pero sí, como se ha señalado, debe guardar el requisito de la proporcionalidad, no debiendo existir desproporción entre lo que se percibe y se exige⁵⁸⁸. De hecho, la jurisprudencia es reiterativa respecto de la debida proporcionalidad entre la cantidad satisfecha por la empresa en concepto de compensación económica y el importe de la penalización que se establezca para el caso de incumplimiento, tomando como referencia que, la indemnización a satisfacer por la persona trabajadora en caso de incumplimiento y como cláusula penal, no debe exceder en principio de lo percibido de la empresa como compensación económica⁵⁸⁹.

En lo que concierne al otro requisito exigible para la validez del pacto, la acreditación de un efectivo interés industrial o comercial, la jurisdicción encuentra serias

⁵⁸⁸ Según afirma la STSJ Andalucía, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2019, rec. 1649/2018, “el mencionado artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores está dedicado al pacto de no concurrencia, determinando como segundo requisito su nº 2, relativo al pacto para después de extinguido el contrato de trabajo, “que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada”, de donde se sigue tácitamente que igualmente adecuada o proporcional ha de ser la compensación a la empresa cuando dicho trabajador incumpla tal pacto,”.

⁵⁸⁹ “En el caso de autos, el empresario actor tenía un interés comercial o industrial en suscribir el pacto de no concurrencia. Ahora bien, el compromiso de no prestar servicios la trabajadora demandada durante un año desde la finalización del contrato, a cambio de una compensación económica de 600 euros hasta octubre de 2015 y, de 625 euros desde esta fecha, no es proporcional al importe de la penalización por el incumplimiento del pacto, en cuyo caso, la trabajadora debería abonar a la empresa una indemnización equivalente a dos anualidades de salario bruto. En total, la compensación abonada por la empresa fue de 27.250,83 euros y, la indemnización reclamada asciende a 61.672,08 euros. Esta desproporción, permite declarar nula la cláusula de penalización” (STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2019, rec. 173/2019).

dificultades a la hora de delimitar un criterio unánime y claro al respecto, pues se trata de un concepto afectado de una enorme subjetividad, cualidad que le viene dada por la intangibilidad de la figura. En consecuencia, habrá que estar al caso concreto, pues se puede encontrar suficiente y adecuadamente justificado el interés industrial cuando la persona trabajadora ha concertado una relación laboral en una empresa del sector y en una actividad similar a la desempeñada en la empresa anterior⁵⁹⁰, y también para el supuesto de que exista solamente coincidencia de sector y actividad, con independencia del puesto de trabajo que desempeñe la persona trabajadora, o, cuando expresamente el pacto prohíba establecer relación laboral con empresas de la misma actividad o que compitan directa o indirectamente con la empresas en el sector y ámbito geográfico⁵⁹¹. Por tanto, la persona trabajadora incumplirá el pacto de no competencia si desarrolla actividades profesionales por cuenta propia o ajena expresamente prohibidas en el pacto.

Corresponde al empresario acreditar el incumplimiento, así como la existencia de un perjuicio real o potencial por afectar a su mercado objetivo, estando facultado para instar la resolución judicial del pacto de no competencia y la aplicación de la cláusula penal o la indemnización por daños y perjuicios proporcional a la compensación económica previamente pactada y recibida por la persona trabajadora⁵⁹². Puede, incluso, plantear la reclamación de indemnización por responsabilidad civil de los terceros favorecidos por el incumplimiento⁵⁹³ de la persona prejubilada⁵⁹⁴, pudiendo igualmente el

⁵⁹⁰ STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 8 de mayo de 2015, rec. 893/2014.

⁵⁹¹ STSJ Asturias, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2008, rec. 2176/2007.

⁵⁹² STS, Sala 4ª, de 26 de octubre de 2016, rec. 1032/2015.

⁵⁹³ Es el caso de sociedades constituidas por los trabajadores y mediante las que se lleva a cabo la competencia desleal, véase STS de 4 de mayo de 2017, rec. 1068/2015.

⁵⁹⁴ Sobre el orden jurisdiccional competente para resolver estos conflictos, las SSTs, Sala 4ª, de 1 de octubre de 2019, rec. 1600/2017 y 4 de mayo de 2017, rec. 1068/2015, han afirmado que “pertenecen al orden social de la jurisdicción las cuestiones litigiosas que se susciten como consecuencia del contrato de trabajo y, entre ellas, por lo que a los presentes efectos interesa, los litigios relativos a las reclamaciones de daños entre empresarios y trabajadores derivados de eventuales incumplimientos contractuales con independencia de que el sujeto demandante sea el trabajador o el empresario [...] - La referencia que efectúa el precepto a los " conflictos entre empresarios y trabajadores" no es obstáculo para que el orden social pueda conocer también de la solución de conflictos que separen a una de las partes del contrato con distintos empresarios, o a diferentes trabajadores entre sí o a una combinación de unos y otros al mismo tiempo, no resultando imposible la atribución a este orden del conocimiento de ciertos litigios entre empresarios - siempre que esté presente un trabajador- en los supuestos del artículo 21 ET[...]. La pretensión deriva del incumplimiento de un deber vinculado al contrato de trabajo por lo que se le exige a una de las partes - la presuntamente incumplidora- la oportuna responsabilidad de la que pudiera ser responsable, también, un tercero que, aunque ajeno a la relación laboral, ha sido utilizado por el trabajador como instrumento para llevar a cabo el presunto incumplimiento. Ello determina que la competencia se mantenga en su sede

empresario reclamar a la persona trabajadora una indemnización distinta a la cláusula penal, si acredita la existencia de daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

En definitiva, el pacto de no competencia tras la extinción del contrato constituye un pacto limitativo del derecho constitucional al trabajo del que surgen obligaciones recíprocas para ambas partes: para la persona trabajadora, la obligación de no desarrollar profesionalmente la actividad o actividades pactadas y durante el tiempo pactado y, para el empresario, la obligación de satisfacer a aquella la contraprestación pactada susceptible de compensar la inactividad laboral y asegurar su estabilidad económica⁵⁹⁵.

3.3.2. Prohibición de realizar trabajos remunerados por cuenta ajena o propia sin autorización expresa de la empresa

En la instrumentación de los pactos de prejubilación del sector de la banca, es muy frecuente que se incorpore, junto a la voluntad extintiva de la relación laboral, una cláusula a tenor de la cual “durante el periodo en el que la persona prejubilada perciba los pagos establecidos, se mantiene su obligación de no realizar ninguna actividad remunerada. Si la persona prejubilada pretendiera desempeñar las actividades anteriormente descritas, deberá notificarlo al banco para su autorización”.

Es preciso recordar en este momento que los acuerdos de prejubilación en banca suelen llevarse a cabo para personas trabajadoras con edades a partir de los 55 años, por lo que, dado que el pacto abarca el periodo de tiempo comprendido entre la fecha de extinción de la relación laboral hasta la efectiva jubilación de la persona trabajadora, puede suponer que en la práctica extienda sus efectos hasta en 10 años. Este pacto, basado en la libertad contractual que preconiza el artículo 1255 CC, solamente adquiere validez en los casos de extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo de las partes ex artículo 49.1.a) ET, estando la persona trabajadora obligada a respetarlo en tanto la empresa cumpla con las obligaciones de pago periódico que adquiere con la firma del acuerdo de prejubilación.

natural: la jurisdicción social, con independencia de que el órgano judicial pueda determinar lo que proceda en cuanto al fondo del asunto admitiendo o no la falta de legitimación pasiva del tercero si es que hubiera sido alegada”.

⁵⁹⁵ LUJÁN ALCARAZ, J., “La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales”, cit., 18.

3.4. JUBILACIÓN DE LA PERSONA TRABAJADORA CON ANTERIORIDAD A LA EDAD PACTADA EN EL ACUERDO DE PREJUBILACIÓN

Cuando la persona trabajadora y su empresa pactan que el contrato de prejubilación extienda sus efectos desde su firma y hasta una fecha de jubilación pactada, el banco adquiere la obligación de pago a favor de la persona trabajadora de determinadas cantidades de dinero para, en teoría, facilitar el tránsito económico de esta durante ese periodo de tiempo. Sin embargo, en ocasiones, la persona trabajadora decide unilateralmente adelantar la fecha de jubilación, hecho que, en principio, podría considerarse un incumplimiento de lo pactado, siendo lo habitual que el banco le reclame como cobro indebido las cantidades que, ya abonadas, se correspondan con un periodo temporal posterior a la fecha de jubilación. Como ya se ha reiterado profusamente, para poder establecer si procede, o no, la restitución de las cantidades cobradas por la persona prejubilada correspondientes a un periodo temporal posterior a su jubilación es primordial que la Sala establezca si el pacto de prejubilación en cuestión constituye una mera suspensión del contrato de trabajo o, por el contrario, se trata de un pacto de extinción contractual con pago aplazado de una indemnización.

Para la mejor comprensión de esta cuestión, se analizan tres sentencias correspondientes a sendas personas trabajadoras de la entidad bancaria BBVA, prejubiladas mediante un pacto de suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes ex. art. 45.1.a) ET. Llama la atención que, tratándose de la misma empresa (banco BBVA) y la misma contingencia (anticipación de la edad pactada de jubilación), el enfoque aplicado por las Salas sea diferente, pues, la Sala de lo Social del STSJ de Castilla la Mancha, considera que nos encontramos ante un contrato de naturaleza extintiva de la relación laboral, mientras que, la Sala del TSJ de Aragón, en los dos casos que resuelve, considera que se trata de un contrato de naturaleza suspensiva. Finalmente, aun basándose en consideraciones distintas para ello, el criterio de ambas Salas es el de no estimar la reclamación de cobro indebido.

Caso 1.- STSJ de Castilla la Mancha, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2018⁵⁹⁶.

El caso analizado se refiere a una persona trabajadora de BBVA que suscribió un pacto formal de suspensión del contrato de trabajo ex. art.45.1.a) ET, pacto que extendería

⁵⁹⁶ Rec. 814/2017.

sus efectos desde la fecha de suspensión y hasta que alcanzase los 65 años, accediendo a la jubilación ordinaria, en virtud del cual BBVA se obligaba a abonarle una compensación económica en la cuantía y periodicidad acordadas. Si bien, según lo pactado, la persona trabajadora debía jubilarse el 20 de agosto de 2016, lo hizo anticipadamente el día 21 de agosto de 2014, razón por la cual BBVA le demanda el reintegro de las cantidades abonadas en el periodo que media entre ambas fechas mencionadas.

La primera cuestión a la que da respuesta la Sala, amparándose en la prolija jurisprudencia de la Sala 4ª del TS sobre este tema, es si el pacto en cuestión constituye una mera suspensión del contrato de trabajo hasta que la persona trabajadora alcanzase la edad de 65 años o, por el contrario, se trata de un acuerdo de prejubilación con efectos extintivos de la relación laboral con pago aplazado de una indemnización. El criterio de la Sala es que, en el caso enjuiciado, la configuración jurídica del contrato permite incluirlo en los habituales pactos de prejubilación para enlazar con la jubilación, no contemplando el contrato una verdadera voluntad de temporalidad en la suspensión, pues no se prevé la posibilidad de activación del contrato con reintegro de la persona trabajadora a su puesto de trabajo, excluyéndose expresamente tal posibilidad aun en el caso de que se procediere a la resolución del pacto por cualquier incumplimiento atribuible a aquella. En consecuencia, el pacto analizado no constituye un supuesto de genuina suspensión contractual, por lo que se trata de un pacto de naturaleza extintiva. Por tanto, no habiéndose pactado una mera suspensión del contrato de trabajo que vinculaba a ambas partes, sino una extinción de este no procede que la persona trabajadora demandada reintegre la cantidad reclamada por BBVA como cobro indebido correspondiente al periodo que media entre la fecha en que se jubiló anticipadamente y aquella en la que cumplió los 65 años.

Casos 2 y 3.- SSTSJ Aragón, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 2017⁵⁹⁷ y de 10 de abril de 2017⁵⁹⁸.

En ambas sentencias, BBVA plantea una reclamación de cantidad frente a dos personas prejubiladas de la citada entidad bancaria con idéntico fundamento, por lo que en los hechos probados se relata solamente una de ellas.

⁵⁹⁷ Rec. 125/2017.

⁵⁹⁸ Rec. 170/2017.

La prejubilación se articula mediante un pacto de suspensión del contrato de trabajo *ex art. 45.1.a) ET*, pacto que extendería sus efectos hasta el cumplimiento de la edad de 65 años, el 3 de mayo de 2016, fecha de jubilación ordinaria, obligándose el banco a pagar, con carácter de compensación indemnizatoria, las cantidades acordadas mensualmente conforme al calendario pactado mientras se mantenga la suspensión del contrato. No obstante, la persona prejubilada accede a su jubilación de forma anticipada, el 2 de febrero de 2015, lo que lleva al banco a dar por finalizado el pacto y a exonerarse del cumplimiento de cualquier obligación derivada del mismo, reclamando a la persona trabajadora la devolución del importe de las cantidades cobradas desde la fecha de jubilación.

En el razonamiento del fallo, el TSJ de Aragón, basándose en la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS respecto de las reglas interpretativas de los contratos, concluye que el contrato se encontraba suspendido. Sin embargo, entiende que las cantidades percibidas no tienen la condición de salario, pues con el pacto cesaron las recíprocas obligaciones de prestar servicios y retribuirlos, confiriéndoles el propio pacto naturaleza de “compensación indemnizatoria”, por lo que el derecho de la persona trabajadora a la percepción de cada partida indemnizatoria no puede estar sujeto a una condición no puesta en el documento, como sería el íntegro transcurso del plazo temporal hasta la jubilación, procediendo por ello a desestimar la pretensión del BBVA.

Del estudio de estas sentencias, se deduce claramente el diferente enfoque con el que las Salas abordan la resolución del conflicto, pues para el TSJ de Castilla La Mancha, el enfoque adecuado es el de establecer la naturaleza suspensiva o extintiva del pacto suscrito y, en base a ella, resolver, determinando que, en este caso, se trata de un pacto de naturaleza extintiva de la relación laboral, mientras que, para el TSJ de Aragón, no se cuestiona la naturaleza del pacto, asumiendo que, conforme a su literalidad, se trata de un pacto de suspensión de la relación laboral, basando su resolución de la controversia en la inexistencia de contraprestación laboral y, por ende, en el carácter indemnizatorio de las cantidades percibidas.

Esta diferencia de criterio podría haber sido corregida en unificación de doctrina por la Sala 4ª del TS, pues las dos sentencias del TSJ de Aragón fueron recurridas en

casación⁵⁹⁹. Sin embargo, la Sala 4ª del TS no entró a resolver ninguno de los dos recursos, por entender que no existía la identidad requerida en el artículo 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), pues pese a la similitudes existentes entre las sentencias recurridas y la de contraste (STSJ de Castilla la Mancha), en cuanto contemplan el caso de prejubilación de empleados de la misma entidad bancaria, hay diferencias que impiden apreciar la identidad esencial que se requiere para estimar la existencia de contradicción. La Sala fundamenta esa diferencia fáctica en el diferente relato de hechos probados, pues “en la sentencia de contraste no se hace constar con igual detalle las condiciones del acuerdo de suspensión del contrato, ni la cuantía de las cantidades a abonar periódicamente, ni el concepto en el que se pagaban, ni existen indicios que permitan afirmar que se pactó un pago anticipado y, además, se declara probado que, después de la jubilación del interesado, la empleadora le siguió abonando las cantidades convenidas en el acuerdo de suspensión del contrato (HP Quinto y Sexto), pagos posteriores que fueron los reclamados y a cuyo reintegro se condenó al beneficiario de los mismos sin que consten los periodos a los que correspondían. No fue ese el caso de la sentencia recurrida, supuesto en el que “la compensación indemnizatoria” se abonó siempre en la fecha prevista en el acuerdo y nunca después de la jubilación de quien la cobraba”.

Esta estricta interpretación del artículo 219 LRJS determina que, ante idénticas situaciones de hecho, se dicten resoluciones firmes asimétricas, como consecuencia de una circunstancia ajena a la persona justiciable, como es la pericia del órgano de instancia o de la Sala de suplicación en la redacción de los hechos declarados probados. Es de esperar que, como parece ser ahora el ánimo del TS, se interprete con mayor flexibilidad el requisito de contradicción, criterio que parece advertirse ya en la STS Sala 4ª, de 27 de noviembre de 2019⁶⁰⁰, donde se afirma que: “la divergencia entre los argumentos utilizados en una y otra sentencia no constituye obstáculo alguno para la concurrencia de la contradicción; máxime cuando la igualdad de fundamentos que exige el artículo 219 LRJS, como se ha explicado reiteradamente por esta Sala, no se refiere a la argumentación que las sentencias esgrimen, sino a los fundamentos de las pretensiones ejercitadas”.

⁵⁹⁹ SSTTS, Sala 4ª, de 27 de febrero de 2019, rec. 1772/2017 y de 10 de abril de 2019, rec. 1921/2017.

⁶⁰⁰ Rec. 430/2018.

Dicha tendencia se ha confirmado en la STS Sala 4ª, de 9 de marzo de 2022⁶⁰¹, dictada en unificación de doctrina. En esta Sentencia, afirma la Sala ser consciente y conocer que, por apreciar falta de contradicción, ha dictado sentencias de desestimación y autos de inadmisión en supuestos de prejubilaciones de trabajadores de la misma entidad bancaria, motivado porque no se acreditaban, por unas u otras razones, las identidades que exige el art. 219.1. LRJS. Entrando a conocer el fondo del asunto, la Sala zanja la cuestión estableciendo el criterio jurisprudencial de que, una vez extinguida la relación laboral, “la persona trabajadora no tiene derecho a mantener las cantidades percibidas de la empresa como consecuencia del acuerdo de suspensión de la relación laboral, aun cuando el contrato de trabajo se haya extinguido por la jubilación anticipada del trabajador, pasando a percibir la correspondiente pensión de jubilación”.

4. ANÁLISIS DE UN CONTRATO DE PREJUBILACIÓN

A continuación, se analiza un contrato de prejubilación de una entidad financiera que contempla estas cláusulas restrictivas para la persona prejubilada, haciendo hincapié en la denominación que las partes dan al contrato y en aquellas cláusulas con incidencia en las obligaciones post contractuales que nacen del mismo.

DOCUMENTO DE EXTINCIÓN DE CONTRATO POR MUTUO ACUERDO ENTRE BANCO DE XXXXX y D. XXXX

De una parte, Don xxxx, mayor de edad, con NIF, Director de Relaciones Laborales, en nombre y representación de Banco, en adelante el Banco, con NIF A-XXXXXX y domicilio social en

Y, de otra parte, Don/Doña xxx, mayor de edad, con NIF, domiciliado/a en, en adelante, la persona trabajadora

Ambas partes, reconociéndose la mutua capacidad legal necesaria para llevar a efecto lo que se pacta en este documento, convienen libremente en dejar constancia por escrito de los siguientes:

⁶⁰¹ Rec. 1654/2020, que estima el recurso de casación contra la STSJ Aragón de 5 de febrero de 2020, rec. 18/2020.

ANTECEDENTES

Que a la vista de la solicitud del empleado/a y valoradas sus circunstancias personales y profesionales (edad, categoría, función, retribución, nivel profesional, etc.), la Dirección de Recursos Humanos le concede el acceso a la extinción, de mutuo acuerdo, del contrato de trabajo, cuyas condiciones expresas se pactan en el presente documento con arreglo a las siguientes:

CLAUSULAS

Primera. - A partir del día, el contrato laboral le queda extinguido, al amparo del art. 49.1.a) del RD-L 1/1995 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, (BOE 75/1995, de 29 de marzo).

Segunda. - Que, como reconocimiento a los servicios prestados desde el día hasta la fecha de efectos del presente contrato, el BANCO le entregará una asignación dineraria de:

- XXXXX
- XXXXX que el empleado/a destinará al pago del Convenio Especial con la Seguridad Social (en adelante CESS).

El importe total bruto se pagará en los términos siguientes:

Último día hábil del mes de marzo de 2016: xxxxxx + xxxx (CESS)= xxxxxx

Ultimo día hábil del mes de enero de 2017: xxxxxxxx + xxxxx (CESS) = xxxxxx

Ultimo día hábil del mes de enero de 2018: xxxxxxxx + xxxxx (CESS) = xxxxxx

Último día hábil del mes de enero de 2019: xxxxxxxx + xxxxx (CESS) = xxxxx

Tercera. - El empleado/a suscribirá y asumirá en todos sus términos el pago de la cotización en Convenio Especial con la Seguridad Social desde xxxx, fecha de entrada en vigor de este pacto, hasta el xxxx, inclusive, para tener la consideración de asimilado al alta que le posibilite la percepción de la pensión de jubilación.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta cláusula exonera al Banco de cualquier reclamación del empleado/a derivada de dicho incumplimiento.

Cuarta. - Una vez extinguida la relación laboral, el empleado/a movilizará su plan de pensiones colectivo “B”

Quinta. - Si antes de la finalización de los pagos establecidos, y antes de alcanzar la fecha de su jubilación, el xx/xx/xx, se produjese el fallecimiento del empleado/a, el Banco se compromete a abonarle las cantidades pendientes de percibir, a excepción del importe correspondiente al Convenio Especial con la Seguridad Social, a los herederos legales designados por el empleado.

En el caso de que al empleado/a le concedieran una incapacidad permanente en cualquier grado, antes de alcanzar la fecha de su jubilación, el Banco se compromete a abonarle las cantidades pendientes a percibir en el momento de la resolución de incapacidad permanente, a excepción del importe correspondiente al Convenio Especial con la Seguridad Social.

Sexta. - Que durante el periodo que el empleado/a reciba los pagos establecidos, se mantiene su obligación de no realizar ninguna actividad remunerada. Si el empleado/a pretendiera desempeñar las actividades anteriormente descritas, deberá notificarlo al Banco para su autorización.

Séptima. - En caso de tener concedido algún préstamo con interés 0%, en el plazo de tres meses tendrá que optar por una de las alternativas siguientes:

- a) Cancelar el importe pendiente más los intereses devengados desde el día de la baja*
- b) Reconvertir el/los préstamos a condiciones de cliente en la oficina donde tenga las cuentas*

Octava. - Que esta situación de extinción se somete, de mutuo acuerdo, al amparo del art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, a la condición de que el empleado/a se jubile, el xx/xx/xx

Novena. - El incumplimiento por cualquiera de las partes del contenido de este acuerdo facultará a las mismas para exigir, por todos los medios legales, el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero no producirá en ningún caso la alteración o modificación de las situaciones jurídicas nacidas del mismo. Al efecto, Banco, recabará, por escrito, la documentación acreditativa de estar al corriente de pago de las

obligaciones con la Tesorería General de la Seguridad Social, expresamente en lo que se refiere al Convenio Especial.

Ambas partes, impuestas de las respectivas obligaciones acordadas en este documento, lo firman de buena fe, en la ciudad de xxxxxxxx, a xx/xx/xx

El escrito anteriormente reproducido constituye un contrato real suscrito por una entidad financiera para prejubilarse a uno/a de sus empleados/as. Como punto de partida para el estudio del contrato, conviene recordar que la prejubilación no aparece regulada en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que necesariamente ha de regirse por lo válidamente pactado por las partes⁶⁰², teniendo muy presente que es reiterada la jurisprudencia que establece que la verdadera naturaleza de un contrato o pacto ha de determinarse con arreglo a su contenido real, con independencia de la denominación que las partes le den⁶⁰³.

Tras una atenta lectura del contrato, la primera de las conclusiones que se obtienen es que se trata de un contrato extintivo de la relación laboral por mutuo acuerdo de las partes ex artículo 49.1.a) ET, que sustituye la relación laboral por un nuevo contrato que establece las obligaciones de futuro que han de regir entre las partes, concretamente en orden al abono del pago aplazado de la indemnización pactada, así como al mantenimiento de determinados derechos de la persona prejubilada, tanto en el ámbito de la Seguridad Social como en los planes de previsión de la entidad empleadora⁶⁰⁴, y que da lugar al nacimiento de ciertas obligaciones para las partes, bilaterales o recíprocas, siendo

⁶⁰² STS, Sala 4ª, de 14 de diciembre de 2001, rec. 1365/2001.

⁶⁰³ En este sentido, la STS, Sala 4ª, de 18 de marzo de 2009, rec. 1709/2007, afirma que: “Ha de partirse de la base de que la naturaleza jurídica de las instituciones viene determinada por la realidad del contenido que manifiesta su ejecución, que debe prevalecer sobre el nomen iuris que errónea o interesadamente puedan darle las partes, porque «los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo» (así, últimamente, SSTs de 20/03/07, rec. 747/06, de 07/11/07, rec. 2224/06, de 27/11/07, rec. 2211/06, de 12/12/07, rec. 2673/06, de 12/02/08, rec. 5018/05 y de 22/07/08, rec. 3334/07)”.

⁶⁰⁴ STSJ Castilla La Mancha, Sala de lo social, de 30 de mayo de 2018, rec. 814/2017.

ambas partes, empresa y persona trabajadora, titulares de un derecho frente a la otra parte, es decir, ambas partes son a la vez acreedora y deudora de la otra.

Se ha afirmado anteriormente que, “si con la firma del contrato de prejubilación se produce la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes, es posible inferir que cesa la relación laboral y consecuentemente la obligación de prestar servicios por parte del empleado/a, no pudiendo considerarle como una persona trabajadora en activo”⁶⁰⁵. Con todo, aunque sí se le puede considerar “en plantilla”, pues sigue vinculada a la empresa con un contrato que trae causa del contrato de trabajo que le precede, aunque se trata de una nueva relación jurídica entre aquella y la persona prejubilada.

En los casos de incumplimiento, dicha relación deberá regirse por el ordenamiento laboral ⁶⁰⁶ o el civil⁶⁰⁷ según la concreta obligación que se alegue incumplida, “debiendo estar sometidos a los criterios interpretativos que al efecto establece la doctrina jurisprudencial para todo tipo de negocios jurídicos, siendo reiterada doctrina que, conforme dispone el artículo 3.1 del CC, las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, debiendo estar al sentido literal de sus cláusulas conforme dispone el artículo 1281 CC, constituyendo la principal norma hermenéutica, palabras e intención de los contratantes, de forma tal que, cuando los términos de un contrato son claros y terminantes, no dejando lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin ninguna otra regla de interpretación”⁶⁰⁸.

Las obligaciones que nacen de este concreto pacto de prejubilación son:

a) Para el banco:

⁶⁰⁵ LÓPEZ CUMBRE, L., “Extinción contractual por prejubilación; prejubilados y censo electoral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2004”, cit., pág.4.

⁶⁰⁶ STSJ Aragón, Sala de lo social, de 24 de marzo de 2003, rec. 1043/2002 y STS Castilla y León, Sala de lo social, de 29 de julio de 2004, rec. 1323/2004.

⁶⁰⁷ CABEZA PEREIRO, J., “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, cit., pág. 213.

⁶⁰⁸ STS, Sala 4ª, de 18 de marzo de 2009, rec. 1709/2007.

- Obligación de satisfacer al empleado/a la asignación dineraria pactada, así como el convenio especial con la Seguridad Social en las fechas y cantidades establecidos.
- Obligación de abonar al empleado/a en caso de incapacidad permanente, o a sus herederos en caso de fallecimiento, las cantidades pendientes de percibir, a excepción del importe correspondiente al convenio especial con la Seguridad Social.

b) Para quien se prejubilaba:

- Obligación de suscribir y pagar el convenio especial con la Seguridad Social desde la fecha de la prejubilación hasta la fecha pactada de su jubilación.
- Obligación de movilizar su plan de pensiones colectivo “B”.
- Obligación de no realizar ninguna actividad remunerada sin la autorización expresa del banco.
- Obligación de jubilarse en una fecha determinada (al cumplir 63 años).
- Obligación de acreditar, a requerimiento por escrito del banco, estar al corriente de pago de las obligaciones con la Tesorería General de la Seguridad Social, expresamente en lo que se refiere al convenio especial.

Analizadas las cláusulas del contrato, se puede concluir que:

Primera. De la propia redacción de la cláusula se deduce que se trata de un pacto extintivo de la relación laboral conforme al art. 49.1.a) ET

Segunda. La asignación dineraria que el banco entregará a la persona trabajadora tiene carácter indemnizatorio, pues se abona en reconocimiento a los servicios prestados y antigüedad en el banco, matiz que adquiere enorme importancia, pues normalmente la cantidad dineraria que percibe la persona trabajadora se establece en función del tiempo que resta para la jubilación (algo que evidentemente acontece en este contrato, pues es el fin último que persigue), si bien las partes expresamente le otorgan el carácter de indemnización por los servicios prestados a la empresa, a lo que se une el abono del convenio especial con la Seguridad Social.

Tercera. Establece la obligación de la persona trabajadora de suscribir el convenio especial con la Seguridad Social, fijando, como único resultado para el caso de incumplimiento por su parte, el de la liberación de responsabilidad o reclamación por la persona trabajadora derivada de dicho incumplimiento.

Cuarta. Nuevamente, se hace mención expresa a que se trata de un contrato de extinción de la relación laboral, pues obliga a la persona trabajadora a movilizar su plan de pensiones, pudiendo inferirse que la persona trabajadora debe movilizar su plan de pensiones desde el plan de pensiones de empresa a un plan de pensiones individual o privado

Quinta. De manera indirecta, las partes vuelven a ratificar el carácter indemnizatorio de las cantidades que la empresa debe abonar a la persona trabajadora, pues se prevé que, para el caso de muerte o incapacidad permanente de la persona trabajadora, el banco abone el resto pendiente de percibir, bien a la propia persona trabajadora, bien a sus herederos legales, extremo que consolida la calificación como indemnización por cese de la relación laboral, indemnización que, en este caso, se percibe fraccionadamente en pagos anuales. No ocurre así con la cantidad destinada a sufragar el convenio especial con la Seguridad Social, pues, al no tener carácter indemnizatorio, sino específicamente el de facilitar a la persona trabajadora el mantenimiento de su nivel de cotización hasta la jubilación, una vez producida la muerte de la persona trabajadora o su jubilación por invalidez permanente, cesa su objeto y motiva el consecuente cese de la obligación para el banco.

Sexta. Esta es una cláusula que podría dar lugar a controversia, pues una vez extinguida la relación laboral entre la persona trabajadora y la empresa, esta última carece de legitimidad para prohibir al ya expleado/a que pueda desarrollar libremente la actividad laboral o económica que tenga por conveniente. Realmente, con base en esta cláusula, solamente podría interpretarse una hipotética obligación de no competencia postcontractual por parte de la persona prejubilada durante el plazo temporal establecido en el artículo 21 del ET. La aceptación por parte de la empresa y de la persona trabajadora de esta cláusula, permite deducir, implícitamente, su analogía con el citado pacto.

El hecho de que la cláusula contemple la necesidad de autorización previa del banco para que la persona trabajadora realice cualquier tipo de actividad remunerada,

afianza el carácter de no competencia post contractual, pues se establece una obligación bilateral y recíproca en la que existe un doble interés: para el banco, la no utilización de los conocimientos adquiridos por la persona trabajadora en otras entidades; para la persona trabajadora, asegurarse una estabilidad económica una vez extinguido el contrato.

No se prevé en este contrato ninguna cláusula penal para el caso de incumplimiento del pacto por la persona trabajadora. No obstante, siguiendo la doctrina del TS, el pacto de no competencia contractual genera expectativas, tanto para la persona trabajadora (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta), como para la empresa (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por la persona trabajadora de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entre en competencia con aquella)⁶⁰⁹. Por ello, el incumplimiento del pacto por la persona trabajadora antes del transcurso del tiempo establecido en el artículo 21.2 ET⁶¹⁰, podría facultar a la empresa para entablar una reclamación de indemnización por parte de la persona trabajadora, debiendo acreditar la existencia tanto del pacto de no competencia postcontractual como su incumplimiento por la persona trabajadora⁶¹¹. Ahora bien, si los tribunales estimasen la demanda, la indemnización a satisfacer por la persona trabajadora debería guardar la adecuada proporcionalidad⁶¹².

Desde luego, sería interesante conocer el pronunciamiento de los tribunales respecto de una controversia nacida al amparo de este contrato de extinción de la relación

⁶⁰⁹ STS, Sala 4ª, de 6 de febrero de 2009, rec. 665/2008.

⁶¹⁰ En este contrato no se contempla límite temporal para la prohibición de realizar actividad remunerada alguna, lo cual contraviene el límite establecido en el ET.

⁶¹¹ “Si el trabajador ejerce su derecho a realizar una prestación laboral por cuenta ajena o propia, sin entrar en colisión con los intereses del banco, no estaría incumpliendo el pacto y no podría ser objeto de suspensión de las cantidades pendientes de percibir o de la obligación de reintegrar las ya percibidas. Debe existir un equilibrio de intereses, por lo que, con independencia de que el trabajo se realice por cuenta ajena o propia, la empresa debe demostrar un efectivo interés industrial o comercial agredido por la nueva actividad del trabajador.

Por lo que se refiere al interés industrial o comercial, debemos partir de que la actividad de la empresa demandante es de consultoría de comunicaciones, al igual que la empresa en la que paso a prestar servicios el demandante y cuya actividad en el mismo sector no parece que cuestione el demandado [...] Si ello es así, es incuestionable que el interés comercial que la demandante pudiera tener en el establecimiento de ese pacto postcontractual de no competencia es evidente en tanto que trata de proteger sus planes de actuación en ese ámbito (clientes, proyectos, estrategias, know-how, etc.)”: STSJ de Madrid, Sala de lo social, de 20 de junio de 2016, rec. 351/2016.

⁶¹² STS, Sala 4ª, de 26 de octubre de 2016, rec. 1032/2015.

laboral, pues el contrato no menciona que la persona trabajadora perciba compensación alguna en concepto de pacto de no competencia postcontractual, a lo que se añade la necesidad de definir las actividades cuya no realización se pacta⁶¹³, por lo que no parece ajustarse a las exigencias del art. 21.2 ET, según el cual el empresario ha de tener un efectivo interés industrial o comercial, lo que evidentemente no concurre si la persona trabajadora, por ejemplo, desarrolla una actividad por cuenta propia o ajena absolutamente desligada del sector financiero y afines.

En definitiva, podría afirmarse la nulidad de la cláusula sexta del acuerdo por contravenir el requisito de que la persona trabajadora reciba una adecuada compensación, por no hallarse delimitadas las actividades que se consideran concurrentes y, por tanto, vedadas a la persona trabajadora salvo autorización expresa de la empresa, exceptuadas las actividades que puedan ser consideradas concurrentes por conectar con el interés industrial o comercial de la empresa⁶¹⁴.

Séptima. En esta cláusula nuevamente vuelve a manifestarse la finalidad extintiva de la relación laboral, pues para el caso de que la persona trabajadora sea titular de algún préstamo concedido en su condición de empleado/a del banco, deberá cancelarlo o reconvertir dicho préstamo según las condiciones aplicables a un cliente del banco, dejando de gozar por tanto de los beneficios a que da derecho la condición de empleado/a del banco.

Octava. Esta cláusula carece de valor y aplicabilidad alguna, pues, por una parte, el contrato de trabajo y con él la relación laboral se extinguen desde el mismo momento de la firma del contrato, percibiendo la persona trabajadora todas las cantidades dinerarias pactadas con anterioridad a la fecha a la que se condiciona la extinción.

Novena. En esta cláusula se reafirma el carácter extintivo de la relación laboral del contrato, pues solamente prevé la facultad de exigir legalmente el cumplimiento de las obligaciones asumidas, sin que suponga en ningún caso la alteración o modificación de las situaciones jurídicas nacidas del mismo. Es manifiesta la voluntad de las partes de

⁶¹³ LUJÁN ALCARAZ, J., “La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales”, cit., pág. 20.

⁶¹⁴ LUJÁN ALCARAZ, J., “La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales”, cit., pág. 21.

que, en ningún caso, el incumplimiento de cualesquiera de ellas pueda suponer la nulidad del contrato y el restablecimiento de la situación anterior al mismo. En este supuesto, el banco solamente se reserva la potestad de reclamar la justificación de estar al corriente en el pago del convenio especial con la Seguridad Social, cantidad que no goza de carácter indemnizatorio, y que se entrega con la finalidad de procurar el mantenimiento de la base reguladora de la pensión de jubilación, al objeto de que la persona prejubilada no vea mermada la cuantía de su futura pensión de jubilación como consecuencia del pacto de prejubilación.

5. DESPIDO DE LA PERSONA TRABAJADORA PREJUBILADA

En lo que concierne a la posibilidad de que una persona prejubilada pueda ser despedida disciplinariamente por la empresa, es fundamental diferenciar la vía por la que la misma ha accedido a la prejubilación. Si el acceso a dicha situación se ha llevado a cabo en el marco de un ERE o de un despido objetivo, la relación laboral claramente se ha extinguido y carece de validez jurídica cualquier decisión que la empresa adopte con respecto a la ya ex empleada por faltas cometidas vigente la relación laboral. Sin embargo, en el caso de que la prejubilación se haya llevado a cabo de mutuo acuerdo de las partes, con independencia de la denominación que las partes le otorguen, es necesario distinguir si se trata de un acuerdo de suspensión del contrato de trabajo *ex* artículo 45.1.a) del ET o de un acuerdo de extinción del contrato de trabajo conforme al artículo 49.1.a) ET, pues los efectos que se deducen de cada uno de estos acuerdos son radicalmente distintos.

En el sector de la banca, son muy numerosas las personas trabajadoras que acceden a la prejubilación mediante cualquiera de las figuras que la normativa permite en cada momento, siendo una inquietud general entre todas ellas la de conocer la respuesta a una pregunta básica para su tranquilidad, que no es otra que, la relativa a la posibilidad de que, una vez desvinculadas de la empresa, esta les pueda despedir disciplinariamente por hechos acaecidos con anterioridad a la prejubilación o incluso durante el periodo que media entre esta y la jubilación efectiva. Para poder dar respuesta a esta pregunta, en primer lugar, es necesario establecer si la empresa puede hacer valer la posible falta o hecho punible, siendo el primer filtro al que deben someterse, el de establecer si estos son aún oponibles a la persona trabajadora o, por el contrario, ya han prescrito.

Si la empresa pretende llevar a cabo un despido disciplinario por hechos realizados con anterioridad a la firma del acuerdo de prejubilación o vigente el mismo, es preciso establecer si el posible hecho o falta puede haber prescrito según dispone el artículo 60 ET. Este aspecto que no es baladí, pues si se acredita la concurrencia de la prescripción de la falta que la empresa imputa a la persona trabajadora, la consecuencia inmediata es la improcedencia del despido o la declaración de nulidad, en su caso. Si la falta o el hecho imputado han prescrito, no pueden ser alegados por la empresa para motivar el despido disciplinario de la persona trabajadora, por lo que el órgano judicial declarará la improcedencia o nulidad del despido sin entrar a valorar ningún otro aspecto o circunstancia relacionada con el hecho prescrito.

Como se sabe, el artículo 60 ET dispone que las faltas leves prescriban a los 10 días, las graves a los 20 días, y las muy graves a los 60 días a partir de la fecha en que la empresa tiene conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los 6 meses de haberse cometido. Respecto de la prescripción de las faltas muy graves, doctrina y jurisprudencia distinguen entre prescripción corta, la de 60 días, que comienza a contar desde que la empresa tuvo conocimiento de la falta, y prescripción larga, la de 6 meses cuyo cómputo se inicia desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tuvo conocimiento de esta.

Sin embargo, esta simplificación no ofrece respuesta a las distintas situaciones que se plantean con motivo del descubrimiento de faltas o hechos punibles, pues si la norma se aplicase en su literalidad, muchas de las faltas quedarían sin posibilidad de sanción por el simple transcurrir del plazo temporal establecido para ello, generando indefensión en la empresa al no poder reaccionar disciplinariamente contra la persona empleada, máxime si ha existido ocultamiento por su parte.

Ello ha llevado a la Sala 4ª del TS a distinguir entre faltas continuadas y las faltas cometidas con ocultación, entendiendo que, en este tipo de faltas, a los efectos del cómputo, “el día en que fueron cometidas es aquel en el que se cometió la última o en que cesó la deslealtad en que se traducía la ocultación. El “*dies a quo*” para el cómputo de plazo de los seis meses comenzará desde la última falta cometida (en caso de falta continuada) o desde que cesó la ocultación (caso de faltas ocultadas) en aplicación del

principio legal⁶¹⁵”. Con este criterio jurisprudencial, se evita que la aplicación literal de la norma contemplada en el artículo 60.2 ET conduzca a la imposibilidad de perseguir este tipo de faltas, mediante el recurso al instituto de la prescripción de la falta en claro fraude de Ley. Según el TS, es necesario evitar que la deslealtad de la persona trabajadora se vea beneficiada por la aplicación literal de la norma, por lo que la prescripción debe comenzar desde que la empresa tenga conocimiento de la transgresión o cese la ocultación.

Por último, procede hacer referencia a la STS Sala 4ª, de 27 de noviembre de 2019⁶¹⁶, relativa al despido de un director de sucursal de BBVA, basado en la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza por existencia de descubiertos en su cuenta corriente, disposición de fondos mediante transferencias o disposiciones en efectivo y, adeudos por domiciliación, sin existir fondos para ello ni contar con la debida autorización.

La demanda se fundamenta en la conducta maliciosa del trabajador despedido que, prevaliéndose de su condición de director de la sucursal, realizó diversas irregularidades, reiterando otras anteriores que ya fueron sancionadas y que no pudieron ser objeto de sanción hasta que la empresa tuvo conocimiento exacto de los hechos, lo que no se produjo hasta tener el resultado de la auditoría, siendo dicho día el que se debe considerar como de conocimiento pleno y exacto por el banco y, por tanto, el día inicial del plazo de prescripción de las faltas.

La Sala entiende que, en los supuestos de despidos por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza, la fecha de *dies a quo* es aquella en la empresa tiene un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos, entendiendo como tal cuando llega a un órgano de la empresa dotado de facultades sancionadoras. Cuando existe ocultación en los hechos por la persona trabajadora, eludiendo los controles de la empresa, basta que el cargo que desempeñe el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida para que no comience a computarse la prescripción, pues goza de una confianza especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia falta, siendo una falta continua de lealtad que impide que, mientras perdure, se inicie el cómputo de la prescripción. Por las

⁶¹⁵ STS, Sala 4ª, de 15 de julio de 2003, rec. 3217/2002.

⁶¹⁶ Rec. 430/2018.

razones apuntadas, la Sala concluye que las infracciones laborales imputadas a la persona trabajadora en la carta de despido no habían prescrito.

Una vez se ha establecido que la falta o presunto hecho punible no han prescrito, cobrará enorme importancia establecer si el acuerdo firmado por la empresa y la persona trabajadora ha extinguido la relación laboral o si esta se mantiene vigente, pues si del contrato firmado por las partes se deduce que lo que realmente han pretendido es la extinción de la relación laboral, no puede ser objeto de sanción por parte de la empresa ninguna conducta de la persona prejubilada aunque sea susceptible de ser calificada como falta o hecho punible, al menos en lo que al ámbito laboral se refiere, a salvo de cualquier otro tipo de responsabilidad que se pudiera establecer civil o penalmente. Por el contrario, si la prejubilación se ha llevado a cabo mediante una suspensión de la prestación laboral por mutuo acuerdo de las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1.a) ET, la relación laboral permanecerá viva hasta que la persona trabajadora pase a la situación de jubilada, por lo que nada impide el despido disciplinario por faltas cometidas por la persona trabajadora, no ya con anterioridad a la situación de prejubilación, sino también durante esta⁶¹⁷.

5.1. DESPIDO POR HECHOS ACAECIDOS CON ANTERIORIDAD A LA PREJUBILACIÓN. PACTO DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL ART. 49.1.A) ET

En el caso enjuiciado por la STS Sala 4ª, de 25 de junio de 2001⁶¹⁸, una persona empleada del Banco de Alicante accedió a la prejubilación causando baja en la empresa el 31 de diciembre de 1998. Con fecha de efectos 5 de marzo de 1999, la empresa notificó a la persona trabajadora el despido por causas disciplinarias, por haber concedido riesgos de forma irregular incumpliendo órdenes expresas de sus superiores, considerando la falta como muy grave y sancionable con el despido. El contrato de prejubilación se llevó a cabo mediante la suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes al amparo del artículo 45.1.a) ET. Sin embargo, la sentencia de instancia declara la inexistencia de relación laboral entre las partes y por tanto la carencia de acción para el despido. Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad

⁶¹⁷ STSJ Galicia, de 9 de marzo de 2001, rec. 656/2001.

⁶¹⁸ Rec. 3442/2000.

Valenciana estimó el recurso de la empresa y declaró no estar extinguida la relación laboral en el momento del despido, por lo que, la empresa podía proceder al despido.

Interpuesto recurso de casación en unificación de doctrina, la Sala 4ª del TS afirmó el carácter novatorio extintivo del pacto de prejubilación, por lo que el despido disciplinario llevado a cabo por la empresa fue declarado nulo, pues no existiendo relación laboral entre los sujetos vinculados por el pacto de prejubilación, los posibles motivos en que podía fundamentar la empresa el despido disciplinario no eran de aplicación⁶¹⁹. La Sala advierte que la nulidad del pacto de prejubilación solamente puede basarse en el incumplimiento de las propias obligaciones establecidas en el mismo, así como en alguna de las causas de extinción o ineficacia de las obligaciones recogidas en el CC⁶²⁰.

Igual criterio se aplica en la STS Sala 4ª, de 14 de diciembre de 2001⁶²¹, según la cual, es fundamental determinar si verdaderamente el pacto llevado a cabo comporta o no la suspensión del contrato de trabajo y, por tanto, la relación laboral efectivamente ha quedado subsistente entre la persona prejubilada y su empresa. Cuando del estudio del contrato de prejubilación firmado, claramente se desprenda que se trata de una verdadera suspensión de la relación laboral, dado que la misma está subsistente y no se ha extinguido según la doctrina del TS, la empresa puede ejercer las acciones disciplinarias que tenga por conveniente ante faltas o incumplimientos de la persona trabajadora.

Como ejemplo de lo anterior, cabe citar la STSJ Galicia, Sala de lo social, de 30 de octubre de 2015⁶²², relativa al despido de una persona prejubilada de BBVA, en virtud de un acuerdo de prejubilación al amparo del artículo 45.1.a) ET, en el que se había pactado una compensación indemnizatoria de devengo semestral hasta el momento de la jubilación, estableciéndose igualmente una cláusula penal a cuyo tenor: *“Si con posterioridad a la fecha de efectos del presente documento, el Banco probara*

⁶¹⁹ El criterio de la Sala es que, “extinguido el contrato de trabajo y sustituido por lo estipulado en el pacto de prejubilación, carece de eficacia jurídica la decisión unilateral empresarial de poner fin mediante un despido disciplinario a una relación laboral ya inexistente”.

⁶²⁰ GARCÍA MUÑOZ, M., “La naturaleza novatoria extintiva del pacto de prejubilación”, cit., pág. 247.

⁶²¹ Rec. 1365/2001.

⁶²² Rec. 4106/2014.

determinadas actuaciones irregulares realizadas por usted, con anterioridad a la citada fecha, que produjeran perjuicios económicos para nuestra Entidad -una vez llevada a cabo la realización de un procedimiento similar a la apertura de un expediente disciplinario que hubiera dado lugar a que el Comité de Disciplina adoptara la decisión de despido-, el Banco podrá descontar directamente tales cantidades de las que deba abonar, en cumplimiento de lo pactado en este contrato, previa notificación del importe de los perjuicios ocasionados y de la causa de los mismos. Esta cláusula únicamente será de aplicación durante un periodo de dos años contados a partir de la fecha del presente documento".

Durante la suspensión del contrato, el banco pone en conocimiento de la persona trabajadora la detección de determinadas irregularidades, concediéndole un plazo para alegaciones y dejando de abonarle la compensación indemnizatoria pactada.

La sentencia resuelve en primer lugar respecto a la prescripción o no de la falta cometida, dictaminando que la persona trabajadora cometió una falta continuada de trasgresión de la buena fe contractual, de deslealtad frente a la empresa, con una labor de ocultación, por lo que el plazo prescriptivo de la falta comenzaría a correr desde que se descubrió el comportamiento desleal con motivo de la auditoría realizada. A mayor abundamiento, afirma la Sala que, incluso aunque se estimase la prescripción de la falta, dado que se trata de un verdadero acuerdo suspensivo de la relación laboral conforme a lo dispuesto en el artículo 45.1.a) ET⁶²³, en cumplimiento de lo preceptuado en la cláusula 10 del contrato de prejubilación, que establecía que la persona trabajadora percibiría la indemnización pactada siempre y cuando, durante un periodo de 2 años desde la prejubilación, no se probaran actuaciones irregulares realizadas por esta, que fue justamente lo sucedido dentro de ese plazo bianual, encontrándonos ante un pacto sometido a la disciplina de los artículos 1.281 y ss. del CC, y con una cláusula penal de los art. 1152 y ss. CC, no es necesario que la parte favorecida por la cláusula penal acredite la existencia de un perjuicio y la concreción de su cuantía, pues al acudir a la realización de la pena, imposibilita la posibilidad de reclamar daños y perjuicios. En dicho supuesto, el incumplimiento de la persona trabajadora no provoca una sanción nacida de una falta

⁶²³ Para la Sala, la naturaleza suspensiva del acuerdo se deduce claramente de su tenor, por lo que, conforme al párrafo primero del art. 1281CC "si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas".

o incumplimiento laboral, por lo que carece de fundamento la alegación de existencia de prescripción de la falta. Por todo ello, se desestimó el recurso de la persona trabajadora frente a la decisión disciplinaria adoptada por la empresa.

5.2. NULIDAD DEL CONSENTIMIENTO PRESTADO POR LA EMPRESA EN CONTRATO DE PREJUBILACIÓN

En la STSJ Castilla y León, Sala de lo social, de fecha 19 de diciembre de 2005⁶²⁴, sobre el despido disciplinario de una persona trabajadora prejubilada decidido por la entidad bancaria Banesto por hechos cometidos con anterioridad a la prejubilación, se aborda la posible nulidad del acuerdo de prejubilación por la concurrencia de un vicio en la voluntad del banco, pues el banco desconocía la existencia de una causa de despido disciplinario previa al cese en el trabajo.

Razona la Sala que, si no se otorga carta de naturaleza al pacto de prejubilación y, por tanto, no se le considera un negocio jurídico extintivo, podría plantearse la posibilidad de que una de las partes del contrato de prejubilación diera por rescindido el mismo unilateralmente mediante la facultad resolutoria del contrato de trabajo que el ordenamiento laboral atribuye de manera unilateral al empleador mediante el instituto del despido. Si así fuese, para declarar la nulidad del contrato o resolver el mismo por incumplimiento de la otra parte, sería necesaria la concurrencia de una resolución judicial, pues de lo contrario, la parte que deje de cumplir el contrato sin resolución judicial que la declare, estaría incurriendo en un incumplimiento, salvo que, por existir un incumplimiento de la otra parte en las obligaciones recíprocas, fuese aplicable la *exceptio non adimpleti contractus*. La Sala resuelve el debate en el sentido de que no resulta acreditada la existencia de error determinante de la voluntad contractual, como tampoco que se tratara de un error excusable, lo que lleva a la desestimación del recurso.

⁶²⁴ Rec. 2046/2005.

CAPÍTULO 8

LA PREJUBILACIÓN COMO INSTRUMENTO DE REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLA

1. EL TRÁNSITO PRESTACIONAL

La edad se ha configurado como uno de los factores diferenciadores más significativos en el actual mercado de trabajo, constituyendo una causa de desigualdad social⁶²⁵ por la que se ha pasado de ostentar un estatus de ocupación segura, propio de la edad adulta, al riesgo de pérdida del puesto de trabajo, como consecuencia del coste salarial que la antigüedad conlleva como por un injusto cuestionamiento de su capacidad de adaptación a un entorno de trabajo cada vez más cambiante, motivos por los que son presionados a pasar a la situación de prejubilación.

Aunque esta figura no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, su utilización se ha venido imponiendo a la hora de abordar la situación de las personas trabajadoras de edad avanzada⁶²⁶, que aún no reúnen los requisitos necesarios para acceder a la jubilación en cualquiera de sus modalidades. La prejubilación supone para la persona trabajadora un tránsito prestacional, en el que la protección hasta alcanzar la prestación de jubilación se lleva a cabo por la empresa mediante el oportuno acuerdo de extinción o suspensión del contrato de trabajo⁶²⁷, por lo que la persona trabajadora no accede a la jubilación desde la situación de activo, sino que lo hace desde la situación de beneficiario/a de una prestación privada pactada con la empresa, siendo así incluso en el caso de que el cese se haya producido como consecuencia de un despido colectivo en una empresa no sometida a procedimiento concursal.

⁶²⁵ CARRASQUER OTO, P., RECIO CÁCERES, C., “Los colectivos más débiles del mercado laboral: ¿la excepción como norma?”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, vol. 1, 2013, pág.191. Disponible en: <https://revistes.uab.cat/anuarioiet/issue/view/v1>.

⁶²⁶ “Término que identifica con mayor exactitud al segmento intermedio de población entre los trabajadores maduros (a los que usualmente la doctrina y el legislador identifican con la edad de 45 años) y la tercera edad (a la que cabe identificar con los pensionistas de jubilación, es decir con los de edad a partir de la prevista con carácter general en nuestro sistema para acceder a la misma), que sufren por esa circunstancia especiales dificultades de empleo y ocupación” (SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y., “Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social”, cit., pág. 218).

⁶²⁷ BARCELÓN COBEDO, S., “La jubilación como prestación de llegada en el tránsito prestacional”, cit., págs. 511 a 539.

De hecho, en la actualidad, la prejubilación se contempla más bien como un instrumento de reestructuración no traumática de la plantilla de las empresas⁶²⁸, pues, mediante ella, se posibilita el pacto de extinción del contrato de trabajo con el acceso a unas compensaciones económicas y, eventualmente, prestaciones sociales a cargo de la empresa en el caso de acuerdos individuales, y una combinación de prestaciones públicas (caso de percibir desempleo) y privadas articuladas con ocasión de los despidos colectivos para las personas trabajadoras hasta la fecha en que puedan acceder a la prestación de jubilación⁶²⁹. Dada la ausencia de una regulación específica en la que la empresa y las personas trabajadoras puedan apoyar su decisión de recurrir a esta figura, la fórmula más profusamente utilizada para la extinción de la relación laboral de las personas trabajadoras de edad avanzada que se prejubilán, es la del despido colectivo regulado en el artículo 51 ET y en el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (en adelante RD 1483/2012), así como el despido objetivo regulado en el artículo 52.c) ET, en ambos casos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; el primero es utilizado cuando el número de personas trabajadoras afectadas supera el previsto en el umbral establecido en el art. 51.1 ET, y el segundo cuando no se alcanza el aludido límite⁶³⁰.

⁶²⁸ “La prejubilación, en el momento actual, aun cuando ciertamente no constituya una contingencia protegida por la Seguridad Social ni, tampoco, aparezca regulada en el Estatuto de los Trabajadores, sin embargo, se erige en una de las modalidades de la jubilación gradual y flexible que rige ya en España, sobre todo a partir de la suscripción del Pacto de Toledo y, más específicamente, a partir de la Ley 35/2002, siendo notorio, que junto a la jubilación anticipada y a la jubilación parcial en sus diversas modalidades, constituye un instrumento en manos de las empresas para remodelar las plantillas de sus trabajadores, desprendiéndose de aquellos que por su edad avanzada y por su largo periodo de cotización a la Seguridad Social pueden alcanzar a través del convenio especial con la Seguridad Social y con el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, una jubilación anticipada u ordinaria para la que sirve de pórtico la prejubilación que, lógicamente, se revela como una modalidad de extinción contractual y no de simple suspensión de la relación laboral” (STS, Sala 4ª, de 1 de junio de 2004, rec. 128/2003).

⁶²⁹ Aunque paradójicamente es la modalidad menos utilizada, la reestructuración de plantillas cuenta con ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social (RD 3/2014, de 10 de enero), para trabajadores afectados por procesos de reestructuración empresarial. Se trata de trabajadores afectados por un despido colectivo y que se encuentran a un máximo de 4 años de su jubilación, percibiendo durante esos 4 años, la prestación de desempleo, si procede, y, agotada esta, una parte proporcional de su retribución bruta sin sobrepasar la cuantía de la pensión máxima vigente en cada momento. Estas prestaciones que pueden ser mejoradas por la empresa en el ámbito de la libertad de pactos. El recurso a esta figura constituye un medio idóneo para acceder a la prejubilación, pues la financiación de su coste se reparte entre la empresa y el Estado. En el Anexo XIX se recoge un ejemplo de acuerdo de reestructuración llevado a cabo en Navantia.

⁶³⁰ BLASCO RASERO, C., “La protección de los prejubilados”, cit., pág. 5.

La utilización del despido colectivo para la reestructuración empresarial, no solo no ha sido cuestionada por ninguno de los agentes intervinientes en el mismo; antes bien, las sucesivas modificaciones normativas de su regulación han dejado a la negociación entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras, aspectos tan relevantes como la determinación de las condiciones del despido colectivo y de los criterios de selección de las personas trabajadoras afectadas⁶³¹, lo que, *de facto*, favorece el acceso a este recurso por parte de las empresas. Si bien algunas medidas legislativas han buscado dificultar la utilización del despido colectivo como mecanismo de prejubilación de las personas trabajadoras, sobre todo mediante el encarecimiento de su utilización⁶³², la limitación de la intervención de los poderes públicos -autoridad laboral y Servicio de Empleo Público Estatal (SEPE)- a la posibilidad de impugnación de los acuerdos en vía jurisdiccional, supone en la práctica que el despido colectivo se negocie y decida en el marco del período de consultas entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras, quienes terminan acordando su aprobación en aras de la “paz social” y de la evitación de una crisis que redunde en la pérdida de más puestos de trabajo e, incluso, del cierre definitivo de la empresa.

Resulta obvio que las entidades financieras, y continuamente vemos ejemplos de ello, no se ven constreñidas a la hora de su utilización, bien al contrario, es su principal recurso a la hora de realizar ajustes en sus plantillas y/o en su estructura productiva⁶³³. En definitiva, la prejubilación se ha convertido en una herramienta que las entidades financieras utilizan acomodándola a sus propios intereses y fines, encontrando en los sindicatos y plantillas, no solamente unos firmes aliados a la hora de llevarla a cabo, sino que incluso son estos los que la demandan a la empresa, en el convencimiento de que la prejubilación supone una salida no traumática del mercado de trabajo, evitando con ella que la empresa recurra a otro tipo de medidas más drásticas respecto de las personas

⁶³¹ “Aceptación no cuestionada de despidos colectivos e individuales en los que la edad ha sido el único o primordial criterio de selección de los trabajadores afectados” (GODINO REYES, M., “Del empleo a la jubilación en tiempos de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas”, cit., pág. 26).

⁶³² Como consecuencia de la obligación de abonar el Convenio Especial con la Seguridad Social para los trabajadores afectados con 55 años o más (art. 51.9 ET), y de la obligación de abonar el importe de las cotizaciones a la Seguridad Social, así como de la prestación y, en su caso, subsidio por desempleo de los trabajadores con 50 o más años de empresas en beneficios (Disp. Adic. 16ª Ley 27/2011).

⁶³³ RANSÉS PÉREZ-BOGA, J., “Aspectos fiscales de la prejubilación: dilemas y problemas socioeconómicos”, cit., pág. 118.

trabajadoras que, por no alcanzar la edad de jubilación, no pueden acceder a la protección que los pactos de prejubilación proporcionan⁶³⁴.

Incluso la jurisprudencia ha asumido pacíficamente que “la prejubilación constituye un instrumento en manos de las empresas para remodelar las plantillas de sus trabajadores, desprendiéndose de aquellos que por su edad avanzada y por su largo periodo de cotización a la Seguridad Social, pueden alcanzar a través del Convenio Especial con la Seguridad Social⁶³⁵ y con el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, una jubilación anticipada u ordinaria para la que sirve de pórtico la prejubilación que, lógicamente, se revela como una modalidad de extinción contractual y no de simple suspensión de la relación laboral”⁶³⁶.

2. CÓMPUTO DE LOS PACTOS DE PREJUBILACIÓN A LOS EFECTOS DEL LÍMITE ESTABLECIDO EN EL ART. 51.1 ET PARA EL DESPIDO COLECTIVO

Como se ha señalado, la prejubilación se ha configurado en la práctica como la principal herramienta a la que recurrentemente acuden las distintas entidades financieras al objeto de llevar a cabo la reestructuración de sus plantillas, recurriendo para ello a cualquiera de las figuras disponibles en el ordenamiento jurídico vigente, si bien las más utilizadas en el sector bancario son la extinción del contrato de trabajo mediante despido colectivo conforme al art. 51.1 ET y la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes al amparo del art. 49.1.a) ET.

⁶³⁴ Como ha afirmado BLASCO RASERO, C., “La protección de los prejubilados”, cit., pág. 5, “tanto los poderes públicos, como los representantes sindicales como, incluso, los propios trabajadores o el común de los afectados, prefieren que el cese afecte a quienes puedan disfrutar de fórmulas alternativas o privilegiadas de protección, y especialmente, de algún tipo de ayuda que se prolonga hasta el acceso a una pensión de jubilación, por lo demás, próxima en el tiempo”.

⁶³⁵ “La suscripción de convenio especial con la Seguridad Social en sus diferentes tipos determinará la iniciación o la continuación de la situación de alta o asimilada a la de alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda en razón de la actividad que el trabajador o asimilado desarrolle o haya desarrollado con anterioridad a la suscripción del convenio en los términos que se establecen en esta Orden y demás disposiciones complementarias” (art. 1 Orden TAS/2865/2003 de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de Seguridad Social).

⁶³⁶ STS, Sala 4ª, de 1 de junio de 2004, cit.

El art. 51.1 ET establece determinados umbrales⁶³⁷ respecto del número de extinciones de contratos de trabajo fundadas en causas económicas, técnicas organizativas o de producción llevadas a cabo en la empresa en periodos de 90 días tomados de fecha a fecha⁶³⁸, cuya superación obliga a la empresa a seguir imperativamente el procedimiento de despido colectivo regulado en dicho artículo, así como en el RD 1483/2012.

Por su parte, la segunda de las vías aludidas, fruto exclusivamente de una negociación individual y particular entre la empresa y la persona trabajadora, en la que no intervienen representantes de las personas trabajadoras, ni directamente en la propia negociación, ni indirectamente para establecer un marco de condiciones homologable mediante un acuerdo colectivo, viene siendo utilizada año tras año como alternativa y medio de evitar las exigencias procedimentales aplicables al despido colectivo. Ello ha planteado la necesidad de dilucidar si estas extinciones por mutuo acuerdo deberían ser objeto de cómputo al efecto de determinar si el procedimiento adecuado para llevarlas a cabo sería el de un despido colectivo conforme al art. 51.1 ET, así como cualquier otro requisito formal o procedimental previsto en la negociación colectiva.

2.1. NECESIDAD DE LLEVAR A CABO UNA NEGOCIACIÓN PREVIA CONFORME A LO PREVISTO EN EL CONVENIO DE BANCA

Como premisa de partida, hay que atender al hecho de que en los supuestos de ofertas individualizadas de prejubilación, mediante lo que se ha denominado por la doctrina “contratación en masa”⁶³⁹, la actuación empresarial intenta eludir determinadas

⁶³⁷ Según el citado precepto: “A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”.

⁶³⁸ “Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco” (art. 51.1 párrafo 5º ET).

⁶³⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., “Autonomía individual en masa y antisindicalidad”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1989, pág. 286.

prescripciones convencionales colectivas, en un intento de hacer prevalecer la autonomía individual sobre la uniforme regulación del convenio colectivo estatutario, con una pluralidad de pactos novatorios que burlan la dimensión colectiva de la modificación, la intervención de los agentes sociales y los representantes legales de los trabajadores, sirviendo así al poder organizativo del empresario⁶⁴⁰, contrariamente a lo establecido en el art. 37.1 CE, que garantiza el derecho a la negociación colectiva entre la empresa y los legales representantes de las personas trabajadoras y reconoce la fuerza vinculante del convenio colectivo.

A este respecto, el actual convenio colectivo de banca⁶⁴¹, contempla en su art. 12 que, “si durante la vigencia del Convenio fuera necesario abordar procesos de reordenación o reestructuración de plantillas de alcance colectivo, las partes acuerdan promover la negociación de las medidas a adoptar en base a los siguientes criterios: [...]”

- Antes de acudir a los procedimientos legales previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores, así como de preverse medidas laborales consistentes en traslados colectivos, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo, despidos colectivos o suspensiones de contrato como consecuencia de lo previsto en el artículo 44 del ET, las Empresas abrirán un proceso previo, y limitado en el tiempo de hasta diez días hábiles de duración, con un mínimo de 4 reuniones, de negociación con las representaciones sindicales sin la exigencia de los requerimientos de dichos artículos y en el bien entendido de que se facilitará la información suficiente y pertinente para el adecuado desarrollo de las negociaciones.
- Tanto en los procesos de integración como en los de reestructuración de Entidades, ambas partes se comprometen a negociar de buena fe”.

En la medida en que la suscripción de pactos individuales en masa se materialice como alternativa a los referidos períodos de negociación, la actuación de las entidades financieras parece encaminada a soslayar tanto lo preceptuado en el art. 51 ET como el trámite previo previsto en el convenio colectivo de aplicación, por lo que dichos acuerdos

⁶⁴⁰ POQUET CATALÁ, R., “Pactos individuales en masa: análisis doctrinal”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2012, pág. 2.

⁶⁴¹ XXIV Convenio colectivo del sector de la banca, publicado mediante Resolución de 17 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, en el BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2021.

en masa podrían contravenir lo establecido en el mismo, suscitando dudas sobre su validez, toda vez que la autonomía individual, aun libremente manifestada, no puede prevalecer sobre el carácter inderogable del convenio (art. 3.5 ET).

Y es que, en el caso de una oferta generalizada de prejubilación, nos encontramos ante una pluralidad de pactos individuales tipo que, de conformidad con lo establecido en el precitado art. 12 del Convenio Colectivo de Banca, necesariamente requieren una negociación previa con los representantes de las personas trabajadoras, pues de lo contrario se estaría lesionando el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la libertad sindical, de cuyo contenido esencial aquél forma parte.

El TC⁶⁴² ha abordado el problema “relativo a determinar si la voluntad individual de los trabajadores, manifestada por la aceptación voluntaria de una oferta formulada por la empresa, puede, sin vulneración del derecho a la negociación colectiva, modificar respecto de estos el contenido de lo pactado con carácter general en el convenio colectivo aplicable”. La respuesta que ofrece el máximo interprete constitucional es muy clara, estableciendo que prevalece la autonomía colectiva plasmada en un convenio colectivo sobre la autonomía individual, pues lo contrario quebraría la fuerza vinculante de los convenios consagrada en el art. 37.1 CE, viniéndose abajo el sistema de negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el convenio, afirmando la fuerza vinculante y el carácter normativo de lo pactado en los convenios.

En aplicación de esta doctrina legal, los órganos jurisdiccionales han entendido que el elemento que permite identificar estos acuerdos individuales en masa contrarios a lo establecido en convenio colectivo es su realización a iniciativa de la empresa. Aunque, formalmente, la prejubilación se lleve a cabo mediante la modalidad de mutuo acuerdo de las partes ex art. 49.1.a) ET, siempre es la empresa la que, por propia iniciativa, realiza un ofrecimiento de prejubilación a la persona trabajadora en el marco de un proceso de reordenación o reestructuración de plantilla. Aunque, en dicho proceso, las condiciones económicas y de desvinculación pueden ser negociadas particularmente con cada persona trabajadora, el esquema de condiciones para la desvinculación de las personas

⁶⁴² STC 238/2005, de 26 de septiembre, rec. amparo 6006-2003.

trabajadoras de una empresa por mutuo acuerdo obedece a un contrato tipo, idéntico y homogéneo para todas las personas trabajadoras en un mismo periodo temporal⁶⁴³, de ahí que quepa hablar de un contrato de adhesión.

Por esta razón, la jurisprudencia ha afirmado la obligación de que estas reestructuraciones de plantilla materializadas en prejubilaciones pactadas mediante acuerdos en masa se lleven a cabo a través de un proceso de negociación colectiva entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras⁶⁴⁴. En este entendimiento, ante la oferta realizada por Liberbank y Banco de Castilla La Mancha a las personas trabajadoras nacidas con anterioridad al 1 de enero de 1959, de un plan de bajas incentivadas promovido por la empresa de forma unilateral, y que afectaba a un colectivo de 615 personas trabajadoras, el sindicato CCOO interpuso demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para la tutela de su derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional del derecho a la negociación colectiva, alegando que la medida debió ser acordada por una previa negociación colectiva con las distintas secciones sindicales constituidas en la empresa.

La Sala, estimó la concurrencia de una lesión del derecho a la libertad sindical, decretando, además, la nulidad radical de la medida que vulneraba tal derecho. Para la Sala, “una medida que potencialmente puede suponer la extinción de 615 relaciones laborales, no cabe duda de que supone un proceso de reordenación o reestructuración de plantilla, pues aun cuando no afecte al volumen de ésta, sin duda afectará a sus características y costes”, resultando, cuando menos, discutible que la medida acordada por la empresa no hubiese debido tramitarse con arreglo al procedimiento establecido en el art. 51.1 ET y desarrollado por el RD 1483/2012 y, por ende, en el convenio sectorial. El tribunal cuestiona que las extinciones contractuales en masa que se pretenden lograr con la medida adoptada no supongan extinciones contractuales por motivos no inherentes a la persona trabajadora con arreglo al art. 1 de la Directiva 98/59 CE, conforme a los criterios que viene manejando la Sala 4ª del TS, ya que, aunque el acogimiento a la oferta

⁶⁴³ Algo que es muy sencillo de verificar, pues basta con contrastar varios contratos de prejubilación por mutuo acuerdo de las partes para observar que, aunque las cantidades finales sean distintas, lo son únicamente en función de la edad y salario de cada trabajador, pues el porcentaje a percibir sobre su salario, edad de jubilación pactada y demás aspectos del contrato son idénticos en prácticamente la totalidad de los casos para una misma entidad y año.

⁶⁴⁴ STS, Sala 4ª, de 11 de diciembre de 2015, rec. 65/2015.

es voluntario para la persona trabajadora, existe una evidente iniciativa empresarial en la misma.

Esta sentencia fue confirmada íntegramente por la STS, Sala 4ª, de 11 de octubre de 2016⁶⁴⁵, según la cual, era el propio convenio colectivo de aplicación el que vedaba la actuación unilateral de las empleadoras para ofertar unilateralmente a las personas trabajadoras su inclusión en el plan de bajas incentivadas, pues en dicho convenio se establece que, en los procesos de reestructuración que puedan acometerse en el ámbito de las empresas, antes de acudir a los procedimientos legales previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 ET, las empresas abrirán un proceso previo y limitado en el tiempo de negociación con las representaciones de las personas trabajadoras, para buscar las fórmulas que permitan minimizar el impacto de cualquier proceso de reestructuración en el volumen de empleo. Para la Sala, parece claro que el llamado "Plan de Prejubilación" propuesto unilateralmente por las empleadoras, “al margen de que constituya un claro incumplimiento de sus propios compromisos, entraña también -y es esto lo relevante porque es lo que constituye el único objeto de la pretensión discutida en el litigio- la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical”.

2.2. INCUMPLIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ART. 51 ET

De otro lado, aunque en clara relación con la cuestión anteriormente planteada, cabe interrogarse si, dado que nos encontramos ante extinciones de la relación laboral por voluntad común de las dos partes integrantes del contrato de trabajo, estas extinciones deben computar a los efectos de considerar la existencia de un despido colectivo⁶⁴⁶.

El art. 51 ET establece la necesaria combinación de dos elementos para entender que se debe seguir el procedimiento de despido colectivo: un elemento causal que motive

⁶⁴⁵ Rec. 68/2016.

⁶⁴⁶ STSJ Cataluña, Sala de lo social, de 14 de febrero de 2012, rec. 6579/2011. En su FJ 2º, la Sala alude al criterio jurisprudencial reiterado conforme al cual “para determinar si se sobrepasan los umbrales del artículo 51.1 ET, no son computables las extinciones de contratos de duración determinada por expiración de los mismos, los despidos disciplinarios declarados procedentes, los despidos objetivos fundamentados en una causa diferente de la prevista por el artículo 52.c) del ET , siempre que resulten procedentes, las extinciones producidas a raíz de modificación sustancial o traslado, las realizadas en virtud de las causas válidamente consignadas en el contrato , las derivadas de cese, dimisión o baja voluntaria, las derivadas de jubilación fallecimiento o invalidez del trabajador, ni tampoco las derivadas de cese de mutuo acuerdo”.

la adopción de la medida, como sería la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y, un elemento cuantitativo⁶⁴⁷, determinado por la superación de determinado umbral numérico, cuya concurrencia con el anterior determina la obligación de ofrecer a las personas trabajadoras las garantías contempladas en el art. 51 ET para los despidos colectivos. Ahora bien, el art. 51.1 ET, en su párrafo quinto dispone que, a efectos de establecer la existencia de despido colectivo y aplicar las garantías del procedimiento, deben tenerse en cuenta, además, *"cualesquiera otras extinciones producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del art. 49 de esta Ley"*. Trayendo a colación la doctrina judicial anteriormente citada, cabe concluir que las extinciones producidas como consecuencia de la oferta realizada por la empresa a sus personas trabajadoras son subsumibles en dicho párrafo quinto, dado que los motivos por los que se realiza la oferta no son inherentes a la persona trabajadora.

El hecho de que sea la empresa la que, por propia iniciativa, realice el ofrecimiento a la persona trabajadora, y de que esta preste su consentimiento, nos sitúa en un escenario ciertamente distinto al de mutuo acuerdo de las partes. Como ya se ha señalado, tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia han concluido que se trata de medidas de reestructuración promovidas por la empresa, de ahí que afirmen la necesidad de respetar lo previsto en el convenio aplicable para dichos supuestos, llevando a cabo un proceso de negociación previa con la representación de las personas trabajadoras. Con todo, hasta el momento, en el sector financiero, la propia representación de las personas trabajadoras ha optado por no intervenir ante esta actuación de las entidades, dado prioridad a la voluntad individual libremente pactada entre la persona trabajadora y la empresa, salvo expresa demanda o denuncia de aquella.

En estos casos, en los que la oferta de prejubilación se realiza a iniciativa de la empresa y se halla exclusivamente destinada a personas trabajadoras a partir de una determinada edad, que son seleccionadas directamente por la empresa (no todas las personas trabajadoras en esa edad son objeto de oferta de prejubilación de mutuo acuerdo), salvo alguna particularidad, la propuesta ofrece idénticas condiciones para

⁶⁴⁷ En el que "la aparición de la categoría de despido colectivo se determina en función de la plantilla de la empresa" (MONTROYA MELGAR, A., "Derecho del trabajo", cit., pág.528).

todas las personas afectadas. Es difícil admitir que esta oferta de extinción nada tenga que ver con causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, máxime cuando se trata de pactos individuales en masa, en virtud de los cuales resultan afectados un número de personas trabajadoras claramente superior al umbral establecido en el art. 51.1 ET, por lo que estas extinciones deberían ser fruto de una negociación colectiva previa con la representación de las personas trabajadoras, al objeto de consensuar una propuesta única, homogénea y que evite la discriminación, de manera que, conocida la oferta de la empresa, las personas trabajadoras decidan libremente manifestar su voluntad de adherirse a la misma, pudiendo dejarse, si así se pacta, a la facultad de la empresa la aceptación y formalización del contrato, llevándolo a cabo en el momento temporal que estime más oportuno para no perturbar el desarrollo de la actividad empresarial.

En suma, la clave para determinar la verdadera naturaleza de estas extinciones radica en que la “negociación” de las mismas se produce, en la gran mayoría de casos, por iniciativa de la empresa⁶⁴⁸, siendo esta circunstancia la clave fundamental para considerar que las extinciones son computables por asimilación a los efectos previstos en el art. 51.1 ET⁶⁴⁹. En aplicación de este criterio, la doctrina judicial concluye que los acuerdos de extinción en masa a iniciativa empresarial, además de vulnerar el derecho a una negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, y los derechos de la representación de las personas trabajadoras recogidos en los arts. 64 y 65 ET, contravienen el procedimiento especialmente dispuesto en el art. 51.1 ET⁶⁵⁰.

Por tanto, sin perjuicio de la necesidad de seguir el trámite de negociación previa que establece el Convenio Colectivo de Banca, el hecho cierto de que en el fondo de estos procesos lo que subyace es una clarísima reestructuración de la plantilla productiva de la empresa y que afectan a un número de personas trabajadoras muy superior al límite numérico establecido para el despido colectivo en el art. 51.1 ET, determina la obligación

⁶⁴⁸ Iniciativa del empresario a la que alude el art. 1.b), párrafo segundo, de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, según el cual “*se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores*”, y que tiene su reflejo en el párrafo 5 del art. 51.1 ET.

⁶⁴⁹ En este sentido, la STSJ Cataluña Sala de lo Social, de 12 de enero de 2015, rec. 5184/2014, enuncia los casos en los que no procede contabilizar las extinciones producidas en el período de referencia de 90 días, siendo uno de los criterios que utiliza para su exclusión que “no se producen por iniciativa del empresario”.

⁶⁵⁰ SAN, Sala de lo social, de 20 de noviembre de 2015, rec. 252/2015.

de cumplir con el período de consultas con la representación de las personas trabajadoras previsto en dicho precepto, en cuyo marco se puede negociar la oferta de desvinculación a la que voluntariamente podrán adherirse o no las personas trabajadoras que se encuentren en el universo de requisitos pactado.

Abona esta tesis la doctrina de la Sala 4ª del TS, establecida en su STS de 24 de octubre de 2006⁶⁵¹, donde se advierte que, aunque ” la opción por la prejubilación ha sido voluntaria [...] eso no significa que el cese lo sea [...] porque el cese sigue produciéndose como consecuencia de una causa independiente de la voluntad del trabajador y lo único que sucede es que la concreción de esa causa sobre uno de los trabajadores afectados se realiza teniendo en cuenta la voluntad de éstos, voluntariedad que es por analogía perfectamente aplicable a las extinciones de la relación laboral por adhesión del trabajador a un pacto individual en masa”.

Mención aparte merecen el despido colectivo tácito, mediante el cierre de la empresa sin ninguna declaración extintiva, y el despido colectivo de hecho, que se materializa cuando se llevan a cabo decisiones extintivas individuales que sobrepasan los umbrales del artículo 51.1 ET. A este respecto, las extinciones de la relación laboral en las que haya existido acuerdo extrajudicial o judicial reconociendo la improcedencia del despido y aceptando la extinción del contrato, son computables a efectos del umbral del despido colectivo por tratarse de extinciones por mutuo acuerdo del artículo 49.1.a) ET o por dimisión del artículo 49.1.d) ET, pues el procedimiento de despido colectivo contiene garantías que han de vincularse al orden público laboral y no son disponibles para la empresa, no pudiendo esta aceptar, en fraude de ley, las consecuencias de la improcedencia para evitar el procedimiento de despido colectivo⁶⁵².

3. VOLUNTARIEDAD EN EL ACCESO A LA PREJUBILACIÓN

Como ya se ha establecido reiteradamente, no existe en nuestro ordenamiento jurídico normativa alguna que regule la prejubilación, ni previéndose una prestación

⁶⁵¹ STS, Sala 4ª, de 24 de octubre de 2006, rec. 4453/2004.

⁶⁵² STS, Sala 4ª, de 25 de noviembre de 2013, rec. 52/2013.

específica para aquellas personas trabajadoras que, habiendo cesado en su trabajo⁶⁵³, no reúnen aún los requisitos para acceder a una pensión de jubilación. El hecho de que esta situación no se encuentre regulada positivamente, determina que el acceso a la prejubilación se rija por la libertad de pacto del art. 1255 CC, siempre que no contravenga el ordenamiento jurídico. Con independencia del acuerdo formal mediante el cual se materialice la prejubilación de la persona trabajadora⁶⁵⁴, es fundamental analizar una de las cualidades más importantes y determinantes para que la persona trabajadora pueda acceder a determinadas prestaciones de la Seguridad Social, como es el carácter voluntario o involuntario de la extinción del contrato de trabajo. Y es que, el hecho de que la persona trabajadora acceda a la prejubilación mediante un pacto extintivo de la relación laboral de una forma voluntaria o, por el contrario, lo haga por una causa ajena a su libre voluntad, no es un asunto baladí, de cara al derecho a aquellas prestaciones de Seguridad Social condicionadas a la extinción por causa no imputable a la voluntad de la persona beneficiaria, como sería el caso de la prestación por desempleo del art. 267 LGSS o de la jubilación anticipada del art. 207 LGSS.

3.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL CONCEPTO DE JUBILACIÓN (ANTICIPADA) POR CAUSA AJENA A LA PERSONA TRABAJADORA

La incidencia del carácter voluntario o no de la extinción del contrato de trabajo, en el acceso a la jubilación, se halla en continua evolución como consecuencia del intento del legislador de adecuación normativa a la realidad sociolaboral y del cambio de criterio jurisprudencial. A fin de poder conocer en mayor profundidad la valoración y consecuencias de este criterio de voluntariedad en la extinción del contrato de trabajo, es necesario, en primer lugar, recordar la evolución que normativamente ha experimentado esta consideración en el acceso a la jubilación anticipada.

⁶⁵³ Salvando los supuestos en que resulte de aplicación el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, regulado en el art 274.4 LGSS.

⁶⁵⁴ Aunque la prejubilación no constituye una de las causas de extinción del contrato de trabajo expresamente previstas en el art. 49.1 del ET, ni tampoco de suspensión contempladas en el art. 45.1 ET, las diversas figuras a través de las que se puede articular la prejubilación (oferta unilateral del empresario, acuerdo trabajador-empresa, convenio colectivo que incorpora condiciones de prejubilación, acuerdo *ad-hoc* suscrito entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras, despido colectivo, etc.) pueden subsumirse en alguno de los supuestos recogidos en dichos preceptos.

1º.- El apartado 3 del art.161 LGSS/1994, en la redacción introducida por RD-Ley 16/2001⁶⁵⁵, contemplaba la posibilidad de que las personas trabajadoras pudieran acceder a la jubilación anticipada a partir de los 61 años, siempre que cumpliesen una serie de requisitos, entre ellos, que la extinción del contrato de trabajo no se produjese por causa imputable a la voluntad de la persona trabajadora, entendiendo por tal 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.

2º.- Dadas las diversas interpretaciones jurisprudenciales respecto de la voluntariedad del cese en la relación laboral, la Ley 40/2007 introduce el art. 161.bis LGSS⁶⁵⁶, que incorpora la presunción de que, en todo caso, se considerará que el cese en la relación laboral tuvo lugar de forma involuntaria, cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 LGSS/1994 (despido colectivo, muerte o jubilación del empresario, despido, despido objetivo, etc.), presunción que, ciertamente, favorecía el acceso de la persona trabajadora a la jubilación anticipada.

3º.- Con todo, y como consecuencia de la negativa evolución que el sistema de Seguridad Social estaba presentando, desde el punto de vista de su sostenibilidad económica, se consideró necesario limitar y endurecer el acceso a la jubilación anticipada a partir de los 61 años, por lo que, a partir del 1 de enero de 2013⁶⁵⁷, desaparece la presunción de involuntariedad, y se introduce una importante modificación en las causas del cese en el trabajo, debiendo ahora haberse producido como consecuencia de una situación de crisis o cierre de la empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral, siendo las causas de extinción del contrato de trabajo que permiten acceder a esta modalidad de jubilación anticipada, el despido colectivo por causas económicas regulado en el artículo 51 ET, el despido objetivo por causas económicas, conforme al artículo 52.c) ET, la extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual o la extinción de la personalidad jurídica del

⁶⁵⁵ RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, vigente desde el 1 de enero de 2002.

⁶⁵⁶ Por el apartado 3º del art. 3 de la Ley 40/2007, con efectos desde el 1 de enero de 2008.

⁶⁵⁷ Fecha de entrada en vigor de la modificación efectuada por el apartado 1 del artículo 5 de la LAAM.

contratante y la extinción del contrato de trabajo por causa de fuerza mayor. Asimismo, en este momento, se incorpora la extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

4º.- A partir del 17 de marzo de 2013⁶⁵⁸, y a fin de adaptarse a las causas justificativas de los despidos regulados en los arts. 51 y 52.c) ET, se produce una importantísima novedad, consistente en que, además de la reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral, el art. 161.bis.2.d) LGSS/1994 pasa a contemplar el resto de las causas justificativas de despido objetivo y colectivo, de forma que se podrá acceder a la jubilación anticipada en caso de extinción motivada tanto por causas económicas, como por causas técnicas, organizativas o de producción, relación de causas que se ha conservado en el art. 207 de la vigente LGSS⁶⁵⁹.

Esta delimitación de los supuestos en los que se considera la extinción del contrato de trabajo opera por causa no imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora, deja fuera de dicha consideración otros supuestos extintivos que, aunque no se deben a una reestructuración empresarial, son claramente ajenos a la voluntad de la persona trabajadora⁶⁶⁰, como sería el caso de un despido declarado improcedente en sede judicial, y en el que el empresario opte por la extinción indemnizada. En este caso, una persona trabajadora de avanzada edad vería claramente perjudicado su derecho de acceso a la jubilación anticipada, pues no podría optar por esta modalidad de jubilación por más que acreditase los requisitos de periodo de cotización y desempleo, situación sumamente injusta y que debería ser corregida por el legislador con carácter de inmediato.

⁶⁵⁸ Merced a la redacción dada por el art. 6 del RD-Ley 5/2013.

⁶⁵⁹ En efecto, el art. 207 LGSS reproduce las causas tasadas que ya contemplaba el art. 161.bis.2.d) LGSS/1994: el despido colectivo y el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme a los arts. 51 y 52.c) ET; la extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual o la extinción de la personalidad jurídica del contratante; y la extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el art. 51.7 ET.

⁶⁶⁰ Así lo afirma la STS, Sala 4ª, de 10 de febrero de 2021, rec. 3370/2018, recurso de casación para unificación de doctrina, en la que se mantiene el criterio de que, en efecto, el listado del art. 207.1.d) LGSS es cerrado. En palabras del Tribunal, “esa minoración de la edad de jubilación se halla estrictamente vinculada a la concurrencia de la circunstancia que constituye el elemento esencial de la propia institución jurídica: la involuntariedad del cese. Ahora bien, el precepto no equipara a ello cualquier supuesto de desempleo, sino que efectúa una clara concreción de los supuestos en que, “a estos efectos” (sic), se reconoce la existencia de una situación de “reestructuración empresarial que impida la continuación de la relación laboral”.

Resulta criticable que el despido, al menos el declarado improcedente en sede judicial, haya dejado de contemplarse como una de las causas de acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora. De hecho, el despido sí estaba contemplado como una de las causas de extinción del contrato de trabajo que gozaban de presunción de involuntariedad para el acceso a la jubilación anticipada⁶⁶¹, consideración que desaparece a partir del 1 de enero de 2013.

Merece consideración la equiparación que lleva a cabo la Sala 4ª del TS respecto de la extinción tácita de la relación laboral con motivo de cierre de la empresa, pues, a criterio de la Sala, “si una empresa quiere proceder a su cierre con la consiguiente extinción de los contratos de trabajo, dicha extinción ha de preceptivamente encauzarse por los artículos 51 y 52 c) ET, sin que el hecho de que no lo haga así pueda perjudicar al trabajador, a los efectos del artículo 207.1 d) LGSS, porque no depende de él cumplir o no los trámites de los mencionados artículos 51 y 52 c) ET”⁶⁶², motivo por el que, aunque los supuestos previstos en el artículo 207.1.d) LGSS sean tasados, “a los efectos del artículo 207.1 d) LGSS, un trabajador cuya empresa se cierra y cuyo contrato se extingue por la vía del artículo 51 ET o del artículo 52 c) ET está en una posición sustancialmente similar a la de un trabajador cuya empresa cierra (de hecho) y cuyo contrato de trabajo se extingue tácitamente como consecuencia de ese cierre de facto”.

Resulta criticable que el despido, al menos el declarado improcedente en sede judicial, haya dejado de contemplarse como una de las causas de acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora. De hecho, el despido sí estaba contemplado como una de las causas de extinción del contrato de trabajo que gozaban de presunción de involuntariedad para el acceso a la jubilación anticipada⁶⁶³, consideración que desaparece a partir del 1 de enero de 2013.

En el caso de una persona trabajadora que se encuentre en situación de despido declarado improcedente en sede judicial, podría ser de aplicación por analogía el criterio de interpretación que sobre la enumeración de las causas de cese involuntario recogidas en el art. 208.1.1 LGSS/1994 realiza la Sala 4ª del TS en sus sentencias de 4 de mayo y 4

⁶⁶¹ Art.161.bis en relación con el art. 208.1.1 LGSS/1994 en su redacción dada por la Ley 40/2007.

⁶⁶² STS, Sala 4ª, de 14 de octubre de 2021, rec. 4088/2018.

⁶⁶³ Art.161.bis en relación con el art. 208.1.1 LGSS/1994 en su redacción dada por la Ley 40/2007.

de octubre de 2010⁶⁶⁴. Dichas sentencias se refieren a la jubilación obligatoria de sendas personas trabajadoras del BBVA por el cumplimiento de la edad estipulada para ello en el XIII Convenio Colectivo de Banca, vigente en las fechas (1991 y 1992) en las que estas cumplieron la edad de 60 años y se vieron obligadas a solicitar su jubilación anticipada. En 2008, solicitaron una mejora de su pensión, con base en la Disp. Adic. 4ª de la Ley 40/2007, solicitud que les fue denegada por el INSS, argumentando que la causa de extinción del contrato de trabajo que dio lugar al cese que motivó la jubilación, no se encontraba entre las enunciadas en el art. 208.1.1 de la LGSS.

La Sala 4ª TS entiende que la jubilación anticipada solamente puede ser voluntaria por iniciativa de la propia persona trabajadora, o forzosa, esto es, por iniciativa del empresario. Considera la Sala que la referencia que la Disp. Adic. 4ª hacía al art. 208.1.1.LGSS no es restrictiva sino meramente ejemplificativa⁶⁶⁵, siendo posible hacer una interpretación no literal del citado precepto que conduzca a considerar la involuntariedad en el cese en supuestos en que la extinción no sea encuadrable en ninguna de las situaciones legales de desempleo previstas en el art. 208.1.1 LGSS en su redacción dada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (en adelante Ley 45/2002). Este criterio jurisprudencial debe ser aplicado, sin duda, al art. 207.1 de la vigente LGSS, máxime cuando el despido improcedente es una de las causas de situación legal de desempleo que contempla el art. 267 LGSS y, aunque el precitado art. 207.1 enumere las causas de extinción del contrato de trabajo que dan derecho al acceso a la jubilación anticipada y no exista remisión a las situaciones de desempleo, como sí ocurría en la vigencia del art. 161.bis de la anterior LGSS/1994, este criterio de interpretación no literal del precepto⁶⁶⁶, en palabras de la propia Sala, “es el más conforme al principio de

⁶⁶⁴ Rec. 3695/2009 y 406/2010, respectivamente.

⁶⁶⁵ En palabras de la STS Sala 4ª, de 4 octubre de 2010 (rec. 406/2010), “la mención que el apartado b) del número 1 de la disposición adicional 4ª de la Ley 40/2007 realiza del artículo 208.1.1 de la Ley General de la Seguridad Social no tiene un sentido restrictivo, en virtud del cual solamente los supuestos en él contemplados pueden ser considerados ceses involuntarios, sino que, por el contrario, su sentido es aclaratorio: “en todo caso” esos ceses enumerados en el artículo 208.1.1 de la Ley General de la Seguridad Social son involuntarios, lo cual no quiere decir que otros, como la jubilación anticipada forzosa aplicada por la empresa, no lo sean, al ser independientes de la voluntad del trabajador”.

⁶⁶⁶ Así lo afirma la STS Sala 4ª de 5 de mayo de 2010, rec. 3695/2009, recurso de casación para unificación de doctrina, en la que se afirma que, “sin embargo, es posible hacer una interpretación no literal del citado precepto, que nos conduce a considerar bastante la involuntariedad en el cese para tener derecho

igualdad consagrado en la Constitución, pues se trata de que todos los mutualistas jubilados anticipadamente con carácter forzoso tengan el mismo tratamiento. Porque, si bien es cierto que el TC ha admitido que las diferencias de trato dimanantes de cambios normativos no necesariamente atentan al principio de igualdad, no es menos cierto que si es el propio legislador ordinario quien tiene la intención de evitar esa desigualdad, no es constitucionalmente admisible hacer una interpretación de la legalidad ordinaria que, conculcando su espíritu, consagre el trato desigual que se pretende evitar o, al menos, paliar”.

Por el momento, no parece que la posterior redacción dada a la Disp. Adic.10ª del ET por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, pueda suponer merma alguna en el derecho a la prestación de jubilación ordinaria de la persona trabajadora, pues, aunque el convenio colectivo pueda facultar a la empresa a obligar a la persona trabajadora a que se jubile forzosamente al cumplimiento de una edad igual o superior a 68 años, esta deberá cumplir con los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al 100 por 100 de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad ordinaria⁶⁶⁷. No obstante, habrá que estar a la realidad que la diferente casuística pueda plantear en un futuro, pues, con seguridad, será necesario que los tribunales se pronuncien al respecto para conocer si, efectivamente, esta redacción de la norma presta cobertura a todas las contingencias particulares que se puedan presentar.

a la mejora de la pensión, pese a que ese cese involuntario no sea encuadrable en ninguna de las situaciones legales de desempleo previstas en el artículo 208.1.1 de la LGSS”.

⁶⁶⁷ La Disp. Final 4ª.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, declaró “nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas”. No obstante, tras la reforma operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, y con efectos desde el 1 de enero de 2022, la Disp. Adic. 10ª ET, dispone que, los convenios colectivos pueden “establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) La persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva.

b) La medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora”.

3.2. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS CONCEPTOS DE VOLUNTARIEDAD E INVOLUNTARIEDAD EN EL CESE DE LA RELACIÓN LABORAL

Respecto a la consideración de la voluntariedad o involuntariedad en el cese de la relación laboral, conviene poner de manifiesto, por su transcendencia práctica en la materia objeto de estudio, la evolución de criterio experimentada por la Sala 4ª del TS, pudiendo distinguir entre el criterio aplicado antes y después de su STS de 24 de octubre de 2006.

3.2.1 Doctrina previa a la STS de 24 de octubre de 2006

Hasta la STS de 24 de octubre de 2006⁶⁶⁸, la jurisprudencia venía estableciendo que la libre adhesión por parte de la persona trabajadora a una oferta de prejubilación, pactada entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras, aun en el marco de un despido colectivo, no podía calificarse sino como una extinción voluntaria y pactada del contrato de trabajo de mutuo acuerdo entre las partes. Se otorgaba igual consideración a la extinción con origen en un acuerdo individual entre la persona trabajadora y su empresa⁶⁶⁹, a la extinción fundada en lo establecido en Convenio Colectivo⁶⁷⁰, a la extinción basada en un acuerdo de la empresa con la representación legal de las personas trabajadoras -tanto en la fase de consultas previas a un despido colectivo como en virtud del art. 49.1.a) ET- o la extinción del contrato de trabajo con motivo de despido colectivo⁶⁷¹. En todos los casos, la doctrina judicial consideraba que la persona trabajadora accedía voluntariamente a la extinción del contrato de trabajo, en atención a las

⁶⁶⁸ Rec. 4453/2004.

⁶⁶⁹ SSTs, Sala 4ª, de 28 de febrero de 2000, rec. 793/99, y de 1 de junio de 2004, rec. 128/2003. A esta forma de prejubilación se refiere expresamente la STC 208/1993, de 28 de junio, recurso de amparo 262-1990. Por su parte, la STSJ Navarra, Sala de lo social, de 25 de marzo de 2019, rec. 90/2019, concluye que la prejubilación con motivo de acuerdo individual entre empresa y trabajador no permite acceder a la jubilación anticipada del art. 161.bis.2 LGSS/1994.

⁶⁷⁰ SSTs, Sala 4ª, de 30 de mayo de 2002, rec. 2805/2002, de 25 de noviembre de 2002, rec. 1463/2002, y de 15 de marzo de 2003, rec. 2487/2002. En estas sentencias, el TS establece como doctrina unificada de la Sala que la jubilación de un empleado acogido a un contrato de prejubilación mediante Convenio Colectivo de Empresa debe calificarse como cese de mutuo acuerdo y, por tanto, voluntario.

⁶⁷¹ Véase la STS, Sala 4ª, de 20 de septiembre de 2005, rec. 877/2004. En dicha sentencia, la Sala recuerda la doctrina consolidada según la cual: “En todas ellas en síntesis se establece como doctrina unificada la de que quienes deciden aceptar voluntariamente la oferta de un plan de jubilación, consensuado por la empresa con los representantes de los trabajadores y aprobado por la Autoridad Laboral..., no son objeto de un despido colectivo del art. 51 ET, sino que extinguen de mutuo acuerdo con la empresa (art. 49.1.a) ET) sus contratos de trabajo”.

condiciones en que finalizaría su relación laboral, recibiendo a cambio las indemnizaciones y demás ventajas acordadas en el correspondiente plan⁶⁷², pues el hecho de que se acoja voluntariamente a un despido colectivo no da derecho a que se considere involuntario⁶⁷³.

Dicha jurisprudencia resultaba perjudicial para las personas trabajadoras implicadas en procesos de prejubilación puestos en marcha por sus empresas⁶⁷⁴, pues al atribuir carácter de voluntario a la adhesión a una prejubilación aun en el marco de un despido colectivo, obstaculizaba el acceso a las prestaciones de desempleo y de jubilación anticipada, así como a la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la pensión de jubilación por causas ajenas a la voluntad de la persona trabajadora.

Así, en las SSTS Sala 4ª, de 30 de enero de 2006⁶⁷⁵ y 6 de febrero de 2006⁶⁷⁶, dictadas en unificación de doctrina, siendo el objeto de la controversia la determinación del porcentaje de reducción de la base reguladora de la pensión de jubilación anticipada, cuando el cese en el trabajo estuvo motivado por ERE, y si dicho cese debía considerarse o no voluntario. Con fundamento en la Disp. Trans. 3ª 1. 2º de la LGSS 1994, la Sala establece como doctrina unificada que: “la aceptación por parte del trabajador de la prejubilación en las condiciones previstas en la cláusula tercera del convenio colectivo citado, con el reconocimiento de importantes contrapartidas económicas y mediante un acuerdo que no ha sido impugnado por dolo, coacción, ni ningún otro de los vicios a que se refiere el artículo 1265 del Código Civil, constituye un cese voluntario porque sin el consentimiento del trabajador la extinción del contrato de trabajo no se hubiera producido. Las previsiones de futuro en orden a la evolución del empleo en la empresa y a la aplicación de reducciones de plantilla o medidas de modificación de condiciones de

⁶⁷² BADIOLA SANCHEZ A.M., “Despido colectivo y jubilación”, en AAVV LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, pág.1484.

⁶⁷³ STS, Sala 4ª, de 20 de marzo de 2003, rec. 572/2002.

⁶⁷⁴ GALA DURAN, C., “Comentario de la STS de 30 de enero de 2006 (Recurso núm. 5320/2004): Acuerdos de Prejubilación, “involuntariedad en el cese y determinación de los coeficientes reductores aplicables en el caso de la jubilación anticipada”, *Iuslabor, Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, 2006, núm.3. Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/3885005/3889669/Seguridadsocial.pdf/876ed2d9-d36c-40b9-9fcb-563363b24d66>

⁶⁷⁵ Rec. 5320/2004.

⁶⁷⁶ Rec. 1111/2005.

trabajo no alteran la voluntariedad de la aceptación del acuerdo de prejubilación que ha de considerarse, por tanto, como un cese voluntario a los efectos de la disposición transitoria 3ª.1. 2ª de la Ley General de la Seguridad Social.”

3.2.2. La línea jurisprudencial iniciada con la STS de 24 de octubre de 2006

La STS de 24 de octubre de 2006⁶⁷⁷, dictada en Sala General, en virtud del principio de unidad de doctrina, revisa el criterio establecido hasta ese momento por el Tribunal. Con relación al controvertido carácter voluntario del cese a efectos del acceso a la jubilación anticipada, la Sala revisa el criterio previamente sentado según el cual es cese involuntario a los efectos de los previsto en la Disp. Trans. 3ª 1. 2º de la LGSS 1994, el que se produce como consecuencia de ERE autorizado por la administración, cuando las personas trabajadoras afectadas se hayan determinado mediante aceptación voluntaria de su inclusión en el ámbito del ERE.

Rectificando su propia doctrina establecida en las SSTS de 30 de enero y 6 de febrero de 2006, la Sala establece que: “con independencia de que hubiera en el marco del ERE un acuerdo sobre prejubilaciones, lo cierto es que el cese del actor está dentro de las extinciones autorizadas en el expediente. Por ello, el contrato no se ha extinguido por la libre voluntad del trabajador que decide poner fin a la relación. Por el contrario, el contrato se ha extinguido por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador; en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido constatada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado [...] Es cierto que la opción por la prejubilación ha sido voluntaria, pero eso no significa que el cese lo sea [...] porque el cese sigue produciéndose como consecuencia de una causa independiente de la voluntad del trabajador y lo único que sucede es que la concreción de esa causa sobre uno de los trabajadores afectados se realiza teniendo en cuenta la voluntad de éstos. [...] No desconoce esta Sala que en sus sentencias de 30 de enero y 6 de febrero de 2.006 se ha mantenido criterio distinto del que aquí se establece. Pero, por las razones que se han expuesto, la doctrina de estas sentencias debe revisarse” (FJ 4º).

⁶⁷⁷ Rec. 4453/2004.

Tras esta sentencia, es constante y reiterada la doctrina jurisprudencial⁶⁷⁸ que califica como involuntario al cese de la persona trabajadora acogida a prejubilación en el marco de un expediente de regulación de empleo, pues aunque la opción por acogerse a la oferta de prejubilación es efectivamente voluntaria para la persona trabajadora, ello no significa que el cese del contrato de trabajo lo sea, pues este se extingue por una causa por completo ajena a la voluntad de esta, como es la razón económica, técnica, organizativa o de producción aducida por la empresa y que acaba determinando un despido colectivo.

La nueva doctrina jurisprudencial se apoya en la redacción dada al art. 161.3.d) de la LGSS/1994 por la Disp. Adic. 2ª de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, que vino a clarificar esta discusión, pues a partir de dicha reforma *“se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 de esta Ley, que en su apartado a) establece que, se encontraran en situación legal de desempleo los trabajadores que extingan su relación laboral en virtud de despido colectivo adoptado en virtud del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores”*. Obviamente, con la entrada en vigor de dicha Ley, el criterio seguido hasta entonces por la Sala 4ª del TS quedaba sin apoyo, pues la propia norma ofrece ya una solución expresa al problema⁶⁷⁹.

La opción llevada a cabo por la Sala 4ª del TS tiene una relevancia que trasciende la vertiente meramente doctrinal de la cuestión sometida a examen, pues en atención a la naturaleza que se atribuya al cese de la relación laboral, se derivan distintos efectos en el ámbito laboral y de seguridad social. En el ámbito laboral, dado que se ha establecido que la extinción es por una causa ajena a la libre voluntad de la persona trabajadora, se tendrá

⁶⁷⁸ Se mantiene esta doctrina, entre otras, en las posteriores SSTS, Sala 4ª, de 17 de enero de 2007, rec. 4534/2005, 23 de mayo de 2007, rec. 4900/2005, 5 de julio de 2010, rec. 3557/2009. Dicha jurisprudencia es acogida en suplicación, entre otras, en las SSTSJ Castilla La Mancha, Sala de lo social, de 4 de marzo de 2016, rec. 701/2015, de 23 de octubre de 2019, rec. 588/2019, y de 6 de julio de 2017, rec. 882/2016.

⁶⁷⁹ STS de 17 de enero de 2007, cit. En esta sentencia, la Sala dispone expresamente que, “aún para el supuesto de que la jubilación de autos se hubiese regido por el texto precedente a la DA Segunda Ley 52/2003, también nuestra conclusión habría igualmente de coincidir con la ofrecida por la decisión que se recurre, siendo así que en la reciente sentencia de 24/10/06 [-rec. 4453/04-], dictada en Sala General, hemos revisado el criterio establecido en los precedentes de 30/01/06 [-rec. 5320/04-] y 06/02/06 [-rec. 1111/05-] para jubilaciones anticipadas a consecuencia del E.R.E”.

derecho a percibir, como mínimo, el importe de la indemnización económica legalmente fijada, mientras que, en el ámbito de la Seguridad Social, si reúne los requisitos del hecho causante, podrá acceder a las prestaciones de desempleo y a la jubilación anticipada con la aplicación de un porcentaje reductor inferior sobre la base reguladora de la pensión⁶⁸⁰.

En definitiva, las mencionadas SSTS Sala 4ª, de 24 de octubre de 2006 dictada en Sala General y de 25 de octubre de 2006, modifican el criterio jurisprudencial seguido hasta el momento, según el cual, aun cuando la extinción del contrato de trabajo se producía en el marco de un ERE, si la baja del trabajador se llevaba a cabo mediante su adscripción voluntaria a un plan de bajas incentivadas, se trataba de un cese voluntario a todos los efectos, criterio utilizado por la Seguridad Social para denegar la aplicación de los coeficientes reductores de la pensión de jubilación para el acceso por causa ajena a la libre voluntad de la persona trabajadora, incluso aunque el acceso a la prestación hubiese estado precedido de una situación legal de desempleo, lo que, tal y como se ha expuesto, era sistemáticamente ratificado por la doctrina de la Sala 4ª del TS. En virtud del cambio jurisprudencial se considera que las extinciones producidas en el marco de un ERE y dentro de las autorizadas en el expediente son ajenas a la libre voluntad de la persona trabajadora, de forma que el hecho de que la opción por la prejubilación haya sido voluntaria, no significa que el cese lo sea, pues, aunque haya voluntariedad en la fase de selección de los afectados, no la hay en la causa que determina el cese (económica, técnica, organizativa o de producción).

Sobre el carácter involuntario de la extinción del contrato de trabajo al acogerse la persona trabajadora a una prejubilación en el marco de un despido colectivo, también se ha pronunciado profusamente la Sala 3ª del TS, aplicando y citando el criterio de la Sala 4ª TS respecto del carácter involuntario de la baja al haberse producido en el marco de un ERE fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción conforme al art. 51 ET⁶⁸¹. Sin embargo, los pronunciamientos que lleva a cabo la Sala 3ª

⁶⁸⁰ GARCÍA MUÑOZ, M., “El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la Autoridad Laboral. Extinción por despido colectivo. El nuevo criterio unificado”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 90, 2007, pág.268.

⁶⁸¹ Para la Sala, la adscripción a las medidas pactadas en un despido colectivo es voluntaria, pero la causa de extinción del contrato es el propio despido colectivo, basado en causa económica, organizativa o productiva, y por tanto ajena a su voluntad, sea cual sea la formalización del cese que haya realizado la empresa.

TS a este respecto, son puntuales y no ofrecen una respuesta clara y rotunda respecto a la cuestión nuclear que subyace en todos los casos planteados, relativos a la interpretación y delimitación del *“alcance de la exención fiscal del art. 7.e) LIRPF, en aquellos supuestos en los que está abierto un despido colectivo y la extinción del contrato de trabajo se produce por mutuo acuerdo de empresa y trabajador en virtud de oferta de prejubilación”*⁶⁸², cuestión a la que sistemáticamente se niega a responder categóricamente la Sala 3ª del TS y que será objeto de estudio en el apartado dedicado a la fiscalidad de la prejubilación en el marco de un ERE.

4. PREJUBILACIÓN MEDIANTE EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO

4.1. LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS PARA LA REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR FINANCIERO EN ESPAÑA

Como ya se ha visto, la crisis financiera y económica que afectó a la economía mundial con una gravedad sin precedentes desde la Gran Depresión de 1929 tuvo una especial incidencia en España, y particularmente en el sector financiero. La explosión de la burbuja inmobiliaria supuso, entre otras consecuencias para las entidades financieras, una grave crisis de liquidez, con un mercado interbancario que, en la práctica dejó de funcionar, no permitiendo la hasta entonces habitual práctica de prestarse dinero entre las entidades financieras, circunstancia que motivó que dichas entidades acometiesen un obligado proceso de desapalancamiento y la necesaria reestructuración del sector, que se vería favorecida por los cambios legislativos que, en materia de empleo y Seguridad Social, se llevaron a cabo en España en los años 2008 a 2014 correspondientes al periodo de crisis económica.

Dada la importancia que para la economía de cualquier estado supone que el sector financiero goce de una buena salud, alejado de cualquier duda sobre su viabilidad y solvencia, y ante la necesidad de afrontar una situación ciertamente complicada para el sector, el gobierno de turno decidió acometer medidas destinadas a paliar aquellos efectos de la crisis del sector que pudiesen suponer un obstáculo a su normal funcionamiento.

⁶⁸² ATS, Sala 3ª, de 24 de octubre de 2018, recurso 4364/2018.

Muestra de aquella intervención legislativa fueron las distintas leyes que se promulgaron en el ámbito económico-financiero y en el mercado de trabajo.

En el ámbito económico, y con la intención de fortalecer y acomodar el sistema financiero, se publicaron leyes tales como el RD-Ley 6/2008, de 10 de octubre, por el que se crea el Fondo para la adquisición de Activos Financieros, fondo dotado inicialmente con 30.000 millones de euros, ampliables hasta los 50.000 millones, destinados a adquirir activos a las entidades financieras, con el fin último de que estas adquieran la necesaria liquidez para financiar a empresas y ciudadanos.

Igualmente, el RD-Ley 7/2008, de 13 de octubre, de Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona euro, tuvo como objetivo asegurar condiciones de liquidez apropiadas para el funcionamiento de las instituciones financieras y facilitar al acceso a su financiación, todo ello con el fin último de asegurar el funcionamiento de la economía. Para conseguir estos fines, el estado autorizó el otorgamiento de una línea de avales a las entidades financieras de hasta 100.000 millones de euros.

El RD-Ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito, por el que se crea el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que se crea con el objetivo de mantener la confianza en el sistema financiero nacional y de incrementar su fortaleza y solvencia de manera que las entidades que subsistan sean sólidas y puedan proveer crédito con normalidad. Estos objetivos se concretan en adecuar la capacidad instalada y la estructura de costes de las entidades, favoreciendo los procesos de concentración mediante la integración entre entidades con el fin de asegurar su viabilidad futura.

A continuación, el RD-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, supuso la reforma del Régimen Jurídico de las Cajas de Ahorros, siendo fundamental para la capitalización de las Cajas, facilitando el acceso de los tenedores de cuotas participativas a detentar derechos políticos mediante la representación de los intereses de los cuota partícipes en los órganos de gobierno de las Cajas, lo que de facto suponía un intento de asimilarlas a las acciones de los bancos. El segundo gran objetivo de esta ley era la profesionalización de los órganos de gobierno de las Cajas, reduciendo el peso político mediante la limitación al 40 por 100

por ciento (desde el 50 por 100 anterior) de la representación de las Administraciones Públicas, abriendo por último la posibilidad a que ejerciesen su actividad de negocio mediante la creación de un banco y la conversión de la Caja en una fundación, así como la posibilidad de que se integrasen en un Sistema Institucional de Protección (SIP).

Por su parte, el RD-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero, intentó reforzar el capital de las entidades financieras mediante la aplicación de las exigencias de ratio capital / activos ponderados por riesgo, que Basilea III establece entre un 8-10 por 100 en función de la colocación de títulos representativos de su capital a terceros y su ratio de financiación mayorista. La segunda gran medida de esta ley fue la modificación del régimen jurídico del FROB, habilitándole para adquirir acciones de las entidades financieras con problemas de viabilidad y que no pudieran reforzar su capital mediante el recurso al mercado. Fruto de esta ley fue la adquisición por el FROB de Banco CAM y Unnim Banc (que proceden de las extintas Caja de Ahorros del Mediterráneo el primero y un conglomerado de Cajas Catalanas el segundo, cuya actividad fue traspasada a un banco creado al efecto con el objeto de que fuesen adquiridos por el FROB), y que fueron adquiridos por Banco Sabadell y BBVA respectivamente.

El RD-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, se promulgó para articular nuevos requerimientos de provisiones y capital adicionales, al objeto de dar cobertura al deterioro de los balances ocasionado por los activos vinculados al sector inmobiliario, ahondando en la modificación del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, mediante la simplificación de su estructura organizativa y requisitos operativos.

El RD-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de activos inmobiliarios del sector financiero, incrementó los requerimientos de cobertura de los activos problemáticos vinculados a la actividad inmobiliaria, reforzando los requerimientos de provisiones y capital establecidos en el RD-Ley 2/2012, de 3 de febrero. Igualmente, si como consecuencia del cumplimiento de estos nuevos requisitos de solvencia, el Banco de España considerase que una entidad viese deteriorada su solvencia, podría ordenar la intervención del FROB para inyectar recursos en ella. La otra gran medida de esta ley fue la constitución de sociedades de capital a las que las entidades de crédito debían aportar todos los inmuebles adjudicados o recibidos en pago de deudas relacionadas con el sector inmobiliario, ello con el fin de aislar y dar salida al mercado a estos activos inmobiliarios, facilitando esta salida mediante incentivos fiscales en el

Impuesto de Sociedades, IRPF y IRNR, así como una reducción de los aranceles notariales y registrales aplicables a estas operaciones de saneamiento del balance de las entidades financieras.

Sin embargo, todas estas medidas legislativas adoptadas especialmente al objeto de contribuir al saneamiento y continuidad del sector financiero, facilitando su función canalizadora del ahorro a la economía real, imprescindibles para la estabilidad financiera y del conjunto de la economía nacional, debían ir acompañadas de medidas que facilitaran los necesarios procesos de reestructuración de un sector tan fundamental y estratégico para la economía de un país. Sin duda, la necesidad del sector financiero de acometer con mayor celeridad su necesario proceso de reestructuración, influyó decisivamente en la publicación del RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero y la posterior la Ley 3/2012, de 6 de julio. De hecho, las instituciones y actores económicos -esos enigmáticos “mercados financieros”- han sido calificados por la doctrina como “poderes visibles” y no “manos invisibles”, pues tienen nombre y apellidos⁶⁸³.

4.2. LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL⁶⁸⁴

La reforma laboral llevada a cabo mediante la promulgación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, supuso una profunda corrección en los tres aspectos claves de la relación laboral: la contratación, la variabilidad de las condiciones de trabajo y la terminación de la relación laboral⁶⁸⁵, significando un nuevo avance hacia la flexibilidad interna y externa en el sistema español de relaciones laborales⁶⁸⁶.

⁶⁸³ MOLINA NAVARRETE, C., “Crisis, empresas en reestructuración y derecho social al empleo: entre la razón mercantil y la razón laboral”, en CASTIÑERA GONZÁLEZ, J (coord.), *Reestructuraciones de Empresas, XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, cit., pág. 264.

⁶⁸⁴ Ley 3/2012, de 6 de julio, sobre medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que convalida e introduce algunos cambios respecto del RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁶⁸⁵ CAUCES, Cuadernos *del Consejo Económico y Social*, primavera 2012: abril/mayo/junio, “La reforma laboral: principales novedades”, pág. 38. Disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/99102/Cauces20>

⁶⁸⁶ MANZANARES MARTÍNEZ, D.A., LUJÁN ALCARAZ, J., “Cambios y reformas laborales en un contexto de crisis”, *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 32, 2013, pág.7.

Tal y como su propia exposición de motivos señala, pretendía “*abordar reformas que proporcionasen a los operadores económicos y laborales un horizonte de seguridad jurídica y confianza en el que desenvolverse con certeza para conseguir recuperar el empleo, garantizando tanto la flexibilidad de las empresas en la gestión de los recursos humanos como dotar a las personas trabajadoras de la necesaria seguridad y estabilidad en su empleo y niveles de protección social*”, llevando a cabo para ello importantes modificaciones en las instituciones del mercado de trabajo⁶⁸⁷ mediante la adopción de numerosas medidas que tenían como objetivo el de incidir en una mayor flexibilización de la protección del empleo⁶⁸⁸, básicamente encuadrables en tres grandes grupos.

En primer lugar, con la finalidad de incrementar la flexibilidad interna de las empresas y reforzar el poder de dirección⁶⁸⁹, se potencia la movilidad funcional y la modificación de las condiciones de trabajo, la descentralización del sistema de negociación colectiva, otorgando prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa frente al convenio colectivo en vigor para determinadas materias, como distribución del tiempo de trabajo, salario⁶⁹⁰, complementos, remuneración de horas extraordinarias, etc., -lo que, en teoría, facilita el objetivo de fortalecimiento de los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las concretas circunstancias por las que atraviese la empresa y, en la práctica, contribuye a la devaluación salarial-, así como el establecimiento de una limitación a la ultraactividad de los convenios colectivos⁶⁹¹, lo

⁶⁸⁷ IZQUIERDO M., LACUESTA A., y PUENTE S., “La reforma laboral de 2012: un primer análisis de algunos de sus efectos sobre el mercado de trabajo”, Banco de España, *Boletín Económico*, núm. 9, 2013, pág. 1. Disponible en: [Boletín Económico. Septiembre 2013. La reforma laboral de 2012: un primer análisis de algunos de sus efectos sobre el mercado de trabajo \(bde.es\)](#) .

⁶⁸⁸ En opinión del gobernador del Banco de España, la reforma del mercado laboral apoyada en 2012 por el anterior Gobierno de centro derecha dio a las compañías mayor flexibilidad para recortar costes después de la crisis financiera. Disponible en: <https://www.expansion.com/economia/2020/02/05/5e3a755b468aeb9c228b460f.html>. [El gobernador del Banco de España pide mantener la reforma laboral | Economía \(expansion.com\)](#) .

⁶⁸⁹ FERRANDO GARCIA, F.M., “El reforzamiento del poder de dirección tras la reforma laboral de 2012”, cit., pág. 71.

⁶⁹⁰ Ahora bien, el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo ha suprimido la prioridad aplicativa del convenio de empresa en lo que concierne a la materia retributiva.

⁶⁹¹ La reforma tuvo como consecuencia que, una vez finalizada la vigencia pactada del convenio, este podía seguir vigente por un año adicional. Si al terminar el año, no se había logrado firmar un nuevo convenio, dejaría de aplicarse el convenio denunciado y se aplicaría el convenio de ámbito superior (nada decía la norma respecto de qué hacer en el caso de que no exista ámbito superior). Esta normativa ha sido reformada por el RD-Ley 32/2021, que recupera la ultraactividad indefinida del convenio, hasta que se logre un nuevo convenio.

que, de facto, supone un aumento del poder de decisión en las relaciones laborales por la empresa⁶⁹² y un incentivo a que la negociación se lleve más ágilmente por las partes.

En segundo lugar, se encuentran aquellas medidas en las que se persigue una reducción en el coste de despido para las empresas⁶⁹³. Así, se pasó de una indemnización de 45 días por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades a una indemnización de 33 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades en los casos de despido improcedente⁶⁹⁴, tanto para personas trabajadoras con contrato indefinido anterior a su aprobación como para los contratos formalizados desde la misma⁶⁹⁵.

Y, en tercer lugar, pero no menos importante, se modifica el régimen de los despidos colectivos, suprimiendo la necesidad de autorización administrativa, manteniendo el periodo de consultas con la representación de las personas trabajadoras pero sin exigir que finalice en acuerdo, dejando la decisión final en la empresa⁶⁹⁶, e introduciendo nuevos criterios para la justificación del despido colectivo, delimitando las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, limitando el control judicial a la concurrencia de las causas y no a proyecciones de futuro.

Estas modificaciones realmente refuerzan el poder unilateral del empresario y suponen una regresión de los derechos laborales de las personas trabajadoras, agravando el desequilibrio de las relaciones de poder dentro de la empresa, en provecho del empresario y en perjuicio de los trabajadores⁶⁹⁷.

Sin embargo, basta con acudir a las reivindicaciones del sector financiero, manifestadas en boca de los grandes banqueros, como el presidente del Banco Santander,

⁶⁹² ÁNGEL MALO, M., “Los impactos de la reforma de 2012 en la negociación colectiva”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 246, 2015, pág., 26.

⁶⁹³ GARCÍA PÉREZ, J.I., y JANSEN M., “Un balance de los efectos de la reforma laboral de 2012”. *Cuadernos de Información Económica*, núm. 246, 2015, pág.3.

⁶⁹⁴ Artículo 56.1 ET.

⁶⁹⁵ Así, para los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012, la indemnización se seguirá calculando a razón de 45 días por año trabajado hasta dicha fecha y de 33 días por año trabajado desde esa fecha, no pudiendo rebasar la indemnización los 720 días de salario, a excepción de que, en aplicación del periodo trabajado anterior a 12 de febrero de 2012, resulte un número de días superior, sin que dicho importe pueda rebasar las 42 mensualidades en ningún caso. Disp. Trans. 5ª Ley 3/2012.

⁶⁹⁶ A salvo de la impugnación judicial del mismo.

⁶⁹⁷ FERRANDO GARCIA, F.M., “El reforzamiento del poder de dirección tras la reforma laboral de 2012”, cit., pág. 94.

Emilio Botín, quien en enero de 2012 pedía al gobierno “una reforma laboral profunda y de calado”⁶⁹⁸, para intuir el sutil influjo que los patronos del sector financiero ejercieron sobre el gobierno para la promulgación de esta ley, cuyo espíritu perfectamente podrían arrogarse, pues tuvo el efecto principal de dotar a las entidades financieras de una mayor capacidad negociadora a la hora de abordar sus procesos de reestructuración, en detrimento de la capacidad negociadora de los sindicatos⁶⁹⁹ y con una merma en los derechos de las personas trabajadoras, aunque, como es normal, lo que en opinión de sindicatos y personas trabajadoras supuso una injustificable merma de sus derechos, para los patronos bancarios incluso quedó corta y era necesario endurecerla⁷⁰⁰. La doctrina afirmó que se trataba “de una medida establecida *ad hoc* para todas aquellas empresas o grupo de empresas que, con la reforma de 2012 como fondo de actuación, habían decidido reestructurar sus plantillas con los mecanismos existentes [...], de ahí que el legislador, sensible a esta necesidad, no solo 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”⁷⁰¹.

Aunque es interesante la especial atención que se dispensa a los despidos del personal directivo de las entidades financieras intervenidas por el FROB⁷⁰², lo verdaderamente importante y trascendente, que resulta de la promulgación de la ley en lo que a intentar dar satisfacción a las demandas del sector financiero se refiere, se

⁶⁹⁸ “La reforma laboral abarata a la décima parte el coste del despido en banca”, Diario económico Cinco Días, 14 febrero 2012, disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2012/02/14/mercados/1329317236_850215.html y Diario Expansión, 25 enero 2012, disponible en: <https://www.expansion.com/2012/01/25/economia/1327511064.html>.

⁶⁹⁹ La aprobación de la reforma laboral contó con la oposición frontal de los sindicatos, puesta de manifiesto mediante la convocatoria de multitudinarias manifestaciones, como la convocada por el sindicato CCOO: <https://www.ccoo.es/b8a3b96cb68f087926d6f0eae7aa61c6000001.pdf>.

⁷⁰⁰ Así lo manifestó el entonces presidente de BBVA Francisco González en declaraciones a El Diario.es en fecha 17 de junio de 2013, disponible en: https://www.eldiario.es/economia/presidente-bbva-endurecer-reforma-laboral_1_5713452.html.

⁷⁰¹ LÓPEZ CUMBRE, L., “Jubilaciones anticipadas en extinción”, cit., págs., 81-104.

⁷⁰² La ley, en su Disp. Adic. 7ª, dedicada a las Normas aplicables a las entidades de crédito, regulaba las indemnizaciones a satisfacer por extinción de contrato de sus directivos, regla de aplicación exclusiva a aquellas entidades participadas mayoritariamente o apoyadas financieramente por el FROB, por la que, las indemnizaciones de los directivos no podían superar la menor de las siguientes cuantías: a) dos veces las bases máximas resultantes, respectivamente, de las reglas 3.ª y 4.ª del artículo 5.3 a) del RD-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero; o b) dos años de la remuneración fija estipulada.

encuentra en la modificación llevada a cabo sobre la ampliación de la movilidad funcional y geográfica, en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, sobre todo, en la reforma del régimen jurídico del despido colectivo, introduciendo variaciones significativas en su tramitación. Por su importancia y trascendencia en lo que al objeto de esta tesis atañe, se analizan a continuación las modificaciones llevadas a cabo en la tramitación del despido colectivo, instrumento tradicionalmente utilizado para el diseño y ejecución de los procesos de reestructuración empresarial⁷⁰³, y, sin duda, la figura jurídica más profusamente utilizada por las entidades financieras para llevar a cabo los procesos de prejubilación de sus plantillas tras la publicación de la Ley 3/2012, pues las modificaciones introducidas por la reforma laboral, penalizaron las prejubilaciones, principal herramienta junto con las bajas incentivadas que hasta ese momento utilizaban las entidades de crédito para acometer sus ajustes de plantilla, por lo que el hecho de que con la publicación de la reforma laboral, se encarecieran, al mismo tiempo que se abarataba el despido, decantó la balanza a favor de este último como medida estrella para afrontar los ajustes de empleo en el sector.

A ello se añadía el hecho de que, la materialización de la extinción mediante un despido colectivo comporta para la persona trabajadora una serie de ventajas en el momento de acceder a la prejubilación, lo que sin duda redundaba en una mayor facilidad a la hora de llegar a acuerdos entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras para su implementación. Entre las principales ventajas, se encuentra el control de la legalidad en la tramitación del expediente que lleva a cabo la autoridad laboral, especialmente en lo relativo al periodo de consultas del art. 51 ET, otra ventaja añadida es la fiscalidad aplicable a la indemnización percibida, con la exención de hasta los primeros 180.000 euros conforme dispone el art. 7.e) LIRPF, así como el acceso a las prestaciones de desempleo y jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora, prestaciones que le estarían vedadas si la prejubilación no estuviese amparada en un despido colectivo.

Para la empresa, la reforma del régimen del ERE supuso una simplificación del proceso, con la supresión de la autorización previa de la autoridad laboral, una redefinición de las causas justificativas del despido y una limitación del control

⁷⁰³ MOLINA NAVARRETE, C., “Crisis, empresas en reestructuración y derecho social al empleo: entre la razón mercantil y la razón laboral”, cit., pág. 276.

jurisdiccional, dejando, además, en sus facultades la decisión última para el caso de no llegar a acuerdo con la representación de las personas trabajadoras.

4.2.1. Supresión de la necesidad de autorización

Hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, el art. 49.1.i) del ET, establecía como causa de extinción del contrato de trabajo el despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que aquél hubiese sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en dicha norma, necesidad de autorización que desaparece tras la entrada en vigor de la nueva redacción dada por la citada Ley 3/2012, de 6 de julio, de suerte que, la exigencia del art. 49.1.i) ET se reduce a la apertura de un período de consultas con la representación de las personas trabajadoras, no siendo ya precisa la solicitud de autorización a la autoridad laboral para llevar a cabo la extinción de los contratos de trabajo, salvo que se alegue la concurrencia de fuerza mayor para justificar los ceses (art. 51.7 ET).

Con la nueva redacción dada por la Ley 3/2012, empresa y representantes de las personas trabajadoras pueden llegar a un acuerdo sobre los términos y condiciones del despido colectivo y, para el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, la empresa puede comunicar a la representación de las personas trabajadoras y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo y las condiciones en que se producirá éste, siempre que concurren las causas económicas, organizativas, técnicas o de producción a que se refiere el art. 51.1 ET⁷⁰⁴, pues aunque se mantiene la exigencia de establecer un periodo de consulta, la norma no exige que la empresa llegue a ningún acuerdo con la representación de las personas trabajadoras para llevar a cabo los despidos, bastando con presentar una memoria en la que se especifiquen las causas que justifican la decisión extintiva, junto con los demás requisitos exigidos por la norma, quedando a la representación de las personas trabajadoras únicamente la opción de impugnar el despido colectivo ante la jurisdicción social.

⁷⁰⁴ Si bien es cierto que se impone a la empresa la obligación de seguir un protocolo de comunicación a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, estableciendo un periodo de consultas con el consiguiente proceso de negociación del despido, debiendo aportar una memoria explicativa del mismo, una vez terminado el periodo de consultas, si no se ha alcanzado un acuerdo, el empresario tiene la decisión final sobre el despido colectivo y las condiciones de este.

Esta supresión de la necesidad de autorización administrativa para llevar a cabo el despido colectivo obedece al interés de dotar de mayor celeridad al proceso, pues una vez iniciado el mismo, el papel de la autoridad laboral queda constreñido a velar por la efectividad del periodo de consultas, careciendo de facultades para su paralización o suspensión. En consecuencia, una vez iniciado el procedimiento, debe llegarse a un acuerdo antes del transcurso de 30 días naturales, o de 15 días en el caso de empresas de menos de 50 personas en plantilla, pues de lo contrario, la decisión última respecto al despido colectivo queda en las facultades de la empresa, con las únicas limitaciones que la ley le impone, siendo la decisión empresarial directamente ejecutiva⁷⁰⁵.

Resulta patente que esta nueva redacción de la norma dota a las entidades financieras de una mayor capacidad negociadora frente a la representación de las personas trabajadoras, quienes, ante una comunicación de despido colectivo, se ven compelidas a llegar a un acuerdo con la empresa bajo la presión que comporta disponer de un tiempo que ya está previamente limitado por la ley, con el inconveniente de que, agotado el mismo, la decisión última queda en el poder de decisión de la empresa.

4.2.2. Redefinición de las causas justificativas del despido colectivo

Sin duda, entre las modificaciones más significativas que introdujo la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012, en la regulación del despido colectivo -y por causas económicas del art. 52.c) ET-, fue la reformulación de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifican. La nueva redacción dada a la norma se limita a enumerar las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican el despido colectivo y el despido objetivo, concretamente, en las causas económicas se elimina la exigencia de que la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas, puedan afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener su volumen de empleo, considerando que existe causa económica cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, así como en el supuesto de existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o de ventas.

⁷⁰⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Aspectos procesales del despido colectivo tras las reformas legales de 2012-2013: una síntesis de jurisprudencia”, cit., pág.144.

En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si, durante tres trimestres consecutivos, el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior, eliminando la obligación de la empresa de acreditar la concurrencia de las causas económicas alegadas. Las causas técnicas se mantienen en la necesidad de que se produzcan cambios en el ámbito de los medios o instrumentos de producción. Se incorporan los cambios en el modo de organizar la producción a las causas organizativas y, por último, para las causas productivas, se mantienen en la necesidad de cambios en la demanda de productos o servicios que la empresa ofrece al mercado.

4.2.3. Limitación del margen de control jurisdiccional

La eliminación del requisito de la autorización administrativa que introdujo la Ley 3/2012, supuso la transformación del periodo de consultas en un marco puramente estético, pues la negociación con la representación de las personas trabajadoras no deja de ser un mero trámite en el que finalmente adquiere primacía la decisión de la empresa⁷⁰⁶. De hecho, la literal interpretación de la norma que realiza la Sala 4ª del TS, sitúa a la persona trabajadora en una clara indefensión ante la decisión empresarial, pues, cuando el despido colectivo ha finalizado con acuerdo, la manifestación de la causa motivadora en la carta individual del despido, no deja de ser un mero formalismo sin consecuencias sobre la calificación del despido individualmente impugnado⁷⁰⁷, pues para el proceso individual de impugnación del despido no se permite a la persona trabajadora cuestionar la concurrencia y justificación de las causas alegadas por la empresa, precisamente por el hecho de ser fruto de una negociación con la legal representación de las personas trabajadoras y no haber sido impugnada colectivamente.

En este sentido, es criterio reiterado de la Sala 4ª del TS el de reconocer un valor reforzado a los acuerdos pactados mayoritariamente por las representaciones sindicales como medio de garantía y protección de la negociación colectiva en favor del

⁷⁰⁶ QUINTERO LIMA, M.G., “El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco de procedimientos de despido colectivo: una cuestión aún litigiosa. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 219/2016, de 15 de marzo de 2016”, *Revista de información laboral*, núm. 5, 2016, pág. 129.

⁷⁰⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Formalización de la extinción individual del contrato derivada de un despido colectivo pactado”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 216, 2019, pág. 75.

reconocimiento de su eficacia vinculante⁷⁰⁸, otorgándole la presunción de la concurrencia de las causas justificativas del despido colectivo. No obstante, resulta conveniente abundar en el recorrido del recurso frente a la decisión empresarial de despido colectivo.

La decisión empresarial de despido colectivo puede ser impugnada por la persona trabajadora, los representantes legales de las personas trabajadoras, la autoridad laboral⁷⁰⁹ y la propia empresa⁷¹⁰. El artículo 148.b) LRJS, faculta a la autoridad laboral para impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas a efectos de su posible declaración de nulidad cuando esta aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo.

Por su parte, el artículo 124 LRJS distingue, asimismo, entre la impugnación colectiva y la individual. En su apartado 1º, faculta a la representación de las personas trabajadoras y a la representación sindical con implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo para impugnarlo conforme al procedimiento previsto en dicho precepto, debiendo fundarse la demanda extintiva en uno de los siguientes motivos: a) que no concurre la causa legal alegada; b) que no se ha realizado el periodo de consultas o entregada la documentación prevista el art. 51.2 ET o no se ha respetado el procedimiento establecido en el art. 51.7 ET; c) que la decisión extintiva se ha adoptado en fraude de ley, dolo coacción o abuso de derecho y d) que se han vulnerado derechos fundamentales y libertades públicas. De otro lado, en su apartado 3º, faculta a la empresa para que, trascurrido el plazo de caducidad de 20 días para el ejercicio de la acción por la representación de las personas trabajadoras y durante el plazo de 20 días siguientes a la expiración de este, pueda interponer demanda con la pretensión de que se declare ajustada a derecho la decisión extintiva, siempre y cuando el despido no hubiese sido impugnado por estos o de oficio por la autoridad laboral, teniendo la sentencia que se dicte naturaleza declarativa⁷¹¹, como medio de evitar la proliferación de litigios individuales, quedando

⁷⁰⁸ STS, Sala 4ª, de 8 de noviembre de 2017, rec. 40/2017.

⁷⁰⁹ Así se prevé en el art. 51.6 ET, en relación con el art. 15 del Real Decreto 1483/2012 y en el art. 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

⁷¹⁰ GALA DURÁN, C., “Una aproximación al despido colectivo como medida de reestructuración empresarial tras las últimas reformas laborales”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 0, 2014, pág.48.

⁷¹¹ Es lo que se conoce como acción “preventiva” o de “jactancia” (CAVAS MARTINEZ, F., “Aspectos procesales del despido colectivo tras las reformas legales de 2012-2013: una síntesis de jurisprudencia”, cit., pág.156).

estos limitados al análisis de las cuestiones estrictamente de carácter individual, evitando así la inseguridad jurídica a la que podría conducir la existencia de multitud de litigios con resultado diverso⁷¹².

Conviene llevar a cabo, por ser la modalidad más controvertida, siquiera sucintamente, un breve comentario sobre el derecho que al efecto otorga el art. 124.13 LRJS a la persona trabajadora afectada por el despido colectivo de accionar individualmente contra el mismo, permitiendo con ello la norma que puedan concurrir demandas colectivas e individuales sobre la misma decisión extintiva, con la particularidad de que, la interposición de demanda por parte de la representación de las personas trabajadoras, paralizará las acciones individuales iniciadas hasta la resolución de aquella (art. 51.6 ET). Para el caso de que la representación de las personas trabajadoras no haya ejercido acciones colectivas contra el despido, el plazo para la impugnación individual dará comienzo una vez transcurrido el plazo de caducidad de 20 días que estos tienen para ejercer la acción en representación de las personas trabajadoras.

Distingue la norma entre aquellos casos en los que el despido colectivo haya sido impugnado conforme a lo establecido para el procedimiento colectivo respecto de aquellos en los que no haya sido objeto de impugnación. Aunque, tanto la norma como la jurisprudencia, permiten a la persona trabajadora accionar contra el despido de forma individual, lo cierto es que la ley otorga preferencia a la impugnación colectiva frente a la impugnación individual del despido, que queda directamente condicionado por esta, pues como se ha visto, de existir acción colectiva por parte de la representación de las personas trabajadoras, en primer lugar, la acción de la persona trabajadora debe quedar paralizada hasta que finalice la acción colectiva y, en segundo lugar, en caso de sentencia firme o conciliación judicial, tendrán el efecto de cosa juzgada respecto de la acción individual.

Especial significación adquiere el criterio jurisprudencial establecido por la Sala 4ª del TS respecto de la imposibilidad de atacar individualmente la concurrencia de las causas extintivas de la relación laboral cuando estas han sido aceptadas por la representación de las personas trabajadoras al haber llegado a un acuerdo para la

⁷¹² STS, Sala 4ª, de 2 de julio de 2018, rec. 2250/2016.

finalización del despido colectivo⁷¹³. Viene reconociendo la Sala 4ª del TS un valor probatorio reforzado al acuerdo logrado en el periodo de consultas con la representación de las personas trabajadoras y, solamente en el caso de que haya finalizado sin acuerdo el periodo de consultas del despido colectivo y no haya sido impugnado colectivamente, permite a la persona trabajadora cuestionar la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción alegadas por la empresa para justificar el despido colectivo, pues en caso de que exista acuerdo sobre la concurrencia de las causas entre empresa y representantes de las personas trabajadoras, se presume que concurre la causa⁷¹⁴. Este criterio impide a la persona trabajadora cuestionar la concurrencia y justificación de las causas alegadas por la empresa para justificar el despido colectivo, estableciendo una presunción *iuris et de iure* sin posibilidad de prueba en contrario sobre la concurrencia y suficiencia de las causas, pues ni incluso los vicios de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho pueden ser alegados por la persona trabajadora a título individual, a falta de impugnación colectiva del acuerdo, al no venir contemplado en la ley⁷¹⁵.

El criterio de la Sala 4ª del TS ha sido revocado por la STC 140/2021, de 12 de julio⁷¹⁶, que ha resuelto un recurso de amparo interpuesto ante la mencionada STS de 2

⁷¹³ STS, Sala 4ª, de 2 de julio de 2018, cit. En su fundamento jurídico Sexto.1, la citada sentencia manifiesta que “uno de los pilares sobre los que descansa el régimen jurídico de los despidos colectivos, es el de incentivar y dar especial relevancia a la consecución del acuerdo entre empresa y trabajadores durante el periodo de consultas, no solo para pacificar en la medida de lo posible las relaciones laborales, sino también para ofrecer una misma solución a la situación jurídica de todos los trabajadores afectados por el despido colectivo”. Para concluir en su punto 4, señalando que “Todas estas consideraciones son claramente reveladoras de la finalidad perseguida con las modificaciones que introduce el art. 124 LRJS, y resultan difícilmente conciliables con la idea de que pueda discutirse la concurrencia de la causa del despido colectivo en cada uno de los múltiples procedimientos de impugnación individual que pueden eventualmente plantearse ante los juzgados de lo social de todo el territorio nacional por los trabajadores afectados, cuando ha finalizado en acuerdo con la representación de los trabajadores que no ha sido impugnado.”

⁷¹⁴ CAVAS MARTINEZ, F., “Aspectos procesales del despido colectivo tras las reformas legales de 2012-2013: una síntesis de jurisprudencia”, cit., págs.176 y ss.

⁷¹⁵ Cavas Martínez, F., “Formalización de la extinción individual del contrato derivada de un despido colectivo pactado”, cit., pág. 74.

⁷¹⁶ “Cuando el despido colectivo no ha sido impugnado por los representantes legales de los trabajadores, a través del procedimiento colectivo previsto en el art. 124 LJS, la regulación legal no impide que, en procesos individuales, el órgano judicial pueda dilucidar respecto de la realidad de las causas invocadas para justificar la referida medida colectiva, aunque se hubiera alcanzado un acuerdo con la representación de los trabajadores. El legislador no ha establecido, debemos insistir en ello, un régimen jurídico homogéneo para el ejercicio de las diferentes acciones individuales derivadas de la aplicación de medidas de naturaleza colectiva cuando se logra un acuerdo con la representación de los trabajadores, pues la regulación establecida para los despidos es diferente de la prevista respecto de otras decisiones

de julio de 2018, estableciendo que, cabe revisar las causas del despido colectivo en un proceso individual aunque haya mediado acuerdo en el periodo de consultas con la legal representación de las personas trabajadoras, por lo que habrá que estar a la implementación que la Sala 4ª del TS lleve a cabo respecto de esta corrección que ha establecido el TC.

Con todo, dado que, de ordinario, lo que se pretende con estos despidos colectivos es precisamente la prejubilación de una parte de la plantilla, no parece oportuna la impugnación del despido colectivo por parte de la persona trabajadora afectada, ya que la declaración judicial de improcedencia, o como no ajustado a derecho o nulo, impediría el acceso de la persona trabajadora a la jubilación anticipada por causa ajena a su libre voluntad⁷¹⁷, pues pasaría a ser un despido improcedente, que cerraría el paso a la modalidad de jubilación anticipada por causa ajena a la libre voluntad del interesado⁷¹⁸, pudiendo anticipar la edad ordinaria de jubilación en 2 años en lugar de los 4 años a los que tendría derecho en caso de despido colectivo.

Sin embargo, la verdadera magnitud de la reforma llevada a cabo se encuentra en la supresión del “juicio de razonabilidad”⁷¹⁹, pues desaparece la obligación de la empresa de justificar ante el juez la razonabilidad del despido. Ya no tiene que acreditar las causas y su afectación a la viabilidad de la empresa o al mantenimiento del volumen de empleo, sino que basta con la concurrencia de la causa, debiendo ceñirse el control judicial a verificar que concurre la causa o causas alegadas, sin acudir a interpretaciones, pues tal y como aclara la exposición de motivos de la Ley 3/2012, la norma “*se ciñe a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican estos despidos*”, eliminando los “*juicios de oportunidad*” relativos a la gestión de la empresa,

empresariales. Por ello, de conformidad con el derecho contemplado en el art. 24.1 CE, proclamamos que la viabilidad de la impugnación planteada por los demandantes debe ser reconocida y, en consecuencia, afirmamos que lo resuelto por el órgano casacional resulta contrario a la efectividad del referido derecho” (STC 140/2021, de 12 de julio, recurso de amparo núm. 5508/2018, FJ 7º).

⁷¹⁷ ESTEBAN LEGARRETA, R., GALA DURAN, C., “El retroceso en la protección social de los trabajadores de edad en materia de desempleo y jubilación”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, 2016, Vol.3, págs. 25-39.

⁷¹⁸ Modalidad restringida a las causas contempladas en los artículos 51 y 52.c) ET.

⁷¹⁹ GARCÍA CASTILLO, M.T., CONTRERAS DE MIGUEL, C. y BUENDIA JIMENEZ, J.A., “Más implicaciones procesales de las reformas laborales”, en AAVV., FERRANDO GARCÍA, F.M., LUJÁN ALCARAZ, J., (Coords) *Derecho Sustantivo y Proceso Laboral, repercusión procesal de las reformas sustantivas laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, Estudios, Cizur Menor, 2020, pág. 387.

así como la “proyección de futuro” y la “valoración finalista” de los despidos por parte de los tribunales, debiendo limitarse el control judicial a valorar la concurrencia de las causas, incentivando la autonomía colectiva.

La literal interpretación de la norma supone que basta con que concurra alguna de las causas alegadas para que se pueda llevar adelante el despido, sin que la empresa deba justificar que de su concurrencia se pueda deducir la razonabilidad de la decisión extintiva. Queda clara la intención del legislador de dotar a las empresas de un marco jurídico que les atribuye una mayor potestad y libertad para llevar a cabo la adopción de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, limitando la supervisión judicial sobre las medidas extintivas, de forma tal que se constriñe el control externo desarrollado por el juez frente a las decisiones de gestión de la empresa, limitando su análisis a la constatación de la existencia de la causa, excluyendo cualquier control de razonabilidad, idoneidad o proporcionalidad de la medida adoptada⁷²⁰.

Sin embargo, pese a que desaparece cualquier referencia al juicio de razonabilidad, ciertamente su exigencia está implícita en la norma, siendo en todo caso un requisito que emana de la CE⁷²¹ y de los Convenios Internacionales suscritos por España y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico⁷²², no siendo posible la pretensión del legislador de excluir el juicio de razonabilidad del control jurisdiccional de los despidos colectivos, ya que “se atentaría contra la esencia de la función jurisdiccional y se desconocería el valor superior del ordenamiento jurídico de la justicia”⁷²³, pues el control del nexo causal y la proporcionalidad de la medida adoptada es obvio y casi inseparable del de causalidad, y es patente que subsiste en cuanto que es posible impugnar las medidas por abuso de derecho o fraude de ley y por vulneración de derechos fundamentales⁷²⁴.

⁷²⁰ DOMÍNGUEZ MONTOYA, A.E., “Del control judicial en los despidos por necesidades empresariales tras la reforma laboral de 2012: alcance, estado actual y críticas”, *Iuslabor*, núm. 3, 2015., pág. 20.

⁷²¹ El art. 35.1 CE garantiza el derecho al trabajo de todos los españoles

⁷²² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Novedades principales de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2012, pág. 7.

⁷²³ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2012, pág. 6.

⁷²⁴ ALFONSO MELLADO, C.L., “Reforma laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pág. 268.

La Sala 4ª del TS, como no podía ser de otra forma, se ha venido encargando, a través de sus sentencias, de establecer algunas consideraciones sobre el correspondiente alcance del control jurisdiccional de la medida adoptada, pues, aunque la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, limita, al menos formalmente, el juicio de razonabilidad, debiendo ceñirse el juzgador a una valoración sobre la concurrencia de las causas. En este sentido, considera la Sala que “no son admisibles ni el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los Tribunales en ese Preámbulo ni la discrecionalidad absoluta que - en consecuencia- correspondería al empresario cuando mediase la causa legalmente descrita. Y al efecto entendemos que por fuerza ha de persistir un ámbito de control judicial fuera de la «causa» como hecho, no sólo por la concurrencia de los intereses constitucionales y compromisos internacionales que están en juego, sino también por aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos”⁷²⁵.

La Sala, amparándose en la necesaria concurrencia de intereses constitucionales, tratados internacionales que forman parte de nuestro derecho interno, así como la aplicación de los principios generales del derecho, considera que fundan “un insuperable obstáculo para limitar el control judicial a la exclusiva apreciación de la concurrencia de la causa como simple dato fáctico justificativo de la medida extintiva [o modificativa, en su caso], prescindiendo de la entidad -cualquiera que ésta fuese- de la reacción adoptada por el empresario para corregir la crisis padecida, sino que, muy contrariamente, imponen un juicio de «razonabilidad» acomodada a los referidos mandatos -constitucionales, internacionales y comunes-”.

Según el Tribunal Supremo, el juicio de razonabilidad tendría una triple proyección: “1). - Sobre la existencia de la causa tipificada legalmente como justificativa de la medida empresarial [modificativa o extintiva]. 2).- Sobre la «adecuación» de la medida adoptada, aunque en su abstracta consideración de que la medida se ajusta a los fines -legales- que se pretenden conseguir, bien de corregir o hacer frente -en mayor o menor grado- a la referida causa y 3). - Sobre la «racionalidad» propiamente dicha de la medida, entendiendo que este tercer peldaño de enjuiciamiento hace referencia a que han de excluirse por contrarias a Derecho las medidas empresariales carentes de elemental proporcionalidad. Juicio este último -de proporcionalidad- que ha de ser entendido en el

⁷²⁵ STS, Sala 4ª, de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014.

sentido de que si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa «idoneidad» de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, en todo caso han de excluirse -como carentes de «razonabilidad» y por ello ilícitas- aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores”.

Este criterio de la Sala 4ª defiende la conexión de funcionalidad entre la causa alegada y las extinciones contractuales, pues, acreditada la concurrencia de la causa, el control jurisdiccional debe ceñirse a comprobar si los cambios técnicos, organizativos o de producción de la empresa, son razonables en términos de gestión empresarial, no siendo preciso que de ello se derive una situación económica negativa, criterio que sigue plenamente en vigor y, en palabras de la propia Sala⁷²⁶ “la decisión extintiva debe constituir una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva que sea proporcional y adecuada a los fines que se pretenden conseguir; lo que no implica que nos corresponda fijar la precisa idoneidad de la medida a adoptar por el empresario ni censurar su oportunidad en términos de gestión empresarial, sino que únicamente han de excluirse -como carentes de razonabilidad- aquellas decisiones empresariales que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (STS/4ª/Pleno de 21 diciembre 2012 -rec. 199/2012-, 27 enero 2014 -rec. 100/2013- y 17 julio 2014 -rec. 32/2014-).”

4.3. LA COMUNICACIÓN INDIVIDUAL DEL DESPIDO

La empresa podrá notificar los despidos individuales en el marco de un despido colectivo, debiendo llevarlo a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 51.4 ET⁷²⁷ en relación con el artículo 53.1 del mismo texto legal. Igual remisión se recoge en el artículo 14.1 RD 1483/2012. El precitado art. 53.1 ET establece el requisito de comunicación escrita a la persona trabajadora expresando la causa. Sobre dicha comunicación, es criterio jurisprudencial que debe ser interpretada como alusiva a las causas económicas,

⁷²⁶ STS, Sala 4ª, de 18 de noviembre de 2020, rec. 143/2019.

⁷²⁷ Conforme al cual: “Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1”.

técnicas, organizativas o de producción⁷²⁸, no pudiéndose exigir a la empresa, ni en relación con el contenido de la carta de despido, ni en relación con la actividad probatoria a los efectos de los artículos 105.2, 108.1 y 122.1 LRJS, nada más que lo que determina expresamente el artículo 53.1 ET en relación, en este caso, con lo establecido en el artículo 52. c) ET⁷²⁹.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 124.13.a) LRJS, la persona trabajadora individualmente afectada por el despido colectivo podrá impugnarlo por el procedimiento para la extinción de contrato por causas objetivas, debiendo el empresario acreditar la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita. Entre otros motivos, será nula la decisión extintiva por falta de aportación de la documentación exigida en el procedimiento de despido colectivo, no respetarse las prioridades de permanencia establecidas por la legislación, defectos formales en la carta de despido, vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora, así como cuando afecte a una persona trabajadora en ejercicio de los derechos de conciliación previstos en el art. 53.4 a) y b) del ET (en estos últimos salvo que se demuestre la procedencia del despido)⁷³⁰.

Ahora bien, en el caso de un despido colectivo, el criterio doctrinal de la Sala 4ª del TS, es el de otorgar relevancia a la existencia de un periodo previo de negociaciones entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras, lo que implica que las exigencias formales y procedimentales de la extinción individual puedan ser atemperadas, por haberse cumplido sobradamente la exigencia de requisitos que al efecto establece el artículo 53.1.ET, o se estima posible su alteración en el periodo de consultas previo al acuerdo de despido colectivo, no siendo necesario que en la carta de despido individual se incorporen los criterios de selección, ni los concretos razonamientos relativos a la elección de la persona trabajadora despedida por aplicación de dichos criterios⁷³¹,

⁷²⁸ STSS, Sala 4ª, de 3 de febrero de 2.000, rec. 2229/1999, 9 de diciembre de 2010, rec. 321/2010, 9 de febrero de 2011, rec. 3369/2009 y 20 de junio de 2012, rec. 2931/2011.

⁷²⁹ STS, Sala 4ª, de 24 de noviembre de 2015, rec. 1681/2014.

⁷³⁰ VELASCO PORTERO, M.T., “Nulidad de despido colectivo que afecta a persona con reducción de jornada para el cuidado de menores, discapacitados o familiares: la información sobre los criterios de selección”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 144, 2018, pág. 103.

⁷³¹ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Formalización de la extinción individual del contrato derivada de un despido colectivo pactado”, cit., pág. 74.

debiendo admitirse la suficiencia de la comunicación de la decisión extintiva notificada a las personas trabajadoras, cuando la misma se refiere el acuerdo alcanzado con sus representantes legales en el marco de un despido colectivo del que aquellos informan al colectivo social⁷³².

Es criterio de la Sala 4ª del TS el valor reforzado del acuerdo entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras, impidiendo “que pueda cuestionarse la concurrencia y justificación de las causas del despido colectivo que ya han sido asumidas por los representantes legales de los trabajadores [...] va contra el más elemental sentido común que se admita la posibilidad de cuestionar en pleitos individuales la concurrencia y justificación de las causas del despido colectivo que fueron aceptadas por la representación de los trabajadores, y que no han sido luego cuestionadas colectivamente ni por la autoridad laboral, ni por ningún otro de los sujetos legitimados para instar el procedimiento colectivo del art. 124 LRJS”⁷³³. Por tanto, aunque la norma no obliga al empresario a comunicar individualizadamente el despido, si el empresario ejerce esa facultad, ello le obliga a dotar de un contenido mínimo obligatorio a la comunicación⁷³⁴, bastando a tal efecto la referencia a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin mayores precisiones, lo que no genera indefensión en la persona trabajadora, pues la decisión empresarial se realiza en el marco de un proceso de negociación con la legal representación de las personas trabajadoras.

4.4. LA SELECCIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS AFECTADAS POR EL ERE. ESPECIAL ATENCIÓN AL CRITERIO DE MAYOR EDAD

No existe en el ordenamiento jurídico español ningún criterio que vincule al empresario para determinar las personas trabajadoras que se verán afectadas por un despido colectivo⁷³⁵, a salvo de la especial protección que otorgan los artículos 51.5 y 68.b) ET a los representantes de las personas trabajadoras, permitiendo igualmente la posibilidad de establecer, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el

⁷³² STS, Sala 4ª, de 2 de junio de 2014, rec. 2534/2013.

⁷³³ STS, Sala 4ª, de 2 de julio de 2018, rec. 2250/2016.

⁷³⁴ QUINTERO LIMA, M.G., “El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco de procedimientos de despido colectivo: una cuestión aún litigiosa. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 219/2016, de 15 de marzo de 2016”, cit., pág. 99.

⁷³⁵ GINÈS i FABRELLAS, A., “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14, 2010, pág. 92.

periodo de consultas, la prioridad de permanencia en la empresa de determinados colectivos, como serían las personas trabajadoras con cargas familiares, personas trabajadoras mayores de una determinada edad o personas trabajadoras con discapacidad.

Respecto de la selección de las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo, selección que con frecuencia es recurrida ante la jurisdicción social demandando que se declare la nulidad del despido, el artículo 124.11 LRJS prescribe la nulidad del despido “*cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores*”⁷³⁶. Como primera premisa, el criterio jurisprudencial seguido hasta ahora por la Sala 4ª del TS es el de una interpretación literal de la norma respecto de la concurrencia de la causa alegada por la empresa para justificar la decisión extintiva en los despidos colectivos pactados.

En primer lugar, es necesario que la empresa aporte el listado del personal afectado por despido junto con la indicación de los criterios de selección⁷³⁷; eso sí, dado que la norma obliga solamente a consignar los criterios, el requisito puede ser llevado a cabo de forma genérica cuando exista negociación con la representación de las personas trabajadoras respecto de la elección de las personas trabajadoras afectadas⁷³⁸, pues la genericidad de los criterios no equivale a su ausencia⁷³⁹, estando permitido incluso que se lleve a cabo mediante unos criterios de naturaleza abstracta, pues lo importante es que se produzca una adecuada negociación en el periodo de consultas, siempre que de su redacción se excluya que pueda producirse arbitrariedad alguna en la selección⁷⁴⁰. Para la Sala 4ª TS, lo que la normativa vigente exige es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de las personas trabajadoras afectadas, y solo la ausencia de tal portación de criterios daría lugar a la nulidad del despido⁷⁴¹.

⁷³⁶ El escrito comunicando la apertura del periodo de consultas debe consignar, entre otros extremos: el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido; el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; el periodo previsto para la realización de los despidos y los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos)

⁷³⁷ STS, Sala 4ª, de 25 de mayo de 2014, rec. 276/2013.

⁷³⁸ STS, Sala 4ª, de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014.

⁷³⁹ STS, Sala 4ª, de 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013.

⁷⁴⁰ STS, Sala 4ª, de 26 de octubre de 2015, rec. 172/2014.

⁷⁴¹ STS, Sala 4ª, de 15 de julio de 2021, rec. 68/2021.

Sin embargo, es necesario dar respuesta a una nueva cuestión, y es la relativa a la necesidad de que, en la comunicación individual del despido, se mencionen los criterios de selección establecidos y la baremación que corresponde a la persona trabajadora en aplicación de los mismos, pues, aunque la Sala 4ª del TS ha establecido el criterio de primar el acuerdo llevado a cabo con la representación de las personas trabajadoras, no se debe hurtar a la persona trabajadora afectada por el despido el derecho a que se acredite por la empresa la correcta aplicación de los criterios y baremos pactados.

El criterio del Pleno de la Sala 4ª del TS, en sentencia dictada en unificación de doctrina, de 15 de marzo de 2016⁷⁴², establece que: “en los requisitos de notificación del despido a los trabajadores individuales, no es necesario que en la misiva se incorporen los criterios de selección ni la baremación que al trabajador corresponde en función de ellos, porque no lo exige la ley y porque la negociación previa del despido colectivo y el mandato de representación de los negociadores hacen presumir su conocimiento. En su caso, han de acreditarse los criterios de selección y baremación individual en el proceso de impugnación individual del despido, sin que el trabajador sufra en su derecho de defensa, al poder solicitarlos previamente al proceso mediante diligencias preliminares, actos preparatorios y aportación de prueba por la demandada”⁷⁴³.

Como consecuencia de esta doctrina judicial, los criterios de selección y su concreta aplicación a la persona trabajadora individualmente considerada, solamente requerirán su documentación en el supuesto de que sean cuestionados por esta mediante la oportuna demanda para la defensa de sus derechos e intereses, criterio que no deja de ser ciertamente preocupante y lesivo para los intereses de las personas trabajadoras, pues en la práctica, la decisión empresarial se desenvuelve en un limbo de arbitrariedad, más allá de la discrecionalidad consentida legislativa y judicialmente⁷⁴⁴, pues solamente en los casos extremos de abuso de derecho, fraude de ley o vulneración de derechos fundamentales, podrá la persona trabajadora obtener resolución favorable a su acción contra el despido.

⁷⁴² Rec. 2507/2014. Sentencia que cuenta con 4 votos particulares que disienten del acuerdo de mayoría de la Sala.

⁷⁴³ En el mismo sentido, véase STS, Sala 4ª, de 1 marzo de 2017, rec. 2860/2015.

⁷⁴⁴ QUINTERO LIMA, M.G., “El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco de procedimientos de despido colectivo: una cuestión aún litigiosa. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 219/2016, de 15 de marzo de 2016”, cit., pág. 101.

Mención especial en este punto merece la STS Sala 4^a, de 20 de julio de 2018⁷⁴⁵, por resolver sobre la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo finalizado con acuerdo entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras. En este caso concreto, no se fijaron criterios para la selección de las personas trabajadoras que se verían afectadas por el despido, por lo que, aun afirmando la Sala 4^a el criterio establecido en su STS Sala 4^a, de 15 de marzo de 2016, rec. 2507/2014, en aplicación de la interpretación efectuada por el TC en materia de derechos fundamentales en su STC 92/2008, de 21 de julio⁷⁴⁶, al estar la trabajadora embarazada, goza de la garantía objetiva y automática establecida en el artículo 55.5.b) ET, siendo la finalidad de la norma la de proporcionar a la trabajadora embarazada un tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo proclamada en el artículo 14 de la CE. Así pues, la trabajadora goza de una protección especialmente reforzada, de suerte que, cuando no son suficientemente precisos los criterios de selección aprobados en la negociación del despido colectivo, no se considera acreditada la procedencia del despido, por lo que, al disfrutar de una protección legalmente reforzada, el despido será calificado como nulo.

Alude además la Sala a los criterios establecidos por el TC en su STC 111/2003, de 16 de junio⁷⁴⁷, respecto a la carga de la prueba de no vulneración de derechos fundamentales, que "recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión[...], prueba que no ha logrado, ni tan siquiera intentado practicar. El demandado debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterio había seguido para la extinción del contrato de la actora, cuál era el motivo de que se prescindiera de su puesto de trabajo, teniendo en cuenta la incidencia de las causas económicas en la supresión de este”.

⁷⁴⁵ Rec. 2708/2016.

⁷⁴⁶ Recurso de amparo 5182-2003.

⁷⁴⁷ Recurso de amparo 3485-1998.

El recurso a la prejubilación en el marco de un despido colectivo suscita un problema jurídico relevante, cual es la selección de las personas trabajadoras de edad avanzada como grupo especialmente afectado por el despido colectivo⁷⁴⁸. En efecto, son las personas trabajadoras de edad avanzada las que se ven sistemáticamente concernidas en los despidos colectivos, siendo utilizadas como instrumento de negociación, tanto por la representación de las personas trabajadoras, en el entendimiento de que, por su cercanía a la edad de jubilación, son las personas trabajadoras que menos perjudicadas pueden resultar como consecuencia del despido⁷⁴⁹, como por la empresa, para quienes las personas de edad avanzada resultan caras en relación con las de menor edad. De este consenso entre empresa y representación de las personas trabajadoras, deriva el ofrecimiento de unas “especiales” condiciones de desvinculación para quienes, hallándose en la franja de edad madura, se adhieran voluntariamente al plan de prejubilaciones incorporado en el marco del despido colectivo, evitando de este modo el recurso libre por parte de la empresa al despido de personas trabajadoras de menor edad y con una larga vida laboral por delante.

Ahora bien, este especial interés en que la mayor carga del despido colectivo recaiga sobre las personas trabajadoras de avanzada edad, no deja de suscitar una controversia legal, pues según dispone la normativa de la Unión Europea en materia de despido colectivo⁷⁵⁰, el motivo o motivos en que se base el despido colectivo no deben ser inherentes a la persona de las personas trabajadoras, siendo claramente la edad una cualidad inherente a la persona trabajadora. En este sentido, la instrumentación de la prejubilación mediante el recurso al despido colectivo podría ser contraria al principio de no discriminación por razón de edad que al efecto establece la Directiva 2000/78/CE del

⁷⁴⁸ SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y., “Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social”, cit., pág. 247.

⁷⁴⁹ Criterio que es compartido por la jurisprudencia, como pone de manifiesto en la STS, Sala 3ª, de 15 de junio de 2005, rec. 7284/2000, al afirmar que “La utilización, en este caso, del criterio de la edad, eligiendo una edad próxima a la de jubilación forzosa, no puede ser tildada de desproporcionada en relación con la finalidad que esa aligeración de plantilla persigue dentro del contexto general de reestructuración de la empresa para garantizar su viabilidad [...] parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquéllos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas”.

⁷⁵⁰ Art. 1.a) Directiva 75/129/ CEE, de 17 de febrero de 1975, modificada por la 92/56/CEE, de 24 de junio de 1992.

Consejo, de 27 de noviembre de 2000⁷⁵¹, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁷⁵², a fin de evitar toda discriminación directa o indirecta basada en la edad⁷⁵³, aunque en su artículo 6.1 admite que los Estados miembros puedan disponer que las diferencias de trato por razón de la edad no constituyan discriminación si se encuentran objetiva y razonablemente justificadas por una finalidad legítima.

Igualmente, la selección de personas trabajadoras en función de su avanzada edad podría contravenir el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, que preconiza la igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Es cierto que la edad no aparece explícitamente citada en dicho precepto como factor de diferenciación prohibido, si bien aparece implícito en la cláusula general de prohibición de discriminación “*por cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, pues la edad es indiscutiblemente una circunstancia personal que, como tal, no puede ser razón de discriminación alguna⁷⁵⁴.

En cuanto al criterio del TC, no puede ser más nítida su declaración de intenciones respecto de la no existencia de discriminación por razón de la edad en la selección de las personas trabajadoras afectadas por un despido colectivo en el que se ha primado por la opción de la prejubilación, pues “la prejubilación tiene lógicamente, aceptada su conveniencia o su necesidad, que comenzar por los grupos más próximos a la jubilación y no se concreta como una medida generadora de desigualdad, por su irracionalidad”⁷⁵⁵.

⁷⁵¹ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁷⁵² SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y., “Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social”, cit., pág. 247.

⁷⁵³ “Existe discriminación directa cuando, a causa de la edad, una persona es, ha sido o puede ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga, mientras que la indirecta aparece cuando una disposición, criterio o práctica, en apariencia neutra, pueda ocasionar un perjuicio a personas de una edad determinadas, con respecto a otras” (POQUET CATALÁ, R., “Selección de trabajadores afectados por despido colectivo y discriminación por razón de edad. Comentario a la STSJ Andalucía, de 23 de febrero de 2015, Proc. Núm. 32/2014”, *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 131, 2015, pág. 245).

⁷⁵⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razones de edad”, cit., pág. 1430.

⁷⁵⁵ STC 34/1981, de 10 de noviembre. Cuestión de inconstitucionalidad 48/1981.

Dicho criterio tiene reflejo en su STC de 13 de abril de 2015⁷⁵⁶, donde establece que, la selección de las personas trabajadoras afectadas por un despido colectivo constituye una facultad del empresario inscrita en sus poderes de organización, debiendo llevarse a cabo con respeto de las garantías que el ordenamiento jurídico otorga a las personas trabajadora, sin que en ningún caso pueda incurrirse en fraude de ley o abuso de derecho, y sin que la actuación empresarial pueda estar guiada por móviles discriminatorios. Para el TC, la edad como factor de discriminación es una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, pudiendo fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplen rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad. La selección de las personas trabajadoras en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral⁷⁵⁷.

Esta doctrina ha sido, como no puede ser de otra forma, acogida por la Sala 3ª del TS, en las STSS de 17 de octubre de 2007⁷⁵⁸ y de 18 de octubre de 2007⁷⁵⁹, en las que ratifica su criterio establecido en la STS de 15 de junio de 2005⁷⁶⁰, según el cual: “Si partimos de que la edad es, en sí mismo, un hecho diferenciador, para que pueda estimarse inconstitucional por discriminatorio el hecho de obtener consecuencias distintas tiene que concurrir un elemento de irracionalidad o desproporcionalidad que aquí, como bien ha dicho la sentencia examinada, no concurre, pues la medida de prejubilación acordada

⁷⁵⁶ STC 66/2015, de 13 de abril. Recurso de amparo 3875/2013.

⁷⁵⁷ En este sentido, véase la STSJ País Vasco, Sala de lo social, de 27 de octubre de 2015, rec. 1755/2015, en la que se afirma que “según nuestro Tribunal Constitucional, no significa que la edad no pueda ser un factor de selección de los trabajadores afectados por despidos debidos a excesos de plantilla por ese tipo de causas, si bien se exige que concurra una rigurosa justificación y proporcionalidad, como lo muestra que en esa sentencia haya entendido que no vulnera ese derecho fundamental el despido colectivo en una determinada empresa en atención a que uno de los criterios de selección de los 211 afectados fue el de ser mayor de 55 años, ya que considera que se da ese requisito de justificación y proporcionalidad adecuada por el hecho de que quedaban en una situación de mayor protección frente al desempleo que los trabajadores de menor edad, en base a: 1) la cobertura que da nuestro sistema de seguridad social en esta materia, a través del subsidio para mayores de 55 años previsto para quienes carezcan de determinados niveles de renta y se prolonga hasta el acceso a la pensión de jubilación; 2) la obligación empresarial de concertar un convenio especial con la TGSS en esos casos (art. 51.9 ET); 3) la prestación complementaria por desempleo que había dispuesto la empresa para los trabajadores de mayor edad”.

⁷⁵⁸ Rec. 8242/2004.

⁷⁵⁹ Rec. 3418/2005.

⁷⁶⁰ Rec. 7284/2000.

supera un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la misma, el resultado obtenido y la finalidad pretendida. La prejubilación tiene lógicamente, aceptada su conveniencia o su necesidad, que comenzar por los grupos más próximos a la jubilación y no se concreta como una medida generadora de desigualdad, por su irracionalidad (STC 34/1981, de 10 de noviembre)”.

No cabe ignorar que las personas trabajadoras de mayor edad son las que normalmente comportan un mayor coste para el empresario, pues en ellas se aúnan diversos derechos retributivos, ventajas y prestaciones consolidadas por convenios colectivos anteriores, por más que los sucesivos convenios colectivos hayan ido recortando dichos complementos, de suerte que, en la actualidad, la brecha salarial entre una persona trabajadora de edad avanzada y una persona trabajadora con pocos años de antigüedad en la empresa es más que significativa⁷⁶¹. Sin embargo, para el TC, el mero ahorro de costes futuros es un criterio de selección insuficiente, ya que no guarda proporción con el perjuicio que la situación de desempleo causa a la persona trabajadora, de ahí que, necesaria y sistemáticamente, en la negociación de un despido colectivo, se pacte con la representación de las personas trabajadoras la oferta de unas condiciones ventajosas para las personas trabajadoras de mayor edad.

Pese a que se trata de una facultad de la empresa incluida en sus poderes de organización, la selección pactada de las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo se ha consolidado como un rasgo común en todos los despidos colectivos que se han venido sucediendo en España desde antes del inicio de la crisis económica de 2007. A mayor abundamiento, es habitual la negociación y acuerdo con la representación de las personas trabajadoras sobre el establecimiento de las condiciones de extinción del

⁷⁶¹ La principal causa del superior coste salarial para la empresa sería la percepción por la persona trabajadora del complemento salarial por antigüedad en la empresa, complemento que los sucesivos convenios del sector han ido limitando y cuya eliminación del convenio es pretendida por la patronal bancaria. También son relevantes a estos efectos los ascensos por antigüedad, participación en beneficios, ayuda de estudios, pluses por puesto de trabajo, estímulo a la producción y a la calidad, plus de asistencia y puntualidad, complemento por jubilación, etc. Sistemáticamente cada convenio colectivo del sector ha ido modificando/eliminando complementos y prestaciones para el personal de nuevo ingreso. A modo de ejemplo, el art.6 del Reglamento del Plan de Pensiones de las personas trabajadoras de Banco Sabadell, establece dos subplanes, uno de prestación definida y otro de aportación definida, distinguiendo hasta 11 colectivos en los que encuadrar a una persona trabajadora en función de su empresa de procedencia, antigüedad y convenio de aplicación, siendo diferentes las prestaciones a percibir por la persona trabajadora y, consecuentemente, el coste laboral para la empresa.

contrato de trabajo en función de la edad de la persona trabajadora, haciendo más atractiva la oferta para las personas trabajadora de mayor edad frente a las más jóvenes.

Previamente, y a fin de dar cumplimiento a las previsiones convencionales que otorgan prioridad a las medidas de flexibilidad interna, se ofrecen a las personas trabajadoras alternativas como la movilidad geográfica y funcional, estableciendo los despidos forzosos exclusivamente para el remanente de plazas que no se hayan cubierto voluntariamente por las personas trabajadoras, amén de una atractiva oferta de desvinculación incentivada para las personas trabajadoras que, sin estar en edad de acceder a una prejubilación, decidan extinguir el contrato de trabajo de mutuo acuerdo con la empresa. Todo ello, con la clara intención de revestir de una formalidad legal lo que materialmente se ha llevado a cabo, que no es otra cosa que diseñar una salida de personas trabajadoras centrada clarísimamente en la edad⁷⁶².

⁷⁶² Un ejemplo de ello se puede apreciar en el ERE articulado por el Banco Santander en 2019, que afectó a 3.223 trabajadores. Al objeto de salvar formalmente el hecho de que los empleados afectados por el ERE lo son casi exclusivamente por criterios de edad, lo que vulneraría clarísimamente la normativa europea al respecto, el acuerdo contempla, como primer criterio de selección de los empleados afectados, la voluntariedad:

“Primer mecanismo preferente de voluntariedad condicionada, como uno de los criterios de selección del personal afectado por el presente despido colectivo.

Oferta a los trabajadores en función de su edad:

- Trabajadores con 62 o más años a 31 diciembre de 2019. Percepción de 20 días de salario bruto anual por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades.
- Trabajadores con una edad comprendida entre 59 a 61 años a 31 de diciembre de 2019. Percepción del 80% del salario bruto anual pensionable hasta los 63 años y pago del convenio especial con la Seguridad Social, hasta cumplir dicha edad.
- Trabajadores con 58 años cumplidos a 31 de diciembre de 2019. Percepción del 78% del salario bruto anual pensionable hasta los 63 años y pago del convenio especial con la Seguridad Social hasta dicha edad.
- Trabajadores con una edad comprendida entre 55 a 57 años a 31 de diciembre de 2019. Percepción del 75% del salario bruto anual pensionable hasta los 63 años y pago convenio especial con la Seguridad Social hasta dicha edad.
- Trabajadores con una edad comprendida entre 50 a 55 años a 31 de diciembre de 2019. Percepción del 60% del salario bruto anual pensionable multiplicado por 6, no pudiendo superar dicha cifra la cantidad de 380.000€, más prima por años trabajados, más pago convenio especial Seguridad Social hasta los 63 años.
- Trabajadores menores de 62 años a 31 de diciembre de 2019 que no cumplan las condiciones anteriores y, trabajadores menores de 50 años, percepción de una indemnización de 40 días por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades, más pago del convenio especial con la Seguridad Social en el caso de los mayores de 55 años a la fecha de extinción del contrato y hasta que cumplan los 63 años.
- El banco se reserva la posibilidad de recurrir al despido forzoso en última instancia si no se cubren las cifras del ERE con adhesiones voluntarias.

El establecimiento de distintas condiciones económicas para la extinción del contrato de trabajo en el marco de un despido colectivo, diferenciando entre personas trabajadoras que se pueden acoger a una prejubilación y personas trabajadoras que no reúnen las condiciones para acogerse a la misma⁷⁶³, es admitido por la jurisprudencia siempre que se respete la cuantía indemnizatoria mínima legalmente establecida, si bien lo usual es que la misma sea sustancialmente mejorada en todos los casos.

Un análisis de las prejubilaciones llevadas a cabo hasta la fecha permite afirmar que, las condiciones económicas ofertadas a las personas trabajadoras para su prejubilación se establecen tomando en consideración básicamente dos factores: los años que faltan a la persona trabajadora para acceder a la jubilación y el porcentaje neto de salario que debe percibir conforme a lo pactado. En el caso de las bajas indemnizadas, se está a lo estipulado legalmente para el despido improcedente, de forma que, en todos los casos de despido colectivo, se sobrepasa la cuantía indemnizatoria legalmente establecida, con objeto de, en primer lugar, conseguir la aceptación de la representación de las personas trabajadoras y, en segundo lugar, incentivar la adscripción voluntaria del universo de personas trabajadoras de la empresa.

Este diferente trato por razón de la edad no resulta discriminatorio, pues se cumple con lo pactado en el acuerdo final del ERE⁷⁶⁴. Con todo, aun cuando se trate de un despido colectivo, serán nulas las cláusulas que establezcan diferencias indemnizatorias para las

⁷⁶³ Trabajadores que deben reunir los requisitos de: cumplimiento de una determinada edad, un mínimo de años de antigüedad en la empresa y un mínimo de años de cotización al Sistema de Seguridad Social en la fecha de acceso a la jubilación.

⁷⁶⁴ Así lo afirmaba la STSJ Madrid, Sala de lo social, de 22 de marzo de 2013, rec. 6938/2012, respecto de un supuesto en el que, por ser previo a la reforma de 2012, el acuerdo había sido autorizado por la Dirección General de Trabajo. Como razona la sentencia: “Al hilo de todo ello, y para cerrar el capítulo referido a la invocación que se hace acerca de la existencia de un trato discriminatorio por razón de la edad, reseñar lo que, con motivo de decisión prejudicial sobre determinada normativa alemana, señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su reciente sentencia de 6 de diciembre de 2012 (asunto C- 152/11, Johann Odar y Baxter Deutschland GmbH), interpretando la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La misma concluye así en sus apartados 53 y 54: “Atendiendo a las apreciaciones del órgano jurisdiccional remitente, procede señalar que el artículo 6, apartado 1, punto 1.5, del PPS es fruto de un acuerdo negociado entre los representantes de los trabajadores y los de los empresarios, en virtud del cual ambos ejercitaron el derecho a la negociación colectiva que se les reconoce en tanto que derecho fundamental. El hecho de encomendar así a los interlocutores sociales el cometido de definir un equilibrio entre sus respectivos intereses ofrece una flexibilidad nada desdeñable, al poder cada una de las partes, en su caso, denunciar el acuerdo (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de octubre de 2010, Rosenblatt, C-45/09)””.

personas trabajadoras en función exclusivamente de la edad, cuando se haya dado la opción a las personas trabajadoras entre extinguir o no su relación laboral, pues si es una decisión impuesta por la empresa resulta discriminatoria y no se ajusta a Derecho⁷⁶⁵.

A modo de ejemplo, cabe citar el despido colectivo aprobado el 17 de junio de 2019 en Banco de Santander, en el que clarísimamente se observa que el requisito de mayor edad es el predominante, siendo las personas trabajadoras que reúnen dicha característica aquellas con las que se persigue lograr la mayoría de las adhesiones voluntarias al despido colectivo. De hecho, se ofrece un elevado porcentaje sobre el salario bruto anual pensionable, que va decayendo a medida que lo hace la edad a la que se extingue el contrato de trabajo, y al que se adiciona una prima, en los casos de 50 años en adelante, y el pago por el banco del convenio especial con la Seguridad Social hasta que la persona trabajadora cumpla los 63 años, fecha en la que deberá jubilarse anticipadamente⁷⁶⁶.

En cualquier caso, nuevamente la realidad se impone sobre la teoría. El consenso expreso entre empresa y sindicatos para llevar a cabo la gran mayoría de extinciones mediante la adhesión voluntaria de las personas trabajadoras de mayor edad es acertado, como prueba el hecho de que las solicitudes de adhesión superen con creces a las ofertas realizadas. De hecho, para las 3.223 salidas ofertadas se registraron más de 4.500 peticiones⁷⁶⁷, lo que da muestra del deseo real de las personas trabajadoras de mayor edad de acceder a la prejubilación, sin duda, atraídos por las excelentes condiciones económicas ofrecidas, lo que unido al mantenimiento de los beneficios sociales que como personas trabajadoras del banco disfrutaban (aportación a plan de pensiones, bonificación

⁷⁶⁵ STSJ Castilla La Mancha, Sala de lo social, de 6 de marzo de 2019, rec. 1913/2018.

⁷⁶⁶ Para los empleados con edades comprendidas entre:

- Los 55 y 61 años. Un 80 por ciento del salario pensionable o el 75 por ciento del salario pensionable más el 60 por ciento del complemento voluntario más el Convenio Especial con la Seguridad Social.
- Los 50 y 54 años. Un 60 por ciento del salario pensionable de seis anualidades y un tope máximo de 380.000 euros, sin descuento por desempleo y con Convenio Especial con la Seguridad Social. Mas una prima por voluntariedad de 2.000 euros por cada trienio completo trabajado y una prima adicional entre 5.000 y 30.000 euros en función de su antigüedad.
- Trabajadores de 49 años o menos, o los que tengan una edad superior pero no acrediten un mínimo de 15 años de antigüedad en el banco. Una indemnización de 40 días por año trabajado, hasta un máximo de 24 mensualidades.

⁷⁶⁷ https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/11/21/companias/1574358249_282179.html

en los tipos de interés de los créditos, etc.), constituye una oportunidad única de abandonar el mercado de trabajo a una edad aún joven y con unas condiciones muy similares a las de la futura pensión de jubilación, cuando no más ventajosas.

5. EL CONVENIO ESPECIAL CON LA SEGURIDAD SOCIAL

Como ya se ha puesto de manifiesto, las fórmulas para acceder a la prejubilación son muy diversas, pudiendo acogerse la persona trabajadora a una oferta establecida unilateralmente por el empresario, a un acuerdo entre la persona trabajadora y la empresa, a un convenio colectivo que incorpore las condiciones de prejubilación o, a un acuerdo entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras, que puede ser específico para ese fin o alcanzado con ocasión del periodo de consultas de un despido colectivo⁷⁶⁸. En cualquiera de los casos, existe un factor que se constituye en un elemento clave de la prejubilación⁷⁶⁹, el convenio especial con la Seguridad Social, que debe ser suscrito por la persona trabajadora (exceptuando los casos en que la ley impone su suscripción a la empresa), con el objeto de proteger la base de cotización de cada persona trabajadora a fin de que no vea perjudicada su jubilación⁷⁷⁰. El convenio especial permite que la persona trabajadora se mantenga en alta, evitando así su expulsión del sistema de Seguridad Social en aquellos supuestos en los que procedería la baja, así como que complete, mantenga o amplíe, en su caso, la carrera de cotización para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social⁷⁷¹.

Como se ha apuntado, la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social constituye un derecho necesario respecto de las prejubilaciones en el marco de un despido colectivo en empresas no sometidas a procedimiento concursal para las personas

⁷⁶⁸ BLASCO RASERO, C., “La protección de los prejubilados”, cit., pág. 19.

⁷⁶⁹ GODINO REYES, M., “Del empleo a la jubilación en tiempos de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas”, cit, pág.33.

⁷⁷⁰ Como ha advertido el TC, la suscripción de Convenio Especial con la Seguridad Social permite evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, posibilitando al trabajador generar el derecho a las prestaciones de Seguridad Social, aunque no esté trabajando (STC 66/2015, de 13 de abril, cit.).

⁷⁷¹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La nueva regulación del convenio especial y la Cláusula Telefónica”, cit, pág. 80.

trabajadoras con 55 o más años (art. 51.9 ET)⁷⁷², mientras que, en el resto de los casos, en que la extinción de la relación laboral se produce por mutuo acuerdo de las partes, es considerado voluntario y, por tanto, disponible para la persona trabajadora⁷⁷³, pudiendo suspenderlo, modificar su base de cotización dentro de los límites legales e, incluso, extinguirlo. Por regla general, con independencia de la modalidad por la que se acceda a la prejubilación, quien extingue su contrato de trabajo con la finalidad de acceder a la prejubilación pacta con su empresa el abono de una renta sustitutiva del salario hasta alcanzar la edad de jubilación convenida, así como la formalización de un convenio especial con la Seguridad Social, que corre a cargo de la empresa⁷⁷⁴ hasta la fecha de jubilación pactada⁷⁷⁵.

Tal y como establece la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de Seguridad Social (en adelante OM TAS/2865/2003), la suscripción de convenio especial con la Seguridad Social determina la continuación de la situación de alta o asimilada al alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda (que, en el caso de las personas trabajadoras de banca, es el Régimen General). Su objeto es la cotización al sistema de la Seguridad Social para la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes, quedando excluidas las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo, así como la cotización y la protección por desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional.

5.1. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS DE SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

El convenio especial con la TGSS puede ser suscrito por un variado elenco de personas trabajadoras, distinguiendo entre las que pueden acceder a un convenio especial que se puede calificar como “general” y aquellas otras que acceden a un convenio especial

⁷⁷² Para los empleados de 55 o más años, la obligación de suscribir el Convenio Especial constituye un deber material y sustantivo, que, independientemente de que se haya o no contemplado ni incluido en el ERE, constituye derecho necesario e indisponible (STSJ Madrid, Sala de lo social, de 3 de febrero de 2012, rec. 5186/2011).

⁷⁷³ STSJ Andalucía, Sala de lo social, de 27 de octubre de 2016, rec. 2314/2015.

⁷⁷⁴ STSJ Castilla La Mancha, Sala de lo social, de 10 de octubre de 2019, rec. 1201/2018.

⁷⁷⁵ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., y GIL y GIL, J.L., “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, cit., pág. 1101.

“particular”, como sería el caso de los funcionarios de la Unión Europea y organismos internacionales, personas trabajadoras del régimen especial de minería del carbón, régimen especial de autónomos, personas trabajadoras de temporada, cuidadores de personas en situación de dependencia, personas trabajadoras en situación de huelga o cierre patronal, personas trabajadoras emigrantes, sus hijos y pensionistas de un sistema de previsión social extranjero residentes en España y, por supuesto, diputados y senadores.

Las personas trabajadoras por cuenta propia o ajena que quieran acceder al convenio especial “general”, deberán encontrarse en una de las siguientes situaciones: haber causado baja en un régimen de Seguridad Social y sin estar encuadradas en ningún otro régimen de esta; baja en alguna de las actividades que determinen o constituyan una situación de pluriempleo o pluriactividad; ser contratadas con una base de cotización inferior a la del promedio de los doce meses anteriores al cese previo en la actividad; pensionistas de incapacidad permanente total para la profesión habitual que, posteriormente a la fecha de efectos de la pensión, hayan realizado trabajos que determinen su inclusión en algún régimen de Seguridad Social y hayan cesado en el mismo; extinción de la prestación por desempleo contributivo o del subsidio por desempleo; pensionistas de incapacidad permanente que, con motivo de un expediente de revisión, sean declarados capaces o con incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, así como los que vean anulada su pensión en virtud de sentencia firme o esta se extinga por cualquier causa; y, finalmente, las personas trabajadoras que causen baja en su régimen de Seguridad Social con motivo de solicitar una pensión y esta les haya sido posteriormente denegada por resolución administrativa o judicial firme⁷⁷⁶.

Para poder solicitar su suscripción, es preciso acreditar, en la fecha de solicitud del convenio especial, un periodo de cotización a la Seguridad Social de al menos 1.080 días en los 12 años inmediatamente anteriores a la baja en el régimen General de la Seguridad Social de que se trate⁷⁷⁷.

La suscripción del convenio ha de tramitarse en la Dirección Provincial de la TGSS correspondiente al domicilio de la persona interesada, contando para ello con el

⁷⁷⁶ Artículo 2.2 OM TAS/2865/2003.

⁷⁷⁷ Artículo 3.2 OM TAS/2865/2003.

plazo de un año a partir de la fecha de efectos de la baja en el régimen general de la Seguridad Social. Una vez solicitado el convenio especial, la TGSS dispone de un plazo de tres meses para notificar la procedencia o no del mismo al interesado, entendiéndose el silencio administrativo como positivo. A partir de la resolución expresa o presunta, la persona interesada habrá de formalizar el convenio en el plazo de tres meses, transcurrido el cual, si no se ha formalizado por causa atribuible a la misma, se considerará caducado a todos los efectos⁷⁷⁸.

Si la solicitud de suscripción de convenio especial se presenta dentro de los 90 días naturales inmediatamente posteriores al cese en el trabajo y en la obligación de cotizar, el convenio tendrá efectos desde el día siguiente a aquel en el que se causó baja en el régimen correspondiente o se tuvo derecho a la suscripción del convenio especial por acontecer alguna de las situaciones previstas en el artículo 2.2 de la OM TAS/2865. Si, por el contrario, la solicitud de convenio especial se presenta pasados esos 90 días y dentro del plazo máximo de un año establecido para ello, el convenio tendrá efectos desde el día de la presentación de la solicitud⁷⁷⁹.

5.2. DETERMINACIÓN DE LA CUOTA

La cotización a la Seguridad Social es obligatoria a partir de la suscripción del convenio y mientras se mantenga su vigencia. En lo que concierne a la base de cotización por la que se va a cotizar, que tendrá carácter mensual, por regla general, en el momento de suscribir el convenio especial, la persona trabajadora podrá elegir entre: la base máxima de cotización por contingencias comunes correspondientes a la categoría profesional de la persona trabajadora, siempre que haya cotizado por ella durante 24 meses en los últimos 5 años; la base de cotización que sea resultado de dividir por 12 la suma de las bases de cotización por contingencias comunes por las que se haya cotizado en los últimos 12 meses anteriores al que causa baja, siempre que dicha base sea superior a la base mínima de cotización; la base mínima de cotización vigente para contingencias comunes en el régimen especial de la Seguridad Social de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomos; o una base de cotización comprendida entre las anteriores opciones.

⁷⁷⁸ Artículo 4 OM TAS/2865/2003.

⁷⁷⁹ Artículo 5 OM TAS/2865/2003.

Al objeto de mantener siempre actualizada la base de cotización del convenio especial, esta se verá incrementada en idéntico porcentaje en el que cada vez se modifique la base mínima de cotización en el régimen especial de la Seguridad Social de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomos, o en el porcentaje elegido por la interesada, estando limitado su incremento al resultado de, como máximo, la base de cotización a que tenía derecho al acceder al convenio especial, salvo que la interesada decida solicitar que dicha base de cotización se incremente automática en idéntico porcentaje en que aumente la base máxima de cotización en el régimen de que se trate.

El tipo de cotización aplicable a la base correspondiente será el vigente en cada momento para el régimen general de la Seguridad Social. La cuota que ingresar vendrá determinada por la aplicación del tipo de cotización vigente a la base de cotización que corresponda. A la cuota resultante le será de aplicación la ponderación mediante el coeficiente que anualmente fije el Ministerio competente para los convenios especiales con la Seguridad Social (actualmente un 0,94%)⁷⁸⁰.

5.3. SUJETOS OBLIGADOS AL INGRESO DE LA CUOTA EN EL CONVENIO ESPECIAL

La obligación de ingresar la cuota corresponde exclusivamente al interesado que ha suscrito el convenio especial y es obligatoria desde la fecha de efectos y mientras se mantenga la vigencia de este. En consecuencia, si el convenio es suscrito por la persona trabajadora sin que medie despido colectivo, será esta la responsable de ingresar la cuota, salvo que sea sustituida por una persona física o jurídica con consentimiento expreso de la TGSS⁷⁸¹, abarcando la obligación de cotizar el periodo comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, para los casos en los que medie despido colectivo, desde que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo⁷⁸², y la fecha de acceso a la jubilación ordinaria o anticipada.

⁷⁸⁰ Para determinar la cotización, se calculará la cuota íntegra aplicando a la base de cotización que corresponda el tipo único de cotización vigente en el Régimen General (28,30%), ponderado por la aplicación del coeficiente del 0,94% [art. 4.a) y 22.1.a) Orden TMS/83/2019 de 31 de enero] por cobertura de todas las prestaciones derivadas de contingencias comunes a excepción de los subsidios por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad y paternidad. El producto que resulte constituye la cuota a ingresar.

⁷⁸¹ Artículo 8 OM TAS/2865/2003.

⁷⁸² LÓPEZ CUMBRE, L., “La prejubilación”, cit., pág. 362.

En las prejubilaciones de banca, es una práctica generalizada que, adicionalmente a las cantidades pactadas en concepto de indemnización y sustitución de las rentas dejadas de percibir por la persona trabajadora, la empresa asuma contractualmente la obligación de abonar directamente a aquella una cantidad equivalente al importe que se corresponda con el pago del convenio especial con la Seguridad Social a su cargo, compromiso que varía en función de la modalidad de extinción de la relación laboral.

De esta forma, si la extinción se ha llevado a cabo de mutuo acuerdo de las partes *ex* artículo 49.1.a) ET, el compromiso de la empresa se extiende desde el día siguiente a la extinción del contrato de trabajo y hasta que la persona trabajadora alcance la edad de jubilación pactada. Si la extinción se ha llevado a cabo en el marco de un despido colectivo, el banco asume contractualmente la obligación de satisfacer a la persona trabajadora el convenio especial desde que esta cumpla los 61 o 63 años⁷⁸³, según corresponda, y hasta que cumpla la edad pactada de jubilación, con un máximo de 48 mensualidades. Con esta cláusula, la persona trabajadora se asegura el mantenimiento de su base de cotización a la Seguridad Social hasta el momento de su jubilación, pues en un primer momento la cotización del convenio es a cargo de la Entidad Gestora del Régimen de Desempleo⁷⁸⁴ y, tras el periodo de desempleo, el abono del convenio es asumido obligatoriamente por la empresa mediante pago directo hasta que la persona trabajadora cumpla los citados 61 o 63 años.

En la redacción de este pacto, es común que se ofrezca a la persona trabajadora la posibilidad de optar, en el momento de la desvinculación, por la percepción en un pago único de la suma de las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social, en cuyo caso no se contemplan las posibles revalorizaciones de este o percibir mensualmente de la empresa la cantidad a abonar en cada momento desde que finalice la prestación por desempleo. Esta posibilidad de percepción anticipada o mensual hasta la edad de jubilación ordinaria, ha dado origen a numerosas reclamaciones por parte de las personas trabajadoras, pues entienden que su derecho a percibir el importe del convenio especial se debe interpretar conforme a la literalidad de lo pactado, es decir hasta el cumplimiento

⁷⁸³ La Disp. Adic.13^a dispone que, en el caso de despido colectivo, las cotizaciones correspondientes al convenio especial serán a cargo del empresario hasta que el trabajador cumpla los 63 años, salvo que el despido colectivo lo sea por causas económicas, en cuyo caso la obligación cesa al cumplir el trabajador los 61 años.

⁷⁸⁴ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*, cit., pág.700.

de la edad de jubilación ordinaria, frente al criterio de las empresas que entienden que la obligación de su abono queda extinguida, en el caso de que la persona trabajadora proceda a jubilarse anticipadamente. El criterio jurisprudencial es muy claro a este respecto y, en el caso de una jubilación anticipada, aunque el compromiso de la empresa se extienda hasta la fecha de jubilación ordinaria, cesa en la obligación de abonar a la persona trabajadora el convenio especial desde el momento en que esta accede a la condición de jubilado⁷⁸⁵.

5.4. FISCALIDAD DE LAS CANTIDADES PERCIBIDAS POR LA PERSONA TRABAJADORA DESTINADAS A SUFRAGAR EL CONVENIO ESPECIAL CON LA SEGURIDAD SOCIAL

Como ya se ha expuesto, el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social posibilita la continuación de la situación de alta o asimilada al alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda en razón de la actividad que la persona trabajadora haya desarrollado con anterioridad a la suscripción del convenio⁷⁸⁶, requisito necesario para acceder a la jubilación y, sobre todo, para el mantenimiento de la base de cotización de la persona trabajadora, de ahí que sea lo habitual que la propia empresa soporte a su cargo la financiación del convenio especial, siendo lo normal que abone su importe a la persona trabajadora para que este, a su vez, lo haga efectivo en la Seguridad Social.

Sobre la cuestión, cabe adelantar que, en todos los casos, las cantidades destinadas a suscribir el convenio especial con la Seguridad Social son fiscalmente indiferentes y neutras para la persona trabajadora a la hora de establecer el rendimiento neto del trabajo. No obstante, en este punto es necesario realizar una distinción en función de que la extinción de la relación laboral se halla llevado a cabo por mutuo acuerdo de las partes o al amparo de un despido colectivo.

Según dispone el art. 42.1 LIRPF, “*cuando el pagador de las rentas entregue al contribuyente importes en metálico para que éste adquiera los bienes, derechos o servicios. La renta tendrá la consideración de dineraria*”. Por otra parte, conforme a lo establecido en la Disp. Adic. 13ª LGSS y en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre,

⁷⁸⁵ Véanse, en este sentido, las SSTSJ Murcia, Sala de lo social, de 22 de marzo de 2017, rec. 994/2016, y de 12 de abril de 2017, rec. 490/2016.

⁷⁸⁶ Cfr. art. 1, Orden TAS /2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de Seguridad Social.

estas aportaciones son de cargo exclusivo de la persona trabajadora, por lo que la entrega a la misma por parte de la empresa del importe de estas cotizaciones constituye un supuesto de obtención de renta, que en virtud del art. 17.1 LIRPF, se califica como rendimientos íntegros del trabajo⁷⁸⁷. Ahora bien, el hecho de que sea la empresa la que financie el pago del coste del convenio que satisface la persona trabajadora y que determina la obtención de un rendimiento del trabajo al que no es de aplicación la reducción del artículo 18.2 LIRPF, permite al trabajador computar un gasto deducible por dicho importe conforme a lo dispuesto en el artículo 19.21.a) LIRPF⁷⁸⁸.

5.4.1. Extinción por mutuo acuerdo de las partes

En el caso de extinción del contrato por mutuo acuerdo de las partes, se incluyen los supuestos en que la extinción se produce en virtud de acuerdo individual, de convenio o de pacto suscrito en el marco del período de consultas del despido colectivo por el que la empresa se hace cargo de las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social, desde que la persona trabajadora extinga la prestación por desempleo hasta su jubilación.

En lo que concierne a la naturaleza de estas cantidades percibidas por la persona trabajadora destinadas a sufragar el convenio especial con la Seguridad Social, la jurisprudencia ha señalado que “el complemento que la empresa satisface a los trabajadores prejubilados, mientras cada uno de ellos no alcance la edad de jubilación, no puede calificarse de salario. Es obvio que no concurre el necesario mantenimiento de la relación laboral y, por ello, no hay prestación de servicios que sea objeto de retribución, ni siquiera concurre una causa de interrupción de la obligación de prestar servicios que mantenga vivo el derecho al salario...”⁷⁸⁹. Entre estas cantidades se incluyen las destinadas a la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social, siendo de cargo de la persona trabajadora que ha suscrito el convenio la obligación de cotizar, por lo que, a los pertinentes efectos fiscales, es necesaria la calificación de estos pagos que la empresa realiza a su ex persona trabajadora cuando ya no está vigente la relación laboral. A este

⁷⁸⁷ Según el citado precepto: “Se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas”.

⁷⁸⁸ Consulta vinculante DGT V-1108-16, de 21 de marzo de 2016.

⁷⁸⁹ Véanse las SSTs de 29 de noviembre de 2017, rec. 268/2016, y de 25 de enero de 2018, rec. 260/2016.

respecto, cabe afirmar que, las cantidades abonadas por la empresa para que la persona trabajadora prejubilada satisfaga las cotizaciones a la Seguridad Social, para el abono de las cotizaciones a cargo de la persona prejubilada cuando ya no está vigente la relación laboral. A los pertinentes efectos fiscales, dichas cantidades constituyen rendimientos íntegros del trabajo, pues se corresponden con lo dispuesto en el artículo 17.1 LIRPF, y tienen la calificación de retribución dineraria en virtud de lo establecido en el artículo 42.1 LIRPF⁷⁹⁰.

Respecto del periodo en el que la obligación de cotizar corresponda a la persona trabajadora, si quien paga el convenio es la empresa, y lo hace directamente a la Seguridad Social, se podrá considerar como retribución en especie, para el caso de que la empresa lo entregue a la persona trabajadora para que esta lo ingrese a la TGSS, se considerará retribución dineraria⁷⁹¹, por más que su abono se realice con carácter diferido a la extinción del contrato, siendo, como ya se ha apuntado, su efecto neutro para la persona trabajadora, y extendiendo sus efectos incluso a la posible percepción del subsidio por desempleo⁷⁹².

Según se ha pronunciado la Sala 4ª TS, en el caso de las cuotas satisfechas al convenio especial con la Seguridad Social, el importe debe haber sido previamente recibido por la persona trabajadora para su posterior ingreso o para obtener en el futuro

⁷⁹⁰ Consulta vinculante DGT V0735-06, de 17 de abril de 2006.

⁷⁹¹ Así lo establece la DGT en su Consulta Vinculante V1779-18, de 19 de junio de 2018, relativa al caso de un trabajador acogido a un ERE, al que, tras haber finalizado la percepción de la prestación por desempleo, su antigua empresa le paga las cotizaciones al convenio especial con la Seguridad Social hasta su jubilación, entregándole el dinero para que efectúe el pago de las cotizaciones correspondientes. Dictamina la DGT que, conforme establece el artículo 42.1 LIRPF, “cuando el pagador de las rentas entregue al contribuyente importes en metálico para que este adquiera los bienes, derechos o servicios, la renta tendrá la consideración de dineraria” (el caso estudiado), por lo que, sensu contrario, si es la empresa la que abona directamente el convenio, tendrá la consideración de renta en especie conforme al párrafo primero del precitado artículo 42.1 LIRPF (esta afirmación es nuestra). “Por tanto, nos encontramos en el presente caso —respecto al pago de las cotizaciones al convenio especial de la Seguridad Social— ante un rendimiento del trabajo dinerario, lo que nos lleva a su vez para seguir delimitando la incidencia de aquel pago en la liquidación del impuesto al artículo 19 de la Ley 35/2006, teniendo las aportaciones realizadas al convenio especial con la Seguridad Social a cargo exclusivo del trabajador la consideración de gastos deducibles para la determinación del rendimiento neto en el trabajo (artículo 19.2.a) LIRPF”.

⁷⁹² Así lo dispone el art. 274.4 LGSS al establecer que “se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social”.

la cobertura que el convenio especial proporciona⁷⁹³, admitiendo igualmente la Sala, la deducción de las cuotas en el caso de una práctica frecuente en las prejubilaciones de banca, consistente en que la persona trabajadora las perciba previamente y destinadas a ese fin, de una compañía de seguros en virtud de una póliza suscrita al efecto por el banco, al objeto de dar cobertura a la indemnización y al pago de las cotizaciones del convenio especial⁷⁹⁴”. También la DGT se ha pronunciado sobre la repercusión fiscal de estos ingresos, estableciendo que el pago de las cotizaciones al convenio especial con la Seguridad Social se debe calificar como rendimiento del trabajo dinerario, por lo que a la hora de liquidar el impuesto es de aplicación lo dispuesto en el artículo 19 LIRPF⁷⁹⁵, según el cual *“el importe correspondiente a las cotizaciones al convenio especial de la Seguridad Social —aportaciones realizadas según los términos indicados al inicio de esta contestación: a cargo exclusivo del trabajador— tendrán la consideración de gastos deducibles para la determinación del rendimiento neto del trabajo”*⁷⁹⁶.

Dado que las cotizaciones al convenio especial con la Seguridad Social son un gasto deducible para la persona trabajadora y su incidencia en la determinación del rendimiento neto del trabajo es nula, pues, por una parte, se suman como rendimientos íntegros del trabajo y, por otra, se restan como gastos deducibles para su obtención, no deben ser tenidas en cuenta por la empresa para el cálculo del tipo de retención

5.4.2. Extinción en virtud de despido colectivo

Como se ha evidenciado, la práctica habitual es que la empresa abone el importe del convenio especial a la persona trabajadora previa justificación de su pago por esta, con excepción de las prejubilaciones que se llevan a cabo mediante un despido colectivo según lo dispuesto en el art. 51.9 ET, en cuyo caso, es la empresa la responsable de la

⁷⁹³ STS, Sala 4ª, de 26 de marzo de 2013, rec. 922/2012.

⁷⁹⁴ STS Sala, 4ª, de 9 de junio de 2009, rec. 3527/2008.

⁷⁹⁵ “1. El rendimiento neto del trabajo será el resultado de disminuir el rendimiento íntegro en el importe de los gastos deducibles.

2. Tendrán la consideración de gastos deducibles exclusivamente los siguientes:

a) Las cotizaciones a la Seguridad Social o a mutualidades generales obligatorias de funcionarios (...).”.

⁷⁹⁶ Consulta Vinculante V1779-18, de 19 de junio de 2018.

suscripción y pago del convenio especial, pudiendo ser objeto de sanción por falta muy grave en el caso de que no sean abonadas⁷⁹⁷.

En cualquiera de los casos, la empresa solamente está obligada al abono a la persona trabajadora del convenio especial hasta el acceso por esta a la jubilación anticipada⁷⁹⁸. A este respecto, es necesario atender a lo establecido en la Disp. Adic. 13ª LGSS⁷⁹⁹, de la que se deduce que, las cotizaciones a cargo exclusivo del empresario, por corresponder a una persona trabajadora menor de 63 años, o 61 años en los expedientes de regulación de empleo motivados por causas económicas, no tienen incidencia alguna en la liquidación del IRPF de las personas trabajadoras, ni como ingreso, ni como gasto deducible para la determinación del rendimiento neto del trabajo.

A este respecto también se ha pronunciado la DGT en su Consulta Vinculante V0702-17, de 16 de marzo de 2017, donde resuelve que, las cotizaciones a cargo exclusivo del empresario en los despidos colectivos motivados por causas económicas no tienen incidencia alguna en la liquidación de IRPF, ni como ingreso ni como gasto deducible para la determinación del rendimiento neto del trabajo.

De lo expuesto anteriormente, se puede establecer una clara premisa, y es que, las cotizaciones al convenio especial con la Seguridad Social son gastos fiscalmente deducibles en la declaración de IPRF de la persona trabajadora⁸⁰⁰, salvo que la obligación

⁷⁹⁷ A tenor del art. 8.14 LISOS, constituye infracción administrativa muy grave: “El incumplimiento por el empresario de la obligación establecida en el apartado 10 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivo”.

⁷⁹⁸ Así se desprende de lo establecido en el segundo párrafo de la DA 13ª LGSS, pues establece la obligación de pago a cargo del empresario hasta que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los casos de expedientes de despido colectivo, en los que la obligación cesará cuando el trabajador cumpla los 61 años.

⁷⁹⁹ Según el citado precepto, “las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los casos de expedientes de regulación de empleo por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta el cumplimiento, por parte del trabajador, de los 61 años. A partir del cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 63 o, en su caso, 61 años, las aportaciones al convenio especial serán obligatorias y a su exclusivo cargo, debiendo ser ingresadas, en los términos previstos en la normativa reguladora del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad a que se refiere el art. 205.1.a) o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 4.”

⁸⁰⁰ Consulta Vinculante DGT V1741-17, de 6 de julio de 2017.

de cotizar corresponda al empresario, en cuyo caso no se considera ni como ingreso ni como gasto deducible para la persona trabajadora⁸⁰¹.

5.5. SUSPENSIÓN DEL CONVENIO

El convenio especial con la Seguridad Social quedará suspendido respecto de la obligación de cotizar y la correspondiente prestación cuando el sujeto afectado cause alta en algún régimen de la Seguridad Social, siempre que la base de cotización de la nueva actividad sea inferior a la aplicada en el convenio especial, salvo que la persona trabajadora manifieste expresamente su deseo de que siga vigente, no pudiendo ser la base de cotización del convenio especial superior a la diferencia entre la base de cotización de la nueva actividad y el promedio de las bases cotizadas durante los doce meses anteriores al cese⁸⁰². El inicio de la actividad debe ser comunicado por la persona trabajadora a la TGSS en los 10 días naturales siguientes al inicio de la actividad, pudiendo reanudar la efectividad del convenio que se tenía suscrito inicialmente desde el día siguiente al cese en la actividad por la que fue suspendido o modificado.

5.6. EXTINCIÓN DEL CONVENIO

El convenio especial puede ser extinguido por voluntad de la persona interesada mediante comunicación escrita a la TGSS, tomando efectos la extinción desde el primer día del mes siguiente a la comunicación. También existen una serie de causas tasadas por las que el convenio especial se extingue automáticamente, como son: el fallecimiento de la persona trabajadora, el reconocimiento de una pensión de jubilación o de incapacidad permanente en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, la falta de abono de tres cuotas mensuales consecutivas o cinco alternativas salvo que acredite la concurrencia de causa mayor para ello y, por último, la realización de una actividad profesional que suponga alta en cualquier régimen de la Seguridad Social con una base de cotización igual o superior a la base de cotización del convenio especial, a salvo de que se trate de pluriactividad o pluriempleo en los que la persona trabajadora tendrá la opción de solicitarla expresamente por escrito⁸⁰³.

⁸⁰¹ Consulta Vinculante DGT V0702/17, de 16 de marzo de 2017.

⁸⁰² Artículo 10.1 en relación con el artículo 23.2 OM TAS/2865/2003.

⁸⁰³ Artículo 10.2. OM TAS/2865/2003.

5.7. OBLIGACIÓN DE SUSCRIBIR UN CONVENIO ESPECIAL CON LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL MARCO DE UN DESPIDO COLECTIVO EN EMPRESAS NO SOMETIDAS A PROCEDIMIENTO CONCURSAL

La Disp. Adic.13^a LGSS establece reglas especiales para la suscripción del convenio especial a suscribir en determinados expedientes de despido colectivo del artículo 59.1 ET, desarrolladas en la OM TAS/2865/2003, de 13 de octubre, y en la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022 (en adelante Orden PCM/244/2022).

Dispone el artículo 51.9 ET que, cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan personas trabajadoras con 55 o más años que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de estas. Así, durante la tramitación de un despido colectivo, el empresario deberá proponer la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social, disponiendo como fecha límite, en todo caso, hasta que notifique individualmente el despido a cada una de las personas afectadas.

Este convenio especial, en el que aparecen tres intervinientes, la empresa, la persona trabajadora y la TGSS⁸⁰⁴, extiende sus efectos desde el día siguiente a la baja en el régimen de Seguridad Social correspondiente por cese en el trabajo o, el día siguiente a la extinción del derecho de la persona trabajadora a la prestación por desempleo contributivo⁸⁰⁵ y, hasta la fecha en que esta cumpla la edad de acceso a la pensión de jubilación⁸⁰⁶, periodo que, sin mencionarlo explícitamente, se corresponde con el de la prejubilación⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ Para el caso de que el empresario no proceda a la solicitud del convenio especial, el trabajador podrá solicitarlo dentro de los seis meses naturales siguientes a la notificación individual del despido (artículo 20.2. OM TAS/2865/2003, en la redacción dada por la OM TMS/397/2019).

⁸⁰⁵ Durante el periodo en que el trabajador pueda tener derecho a la prestación por desempleo contributivo, la cotización será a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal SEPE, cotizando en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial.

⁸⁰⁶ Disp. Adic.13^a.1. LGSS.

⁸⁰⁷ LÓPEZ CUMBRE, L., “Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 2014, pág. 205.

Como se ha establecido anteriormente, la suscripción y cotización del convenio especial en los casos de despido colectivo constituye norma de derecho necesario, estando la empresa obligada a su pago hasta la fecha en que la persona trabajadora cumpla los 63 años, salvo en los casos de expedientes de despido colectivo por causas económicas, en los que dicha obligación se extingue al cumplir la persona trabajadora los 61 años⁸⁰⁸. A partir de dicha edad, la cotización es obligatoria y a cargo exclusivo de la persona trabajadora hasta su jubilación o, en su caso, hasta la fecha en que acceda a la pensión de jubilación anticipada⁸⁰⁹, debiendo ser ingresada en los términos previstos por la normativa del convenio especial.

Recibida de la TGSS la notificación de las cantidades que el empresario debe pagar a su cargo por las cotizaciones de todas las personas trabajadoras, puede optar por realizar un pago único dentro del mes siguiente a la notificación, o, solicitar el fraccionamiento de su pago mediante aval solidario de una entidad financiera o entidad aseguradora. Para determinar la base de cotización aplicable al convenio especial, se tomarán las bases de cotización de la persona trabajadora en los 6 meses anteriores de ocupación cotizada. Si durante este periodo de cotización a cargo del empresario, la persona trabajadora realiza alguna actividad que obligue a su alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social y, por tanto, la obligación de efectuar cotizaciones al mismo, las cuotas se aplicarán al convenio especial que corresponda pagar a la persona trabajadora (a partir de los 61 o 63 años y hasta la jubilación)⁸¹⁰, manteniéndose la obligación del empresario de seguir efectuando el ingreso de las cuotas a su cargo que aun estuvieran pendientes de pago conforme al convenio especial firmado⁸¹¹. Cuando, en la fecha de jubilación de la persona trabajadora y, en todo caso, en la fecha en que cumpla la edad legal de acceso a la jubilación, no se hubiera aplicado al pago del convenio especial la totalidad de la cotización efectuada por el empresario, la TGSS procederá a la devolución del importe sobrante al empresario, lo que hará igualmente en caso de fallecimiento o acceso a la pensión de incapacidad permanente de la persona trabajadora.

⁸⁰⁸ Artículo 20.3 OM TAS/2865/2003, en la redacción dada por la OM TMS/397/2019.

⁸⁰⁹ Disp. Adic.13ª.2 LGSS.

⁸¹⁰ Disp. Adic.13ª.4 LGSS.

⁸¹¹ Artículo 20.7 OM TAS/2865/2003, en la redacción dada por la OM TMS/397/2019.

6. OBLIGACIÓN DE APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO PÚBLICO POR DESPIDOS QUE AFECTEN A PERSONAS TRABAJADORAS DE 50 O MÁS AÑOS

El art. 51.11 ET dispone que *“las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que incluyan a personas trabajadoras de cincuenta o más años, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente”*. Esta obligación ha sido desarrollada en la Disp. Adic. 16ª de la LAAM, que impone una gravosa penalización económica a las empresas con beneficios en las que se recurra al despido colectivo que incluya a personas trabajadoras de avanzada edad⁸¹².

Esta norma tiene por finalidad evitar el impacto que para las cuentas de la Seguridad Social suponía la prestación (y en su caso el subsidio) por desempleo de estas personas trabajadoras de mayor edad, trasladando a la empresa el coste que por estas prestaciones originen las personas trabajadoras de 50 o más años, evitando así la socialización de los costes del despido⁸¹³ en aquellas empresas con beneficios, lo que en principio podría redundar en constituirse como una medida restrictiva del uso de esta figura para las empresas. La norma busca, para ello, desincentivar el despido de las personas trabajadoras de 50 o más años mediante el recurso a las prejubilaciones⁸¹⁴, si bien la realidad es que esta medida está provocando que sean estas, cada vez más, las que soporten a su cargo una parte del coste de las prejubilaciones, al verse obligadas por la empresa a asumir con cargo a su retribución parte de estos costes impuestos por la empresa⁸¹⁵.

⁸¹² Es la llamada “enmienda Telefónica”. Sobre la misma, véase ARAGON GÓMEZ, C., “La aportación económica al Tesoro Público prevista en la DA 16ª Ley 27/2011, fruto de la conocida <Enmienda Telefónica>, al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2015, núm. 77/2015”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2015, pág. 110.

⁸¹³ ARAGÓN GOMEZ, C., “La aportación económica al Tesoro Público prevista en la DA 16ª Ley 27/2011, fruto de la conocida Enmienda Telefónica, al hilo de la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2015, núm. 77/2015”, cit., pág. 117.

⁸¹⁴ BARROS GARCÍA, M., “La aportación económica al Tesoro por despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, 2018, pág. 85.

⁸¹⁵ GODINO REYES M., “Del empleo a la jubilación en tiempos de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas”, cit., pág.50.

En lo que concierne al régimen jurídico de esta obligación empresarial, la exigencia de la aportación opera siempre que concurran las siguientes circunstancias: que la empresa o el grupo de empresas al que pertenezca la persona trabajadora de empleo a más de 100 personas trabajadoras y que el porcentaje de personas trabajadoras despedidas de 50 o más años sobre el total de las despedidas sea superior al porcentaje de personas trabajadoras de 50 o más años sobre el total de personas trabajadoras de la empresa.

A los efectos del cálculo del porcentaje de personas trabajadoras despedidas de 50 o más años sobre el total de personas trabajadoras despedidas, se incluirán las personas afectadas por el despido colectivo y aquellas cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa⁸¹⁶, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora distintos de los previstos en el art. 49.1.c) del ET⁸¹⁷, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los 3 años anteriores, con el límite del 27 de abril de 2011, o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

Por último, esta obligación se halla condicionada a la obtención de beneficios por la empresa, de forma tal que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, ha de darse alguna de las dos condiciones siguientes: a) 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; o b) que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en, al menos, dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo 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.

⁸¹⁶ "Por ello, si un despido disciplinario -en principio, vinculado a la conducta del trabajador, como ya se ha dicho- se declara improcedente y, pese a ello, el contrato se extingue, el cese no podrá ser excluido del cómputo a efectos del despido colectivo, como tampoco podrá serlo, la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal. En consecuencia, los despidos disciplinarios que en el presente caso se reconocieron improcedentes son computables a efectos de los umbrales del art. 51.1 del ET y lo mismo ocurre con los despidos por causas objetivas para los que también se admitió su improcedencia y ello con independencia de lo que dispone el párrafo sexto del nº 1 del art. 51 ET" (STS, Sala 4ª, de 9 de mayo de 2018, rec. 110/2017).

⁸¹⁷ No deben tomarse en consideración en el cómputo las extinciones de contrato debidas a: mutuo acuerdo de las partes, las debidas a causas consignadas válidamente en el contrato, por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, dimisión, jubilación, fallecimiento o incapacidad permanente del trabajador, despido disciplinario procedente (artículo 49.1 ET).

Por tanto, la obligación de aportación al tesoro público se vertebra sobre la concurrencia de cuatro factores de forma cumulativa⁸¹⁸: existencia de un despido colectivo, incidencia sobre personas trabajadoras de cincuenta o más años, obtención de beneficios por la empresa y dimensión de la empresa o grupo de empresa que realiza el despido.

La medida tiene una clara finalidad disuasoria, en cuanto dispensa a las empresas de tener que realizarla, en los casos en los que recolquen a las personas trabajadoras, liberando al Estado de su posterior obligación de costear sus prestaciones por desempleo. En este sentido, no puede considerarse, ni como confiscatoria, ni como recaudatoria, ni semejante a un impuesto⁸¹⁹.

Con análoga finalidad, el artículo 51.9 ET dispone una regla de aplicación a los despidos colectivos de empresas no inmersas en concurso y que afecte a personas trabajadoras con 55 o más años de edad que no tengan la condición de mutualistas a 1 de enero de 1.967, imponiendo al empresario la obligación de abonar las cuotas destinadas a sufragar la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social a favor de estas personas trabajadoras de mayor edad, ello al objeto de proteger su carrera de cotización a la Seguridad Social hasta su jubilación.

Los despidos colectivos llevados a cabo por las entidades financieras tienen como rasgo común, el hecho de articularse mediante un acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación sindical, que sistemáticamente contempla que la gran mayoría de personas afectadas por el despido colectivo sean las de edad más próxima a la jubilación, estableciendo un marco de prejubilaciones pactado que facilita la adhesión de las personas trabajadoras a la oferta de prejubilación, y evitando así la afectación de otras personas trabajadoras de menor edad, por entender ambas partes que el hecho de hacer recaer sobre las personas trabajadoras de mayor edad el grueso del despido colectivo mediante prejubilaciones, es la mejor de las soluciones, al permitir el mantenimiento en activo de las personas trabajadoras con una edad lejana a la jubilación y que, ciertamente, tendrían dificultades para una reinserción laboral satisfactoria, mientras que las personas

⁸¹⁸ BARROS GARCÍA, M., “La aportación económica al Tesoro por despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años”, cit., pág., 83.

⁸¹⁹ STS, Sala 4ª, de 11 de febrero de 2019, rec. 228/2017.

trabajadoras de mayor edad, dadas las atractivas condiciones que se les ofrecen para soportar los pocos años que les restan para su jubilación, se verán menos perjudicadas por la extinción de su contrato.

No es difícil concluir que cualquier entidad financiera cumplirá holgadamente con los requisitos relativos al número de personas afectadas y a la obtención de beneficios en los periodos indicados, y que la gran mayoría de las personas afectadas por el despido colectivo tendrá 50 o más años, lo que conllevará necesariamente la obligación de aportación al Tesoro Público que dispone el citado art. 51.11 ET o la de financiación del convenio especial con la Seguridad Social para las personas trabajadoras de 55 o más años del art. 51.9 ET.

Ahora bien, dicha aportación implica un esfuerzo económico adicional para la empresa, habida cuenta que, para su cálculo⁸²⁰ se toma en consideración el importe bruto, desde la fecha del despido, de las prestaciones y subsidios por desempleo de estas personas trabajadoras de más de 50 años afectadas por el despido colectivo y las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el SEPE. Por esta razón, aun siendo el acuerdo de prejubilación fruto de la negociación y cierre de un despido colectivo, las entidades financieras suelen instrumentar la desvinculación de la persona trabajadora mediante un contrato individual de extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes *ex*, art. 49.1.a) ET, para así intentar evitar el coste que supone la aportación al Tesoro Público a la que están obligados con relación a todas estas personas trabajadoras mayores de 50 años que voluntariamente se adhieren a la oferta de prejubilación en el marco del despido colectivo.

Esta estrategia ha motivado que la TGSS actúe de oficio modificando la causa de la baja de la persona trabajadora comunicada por la empresa, actuación que sistemáticamente ha sido recurrida por las empresas y que, de igual modo, ha sido validada por una consolidada jurisprudencia de la Sala 3ª del TS, llegando a afirmar, en

⁸²⁰ Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

su sentencia de 16 de octubre de 2019⁸²¹, que la cuestión carece de interés casacional, pues ha sido objeto ya de numerosas sentencias de la Sala⁸²².

Sobre la cuestión litigiosa, concluye la Sala 3ª TS, en primer lugar, que la TGSS es competente para modificar o corregir los datos puestos de manifiesto por el empresario, así como para el examen de la naturaleza voluntaria o involuntaria de la baja de la persona trabajadora; es más, afirma que la TGSS estaba obligada a hacerlo, toda vez que el cese de la persona trabajadora era involuntario, pues traía causa de despido colectivo y lo único que resultaba voluntario era la posterior inclusión de la persona trabajadora en el sistema de prejubilaciones. En segundo lugar, respecto al carácter voluntario o involuntario de la baja, la Sala se inclina por calificar como involuntario el cese, apoyándose para ello en la STS de la Sala 4ª de 24 de octubre de 2006⁸²³, así como en el informe emitido por la Dirección General de Empleo, en el que considera involuntario el motivo de la baja como “al no poderse considerar que la extinción del contrato sea por libre voluntad del trabajador o mutuo acuerdo de las partes, pues nos encontramos ante una baja como consecuencia de ERE”, y en el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que concluye que “las prejubilaciones a que se refieren los denunciante tienen causa en

⁸²¹ Rec. 2064/2017.

⁸²² SSTs de 19 de diciembre de 2017, rec. 3052/2015, de 21 de diciembre de 2017, rec. 3051/2015 y 3058/2015, de 3 de enero de 2018, rec. 3055/2018, de 15 de enero de 2018, rec. 3054/2015, de 12 de marzo de 2018, rec. 3060/2015, de 19 de marzo de 2018, rec. 3061/2015, 3062/2015 y 3064/2015, de 22 de marzo de 2018, rec. 3065/2015, 3066/2015, 3075/2015 y 3101/2015, de 5 de abril de 2018, rec. 3102/2015, 3103/2015 y 3104/2015, de 26 de abril de 2018, rec. 1299/2016, de 29 de mayo de 2018, rec. 2319/2016 y 2395/2016, y 5 de junio de 2018, rec. 1483/2016. Y sobre la misma cuestión de interés casacional se pronuncia en las sentencias de 18 de julio de 2018, rec. 453/2017, de 9 de julio de 2018, rec. 792/2017, de 17 de julio de 2018, rec. 450/2017, de 9 de julio de 2018, rec. 42/2017, de 26 de abril de 2018, rec. 248/2016, y 26 de abril de 2018, rec. 142/2016.

⁸²³ Como señala la sentencia: “Es cierto que la opción por la prejubilación ha sido voluntaria, pero eso no significa que el cese lo sea. En el régimen actual de los despidos colectivos se viene admitiendo una práctica administrativa, en virtud de la cual los trabajadores afectados por un despido colectivo pueden determinarse: 1º) de forma directa y nominal en la propia resolución administrativa, 2º) por el empresario sin una aceptación previa de la designación por el trabajador y 3º) por el empresario con una aceptación previa del trabajador, que se acoge así a determinadas contrapartidas previstas en el plan social. En cualquiera de estos casos el cese es involuntario para el trabajador. Esta conclusión es obvia en los primeros supuestos, pues la voluntad del trabajador no interviene de ninguna forma en el cese. Pero tampoco hay voluntariedad en el tercer supuesto, porque el cese sigue produciéndose como consecuencia de una causa independiente de la voluntad del trabajador y lo único que sucede es que la concreción de esa causa sobre uno de los trabajadores afectados se realiza teniendo en cuenta la voluntad de éstos. Puede haber voluntariedad en la fase de selección de los afectados, pero no la hay en la causa que determina el cese”.

la situación descrita por Banca Cívica en la memoria del ERE, causas económicas, organizativas y productivas conforme al art. 51 ET”⁸²⁴.

El referido pronunciamiento de la Sala 3ª del TS respecto de la involuntariedad del cese en el marco de un despido colectivo, se realiza de un modo tangencial y ceñido estrictamente al motivo de la baja y a su lógica afectación a efectos de TGSS, así como a la capacidad de esta para revisar de oficio la comunicación realizada por la empresa. Ahora bien, la situación de hecho planteada con motivo de la extinción del contrato de trabajo ex art.49.1.a) ET al amparo de un despido colectivo, no solamente plantea cuestiones de índole laboral y de Seguridad Social, como el acceso a la prestaciones de desempleo o la posibilidad de anticipar hasta en 4 años la edad de jubilación ordinaria, sino que también plantea una cuestión que no es baladí para las personas trabajadoras que se plantean acogerse a la prejubilación aceptando las condiciones pactadas entre su empresa y la representación de las personas trabajadoras en un despido colectivo, cual es la referida a la fiscalidad aplicable a la indemnización que, con tal motivo, perciban de su empresa, bien en forma de capital (en un único pago), bien en forma de renta periódica.

Aunque esta cuestión se aborda en el pertinente apartado dedicado a la fiscalidad, cabe adelantar la negativa de la Sala 3ª del TS a establecer un criterio jurisprudencial claro a este respecto, por lo que es factible establecer la exención de IRPF cuando se enmarque en el ámbito de un despido colectivo, habida cuenta el carácter de acceso involuntario que reiteradamente le viene otorgando la jurisprudencia de la Sala 4ª del TS

⁸²⁴ Criterio jurisprudencial que está siendo objeto de aplicación por los Tribunales Superiores de Justicia. Así, en la STSJ Navarra, Sala de lo contencioso, de 6 de febrero de 2019, rec. 149/2018, en la que Banca Cívica recurre la revisión de oficio por la TGSS de la clave de la baja. La empresa comunica la clave de baja 51 (dimisión/baja voluntaria) y la TGSS la cambia de oficio a clave 77 (despido colectivo) basándose en los informes emitidos por la Dirección General de Empleo y por la Inspección de Trabajo, que califican como involuntarias las bajas por producirse al amparo de un ERE. A juicio del Tribunal: “Es cierto que el cese se lleva a cabo mediante acuerdo de extinción del contrato de trabajo de carácter individual al amparo del art. 49.1.a) ET mutuo acuerdo de las partes, si bien no se trata de un acuerdo libremente asumido por la empresa y los trabajadores para la extinción de la relación laboral, sino que éstos se acogen a la prejubilación como forma de extinción del contrato de trabajo que le ofrece la empresa dentro del ERE. Más allá del tenor literal del acuerdo de 2 de julio de 2012, cuando habla de extinción de mutuo acuerdo con expresa referencia al art. 49.1.a) del ET, esta extinción contractual se lleva a cabo dentro de un proceso de despidos colectivos decididos por la empresa. No es determinante la mención del art. 49.1.a) del ET porque, en realidad, la extinción del contrato ha tenido lugar por causas económicas, organizativas y productivas de la empresa, que le han exigido reestructurar su plantilla. La causa en virtud de la cual la empresa decide extinguir múltiples contratos es ajena a la voluntad de sus trabajadores, circunstancia que no varía por el hecho de que, a posteriori, se negocien las condiciones concretas para articular esas extinciones y sea voluntario el acceso a las mismas”. La sala cita y aplica en su apoyo, la STS de 24 de octubre de 2006 (rec. 4453/2004), y estima la involuntariedad de la baja.

aun cuando se materialice mediante un contrato de mutuo acuerdo de las partes del artículo 49.1.a ET, si bien existen casos en los que tanto la administración tributaria como los tribunales no llevan a cabo la interpretación de la obligada exención, siendo necesario que definitivamente la Sala 3ª del TS se pronuncie a este respecto con rotundidad.

Otro aspecto controvertido respecto de la aportación al Tesoro Público por las personas trabajadoras de 50 o más años afectadas por los procedimientos de despido colectivo que con motivo de la crisis financiera se han venido llevando a cabo por las entidades financieras, se refiere a la retroactividad de la Disp. Adic. 16ª de la LAAM, siendo el criterio de la Sala 4ª TS, aquí sí, muy claro, el de que es de aplicación una retroactividad impropia o de grado medio⁸²⁵, debiendo ser aplicada la legislación vigente a la fecha de inicio del expediente de despido colectivo.

7. DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Según dispone el art. 262 LGSS, se encuentra en situación de desempleo quien, pudiendo y queriendo trabajar, pierde su empleo o ve suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo en los términos regulados en el art. 267 de dicha norma. En lo que atañe al objeto de estudio, se encontrarán en situación legal de desempleo las personas trabajadoras que extingan su relación laboral en virtud de despido colectivo, adoptado por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 51 ET, o cuando se suspenda el contrato por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el art. 47 ET, no considerándose en situación legal de desempleo a las personas trabajadoras que cesen voluntariamente en el trabajo.

De lo anterior cabe extraer ya la primera conclusión clara respecto de la situación en que puede encontrarse una persona trabajadora con motivo de la firma de su contrato de prejubilación: cuando se procede a la extinción del contrato por mutuo acuerdo de las partes, la persona trabajadora no se encontrará legalmente en situación de desempleo, no teniendo acceso al disfrute de la prestación prevista para tal contingencia. Por el contrario, la persona trabajadora que vea extinguido o suspendido su contrato de trabajo en virtud

⁸²⁵ STS, Sala 4ª, de 23 de abril de 2018, rec. 84/2017.

de despido colectivo se encontrará en situación legal de desempleo y, de haber cotizado lo suficiente, podrá percibir la prestación correspondiente⁸²⁶.

Continuando con los requisitos establecidos en la ley, el desempleo será total cuando la persona trabajadora cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario⁸²⁷. Ya hemos visto que, en todo pacto de prejubilación se establece, entre otras, la obligación del empresario de abonar a la persona trabajadora una cantidad dineraria que le permita subsistir hasta que pueda acceder a la jubilación. La naturaleza jurídica de estas cantidades dinerarias, que pueden ser percibidas por la persona trabajadora de una sola vez o fraccionadamente, según lo pactado, mediante abonos anuales, semestrales, trimestrales o mensuales es relevante, pues de calificarse como salario, obviamente impediría la consideración de la persona trabajadora en situación legal de desempleo. La jurisprudencia ha resuelto esta cuestión, considerando que las prestaciones por prejubilación son indemnizaciones, no siendo una retribución diferida, ni suponen en ningún caso una mejora de la prestación de jubilación. Para la Sala 4ª del TS, en la situación de prejubilación de la persona trabajadora, es obvio que no concurre el necesario mantenimiento de la relación laboral y, por ello, no hay prestación de servicios que sea objeto de retribución, por lo que difícilmente puede computarse la cuantificación de estos complementos en el concepto de masa salarial⁸²⁸. En suma, las compensaciones económicas garantizadas de abono periódico en supuestos de prejubilación no pueden calificarse de salario⁸²⁹.

Dicha calificación de indemnización se recoge también en el art. 7.e) LIRPF, que declara exentas del citado impuesto las indemnizaciones por despido o cese de la persona trabajadora en los supuestos de despidos colectivos realizados conforme a lo dispuesto en el art. 51 ET o por las causas previstas en la letra c) del art. 52 ET, siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o de fuerza

⁸²⁶ “El acuerdo alcanzado por el actor y Banca Cívica, por el que extinguió su relación laboral, ha de calificarse de involuntario, en tanto que inmerso en un Expediente de Regulación de Empleo, y en virtud de tal conclusión, ha de declararse que se encuentra el trabajador en situación legal de desempleo, al no quedar excluido por la previsión del Art. 208.2.1 de la Ley General de la Seguridad Social” (STSJ Castilla y León, Sala de lo social, de 23 de octubre de 2019, rec. 591/2019).

⁸²⁷ Art. 262.2 LGSS.

⁸²⁸ STS, Sala 4ª, de 31 de marzo de 2015, rec. 159/2014.

⁸²⁹ STS, Sala 4ª, de 9 de marzo de 2014, rec. 116/2014.

mayor. Por tanto, y dado que tanto la aludida LIRPF como la jurisprudencia del TS, califican las cantidades percibidas por la persona trabajadora con motivo de un despido colectivo como indemnización y no como salario, en principio, la persona trabajadora se encuentra en situación legal de desempleo con derecho a la percepción de la prestación.

Con todo, aún resta por salvar un escollo que, hasta la fecha, se ha ido soslayando por parte de todos los intervinientes en el proceso, y no es otro que el requisito establecido el art. 267.2.b) LGSS, de que la persona trabajadora acredite su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada, debiendo para ello suscribir un compromiso de actividad, pues, en otro caso, no se le considerará legalmente en situación de desempleo. La persona en situación legal de desempleo debe querer trabajar, constituyéndose el “compromiso de actividad” en un requisito que exige un plus de actividad, y requiere una actitud determinada y activa en la búsqueda de empleo⁸³⁰. En este punto, y con independencia de la evidente dificultad que la edad de las personas trabajadoras prejubiladas entraña a la hora de encontrar un trabajo, en la práctica los servicios públicos de empleo aceptan tácitamente que la persona trabajadora en estas circunstancias ha finalizado su vida laboral y solamente aguarda a alcanzar la edad de jubilación, siendo del todo infrecuente que se vean siquiera compelidos a considerar oferta alguna de trabajo.

Por tanto, la persona trabajadora que acceda a la prejubilación mediante la extinción o suspensión de su contrato de trabajo con motivo de lo acordado en un despido colectivo se encontrará legalmente en situación legal de desempleo y con derecho al cobro de la prestación⁸³¹. Sin embargo, al objeto de que la persona prejubilada en el marco de un despido colectivo no vea perjudicado su derecho a la percepción de la prestación por desempleo, es necesario que, en todos los casos, la solicite en el plazo legal de 15 días hábiles establecido al efecto en el art. 268 LGSS, pues, de solicitarlo más tarde, se verá penalizada con la pérdida de tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y

⁸³⁰ ALVAREZ CORTES, J.C., y ORDÓÑEZ CASADO, M.I., “Cese voluntario y reanudación del subsidio por desempleo para trabajadores de edad madura”, *Temas laborales*, núm. 137, 2017, págs. 211-222.

⁸³¹ En este sentido, véase la STSJ Castilla y León, Sala de lo social, de 23 de octubre de 2019, rec. 588/2019.

aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud, pudiendo incluso llegar a perder la prestación totalmente si se demora en solicitarla.

En cualquier caso, no es conveniente que las personas trabajadoras afectadas aguarden a solicitar la prestación por desempleo hasta tanto figure en la TGSS como causa de su baja la de involuntaria, pues es costumbre en las entidades financieras que, pese a estar inmersas en el marco de un despido colectivo, las prejubilaciones se articulen mediante la extinción del contrato por mutuo acuerdo de las partes al amparo del art. 49.1.a) ET, de ahí que, en la comunicación que se realiza a la TGSS, se consigne el motivo de la baja como voluntaria. Independientemente de que la persona afectada interponga la oportuna solicitud de modificación de la causa de su baja ante la TGSS, procedimiento que no siempre es estimado y requiere de la interposición de recursos e incluso de la presentación de demanda ante la jurisdicción Contencioso administrativa, de forma que, entre la fecha del despido y en la que consta como motivo de la baja “cese involuntario” transcurrirá un periodo de tiempo que en ocasiones puede ser dilatado, la persona trabajadora debe solicitar la prestación en el plazo legalmente establecido en evitación de que el SEPE la pueda denegar por extemporánea si aguarda a que se resuelvan sus recursos ante la TGSS o sus demandas ante la jurisdicción⁸³².

7.1. LA PRESTACIÓN Y EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO COMO PARTE INTEGRANTE DE LA INDEMNIZACIÓN PACTADA EN EL ERE

Aunque, en principio, las prestaciones de la Seguridad Social tienen la función constitucional de tutela de las situaciones de necesidad, no estando concebidas para ser utilizadas por las empresas en sus procesos de reestructuración de plantillas, lo cierto es que la protección por desempleo tiene una conexión directa con los procesos de

⁸³² “Y en el presente supuesto, la actora pudo y debió haber efectuado la solicitud en el momento del cese, en julio de 2012, esgrimiendo los mismos razonamientos que hoy emplea para defender que su baja no había sido voluntaria, mas no lo hizo; y cuando presenta la solicitud, en julio de 2015, transcurridos por tanto tres años desde la extinción de su contrato (situación legal de desempleo), ya se habrían consumido todos los días de prestación; no existiendo razón legal alguna que avale la pretensión del recurrente de que el dies a quo sea la notificación de la Resolución de la TGSS por la que se accede al cambio de la clave de la baja en la Seguridad Social, ya que dicho trámite administrativo de cambio de código de la baja en la TGSS no deja en suspenso el mencionado plazo ni su conclusión permite reabrirlo o iniciar uno nuevo no previsto legalmente, toda vez que dicho trámite no era imprescindible concluirlo para poder solicitar la prestación” (SSTSJ Andalucía, Sala de lo social, de 4 de abril de 2019, recs. 66/2018, 59/2018, 90/2018, y 95/2018, reiteradas en la sentencia del mismo tribunal de 5 de septiembre de 2019, rec. 863/2018).

reestructuración empresarial⁸³³, pues conforme dispone el artículo 267 LGSS, se encuentran en situación legal de desempleo, entre otras, las personas trabajadoras que extingan su relación laboral en virtud de despido colectivo adoptado al amparo del artículo 51. ET o por causas objetivas del artículo 52 ET, ambos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a los que se añadirían las suspensiones del contrato de trabajo del artículo 47 ET, también por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y, por último, el despido individual, figuras todas ellas que, al estar en el ámbito de la decisión empresarial, son profusamente utilizadas por las empresas para llevar a cabo sus procesos de reestructuración de plantilla y adecuamiento a las necesidades reales de la empresa, por lo que al detentar la persona trabajadora “despedida” el derecho a percibir la prestación por desempleo en su nivel contributivo, esta juega un importante papel a la hora de acometer y diseñar los procesos de prejubilación⁸³⁴, pudiendo verse también incorporada la percepción del subsidio por desempleo en su nivel asistencial.

7.2. LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO COMO PARTE INTEGRANTE DE LA PREJUBILACIÓN DE LA PERSONA TRABAJADORA

Sin duda, una de las cuestiones que suscitan más dudas y, consecuentemente, mayor litigiosidad, es la incorporación de la prestación por desempleo como uno más de los conceptos que integran el total indemnizatorio a percibir por la persona trabajadora con motivo de la extinción de la relación laboral. Así, es muy frecuente que, en las negociaciones que se celebran entre las empresas y la legal representación de las personas trabajadoras, al objeto de acordar los términos en que se llevará a cabo un despido colectivo, uno de los puntos que las empresas sitúan sistemáticamente como parte fundamental en la negociación, es la pretensión de que la prestación por desempleo se integre en el marco retributivo de quienes voluntariamente se adhieran a la oferta de prejubilación fruto del acuerdo pactado, incorporando al efecto una cláusula que establece su derecho a la percepción de una indemnización neta pactada que se fija en función de un determinado porcentaje sobre su retribución (normalmente la retribución fija de los

⁸³³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La funcionalidad de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial”, en CASTIÑERA GONZÁLEZ, J (coord.), *Reestructuraciones de Empresas, XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, cit., págs. 17-87.

⁸³⁴ CABEZA PEREIRO, J., “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, cit., pág. 244.

últimos 6 o 12 meses anteriores a la extinción de la relación laboral)⁸³⁵. De esta forma, el importe de la prestación por desempleo a que pueda tener derecho la persona trabajadora se incorpora a la cuantía total que percibirá con motivo de la extinción de su contrato de trabajo, ello pese a que, como es lógico, no forma parte de la cantidad que debe satisfacer la empresa a la persona trabajadora⁸³⁶.

El objetivo perseguido no es otro que establecer una concreta percepción neta para la persona trabajadora en función de su retribución. En estos casos, surge sistemáticamente una discrepancia entre empresa y persona trabajadora a la hora de fijar exactamente cuál es la cuantía de la indemnización que corresponde abonar a la empresa, y ello, como consecuencia de la diferente interpretación que, sobre la cuantía indemnizatoria neta, tiene, en el primer año, la repercusión de la aplicación de la regla

⁸³⁵ Cláusula en la que se suele hacer constar “la indemnización por extinción, sin perjuicio de su momento y forma de cálculo, es una verdadera indemnización cuya percepción efectiva se encuentra vinculada a la efectiva extinción de la relación laboral al amparo del ERE, la cual incluye expresamente las indemnizaciones legalmente establecidas en el Texto Refundido del ET para los despidos colectivos”. Acuerdo colectivo ERE llevado a cabo en 2009 por la entidad LLOYDS BANK INTERNATIONAL S.A.U finalizado mediante acuerdo colectivo y autorizado por la autoridad laboral por causas objetivas.

⁸³⁶ Un ejemplo de ello puede verse en el Acuerdo laboral de prejubilación pactado por BANKIA y la representación sindical el en 14 de diciembre de 2010, que dispone que “Durante la situación de prejubilación y por cada año de duración de la misma hasta alcanzar la edad de 64 años, el trabajador percibirá una cantidad neta en concepto de indemnización por la extinción de su contrato mediante ERE que, sumada a la prestación neta por desempleo alcance un 95% de la retribución fija neta percibida en los doce meses anteriores a la extinción del contrato por prejubilación [...] Anexo 1bis. 2. Definición y obtención de la indemnización neta total por extinción de la relación laboral. a) La indemnización neta total será el 95% de la RFN (apdo. 1e) por el periodo en años transcurrido desde la fecha de la extinción y hasta el cumplimiento de los 64 años de edad. b) La indemnización neta total a cargo de cada Entidad = indemnización neta total (apdo. 2ª) menos el importe neto total del desempleo. c) El importe neto total del desempleo será el importe total de desempleo bruto que percibirá el empleado menos el importe total de cotización a la Seguridad Social a cargo del trabajador menos el importe de retención correspondiente al periodo del año de la extinción laboral menos el importe de retención correspondiente a los dos años inmediatamente posteriores al año de la extinción laboral. 3. Cálculo de tipos de retención desempleo y elevación al bruto: a) El tipo de retención anual (apdo. 2c) aplicable a los importes brutos del desempleo que el empleado percibirá los dos años inmediatamente anteriores al año de la extinción, se calculará teniendo en cuenta que en cada uno de dichos años percibiera exclusivamente el desempleo, considerando la situación personal y familiar a efectos fiscales, así como la legislación vigente en el momento de la extinción. b) A efectos del cálculo del tipo de retención necesario realizar para elevar la indemnización neta a cargo de la Entidad a un importe bruto total se aplicará la legislación vigente en el momento de la extinción considerando la situación personal y familiar a efectos fiscales en el momento de la extinción. Para la obtención del tipo de retención se tendrá en cuenta en el año de la extinción de la relación laboral: 1. La situación de activo del trabajador en el ejercicio fiscal en el que se produce la extinción laboral y hasta dicho momento (rendimiento dinerario y en especie acumulados, retenciones e ingresos a cuenta practicados...) 2. En su caso, la imputación correspondiente a la estimación de rendimientos en especie por el periodo transcurrido entre la fecha de extinción y el 31 de diciembre del año en la que se produce la misma. 3. El importe de indemnización a cargo de la Entidad que corresponda someter a retención. 4. El importe de desempleo neto de Seguridad Social teórico a percibir por el trabajador durante el año de la extinción de la relación laboral”.

fiscal establecida para el hecho de que reciba ingresos de dos pagadores⁸³⁷. Así, la empresa descuenta del monto bruto de la retribución abonada, vigente el contrato de trabajo, exclusivamente el importe de retención “tipo” que, en concepto de IRPF corresponde a dicha retribución, pero no la cantidad por la que finalmente cada persona trabajadora ha de tributar, habida cuenta de que percibe ingresos por dos conceptos sujetos a la declaración anual de IRPF, los rendimientos del trabajo y la prestación por desempleo, no siendo objeto de retención alguna la prestación a cargo del SEPE.

Cuando, según el acuerdo anteriormente señalado, se incorpora la cuantía de la prestación por desempleo como parte del caudal indemnizatorio que debe percibir la persona trabajadora, se debe detraer el importe neto de la prestación por desempleo de la indemnización neta pactada a cargo de la empresa, de forma tal que, como resultado final, la persona trabajadora acabe percibiendo el porcentaje (igualmente neto) pactado sobre su retribución. Es decir, la persona trabajadora recibirá de la empresa una cantidad en concepto de indemnización, tal que, sumada a la prestación por desempleo, alcance un determinado porcentaje de la retribución fija percibida por la persona trabajadora vigente el contrato de trabajo, y pactada como referencia para el cálculo indemnizatorio.

Este acuerdo, que puede parecer de sencilla y fácil interpretación, esconde en realidad una discrepancia interpretativa en cuanto a la concreta aportación de la empresa a la indemnización neta que debe percibir la persona trabajadora con motivo de la extinción de su contrato de trabajo, pues las cláusulas hacen referencia siempre al importe total de desempleo que percibirá la persona trabajadora, siempre sobre la hipótesis de que, en los 2 años posteriores (periodo normal de percepción de la prestación), la persona trabajadora percibirá exclusivamente la prestación por desempleo, teniendo en consideración la repercusión fiscal de su situación familiar y personal, así como la legislación vigente en el momento de la extinción del contrato de trabajo.

Sin embargo, lo cierto es que, en el primer año fiscal (año en el que la persona trabajadora accede a la prejubilación), la carga fiscal que ha de afrontar realmente le supone una merma respecto al porcentaje neto pactado como indemnización. Como se ha señalado anteriormente, el SEPE lleva a cabo la retención por IRPF en función de la

⁸³⁷ El artículo 96.3.a) LIRPF establece la obligación de declarar para el caso de que se reciban ingresos de más de un pagador.

cuantía de la prestación por desempleo, actuando como si fuese el único pagador en el año fiscal, sin tener en cuenta los otros ingresos que la persona trabajadora percibe de su empresa, por lo que aplica un porcentaje de retención por IRPF menor al que correspondería de haber considerado ambas fuentes de ingresos.

Esta actuación del SEPE origina que la empresa tome como base de referencia para abonar su parte de indemnización la cantidad neta efectivamente percibida por la persona trabajadora proveniente del SEPE, debiendo afrontar en consecuencia el abono de una menor indemnización a la persona trabajadora, que deberá soportar la deficiente retención fiscal llevada a cabo por el SEPE. De llevar a cabo el SEPE la retención que corresponde a los ingresos brutos de la persona trabajadora para ese primer ejercicio fiscal en el que, junto a la prestación por desempleo, ha percibido también el salario como persona trabajadora de la empresa hasta el momento de la extinción del contrato, la retención que habría de practicar el SEPE sería, sin duda alguna, mayor, lo que supondría una menor percepción neta en concepto de prestación por desempleo y, por consiguiente, la obligación para la empresa de abonar una indemnización de mayor cuantía para alcanzar el porcentaje de retribución neta pactado.

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado la Sala 4ª del TS en varias sentencias de unificación de doctrina⁸³⁸. Para la Sala, la interpretación de los contratos debe regirse por

⁸³⁸ SSTs, Sala 4ª, de 7 de noviembre de 2018, rec. 2040/2016, y de 26 de junio de 2018, rec. 3482/2016, sobre reclamación de cantidad y determinación del importe neto del desempleo que, complementando la indemnización, alcance la retribución neta pactada. Estas sentencias versan sobre varias personas trabajadoras de Bankia prejubiladas mediante un ERE y que demandan a la empresa por el diferente criterio de esta a la hora de interpretar la cuantía de la prestación neta por desempleo de aplicación para calcular la retribución neta pactada.

El acuerdo de extinción estipulaba que la indemnización neta total a cargo de la entidad sería el 95 por 100 de la retribución fija neta menos el importe neto del desempleo. La controversia entre estas personas trabajadoras y su empresa surge del hecho de que, la empresa descontó del monto bruto exclusivamente el importe de la retención tipo que por LIRPF corresponde a dicha retribución, cuando, según las personas trabajadoras, debería descontar la cantidad final resultante de la tributación de cada una de ellas en concreto, pues al percibir ingresos de dos pagadores (el desempleo del SEPE y el complemento de la empresa), en la declaración anual de IRPF se origina una tributación por la que no se ha retenido en la prestación a cargo del SEPE. Si el SEPE tomase en consideración el total de ingresos de la persona trabajadora, debería efectuar una retención en concepto de IRPF en consonancia con la misma, lo que motivaría que el neto de la prestación de desempleo a descontar por la empresa para establecer la retribución neta pactada fuese mayor. Al no efectuar el SEPE la retención en función de los ingresos totales de cada persona trabajadora, la diferencia de retención es exclusivamente a cargo esta. El criterio de la Sala es el de que, en base a los criterios que rigen la interpretación de los contratos, el acuerdo llevado a cabo en el ERE fue el de atender a un concepto de desempleo neto. La demanda, no pretende la deducción de las cantidades realmente liquidadas por IRPF, sino las que teóricamente correspondan computando exclusivamente la prestación de desempleo y el complemento indemnizatorio, estando las circunstancias personales y familiares expresamente contempladas en el anexo del acuerdo. La Sala falla en favor de Bankia.

tres principios fundamentales: la intención evidente de los contratantes, el principio de buena fe y el principio de conservación de los contratos, en cuya virtud lo lógico es considerar que las declaraciones efectuadas en un contrato se han hecho para conseguir un efecto jurídico determinado, lo que implica que las declaraciones deben ser interpretadas en el sentido más adecuado para que produzca el efecto deseado por las partes. Estas sentencias se pronuncian a favor de la interpretación literal de lo pactado y en contra de la pretensión de las personas trabajadoras de que la empresa asumiese a su cargo esa diferencia entre la retención practicada por el SEPE y la fiscalidad realmente soportada ese primer año por las personas trabajadoras.

A la vista de esta interpretación literal de lo pactado, la legal representación de las personas trabajadoras deberá esforzarse en conseguir una redacción distinta al pacto de prejubilación, que establezca claramente que, para determinar la cuantía neta de la indemnización que debe percibir la persona trabajadora, la cuantía de la prestación por desempleo no deberá estimarse en función del porcentaje de retención “tipo” que corresponde a la cuantía de la prestación devengada, sino del porcentaje de retención que soportará efectivamente la persona trabajadora, pues solamente así se conseguirá que la persona trabajadora perciba lo pactado.

Por último, es importante atender a una importante diferenciación a la hora de abordar la competencia del orden jurisdiccional social o contencioso-administrativo para resolver sobre las controversias que se plantean con motivo de discrepancias en la cuantía abonada por la empresa. La Sala 4ª del TS entiende que su competencia se extiende a los aspectos no contemplados en la resolución administrativa que autorizaba el ERE (cuando era necesaria la preceptiva autorización por la autoridad laboral, criterio actualmente aplicable al acuerdo colectivo llevado a cabo entre la empresa con la legal representación de las personas trabajadoras), por lo que si la demanda se refiere a aspectos no advertidos por los parámetros establecidos en los acuerdos y homologados por la autoridad laboral en orden a determinar su importe de aquella y/o a posible error en su aplicación, la competencia es del orden jurisdiccional social, por el contrario, si lo que se cuestiona, directa o indirectamente es la resolución administrativa que autorizó las extinciones laborales, y si la misma ha homologado los parámetros indemnizatorios acordados por la

representación de la empresa y la legal representación de las personas trabajadoras, la impugnación de lo acordado sería competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa⁸³⁹.

7.3. EL SUBSIDIO POR DESEMPLEO COMO COMPLEMENTO DE PREJUBILACIÓN

Una vez agotada la prestación de desempleo en su modalidad contributiva, la persona prejubilada puede pasar a percibir la protección por desempleo en su nivel asistencial, lo que se conoce como subsidio de desempleo, destinado a aquellas personas trabajadoras mayores de 52 años que hayan cotizado por desempleo al menos durante 6 años a lo largo de su vida laboral y acrediten reunir los requisitos, salvo la edad, para acceder a una pensión contributiva del sistema de Seguridad Social, amén de un requisito fundamental, la carencia de rentas de cualquier naturaleza superiores, en computo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional.

Precisamente, el requisito de inexistencia de renta es el que podría ser causa de controversia para acreditar el derecho o no a la percepción del subsidio, por cuanto la persona prejubilada suele percibir de su empresa una renta periódica (normalmente de periodicidad anual), lo que, en función de la calificación que obtenga dicha renta, podría ser incompatible con la percepción del subsidio. A este respecto, el propio artículo 275.4 LGSS ya dispone expresamente que la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta, independientemente de la periodicidad de su pago. De esta forma, el legislador ha querido corregir la anomalía introducida por el artículo 6 del RD-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad⁸⁴⁰, por el que se modificó el artículo 215.3 LGSS 1994, y en el que se incluía expresamente como renta el importe de la indemnización por extinción del contrato de trabajo, sea cual sea la periodicidad de su percepción o forma de pago, siendo indiferente que se percibiesen “directamente de la empresa, de Organismos o Administraciones

⁸³⁹ STS, Sala 4ª, de 3 de noviembre de 2015, rec. 2070/2014.

⁸⁴⁰ Este criterio fue modificado por el legislador mediante la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, incorporando la exclusión expresa como renta del trabajador de la indemnización percibida como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, exclusión que se mantiene en la vigente LGSS.

Públicas, como complemento o en sustitución de aquellas (FOGASA), o a través de entidades financieras, aseguradoras o crediticias por cuenta de las empresas, Organismos o Administraciones Públicas cuando respondan al cumplimiento del pago de la indemnización”. Se estipula incluso su cómputo si la indemnización se percibe en un pago único dentro del año anterior al nacimiento del derecho al subsidio. De esta forma, el legislador cubría el amplio abanico de posibilidades al que pueden llegar empresa y personas trabajadoras para el abono de la indemnización pactada, acentuando así el carácter asistencial del subsidio por desempleo⁸⁴¹.

En cualquiera de los casos, tal y como se ha anticipado, lo importante es atender a la calificación que se otorgue a estos ingresos que percibe la persona trabajadora como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, pues la indemnización percibida de la empresa por este motivo con ocasión de un ERE no tendrá la consideración de renta a los efectos del reconocimiento de los subsidios por desempleo⁸⁴². Ahora bien, ciertamente la persona trabajadora percibe de su empresa una renta que, aun cuando tenga el carácter de indemnizatoria por extinción de la relación laboral, puede ser calificada como un complemento de prejubilación o una mejora de prestaciones de la Seguridad Social, y, por tanto, pese a que la Disp. Trans. 3ª de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, la excluye de su conceptualización como renta, sí que estará sujeta a tributación por IRPF en la cuantía que exceda la cantidad indemnizatoria máxima exenta de sometimiento a IRPF [180.000 euros conforme al art. 7.e) LIRPF].

Igualmente, las cantidades que la empresa abone a la persona trabajadora para la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social tampoco tienen la consideración de renta los efectos de cómputo para el derecho a la percepción del subsidio por desempleo, por mandato expreso del artículo 275.4 LGSS.

⁸⁴¹ ROQUETA BUJ, R., “Los complementos de prejubilación y los subsidios por desempleo: aspectos problemáticos”, en AAVV Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo, cit., pág. 363.

⁸⁴² “A efectos del reconocimiento de los subsidios por desempleo y no obstante lo establecido en el artículo 215.3.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se computarán como renta ni el importe de la indemnización por extinción del contrato de trabajo derivada de expediente de regulación de empleo” (Disp., Trans, 3ª Ley 45/2002, de 12 de diciembre).

8. INDEMNIZACIÓN LEGAL POR DESPIDO COLECTIVO Y CANTIDADES DERIVADAS DEL PACTO DE PREJUBILACIÓN

Conforme a lo preceptuado en el art. 53.1.b) en relación con el art. 51.4 del ET, la persona trabajadora cuyo contrato se extinga como consecuencia de un despido colectivo, tendrá derecho a percibir, simultáneamente a la recepción de la comunicación escrita de su despido, la indemnización legal⁸⁴³ o la de superior importe que se hubiera pactado en el procedimiento de despido colectivo⁸⁴⁴. Por su parte, el art. 7.e) LIRPF, establece la exención de las indemnizaciones por despido o cese de la persona trabajadora que no se deban a convenio, pacto o contrato, en los casos de despido colectivo del art. 51 ET o 52.c) del mismo, siempre que se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o de fuerza mayor.

A estos efectos, adquiere relevancia la doctrina judicial sobre la involuntariedad en el acceso a la prejubilación en el marco de un despido colectivo⁸⁴⁵, en la que se afirma que el contrato de trabajo no se ha extinguido “por la libre voluntad del trabajador que decide poner fin a la relación”, sino que la causa de la extinción es completamente ajena a su voluntad. Para la Sala 4ª del TS, “es cierto que la opción por la prejubilación ha sido voluntaria, pero eso no significa que el cese lo sea”, por tanto, en cualquiera de estos casos, el cese es involuntario para la persona trabajadora. A salvo de las consideraciones que al respecto se harán en el apartado dedicado a la fiscalidad de la indemnización por prejubilación, esta calificación de la extinción por causa ajena a la voluntad de la persona trabajadora permite a esta, en principio, beneficiarse de la exención fiscal que establece el precitado art. 7.e) LIRPF, es decir, está exenta la parte de indemnización que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el ET para el despido improcedente, con el límite de la cantidad de 180.000 euros.

No cabe ignorar que, tratándose de prejubilaciones, lo usual es que afecten a personas con una dilatada vida laboral, por lo que la indemnización por despido

⁸⁴³ El empresario debe, según el art. 53.1.b) ET, “poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.

⁸⁴⁴ CAVAS MARTINEZ, F., “Formalización de la extinción individual del contrato derivada de un despido colectivo pactado”, cit. pág. 78.

⁸⁴⁵ STS, Sala 4ª, de 24 de octubre de 2006, rec. 4453/2004.

improcedente constará de dos tramos claramente diferenciados por mor de lo dispuesto en la Disp. Trans.11ª ET: En primer término, la indemnización de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso. Por tanto, para la exención prevista en el art. 7.e) LIRPF, se tomará la menor de las dos cantidades, la resultante de la indemnización por despido improcedente o 180.000 euros. El exceso de esta cantidad, si se produce, será objeto de declaración como renta regular a efectos del IRPF.

Respecto a la forma de puesta a disposición y cobro de la indemnización por prejubilación en el marco de un despido colectivo, existe una total libertad de pacto entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras para fijar tanto la cuantía de la indemnización a percibir por la persona trabajadora⁸⁴⁶, como la periodicidad en llevarla a cabo, de forma tal que pueden pactar su pago a la persona trabajadora en el momento de recibir la carta de despido o su periodificación anual, semestral, trimestral o mensual.

Así se deduce de la reiterada jurisprudencia de la Sala 4ª del TS⁸⁴⁷, que afirma con rotundidad que, es admisible el pacto de aplazamiento o fraccionamiento del importe de las indemnizaciones adeudadas por las extinciones contractuales que se acuerden fruto de la negociación colectiva, pues no se trata de un supuesto de derecho necesario. De conformidad con la jurisprudencia: “Imponer inflexiblemente el requisito de la simultánea puesta a disposición de la indemnización, puede traducirse en limitación del derecho a la negociación colectiva, puesto que para los negociadores del PDC deben primar los intereses colectivos sobre los individuales y estar presente el principio de

⁸⁴⁶ Obviamente, respetando el mínimo de 20 días de indemnización por año trabajado y con un máximo de 12 mensualidades preceptuado en el art. 53.1 ET.

⁸⁴⁷ STS, Sala 4ª, de 12 de mayo de 2016, rec. 3082/2014.

solidaridad, hasta el punto de que el objetivo fundamental de mantener la actividad de la empresa y consiguientemente el mayor nivel de empleo, puede determinar sacrificios para los trabajadores individualmente considerados, «siempre que -naturalmente- se respeten sus derechos mínimos de carácter necesario» y tales sacrificios «estén justificados».

Por tanto, es criterio jurisprudencial consolidado el de que, por vía de acuerdo colectivo, en el marco de un despido colectivo, es posible fijar criterios de aplazamiento del pago de la indemnización por extinción del contrato, siempre a condición de que la indemnización pactada sea superior a la legalmente establecida y de que el pacto sobre pago aplazado no se abusivo⁸⁴⁸. De igual modo, es muy frecuente que, adicionalmente a la indemnización de días de salario por año de servicio, se pacten importes adicionales en función de la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa.

Nada impide, de otro lado, que las prejubilaciones se hagan efectivas mediante una póliza de seguros abonada por la empresa, en la que usualmente se pacta que, durante el tiempo que exceda de los 24 meses de desempleo y hasta alcanzar la persona trabajadora la edad de jubilación pactada se abonará a la persona trabajadora la indemnización con la periodicidad pactada, así como el importe del convenio especial con la Seguridad Social.

⁸⁴⁸ CAVAS MARTINEZ, F., “Formalización de la extinción individual del contrato derivada de un despido colectivo pactado”, cit., pág. 80.

CAPITULO 9

FISCALIDAD DERIVADA DEL PACTO DE PREJUBILACIÓN

1. ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA FISCALIDAD DE LAS CANTIDADES PERCIBIDAS

A la hora de abordar la fiscalidad aplicable a los efectos de tributación por IRPF de las cantidades indemnizatorias que percibe la persona trabajadora con motivo de la extinción de la relación laboral, es preciso tener en consideración la voluntariedad o no del cese y al carácter regular o irregular de la percepción.

En primer lugar, para determinar la sujeción o no al IRPF, hay que atender exclusivamente al origen involuntario o voluntario del cese. Puede ser calificado como involuntario cuando esté fundado en una causa por completo ajena a la libre voluntad de la persona trabajadora, como sería el caso de un cese motivado por un despido colectivo al amparo del artículo 51 ET o un despido objetivo conforme al artículo 52.c) ET, en cuyo caso gozaría de la exención establecida en el artículo 7.e) LIRPF hasta los primeros 180.000€. Sin embargo, tratándose de un cese voluntario, lo que acontece cuando obedece a la libre voluntad de la persona trabajadora de poner fin a la relación laboral, usualmente instrumentado mediante un mutuo acuerdo de las partes según lo previsto en el artículo 49.1.a) ET, la indemnización que se perciba estará íntegramente sujeta a IRPF⁸⁴⁹. Y, una vez establecida la sujeción al impuesto, de toda o parte de la indemnización, es necesario calificar el carácter de regular o irregular que se atribuye a las cantidades percibidas por la persona trabajadora con motivo de la extinción de la relación laboral.

En el caso de una indemnización por prejubilación llevada a cabo en el ámbito de un Acuerdo Colectivo alcanzando entre la empresa y la legal representación de las personas trabajadoras, de adscripción voluntaria para estas, las cantidades indemnizatorias no se encuentran entre las consideradas exentas por el artículo 7.e) LIRPF, por lo que están íntegramente sometidas al impuesto. Dado que la indemnización por la extinción del contrato de trabajo suele establecerse en función de los años de antigüedad en la empresa, se considera generada de forma irregular en el tiempo, por lo que gozará de la reducción del 30 por 100 que al efecto dispone el artículo 18.2.a) LIRPF,

⁸⁴⁹ Consulta vinculante DGT V-0219-17, de 30 de enero de 2017.

siempre y cuando se impute en un único periodo impositivo, tomándose el número de años de servicio como periodo de generación⁸⁵⁰. Ahora bien, si no se considera como renta irregular, la cantidad percibida en cada ejercicio fiscal estará íntegramente sometida a tributación al IRPF.

Señalado lo anterior, y aun tratándose de la indemnización con motivo de un despido colectivo u objetivo, es necesario recordar que estarán sometidas a tributación las cantidades que, en concepto de indemnización por la extinción de la relación laboral por despido, superen el montante que goza de exención en virtud de lo previsto en el artículo 7.e) LIRPF. Así, el exceso percibido por el trabajador quedará sujeto y no exento de IRPF, siendo calificado como rendimiento del trabajo⁸⁵¹, por lo que podría ser de aplicación la reducción del 30 por 100 prevista en el artículo 18.2 LIRPF para los rendimientos que se califiquen como irregulares. En el citado precepto, se establece que deben tratarse de *“rendimientos íntegros distintos de los previstos en el artículo 17.2. a) de esta Ley que tengan un período de generación superior a dos años, así como aquellos que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, cuando, en ambos casos, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente, se imputen en un único período impositivo”*, considerando como periodo de generación el número de años de servicio en la empresa de la persona trabajadora.

En suma, la sujeción o no a IRPF de la indemnización que la persona trabajadora percibe de su empresa con motivo de su prejubilación, se halla en función de la calificación del cese como debido a la libre voluntad de la persona trabajadora o, por el

⁸⁵⁰ Véase la Consulta Vinculante V0122-21, de 28 de enero de 2021, siendo la cuestión planteada el tratamiento fiscal aplicable a la compensación establecida en el programa de prejubilaciones, y, en particular, la posibilidad de aplicar la reducción del 30 por 100 por irregularidad, en el caso de adscripción voluntaria de la persona trabajadora al programa de prejubilaciones en el ámbito de un Acuerdo Colectivo alcanzado entre la empresa y la legal representación de las personas trabajadoras, en la que se pacta el pago de una compensación mensual hasta que la persona trabajadora cumpla los 63 años y un pago final de 20.000 euros coincidente con la última mensualidad. La DGT concluye que, “en base a lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento del IRPF, se consideran rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, exclusivamente los siguientes: “[...] f) cantidades satisfechas por la empresa a los trabajadores por la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral [...]”. Dado que los ingresos percibidos por la persona trabajadora no se imputan en un único periodo impositivo (se perciben mensualmente durante varios años), no es de aplicación la reducción del 30 por ciento prevista en el artículo 18.2.a) LIRPF”.

⁸⁵¹ Art. 17.1 LIRPF: *“Se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas. (...)”*.

contrario, a una causa por completo ajena a su libre voluntad, y, una vez que se establece la sujeción total o parcial al impuesto, la calificación como renta regular o irregular de las cantidades que se perciben.

2. LA INSTRUMENTACIÓN FORMAL DE LA PREJUBILACIÓN Y SU RELEVANCIA A LOS EFECTOS IMPOSITIVOS

Como se ha reiterado, la prejubilación no se halla incluida en ninguno de los supuestos que el ET considera como constitutivos de despido o asimilado al mismo⁸⁵²; tampoco se configura como causa típica de extinción del contrato de trabajo, careciendo por ello de una regulación legal específica y de la consideración de contingencia cubierta por la Seguridad Social. De la misma forma, la normativa fiscal elude la calificación de la persona prejubilada como jubilada o como persona trabajadora, por lo que cabe decir que, a efectos fiscales, se trata de una persona “pasiva”⁸⁵³ que puede percibir prestaciones públicas (desempleo) y/o cantidades que le aporta la empresa, bien directamente o a través de entidades de seguros.

Los pactos de prejubilación pretenden facilitar a la persona trabajadora el mantenimiento de su poder adquisitivo. Con este fin se suscribe un acuerdo retributivo basado en los ingresos de la persona trabajadora en el momento de acceder a la prejubilación, y que representa un elevado porcentaje sobre sus ingresos⁸⁵⁴, siendo lo usual que el porcentaje pactado incluya, caso de percibirse, la cuantía de la prestación por desempleo. A dichas cantidades se suma el pago por la empresa de las cotizaciones con motivo del convenio especial con la Seguridad Social que suscribe la persona trabajadora hasta que cumpla la edad legal en que pueda acceder a una jubilación en el sistema de Seguridad Social, normalmente en su modalidad anticipada.

Dado que la prejubilación se rige por la libertad de pacto de las partes, para proceder a la extinción del contrato de trabajo, es necesario recurrir a cualquiera de las

⁸⁵² STS Sala 3ª, de 8 de febrero de 2010, rec. 6103/2007, FJ 6º.

⁸⁵³ RANSES PEREZ-BOGA, J., “Aspectos fiscales de la prejubilación”, cit., pág. 122.

⁸⁵⁴ Hay que diferenciar en este punto la extinción por mutuo acuerdo de las partes, modalidad en la que lo habitual es que la persona trabajadora reciba entre el 70 y el 90 por 100 del salario bruto percibido en el último año, y la extinción mediante un ERE, en el que lo habitual es que la indemnización pactada se haga en base a un porcentaje sobre el salario neto percibido en el último año, siendo los porcentajes habituales, en este caso, entre un 55 y 70 por 100, y al que se suele incorporar la prestación de desempleo.

figuras legales contempladas en el ET⁸⁵⁵, siendo las más utilizadas: la extinción del contrato de trabajo mediante acuerdo, pacto o convenio entre empresa y persona trabajadora⁸⁵⁶ y el acceso a la prejubilación en el marco de un despido colectivo, generalmente pactado con la representación legal de las personas trabajadoras. La realidad observada hasta ahora viene a demostrar que, tanto la decisión de prejubilación como el contenido de los planes de jubilación, se negocian entre empresario y representantes de las personas trabajadoras⁸⁵⁷ con independencia de la figura legal que utilicen para llevarla a cabo, es decir, como baja de mutuo acuerdo *ex* artículo 49.1.a) ET o mediante el procedimiento de despido colectivo del artículo 51 ET⁸⁵⁸ o un despido objetivo del artículo 52 ET. Y es que, lo importante para las partes es llegar a un acuerdo de prejubilación con el menor coste social, económico y de producción posible, motivo por el que la negociación se centra más en el alcance subjetivo de la medida y las condiciones económicas del cese que en la concreta figura legal a través de la que se instrumentará. Sin embargo, la elección del cauce legal de extinción de los contratos no es inocuo, pues del mismo se va a derivar el nacimiento de diferentes obligaciones tributarias⁸⁵⁹, de ahí que su conocimiento resulte interesante para todos los agentes intervinientes en el proceso.

Sin duda, el despido colectivo es la figura legal más utilizada por las empresas para desprenderse de las personas trabajadoras de mayor edad, pues, en principio, es la modalidad de extinción de la relación laboral que puede ofrecer mayor protección a los sujetos afectados, por lo que la representación de las personas trabajadoras tiene cierta propensión a favorecer el recurso a esta figura. Es muy importante atender al hecho de que, la calificación que al efecto se otorgue a la extinción del contrato de trabajo, resultará

⁸⁵⁵ CABEZA PEREIRO, J., “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, cit., pág. 207.

⁸⁵⁶ Aquí se incluyen los acuerdos de prejubilación que derivan de la negociación colectiva entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras, del convenio colectivo y de la negociación individual entre la persona trabajadora y la empresa.

⁸⁵⁷ De hecho, la negociación previa entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras se produce, en los casos de bajas voluntarias, mediante un acuerdo colectivo en el que se pactan las condiciones de extinción de la relación laboral a las que voluntariamente se pueden adherir quienes cumpliendo los requisitos pactados, opten por resolver su contrato de trabajo, mientras que, en el caso de un despido colectivo, la negociación se lleva a cabo en el periodo de consultas previsto en el artículo 51.2 ET, negociación que debe culminar con acuerdo para que pueda hablarse propiamente de prejubilación.

⁸⁵⁸ LÓPEZ CUMBRE, L., “Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas”, cit., pág. 207.

⁸⁵⁹ RANSES PEREZ-BOGA, J., “Aspectos fiscales de la prejubilación”, cit., pág. 117.

de gran trascendencia por sus implicaciones tanto de orden al acceso a prestaciones como con relación a la generación de obligaciones de orden tributario o su exención. Sobre la cuestión, es fundamental el criterio que la Sala 4ª del TS viene manteniendo respecto de la calificación, como involuntario, del cese llevado a cabo en el marco de un despido colectivo.

Para apoyar la tesis de la involuntariedad del cese, la Sala 4ª del TS se basa en una práctica administrativa para identificar a las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo, en virtud de la cual, estas pueden determinarse: 1º) de forma directa y nominal en la propia resolución administrativa, cuando la misma era requerida legalmente⁸⁶⁰; 2º) por el empresario sin aceptación previa de la persona trabajadora; o 3º) por el empresario, con aceptación previa de la persona trabajadora, que se acoge así a determinadas contrapartidas⁸⁶¹, concluyendo que, en cualquiera de estos casos, el cese es involuntario⁸⁶². Así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia de la Sala 4ª del TS, en la que sistemáticamente se apoya la Sala 3ª del Alto Tribunal para igualmente calificar como involuntaria la baja de la persona trabajadora afectada por un despido colectivo⁸⁶³.

En principio, la calificación jurídica que se otorga a una prejubilación formalizada mediante una extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes ex art. 49.1.a) ET es la de voluntaria y, por tanto, supone la sujeción a IRPF de la totalidad de las indemnizaciones percibidas por la persona trabajadora⁸⁶⁴. Por el contrario, cuando la extinción del contrato de trabajo se lleva a cabo en el marco de un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, materializado conforme a lo dispuesto en el art. 51 ET (despido colectivo) o en el art. 52.c) ET (despido por causas objetivas), es reiterada la jurisprudencia que considera como involuntario el cese, por lo

⁸⁶⁰ Requisito suprimido con la entrada en vigor del RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁸⁶¹ Los dos primeros casos no son polémicos, considerándose exentos del IRPF en la cuantía legalmente establecida para el despido colectivo, pues la voluntad del trabajador no interviene de ninguna forma en el cese. Es en el tercer supuesto donde surge la discrepancia entre las distintas Salas respecto de la sujeción o no a IRPF de la indemnización percibida por el trabajador.

⁸⁶² STS, Sala 4ª, de 24 de octubre de 2006, rec. 4453/2004.

⁸⁶³ STSS, Sala 3ª, de 19 de diciembre de 2017, rec. 3052/2015, de 21 de diciembre de 2017, rec. 3058/2015, de 19 de marzo de 2018, rec. 3061/2015, y 22 de marzo de 2018, rec. 3065/2015, entre otras.

⁸⁶⁴ El art. 7.e) LIRPF dispone que *“estarán exentas las indemnizaciones por despido o cese del trabajador [...] sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato”*.

que la indemnización percibida por la persona trabajadora estaría exenta de IRPF hasta la cantidad máxima que por despido improcedente contemple el ET con el límite de 180.000 euros. Sin embargo, esta referencia al criterio de voluntariedad en la extinción del contrato constituye una simplificación y no basta para explicar el criterio dirimente a efectos tributarios, pues aun cuando el contrato de trabajo se extinga en el marco de un despido colectivo, la casuística que afecta a la fiscalidad de la indemnización percibida por la persona trabajadora es muy extensa y diversa.

Especialmente relevante, como más adelante se verá, es el caso de la extinción del contrato de trabajo al amparo de un despido colectivo basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en el que las personas afectadas han sido directamente designadas por el empresario contando con el previo consentimiento de estas, incentivadas con determinadas contrapartidas, si bien la extinción se formaliza de mutuo acuerdo conforme al artículo 49.1.a) ET. El criterio que aplicar a estas prejubilaciones es el de que no obedecen al mutuo acuerdo del empresario y la persona trabajadora⁸⁶⁵, por lo que, en principio, las cantidades que por tal motivo perciba la persona trabajadora, gozarían de la exención que al efecto previene el artículo 7.e) LIRPF.

2.1.LA DUBITATIVA DOCTRINA DE LA SALA 3ª DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ALCANCE DE LA EXENCIÓN FISCAL DEL ART. 7.E) DE LA LIRPF

Cabe afirmar con rotundidad que el ánimo que impregna la legislación laboral es la evitación del conflicto, propiciando el acuerdo entre las partes y buscando una solución consensuada que satisfaga a ambas, de ahí que en dicho ámbito se incentive el pacto como primera medida de resolución de la controversia. A esta finalidad pacificadora, se suma la configuración del ordenamiento laboral como un derecho tuitivo y de mínimos, por lo que las condiciones en él reguladas pueden ser mejoradas por las partes intervinientes. Como corolario de lo anterior, cuando se produce un despido, el ordenamiento laboral

⁸⁶⁵ Así lo entiende la STS, Sala 3ª, de 19 de marzo de 2018, rec. 3061/2015, que recoge la STS de 24 de octubre de 2006, así como los informes de la Dirección General de Empleo y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que afirman que “las bajas mediante prejubilaciones a que se refieren los denunciados tienen causa en la situación descrita por Banca Cívica S.A en la memoria del ERE NUM000, causas económicas, organizativas y productivas, conforme al art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y no al art. 49.1.a) de la norma citada”.

dispone que sea preceptivo el intento de conciliación entre las partes, lo que se lleva a cabo en dos actos diferenciados: un primer intento de conciliación extrajudicial administrativa ante el Servicio de Arbitraje, Mediación y Conciliación; y, caso de finalizar esta sin avenencia⁸⁶⁶, un segundo intento de conciliación ante el órgano jurisdiccional, representado por el Letrado de la Administración de Justicia, requisito previo para, caso de nuevamente finalizar sin avenencia, celebrar el acto de juicio ante el juez predeterminado⁸⁶⁷. En estos obligados intentos de conciliación, aparecen nítidamente reflejados los mecanismos que para la evitación del proceso arbitra la jurisdicción laboral, basados única y exclusivamente en incentivar el pacto entre las partes.

Como consecuencia de este espíritu que impregna la legislación laboral, en la práctica totalidad de los despidos colectivos que se negocian en España, a las personas trabajadoras de mayor edad se les ofrece la posibilidad de prejubilarse con una indemnización que no está en función de los años trabajados, sino de los años que les restan para jubilarse, y para cuyo cálculo se tiene en cuenta, en su caso, la exención fiscal que al efecto está establecida en el art. 7.e) LIRPF. No obstante, este espíritu de consenso que, a primeras luces podría parecer modélico, choca frontalmente con la esencia del procedimiento administrativo en su celo por defender el interés general⁸⁶⁸.

Ya se ha señalado que la jurisdicción contencioso-administrativa hace suyo el criterio de la Sala 4ª del TS, siendo constante y reiterada la doctrina jurisprudencial⁸⁶⁹ que califica como involuntario al cese de la persona trabajadora acogida a prejubilación en el marco de un ERE, “sin que el hecho de que la opción por acogerse a la oferta de

⁸⁶⁶ Arts. 63-68 LRJS.

⁸⁶⁷ Arts. 83-85 LRJS.

⁸⁶⁸ Considera la Sala 3ª del Tribunal Supremo que se daña gravemente el interés general, ya que la exención del IRPF de las indemnizaciones derivadas de estas extinciones del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes en el marco de un despido colectivo, así como la consideración como renta irregular de las cantidades percibidas por el trabajador, son gravemente dañosas para el interés general, pues su reiteración en el futuro puede producir, con previsión razonable, la lesión de los intereses generales. Añade la Sala que, de extenderse el criterio de exención, se produciría una merma en las Arcas Públicas, como consecuencia de una disminución acentuada y reiterada del importe de liquidaciones tributarias por el IRPF, habida cuenta el abundante número de ERE que pueden contemplar previsiones de entregas de cantidades como complemento de prestaciones públicas derivadas de prejubilaciones y de jubilación anticipada. STS Sala 3ª, de 10 de mayo de 2006, rec. 29/2004.

⁸⁶⁹ Se mantiene la doctrina, entre otras, en las SSTs, Sala 3ª, de 17 de enero de 2007, rec. 4534/2005; de 23 de mayo de 2007, rec. 4900/2005; y de 5 de julio de 2010, rec. 3557/2009; que a su vez tienen acogida en sentencias de otras instancias, como la STSJ Castilla La Mancha, Sala de lo contencioso, de 4 de marzo de 2016, rec. 701/2015.

prejubilación sea efectivamente voluntaria para el trabajador, signifique que el cese del contrato de trabajo lo sea, pues este se extingue por una causa por completo ajena de la voluntad del trabajador, como lo es una causa económica, técnica, organizativa o de producción”. No obstante, en el caso de la extinción del contrato de trabajo con motivo de un despido colectivo que las partes materializan mediante un contrato de mutuo acuerdo de las partes *ex art. 49.1.a) ET*, mientras que la jurisdicción social considera este supuesto como una extinción involuntaria del contrato de trabajo y, por tanto, acreedora de la prestación de desempleo y demás prestaciones a las que da derecho dicha extinción involuntaria, en el ámbito de la jurisdicción administrativa y tributaria, aun se discute si se trata de una extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes, lo que implicaría necesariamente la sujeción de las cantidades percibidas por la persona trabajadora al IRPF, tanto si su cobro se produce de una sola vez o en forma de renta pactada⁸⁷⁰.

En este punto, es necesario volver a traer a colación la práctica llevada a cabo por las entidades financieras en el momento de notificar a la TGSS la baja de la persona trabajadora en aquellos casos es los que, aun estando amparada por un despido colectivo del art. 51 ET, esta se materializa de mutuo acuerdo por las partes *ex art. 49.1.a) ET*⁸⁷¹. Probablemente, con base en su convencimiento del carácter voluntario del cese, la empresa comunica la baja de la persona trabajadora como “voluntaria”, intentando eludir así la aplicación de lo previsto en la Disp. Adic. 16ª de la LAAM en relación con lo dispuesto en el art. 51.11 ET, que impone a la empresa la aportación económica al Tesoro Público de las prestaciones y subsidios por desempleo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social, de las personas trabajadoras de 50 o más años afectados por el despido colectivo, actuación que ha venido motivando numerosos pronunciamientos administrativos y jurisdiccionales.

⁸⁷⁰ Criterio que tiene su origen en la STS, Sala 3ª de 10 de mayo de 2006, rec. 29/2004 y reiterado en numerosas sentencias posteriores, como la STS de 16 de julio de 2008, rec. 425/2004.

⁸⁷¹ En el caso resuelto por la STSJ Andalucía, Sala de lo social, de 23 de octubre de 2019, rec. 1496/2018, FJ 3º : “CAIXABANK y el Servicio Público de Empleo Estatal, alegan que no se ha producido un despido colectivo, sino que la extinción de la relación laboral entre el actor y CAIXABANK, se produjo de mutuo acuerdo, al amparo de lo dispuesto en el art. 49.1 a) de Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 51 del ET, de manera que no puede hablarse de involuntariedad en el cese, al contrario de lo que entiende la sentencia de instancia, y por tanto no tiene el actor derecho a percibir el desempleo que solicita”.

Aunque, inicialmente, la TGSS se pronunciaba favorablemente a este criterio propuesto por las empresas, se vio obligada a rectificarlo tras reiteradas sentencias de la Sala 3ª del TS, sentencias que sistemáticamente han declarado la involuntariedad del cese cuando, pese a formalizarse de mutuo acuerdo al amparo del art. 49.1.a) ET, el mismo acontece en el marco de un ERE⁸⁷².

El criterio de la Sala 3ª queda perfectamente expresado en sus tres sentencias de 21 de diciembre de 2017⁸⁷³, en las que se discute si la TGSS era competente para modificar los datos suministrados por la empresa respecto a la naturaleza de la baja de la persona trabajadora, producida en junio de 2012 en el marco de un despido colectivo. La empresa comunicó por el sistema Red la baja de la persona trabajadora con la calificación de voluntaria, calificación que fue impugnada por esta ante la TGSS, siendo desestimada la reclamación. Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, es estimado por el Tribunal, que revoca y anula la resolución de la TGSS, ordenando la modificación del carácter de la baja como involuntario. La empresa recurre en casación, alegando para ello la falta de competencia de la TGSS para modificar los datos suministrados respecto de la naturaleza de la baja de la persona trabajadora, a lo que la Sala 3ª del TS responde, sobre la base de que se encuentra ante la impugnación de un acto administrativo de Seguridad Social, resolviendo favorablemente sobre su competencia para entender del mismo. Para la Sala,

⁸⁷² La existencia de pronunciamientos reiterados en la materia lleva a la STS, Sala 3ª, de 16 de octubre de 2019, rec. 2064/2017, a afirmar la desaparición del interés casacional, razonando que: “El interés casacional relativo a la calificación de la baja laboral, como voluntaria o no, en los casos de expedientes de regulación de empleo, con sistema de prejubilaciones al que puede acogerse el trabajador, y las funciones que al respecto tiene atribuidas la Tesorería General de la Seguridad Social, son cuestiones sobre las que ya hemos dictado las siguientes sentencias de fecha 19 de diciembre de 2017 (recurso de casación nº 3052/2015), 21 de diciembre de 2017 (recursos de casación nº 3051/2015 y 3058/2015) [...] 26 de abril de 2018 (recurso de casación nº 248/2016), y 26 de abril de 2018 (recurso de casación nº 142/2016)”.

⁸⁷³ STS Sala 3ª, de 21 de diciembre de 2017, rec. 3051/2015; rec. 3058/2015; y rec. 3059/2015, a las que se añaden otras sentencias de dicha Sala, de 22 de marzo, rec. 504/2018, de 12 de marzo de 2018, rec. 3060/2015, y de 19 de marzo de 2018, rec. 3061/2015. Como señala el ATS Sala 3ª, Sec. 1ª, de 24 de octubre de 2018, rec. 4364/2018: “La sección cuarta de esta Sala ha admitido de momento hasta veinticinco recursos de casación [v.gr. recs. 2064/2017, 1741/2017 o 42/2017], preparados por la entidad CaixaBank, S.A. (sucesora de Banca Cívica, S.A.) en los que la cuestión que se somete a la consideración del tribunal es la siguiente: “1. Si cabe calificar como voluntario el cese de un trabajador, afectado por un expediente de regulación de empleo en el que se prevé un sistema de prejubilaciones al que pueden acceder los empleados de la empresa, cuando la extinción de su contrato de trabajo se sustenta en un acuerdo individual, firmado por el propio trabajador y la empresa en los términos que se siguen del acuerdo sobre prejubilaciones que puso fin al ERE. O si, por el contrario, dicho cese, en la medida en que se inserta y trae causa de un expediente de regulación de empleo amparado en supuestos económicos, organizativos y productivos, ha de reputarse en todo caso como derivado de un despido colectivo y amparado, por tanto, en una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador”.

tanto la afiliación como los trámites determinados por las altas, bajas y demás variaciones, podrán ser realizados de oficio por la TGSS cuando, con motivo de las actuaciones de los servicios de inspección o por cualquier otro procedimiento, se compruebe la inobservancia de las obligaciones estipuladas en los artículos 12 y 13 LGSS⁸⁷⁴". Por tanto, la TGSS es competente para la revisión de la naturaleza de la baja que, habiéndose producido, en este caso, en el marco de un despido colectivo, por lo que ha de ser calificada como involuntaria⁸⁷⁵.

Apoyándose en este criterio, la TGSS ha modificado su actuación rectificando y modificando de oficio el motivo de la baja, calificándola como involuntaria⁸⁷⁶. Sorprende esta actuación por parte de las empresas, máxime si se atiende a la prolija doctrina jurisprudencial al respecto, pues la comunicación del cese de la relación laboral como voluntario tiene consecuencias negativas respecto de la fiscalidad aplicable a las cantidades percibidas con motivo de la extinción del contrato de trabajo, pues quedan sujetas a la correspondiente retención por IRPF⁸⁷⁷. En consecuencia, la persona prejubilada se ve obligada a entablar las pertinentes reclamaciones ante la Administración Tributaria y, en su caso, ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) que corresponda para que se practiquen las oportunas reliquidaciones de IRPF; entidades que sistemáticamente resuelven en el sentido de afirmar su obligada sujeción al impuesto, debiendo ser, en última instancia la jurisdicción contencioso-administrativa la que dictamine sobre el carácter involuntario o no del cese y su sujeción o no al impuesto.

⁸⁷⁴ Artículos 12 y 13 LGSS 1994 (actuales artículos 15, 16 y 17 en la vigente LGSS).

⁸⁷⁵ Entre otras, véanse las SSTs, Sala 3ª, de 22 de marzo de 2018, rec. 3101/2015 y rec. 3065/2015, y de 3 de enero de 2018, rec. 3055/2015, esta última relativa al ERE 301/2012 de Banca Cívica.

⁸⁷⁶ La Administración considera que, a diferencia de la clave 77 solicitada, la clave aplicada -la 51- dificulta el acceso a determinadas prestaciones (desempleo y jubilación anticipada), por lo que considera que existe un acto no favorable a los interesados que puede ser revisado conforme a la normativa general de procedimiento administrativo, esto es, el art. 105 de la Ley 30/1992, y a la más específica que se contiene en los arts. 54 a 56 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social (RGIAB), aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (STSJ Navarra, Sala de lo contencioso, de 6 de febrero de 2019, rec. 149/2018).

⁸⁷⁷ De ahí que, a la hora de abonar la indemnización pactada, habitualmente en forma de renta periódica, la empresa proceda a la aplicación de la retención de IRPF que por cuantía corresponda. Por su parte, las personas trabajadoras recurren frente a esta práctica de la entidad bancaria de comunicar la causa de la baja por mutuo acuerdo de las partes ex art. 49.1.a) ET y abonar la indemnización pactada aplicando la retención por IRPF que corresponda para las rentas del trabajo.

2.2.EL *ONUS PROBANDI* SOBRE LA PROCEDENCIA Y CAUSA DE LAS PERCEPCIONES RECIBIDAS POR LA PERSONA PREJUBILADA

Pese a que, aparentemente, es criterio firme de la Sala 3ª del TS (siguiendo el criterio de la Sala 4ª del TS), el de entender que el cese de la relación laboral en el marco de un ERE, formalizado mediante un contrato de mutuo acuerdo de las partes ex art. 49.1.a) ET tiene el carácter de involuntario, lo cierto es que la Sala 3ª del TS sistemáticamente elude pronunciarse y establecer un criterio claro y rotundo a este respecto.

La negativa de la Sala 3ª del TS a establecer un criterio jurisprudencial sobre esta cuestión, tiene importantes consecuencias en la esfera económica de las personas trabajadoras, tal y como se observa en las dispares resoluciones aplicadas en dos casos de extinción de la relación laboral en el marco de un despido colectivo en la entidad Banca Cívica (CaixaBank)⁸⁷⁸, materializados de mutuo acuerdo conforme al art. 49.1.a) ET⁸⁷⁹.

En 2012, la entidad financiera Banca Cívica (actualmente CaixaBank), llevó a cabo un acuerdo con las organizaciones sindicales con representación en la empresa, al objeto de prejubilarse a una parte de su plantilla en el marco de un despido colectivo. A esta oferta de prejubilación se adhirieron voluntariamente dos personas trabajadoras, una de Madrid y otra de La Rioja. Para ello, suscribieron con su empresa un pacto de extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo de las partes al amparo del artículo 49.1.a) ET. Dicho pacto incluía la llamada “compensación por prejubilación” en forma de renta mensual, siendo el concepto de esta, a efectos de IRPF, el de rendimiento del trabajo, sometido a la aplicación de las retenciones que legalmente correspondían. La extinción de los contratos se produjo en junio de 2012, comenzando, desde entonces, la percepción mensual de la compensación pactada.

⁸⁷⁸ El estudio de esta casuística se va a llevar a cabo mediante el análisis de la STSJ Madrid, Sala de lo contencioso, de 18 de abril de 2018, rec. 646/2016 y la STSJ La Rioja, Sala de lo contencioso, de 4 de abril de 2018 rec. 63/2017, sentencias que van íntimamente unidas, pues ambas se refieren a la resolución de dos recursos contra resolución denegatoria del TEAR respecto de las pretensiones de dos trabajadores de la misma empresa (Banca Cívica), prejubilados en el mismo despido colectivo ERE y ambos con idéntica pretensión de exención del IRPF de las cantidades percibidas de la empresa en virtud de la prejubilación, con resultados distintos para cada trabajador, habiendo sido objeto de sentencia firme de la Sala 3ª del TS en SSTTS de 14 de julio de 2020, rec. 3912/2018 y de 21 de septiembre de 2020, rec. 4364/2018.

⁸⁷⁹ Situación que afectó a numerosos trabajadores prejubilados de Banca Cívica: https://www.diariodenavarra.es/noticias/navarra/navarra/2016/07/19/prejubilados_banca_civica_llevan_lo_s_tribunales_irpf_sus_indemnizaciones_472392_2061.html

Las dos personas prejubiladas presentaron la declaración del IRPF correspondiente a los años 2012, 2013 y 2014, dando por buenas las retenciones practicadas y el carácter de rendimiento del trabajo de las cantidades percibidas. Posteriormente, solicitaron de la Administración Tributaria la rectificación de sus autoliquidaciones de IRPF correspondientes a estos ejercicios, alegando que los ingresos percibidos de CaixaBank habían sido declarados como ingresos del trabajo, cuando realmente se correspondían con el pago parcial de una indemnización por despido derivada del ERE 301/2012 y, por tanto, estaban exentos de tributación, lo que les fue denegado por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). Interpuesta reclamación contencioso-administrativa ante sus respectivos TEAR (Madrid y La Rioja), ambas fueron desestimadas en base a que: “en el acuerdo de extinción del contrato de prejubilación suscrito entre el trabajador y Banca Cívica, son claros los términos relativos a la existencia de mutuo acuerdo en la extinción del contrato de trabajo al amparo del artículo 49.1.a) ET, por lo que no pueden acogerse a la exención del IRPF que al efecto dispone el artículo 7.e) LIRPF. Las cantidades percibidas por el trabajador tienen un carácter paccionado y materializado mediante un acuerdo individual entre empleador y empleado, habiendo denegado ya el TS la exención por IRPF en relación con las rentas periódicas por prejubilación obtenidas a partir de un escenario de ERE, así como su sujeción con carácter de renta regular, declarándolo como doctrina legal en su STS de 10 de mayo de 2006, rec. 29/2004”.

Hasta este momento, la situación de ambas personas trabajadoras era idéntica en todos sus extremos (misma empresa, mismo ERE, mismo documento de extinción de la relación laboral, misma sujeción al impuesto). Sin embargo, el diferente criterio aplicado por las respectivas Salas de lo Contencioso Administrativo de los TSJ de Madrid y de La Rioja para resolver la cuestión planteada, dio lugar a sentencias también diferentes y contradictorias, originando que, para dos personas que partían de una posición de identidad difícilmente cuestionable, se dictasen resoluciones distintas, pues la Sala del TSJ de La Rioja estimó la exención del IRPF, mientras que la Sala del TSJ de Madrid, desestimó la pretensión y dictó sentencia en la que la indemnización percibida quedaba sujeta al IRPF.

Para una mejor y correcta interpretación del alcance de estas sentencias, es conveniente partir de lo expresado por la Sala de Admisiones de la Sala 3ª del TS, en su Auto de 8 de enero de 2019, por el que se admite a trámite el recurso de casación para

unificación de doctrina contra la STSJ Madrid de 18 de abril de 2018 (rec. 646/2016) y que motivó la STS de 14 de julio de 2020 (rec. 3912/2018). La Sala de Admisiones, manifiesta a la Sección 2ª, encargada de resolver el recurso que, “[...]aun cuando el planteamiento de los correspondientes escritos de preparación en un caso y otro no sea el mismo, la cuestión jurídica que subyace en el recurso inadmitido por la providencia de 20 de septiembre de 2018 y la que se suscita en el recurso 4364/2018 viene a ser, en esencia, idéntica”.

Afirma la Sala con rotundidad que: “ante situaciones sustancialmente iguales, distintos órganos jurisdiccionales han llegado a conclusiones diversas, fijándose así doctrinas contradictorias”. Y atribuye trascendencia a que la Sala 3ª TS: “[...] clarifique la cuestión planteada a fin de evitar una desigualdad injustificada en aplicación de la Ley, máxime si se tienen en cuenta las numerosas admisiones de recursos que se han efectuado sobre esta misma cuestión en la propia Sala 3ª del TS, así como la abundante doctrina sentada por la Sección 4.ª de la misma sala sobre el mismo particular”.

La Sala de Admisiones precisa la cuestión de interés casacional en: “[...] interpretar y delimitar el alcance de la exención fiscal del artículo 7 e) de la LIRPF, en aquellos supuestos en los que está abierto un ERE y la extinción del contrato de trabajo se produce por mutuo acuerdo de empresa y trabajador en virtud de oferta de prejubilación de la empresa con importes pactados”.

En este procedimiento, la persona trabajadora demandaba que, en aplicación del artículo 7.e) LIRPF, se reconociese su derecho a la exención de las cantidades percibidas de su empresa con motivo de la baja acordada en el marco de un despido colectivo. La sentencia de instancia, basándose en lo dispuesto en el artículo 105.1 de la Ley General Tributaria, estableció que correspondía al recurrente acreditar que reunía los requisitos del precepto citado para la procedencia de la exención en IRPF de las cantidades percibidas de la empresa con motivo de la extinción de su relación laboral, apoyándose para ello en la redacción del contrato de prejubilación, donde se establecía que la extinción se llevó a cabo por mutuo acuerdo de las partes al amparo del art. 49.1.a) ET, y donde se preveía que, para el caso de que la persona trabajadora optase por percibir la compensación por prejubilación en forma de renta mensual, esta lo sería en concepto de rendimiento del trabajo a efectos de IRPF y con la correspondiente aplicación de la retención legalmente establecida, con fundamento en que, una vez realizadas las

declaraciones de IRPF de 2012 y 2013, suponía aceptar desde un primer momento como correctas las retenciones practicadas en concepto de IRPF.

Consideró la Sala que era de aplicación la presunción que en materia tributaria establece el artículo 108 de la LGT 58/2003, correspondiendo al actor aportar la prueba en contrario de la inexactitud de las declaraciones de IRPF por él mismo realizadas⁸⁸⁰. La Sala entiende que el recurrente no ha aportado documento alguno en el que se concreten las cantidades percibidas en cada uno de los citados ejercicios en concepto de indemnización como consecuencia de la extinción de la relación laboral con motivo del ERE, pues “no basta la simple acreditación de que fue afectado por el ERE, sino que es preciso justificar los concretos importes y conceptos percibidos para poder determinar si percibió o no indemnización por ese concepto y además justificar el concreto importe recibido a los efectos de poder cuantificar el importe exento, de conformidad con el precepto citado, así como, para poder calificar todos y cada uno los conceptos e importes recibidos a efectos de la exención pretendida”, desestimando por tanto la pretensión de la persona trabajadora.

Impugnada en casación la referida resolución, el recurso fue inicialmente inadmitido por la Sección de Admisiones de la Sala 3ª del TS, "por referirse sustancialmente a cuestiones de hecho excluidas de la casación en virtud del artículo 87 bis LJCA, cuya apreciación y valoración en la instancia, tal y como resulta de la sentencia recurrida, se discute en cuanto determinó el fallo". De esta forma, la Sala se adhiere al criterio del Abogado del Estado sobre que, en esencia, la Sala de instancia resuelve por razones de prueba, y las cuestiones probatorias carecen de interés casacional. Promovido incidente de nulidad de actuaciones, el mismo fue estimado mediante auto de la Sección de Admisiones, basándose en que, aunque no se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva con la inadmisión, pues está suficientemente motivada, es preciso considerar el recurso de casación 4364/2018 también pendiente de resolver en ese momento por la Sección 2ª de Sala 3ª del TS. Y ello, porque, “Aun cuando el planteamiento de los correspondientes escritos de preparación en un caso y otro no sea el mismo, la cuestión jurídica que subyace en el recurso inadmitido por la providencia de

⁸⁸⁰ Artículo 105 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

20 de septiembre de 2018 y la que se suscita en el recurso 4364/2018 viene a ser, en esencia, idéntica”.

La Sala afirma con rotundidad que es indiscutible que, ante “situaciones sustancialmente iguales, distintos órganos jurisdiccionales han llegado a conclusiones diversas, fijándose así doctrinas contradictorias”. Pese a reconocer que la cuestión casacional planteada en el recurso es la de “interpretar y delimitar el alcance de la exención fiscal del artículo 7.e) LIRPF, en aquellos supuestos en los que está abierto un ERE y la extinción del contrato de trabajo se produce por mutuo acuerdo de la empresa y trabajador en virtud de oferta de prejubilación de la empresa con importes pactados”, dado que la STSJ Madrid fundamenta su fallo únicamente en la falta total y absoluta de la prueba⁸⁸¹, la Sala no ve la necesidad de formar doctrina sobre la cuestión casacional planteada, “pronunciamiento que no lesiona el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley ni ningún otro derecho fundamental”.

En lo que concierne a la STS de 21 de septiembre de 2020⁸⁸², que resuelve el recurso de casación planteado frente a la STSJ La Rioja, de 4 de abril de 2018⁸⁸³, es preciso atender al enfoque que la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de la Rioja utilizó para resolver la cuestión litigiosa⁸⁸⁴. Se apoya la Sala en la STSJ, Sala de lo Social, de Navarra de 26 de mayo de 2017⁸⁸⁵, sentencia que precisamente versa sobre el ERE 301/2012 estatal⁸⁸⁶, y donde se centra la controversia en determinar el carácter voluntario del cese por ser de mutuo acuerdo de las partes y no generador de desempleo, o si, por el contrario, se enmarca en un despido colectivo y es involuntario. La Sala de lo Social del TSJ de Navarra se siente vinculada por el criterio de la Sala 4ª del TS en su sentencia de 24 de octubre de 2006, por lo que establece que, las prejubilaciones habidas con ocasión

⁸⁸¹ En palabras de la sentencia, la “no acreditación por el actor de documentos concretos que a él se refiere el que se fijen las consecuencias del ERE por el que fue afectado, ni el certificado de cantidades percibidas, ni ha probado que las cantidades percibidas en el presente caso no fueran consecuencia de un acuerdo voluntario de prejubilación”.

⁸⁸² Rec. 4364/2018.

⁸⁸³ Rec. 63/2017.

⁸⁸⁴ Rectificación de las autoliquidaciones de IRPF de los años 2012, 2013 y 2014, por pretender la persona trabajadora que las cantidades percibidas de la empresa están exentas de IRPF conforme a lo dispuesto en el artículo 7.e) LIRPF.

⁸⁸⁵ Rec. 158/2017.

⁸⁸⁶ ERE al que se acogió el trabajador para acceder a su prejubilación.

del ERE 301/2012, realizadas de conformidad con el artículo 51 ET, tienen carácter de involuntarias.

Para la Sala de lo Contencioso del TSJ de La Rioja, al tratarse de un supuesto de extinción de la relación laboral mediante un despido colectivo según lo previsto en el artículo 51 ET, debido a causas económicas, organizativas y productivas, tiene el carácter de involuntario y, por tanto, la indemnización percibida debe considerarse exenta en la parte que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el ET para el despido improcedente, tal y como se dispone en el artículo 7.e) LIRPF⁸⁸⁷.

Respecto de la solicitud de reducción del 30 por 100 sobre el exceso indemnizatorio por tratarse de una renta irregular, la resolución de la Sala, aplicando la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS⁸⁸⁸, concluye que la remuneración de forma mensual no se fija en atención a los años trabajados, sino en función de las retribuciones percibidas en los últimos 12 meses en activo, por lo que la obligación de la empresa de satisfacer las rentas mensualmente nace en el momento de suscribir el acuerdo de extinción o cese anticipado de la relación laboral, finalizando cuando el actor cumpla la edad de 63 años, para que el recurrente mantenga su nivel de renta pese a dejar de trabajar. En consecuencia, no puede encontrar favorable acogida la pretensión de reconocimiento de la aplicación de la reducción por rentas irregulares, deducida por el actor.

Recurrida la sentencia en casación ante la Sala 3ª del TS⁸⁸⁹, la Sala de Admisiones resume el objeto de la controversia en las siguientes cuestiones:

"1º.- si al exceso abonado sobre la indemnización legal al trabajador incluido en un expediente de regulación de empleo en el que éste sólo se adhiere a las condiciones previamente negociadas entre empresa y la representación legal de los trabajadores, le es

⁸⁸⁷ La Sala estima parcialmente la pretensión del actor, considerando contrarias a derecho la resolución administrativa impugnada en cuanto no procede a rectificar las autoliquidaciones del IRPF en base al artículo 7.e) LIRPF, considerando exentas las cantidades percibidas mensualmente por el recurrente en concepto de prejubilación, en la cuantía establecida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio para el despido improcedente, sin que sea aplicable el límite de 180.000 euros.

⁸⁸⁸ STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2006, rec. 29/2004, y de 11 de marzo de 2013, rec. 1822/2012, entre otras.

⁸⁸⁹ Auto TS Sala 3ª, de 24 de octubre de 2018, rec. 4364/2018.

de aplicación la reducción del 30% al tener naturaleza indemnizatoria la cantidad obtenida por el trabajador con ocasión del cese y tratarse de una renta irregular.

2º.- Interpretar y delimitar el alcance de la exención fiscal del artículo 7 e) LIRPF, en aquellos supuestos en los que está abierto un ERE y la extinción del contrato de trabajo se produce por mutuo acuerdo de empresa y trabajador en virtud de oferta de Prejubilación de la Empresa con importes pactados".

La propia Sección de Admisiones, al admitir el recurso de casación, recuerda que ya se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de la baja laboral tras un ERE⁸⁹⁰, así como la competencia de la TGSS para comprobar y variar, en su caso, la calificación de la baja laboral, “lo que, huelga decirlo, resultará determinante a los efectos tributarios, pues de una calificación un otra, estaremos ante un escenario de exención fiscal o no al amparo del artículo 7 e) LIRPF⁸⁹¹”.

La Sala da respuesta a la primera cuestión casacional, afirmando que: “al exceso abonado sobre la indemnización legal al trabajador incluido en un expediente de regulación de empleo en el que éste sólo se adhiere a las condiciones previamente negociadas entre empresa y la representación legal de los trabajadores, resulta aplicable la reducción prevista en el artículo 18.2 de la Ley del IRPF cuando cumpla las condiciones previstas en él, particularmente, que los rendimientos percibidos no se obtengan de forma periódica o recurrente”.

Sin embargo, evita la Sala responder directamente a la segunda cuestión planteada, afirmando literalmente que: “no procede responder a la segunda cuestión con interés casacional”. Con todo, sí que lo hace *óbiter dicta* de una forma clara y rotunda, ratificando el criterio seguido por la STSJ de La Rioja, según el cual la indemnización percibida por la persona trabajadora goza de la exención fiscal que otorga el artículo 7.e)

⁸⁹⁰ SSTs de 19 de marzo de 2018, rec. 3061/2015, de 16 de abril de 2018, rec. 3105/2015, y de 5 de junio de 2018, rec. 1483/2016.

⁸⁹¹ Lo cierto es que la Sala 3ª ha tenido numerosas ocasiones de pronunciarse sobre la cuestión de interpretar y delimitar el alcance de la exención fiscal del artículo 7.e) LIRPF, en los supuestos que la extinción del contrato de trabajo se produzca por mutuo acuerdo de las partes en virtud de oferta de prejubilación de la empresa, con importes pactados y en el marco de un ERE, pues, en palabras de la propia Sala, ya llevaban admitidos al menos 25 recursos de casación sobre trabajadores de Banca Cívica) en octubre de 2018, pronunciando que, de haberse producido (véase la citada STS de 14 de julio de 2020), podría evitar que, ante lo que son idénticas situaciones de hecho, se conviertan en diferentes en derecho.

LIRPF, pues pese a que la extinción del contrato de trabajo se ha materializado mediante mutuo acuerdo de las partes según el artículo 49.1.a) ET, la extinción de la relación laboral no ha sido voluntaria sino fruto de un despido colectivo conforme al artículo 51 ET, interpretación apoyada en el criterio de involuntariedad de la baja establecido por la Sala 4ª del TS en su sentencia de 24 de octubre de 2006⁸⁹².

Como resultado del criterio que la Sala 3ª del TS ha seguido al resolver los recursos de casación para unificación de doctrina números 3912/2018 y 4364/2018, se ha producido aquello que la Sala de Admisiones pretendía evitar en su Auto de Admisión del recurso 3912/2018, y es que, ante situaciones sustancialmente iguales, se llegue a conclusiones diversas; solo que, en este caso, no han sido distintos órganos jurisdiccionales, sino la misma Sala del TS la que ha motivado un resultado distinto para dos personas trabajadoras que habían visto extinguida su relación laboral con la misma empresa por mutuo acuerdo de las partes y al amparo del mismo ERE, viendo una su indemnización sometida al IRPF y habiendo obtenido la otra la exención de IRPF de su indemnización.

Pese al razonamiento que al efecto llevó a cabo la Sección de Admisiones para admitir el recurso 3912/2018 sobre la base de la identidad de fondo, la Sección 2ª de esta Sala ha estimado que la cuestión casacional no puede ser respondida porque, el debate, se circunscribe únicamente a la valoración de la prueba, por lo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala, no cabe el pronunciamiento en casación. La decisión adoptada de no entrar a resolver el fondo del asunto, seguramente se ajusta a la puridad de la génesis del recurso de casación, pero el resultado es ciertamente lamentable si se atiende a su sentencia de 21 de septiembre de 2020⁸⁹³. En ella, la Sección 2ª de la Sala 3ª del TS se esfuerza en afirmar y justificar que la falta de pronunciamiento sobre la cuestión casacional no lesiona el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley ni ningún

⁸⁹² “En consecuencia se estima que las bajas mediante Prejubilaciones habidas con ocasión del ERE NUM000 tienen carácter de involuntarias, realizadas de conformidad con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores"[...]“el contrato no se ha extinguido "por la libre voluntad del trabajador que decide poner fin a la relación". (...) Por el contrario, el contrato se ha extinguido por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador; en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido constatada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado”.

⁸⁹³ Recurso de casación para unificación de doctrina dictado frente a la STSJ de La Rioja, de 4 de abril de 2018.

otro derecho fundamental. Para ello, intenta distinguir entre el objeto de impugnación de uno y otro recurso⁸⁹⁴.

La justificación jurisprudencial que la Sección 2ª construye para no pronunciarse sobre el recurso de casación, parece insuficiente, no solamente a los ojos de cualquier profano en la materia, sino, hemos de suponer, también para los integrantes de la Sala de Admisiones que admitieron el recurso de casación, basándose para ello en el hecho de que la cuestión jurídica que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, es la coincidente con la segunda cuestión planteada en el rec. 4364/2018, admitido a trámite por Auto de 24 de octubre de 2018, a saber: “interpretar y delimitar el alcance de la exención fiscal del artículo 7 e) LIRPF, en aquellos supuestos en los que está abierto un ERE y la extinción del contrato de trabajo se produce por mutuo acuerdo de empresa y trabajador en virtud de oferta de prejubilación de la empresa con importes pactados”.

En sentido estricto, es cierto que conforme dispone el artículo 87 bis LJCA: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 93.3, el recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho*”. Tal y como la propia Sala expresa al citar el Auto de 5 de diciembre de 2017, que declara que “con arreglo al artículo 87 bis 1 LJCA, el recurso de casación se reserva a cuestiones jurídicas, centrando su objetivo en la interpretación del Derecho”, podría perfectamente la Sala haber aprovechado la ocasión para pronunciarse expresamente sobre la cuestión planteada, siquiera para evitar las controversias y criterios interpretativos que, a buen seguro, seguirán produciéndose.

Ciertamente, resultará muy difícil explicar a una persona justiciable que, pese a la absoluta identidad de hecho que pueda presentar respecto de otras personas, dependerá exclusivamente del criterio de libre valoración de la prueba que el tribunal de instancia realice en su caso conforme al principio de inmediación, pues una vez valorada la prueba

⁸⁹⁴ La sentencia del TSJ de Madrid, recurso de casación nº 3912/2018, centra el debate en que, conforme dispone el artículo 105.1 LGT, corresponde al trabajador acreditar que reúne los requisitos del precepto citado para la procedencia de la exención. La sentencia del TSJ de La Rioja (sede de Logroño), centra el debate en la interpretación de la voluntariedad o involuntariedad en la extinción del contrato de trabajo al estar acogido a un ERE.

por la instancia, es reiterada la jurisprudencia relativa a que dicha valoración es una cuestión que debe dejarse al criterio de los Tribunales de Instancia. Obvia la Sala la posibilidad que le otorga el artículo 93.3 LJCA de integrar en los hechos aquellos que *“habiendo sido omitidos [...] estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder”*.

Evitando el riesgo que podría suponer adentrarnos en la cuestión de si cabría o no considerar la existencia de un error de valoración de la prueba en la instancia (dado el diferente enfoque que las Salas de Instancia dieron a cada caso), resulta oportuno traer a colación la doctrina del TC en su Sentencia 152/2015, de 6 de julio⁸⁹⁵, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión del derecho a obtener una resolución motivada que no esté incurso en un error patente, conforme a la cual, “cuando la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, siempre que se trate de un error que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y que sea determinante de la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico (ratio decidendi) de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error (FJ 5º)”.

En aplicación de esta doctrina constitucional, la Sala 3ª podría perfectamente haber tomado en consideración las manifestaciones realizadas por la letrada del recurrente en su escrito de interposición del recurso de casación, pues en el mismo se desgrana minuciosamente la incongruencia de dictar sentencia sobre cuestiones que no han sido objeto de debate en el proceso, pues la controversia suscitada entre la Administración Tributaria y el justiciable se circunscribía exclusivamente al carácter voluntario o involuntario en el cese de la relación laboral, pudiendo entrar la Sala a ordenar a la instancia decidir exclusivamente sobre dicha controversia y su consecuencia respecto de la exención o no del artículo 7.e) LIRPF, máxime cuando la propia Sala tenía en estudio

⁸⁹⁵ Recurso de amparo 107-2014.

el recurso 4364/2018 al que aludía la Sección de Admisión en su Auto de admisión del recurso. La principal función que se asigna a los tribunales de justicia y, obviamente, en el caso del TS, en mayor medida, es la de, en última instancia, otorgar a los justiciables una tutela judicial efectiva que evite la desigualdad ante la ley, algo que en estos dos casos resulta evidente que no ha sucedido, pues, ante el dispar enfoque de una y otra Sección de la Sala 3ª del TS, se ha originado que, ante una situación idéntica de “hecho”, las personas afectadas se sitúen en situaciones distintas “de derecho”.

En este caso concreto, se pone una vez más de manifiesto la importancia que, para la obtención de un veredicto irreprochable, posee, en primer lugar, contar con una buena defensa letrada que fundamente sus argumentos utilizando todas las pruebas disponibles y, en segundo lugar, la necesidad de que, cuando el origen primigenio del pleito así lo pueda aconsejar, se aborde su resolución lejos de la excesiva rutina con la que la Sala de Casación se ciñe más al aspecto formal que al fondo del asunto⁸⁹⁶, pues en relación con los dos casos planteados en estas sentencias, ha quedado acreditado que su origen de fondo es idéntico.

Ambos fueron resueltos por sendas sentencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo de sus respectivos TSJ, que, partiendo de una identidad de hecho, que se torna distinta por la falta de aportación de una prueba en uno de los casos⁸⁹⁷, determinan que, una de las personas trabajadoras vea reconocido su derecho a la exención de IRPF de las cantidades percibidas de su empresa con motivo de su prejubilación en el marco de un ERE, mientras que, la otra persona trabajadora, acogida al mismo ERE y de la misma empresa, vea definitivamente cerrado su derecho al reconocimiento de dicha pretensión de exención fiscal.

⁸⁹⁶ Rec. 3912/2018. La Sala 3ª del TS, pese a reconocer que la cuestión casacional planteada en el recurso es la de “interpretar y delimitar el alcance de la exención fiscal del artículo 7.e) LIRPF, en aquellos supuestos en los que está abierto un ERE y la extinción del contrato de trabajo se produce por mutuo acuerdo de la empresa y trabajador en virtud de oferta de prejubilación de la empresa con importes pactados”, dado que la STSJ Madrid fundamenta su fallo únicamente en la falta total y absoluta de la prueba (“no acreditación por el actor de documentos concretos que a él se refiere el que se fijen las consecuencias del ERE por el que fue afectado, ni el certificado de cantidades percibidas, ni ha probado que las cantidades percibidas en el presente caso no fueran consecuencia de una acuerdo voluntario de prejubilación”), no ve la necesidad de formar doctrina sobre la cuestión casacional planteada, “pronunciamiento que no lesiona el principio de igualdad en la aplicación jurídica de la ley ni ningún otro derecho fundamental”.

⁸⁹⁷ La única prueba no presentada y que difiere entre los dos casos es la aportación del contrato particular de extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes en virtud de ERE.

En este último caso, según se desprende de la redacción de hechos probados de la STSJ Madrid, pese a que la persona trabajadora acredita documentalmente su inclusión en el ERE, así como baja en la Seguridad Social⁸⁹⁸, la Sala se ampara en una hipótesis ciertamente peligrosa, en cuanto hace recaer en la persona trabajadora la carga de la prueba de que las cantidades percibidas lo son en concepto de indemnización. Y ello porque no es inusual que, firmado un pacto de prejubilación con la empresa y recibidos los pagos correspondientes a la indemnización en él contemplada, no se obtenga la colaboración de la empresa para acreditar y certificar que los pagos se corresponden con indemnización por despido colectivo, pues precisamente es esta discrepancia entre la persona trabajadora y empresa sobre la naturaleza del dinero percibido, el origen del conflicto, pues la empresa afirma⁸⁹⁹ la extinción del contrato de trabajo en base al mutuo acuerdo de las partes del artículo 49.1.a) ET, declarándolo así en la comunicación de baja a la TGSS⁹⁰⁰. Esta situación coloca a la persona prejubilada ante una problemática que escapa a su comprensión, y perjudica sus intereses por la aplicación del criterio seguido por los TEAR y la Sala del TSJ de Madrid, algo que se evitaría si la Sala 3º del TS se pronunciara definitivamente sobre esta actuación.

Y para terminar de abrir el abanico de casuística respecto del alcance de este proceder de la empresa a la hora de declarar la causa del cese como “voluntaria”, resulta conveniente hacer referencia a la STSJ Andalucía, Sala de lo Social, de 13 de diciembre de 2018, rec. 3636/2017 que, en los antecedentes de hecho, se refiere al tratamiento fiscal que la Agencia Tributaria dispensó a la indemnización percibida por una tercera persona trabajadora de la entidad Banca Cívica (CaixaBank), que cesó en la empresa con motivo

⁸⁹⁸ “A tal efecto, el demandante ha aportado, en resumen, un oficio del Ministerio de Empleo y Seguridad Social con sello de fecha de salida de 8 de julio de 2013, en el que se expresa que D. Carmelo consta como trabajador afectado por el REE 301/12 presentado por la empresa Banca Cívica, S.A. También aporta acuerdo entre la empresa y las organizaciones sindicales sobre prejubilaciones fechado el 18 de marzo de 2012 y el acuerdo de 22 de mayo de 2012. Pues bien, de los mencionados documentos, así como del resto de los documentos incorporados al expediente administrativo no puede considerarse justificado por el recurrente la procedencia de la rectificación de autoliquidaciones que solicita” (FJ4º Sentencia de instancia).

⁸⁹⁹ Así está contemplado en el acuerdo de prejubilación según los hechos probados de la STSJ La Rioja, de 4 de abril de 2018, FJ 2º.

⁹⁰⁰ Actuación que ha dado lugar a un sinnúmero de recursos ante la Administración Tributaria y posteriormente ante la Jurisdicción por los trabajadores de Banca Cívica, e incluso a la actuación de oficio de la TGSS para modificar la clave de baja, pasando la misma de voluntaria a despido colectivo (STS, Sala 3ª, de 19 de diciembre de 2017, rec. 3052/2015; SSTSJ Andalucía, Sala de lo contencioso, de 29 junio de 2018, rec. 248/2016, rec. 268/2016, rec. 280/2016, rec. 290/2016, rec.289/2016... SSTSJ Navarra, Sala de lo contencioso, de 16 de febrero de 2019, rec. 29/2019, de 24 de mayo de 2018, rec. 357/2017 entre otras).

del mismo ERE⁹⁰¹, con idéntico pacto de extinción de la relación laboral al amparo del artículo 49.1.a) ET, y que, igualmente, optó por la percepción de la indemnización en forma fraccionada. Es decir, idéntica situación de hecho que los dos casos estudiados anteriormente.

La diferencia con sus dos compañeros de prejubilación es que, en este caso, el actor acciona contra el SEPE y CaixaBank por la denegación de la prestación por desempleo. Al igual que en los casos anteriores, Banca Cívica comunicó la baja de la persona trabajadora como voluntaria. Aunque inicialmente la TGSS denegó la solicitud de la persona trabajadora de que se modificase la causa de la baja, ya que, realmente, en contra de lo comunicado por Banca Cívica, la causa de la baja era involuntaria al estar imbuida en el marco de un ERE, terminó finalmente reconociendo en junio de 2015, la condición del cese como involuntario, si bien, a pesar de ello, la prestación de desempleo le fue denegada por el SEPE por extemporánea.

La Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, basándose en el informe de la Inspección de Trabajo de fecha 23 de septiembre de 2014, en el que se concluye que las bajas mediante prejubilaciones del ERE de Banca Cívica son debidas a causas económicas, organizativas y productivas conforme al artículo 51 ET y, por tanto, involuntarias, en el informe de la Dirección General de Empleo (DGE) según el que la persona trabajadora consta como afectada por el ERE tramitado por Banca Cívica ante la DGE y, sobre todo, en la jurisprudencia de la Sala 4ª TS establecida en su STS de 24 de octubre de 2006, donde estableció que el cese de la persona trabajadora no podía ser calificado como voluntario, sino como involuntario por estar inmerso en un ERE.

Es muy importante atender al punto noveno de los antecedentes de hecho de la sentencia, por el tratamiento fiscal que otorga la Agencia Tributaria a la indemnización percibida por la persona prejubilada, tratamiento diametralmente opuesto al dispensado en los dos casos analizados anteriormente: Según el citado antecedente: “La Agencia Tributaria ha considerado a efectos tributarios como indemnización legal exenta la renta mensual abonada por CAIXABANK al actor en los ejercicios 2012 a 2014 (documental

⁹⁰¹ ERE 301/2012 estatal, mismo ERE por el que cesaron en su relación laboral los dos trabajadores de Banca Cívica anteriormente analizados. La STS, Sala 3ª, de 3 de enero de 2018, rec. 3055/2015, estableció el carácter involuntario del cese de la relación laboral como motivo de este ERE a los efectos de la rectificación por la TGSS de la causa de la baja notificada por la empresa como voluntaria.

29 a 31 bis del ramo del actor)”. Es decir, en este tercer supuesto, la propia Agencia Tributaria considera exenta la renta mensual abonada por CaixaBank, en los mismos ejercicios 2012 a 2014 que los dos casos vistos anteriormente.

La disparidad de criterios vista hasta ahora coloca a las personas trabajadoras en una situación en derecho distinta para cada una de ellas⁹⁰², cuando realmente, su situación jurídica en el momento de extinguir su contrato de trabajo era esencialmente idéntica, lo que requiere el urgente pronunciamiento de la Sala 3ª del TS con el fin de establecer un criterio jurisprudencial claro y conciso a este respecto.

3. CRITERIOS JUDICIALES Y DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

3.1.CANTIDADES PERCIBIDAS CON MOTIVO DE UNA PREJUBILACIÓN AL AMPARO DE UN DESPIDO COLECTIVO

Según se ha expuesto con anterioridad, en el caso de las entidades financieras, es una práctica muy habitual la de llevar a cabo un pacto entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras para que, con motivo de la extinción de la relación laboral al amparo de un despido colectivo, estas puedan percibir ingresos en proporción a un determinado porcentaje sobre el salario bruto devengado durante los 6 meses anteriores o el año anterior al despido, porcentaje que se conforma usualmente mediante dos fuentes de ingresos: la prestación por desempleo que legalmente les pueda corresponder y una cantidad complementaria a cargo de la empresa hasta completar el porcentaje acordado sobre el salario, cantidades a las que hay que añadir el pago por parte de la empresa, bien directamente bien a través de la persona trabajadora, de la cotización a un convenio especial con la Seguridad Social; todo ello hasta la fecha de jubilación ordinaria o anticipada de la persona trabajadora conforme a la normativa de la Seguridad Social y al pacto acordado en el marco del despido colectivo.

El art. 7.e) de la LIRPF dispone la exención de las indemnizaciones por despido o cese de la persona trabajadora (salvo que se deba a un pacto, contrato o convenio), así

⁹⁰² El trabajador de La Rioja ve reconocida la exención fiscal de la indemnización percibida, el de Madrid ya tiene sentencia firme que le niega la exención y, al de Sevilla se le reconoció la exención por la Agencia Tributaria, por lo que ni siquiera tuvo que accionar en el ámbito contencioso-administrativo; eso sí, la no comunicación de la baja como involuntaria le supuso la pérdida de la prestación por desempleo por haberla solicitado extemporáneamente.

como, para los despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 ET, o producidos por las causas previstas en la letra c) del art. 52 ET (despido objetivo), quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el ET para el despido improcedente⁹⁰³, con un límite de 180.000 euros⁹⁰⁴. Conforme a la literalidad del precitado artículo, es preciso valorar si la indemnización percibida tiene carácter de obligatorio en virtud de lo dispuesto en la norma referida, su normativa de desarrollo o la norma reguladora de ejecución de sentencias. La clave para determinar si la indemnización percibida con motivo de la extinción del contrato del trabajo mediante una prejubilación pactada al amparo de un despido colectivo se encuentra exenta se encuentra en el art. 56.1 y en la Disp. Trans.11ª del ET, que regulan la indemnización legal por despido improcedente, que a los efectos del art. 7.e) LIRPF adquieren la condición de normativa de desarrollo⁹⁰⁵.

Pues bien, el art. 56.1 ET establece el abono de una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades o 720 días. No obstante, según lo dispuesto en la Disp. Trans.11ª del ET, la indemnización por despido prevista en el art. 56.1 ET será de aplicación a los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012, mientras que la indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 veinte días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará este como importe

⁹⁰³ Como ha precisado la STSJ Madrid, Sala de lo contencioso, de 12 de junio de 2003, rec. 1401/99, “cuando la indemnización excede los límites obligatorios es sólo el exceso el que se sujeta a tributación y retención, no la parte de la indemnización que se ajusta a los límites legales”.

⁹⁰⁴ La Ley 26/2014, de 27 de noviembre, reformó el art. 7.e) LIRPF, estableciendo como límite para la indemnización exenta la cantidad de 180.000 euros con efectos de 29 de noviembre de 2014. No obstante, en virtud de la Disp. Trans. 22ª.3 LIRPF, si la extinción deriva de un despido colectivo, el límite se aplicará si el ERE se aprobó con posterioridad a 1 de agosto de 2014 o se hubiera comunicado la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral con posterioridad a dicha fecha.

⁹⁰⁵ STS Sala 3ª, de 5 de noviembre de 2019, rec. 2727/2017.

indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso⁹⁰⁶. Con fundamento en la exención prevista, el caudal indemnizatorio que exceda de dicho límite establecido obligatoriamente en el ET para el cálculo de la indemnización por despido improcedente estará sujeto al IRPF como rendimiento del trabajo.

A mayor abundamiento, la STS, Sala 4ª, de 22 de abril de 2014⁹⁰⁷, ha afirmado que la indemnización por extinción de la relación laboral tiene carácter obligatorio en la cuantía establecida por la norma laboral, criterio que, por ser interpretación de una norma laboral, es asumido por la Sala 3ª del TS a la hora de admitir dicha exención⁹⁰⁸, concluyendo que en los supuestos de extinción del contrato de trabajo con motivo de un despido colectivo, la cuantía indemnizatoria establecida obligatoriamente por el ET para el despido colectivo, está exenta de tributación en IRPF al amparo del art. 7.e) LIRPF. En este sentido, se ha pronunciado con carácter general la Dirección General de Tributos, en distintas consultas vinculantes, estableciendo que la indemnización por despido estará exenta del impuesto en la cuantía que no supere los 180.000 euros o el máximo establecido en el ET⁹⁰⁹.

⁹⁰⁶ “Por tanto, la indemnización por extinción de la relación laboral en el marco de un despido colectivo estará exenta de IRPF con el límite de 33 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades para los contratos formalizados a partir del 12 de febrero de 2012, por ser dicha cantidad el límite establecido obligatoriamente en el art. 56.1 ET; mientras que, para los contratos de trabajo formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012, será la cantidad resultante de calcular 45 días por año de servicio anterior a dicha fecha, con un máximo de 42 mensualidades, y, en caso de no superar los 720 días, se sumará la indemnización correspondiente al período de servicios posterior al 12 de febrero de 2012, a razón de 33 días por año, con un máximo de 720 días”.

⁹⁰⁷ Rec. 1197/2013.

⁹⁰⁸ Según razona la STS, Sala 3ª, de 5 de noviembre de 2019, rec. 2727/2017: “Obviamente, la Sala Cuarta no interpreta el art. 7 TRLIRPF, pero sí que interpreta el artículo 11 Uno del Real Decreto 1382/1985. Y ello es trascendental por cuanto la sentencia de instancia al proclamar que la indemnización percibida por Raimunda era de pago obligatorio -hasta una determinada cuantía-, entiende que hay exención, en la medida que el artículo 7 e) TRLIRPF declara rentas exentas las correspondientes a las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio [...] A la luz de la doctrina sentada en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2014 (casación para la unificación de doctrina 1197/2013; ES:TS:2014:3088), necesariamente se ha de entender que en los supuestos de extinción del contrato de alta dirección por desistimiento del empresario existe el derecho a una indemnización mínima obligatoria de 7 días de salario por año de trabajo, con el límite de seis mensualidades y, por tanto, que esa cuantía de la indemnización está exenta de tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al amparo del artículo 7.e) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo”.

⁹⁰⁹ Consultas vinculantes DGT nº V0223-13, de 28 de enero de 2013; V0613-14, de 6 de marzo de 2014; V0378-17, de 14 de febrero de 2017; V0914-17, de 11 de abril de 2017; V0936-17 de 12 de abril de 2017; V1532-17 de 15 de junio de 2017; V2314-18 de 8 de agosto de 2018; y V1048-21, de 21 de abril.

Sin embargo, pese a la aparente claridad expositiva de la norma, lo cierto es que su interpretación ha dado y continúa dando lugar a una ingente cantidad de litigios, pues en los casos ya mencionados, en los que la empresa comunica a la TGSS que la baja se ha producido por mutuo acuerdo de las partes *ex art.49.1.a) ET*, en el momento de proceder al abono a la persona trabajadora de la indemnización pactada en el contrato de prejubilación, la empresa practica retención en concepto de IRPF, por entender que dicha indemnización está sujeta al impuesto por haber sido declarada de mutuo acuerdo, lo que obliga a la persona trabajadora afectada a efectuar la correspondiente solicitud de rectificación de autoliquidaciones por IRPF, solicitud que sistemáticamente es rechazada tanto por la Administración Tributaria como por el TEAR, por entender que las rentas percibidas por el reclamante traen causa de la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes al amparo del art. 49.1.a) ET, “por lo que las cantidades percibidas por el trabajador tienen un carácter paccionado, materializado a través de un acuerdo individual suscrito entre empresa y empleado, por lo que la pretensión de que las rentas se declaren exentas de IRPF en base a lo dispuesto en el art. 7.e) LRIPF no puede ser acogida⁹¹⁰”.

Tal y como se ha establecido, este criterio de la Administración Tributaria y el TEAR queda claramente invalidado en la STSJ La Rioja, Sala de lo contencioso, de 23 de febrero de 2017⁹¹¹, cuando dictamina que: “debe concluirse, a partir de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que las bajas mediante prejubilaciones habidas con ocasión del ERE tienen carácter de involuntarias, realizadas de conformidad con el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (Despido colectivo). El contrato se ha extinguido por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador; en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido constatada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado [...] Es cierto que la opción por la prejubilación ha sido voluntaria, pero eso no significa que el cese lo sea. A partir de la conclusión alcanzada, resulta que la indemnización por cese percibida por el recurrente, al tratarse de un supuesto de extinción de la relación laboral a partir de un despido colectivo realizado de conformidad con lo

⁹¹⁰ Cfr. TEAR de La Rioja de 31 de enero de 2017, que desestima la reclamación económico-administrativa nº 768/14 y sus acumuladas 365/15 y 60/16.

⁹¹¹ Rec. 63/2017. Criterio ratificado por la STS Sala 3ª, de 21 de septiembre de 2020, rec. 4364/2018.

dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, que se debe a causas económicas, organizativas y productivas, tratándose de un cese con efectividad 25 de junio de 2012, que debe considerarse involuntario, queda exenta en la parte que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente”.

Dicho criterio aparece, asimismo, recogido en reiteradas sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo⁹¹². Especial atención merece la STS de 26 de marzo de 2019, en la que de una forma indirecta se afirma la exención de IRPF de las rentas derivadas de una prejubilación al amparo de un despido colectivo. En ella, se da respuesta a la fecha que debe tenerse en consideración para aplicar la exención prevista en el art. 7.e) LIRPF respecto de las indemnizaciones derivadas de un cese de la persona trabajadora como consecuencia de un ERE, concretamente si se toma en consideración la fecha de aprobación del ERE o, por el contrario, la de baja o cese en la relación laboral. La Sala concluye que, la fecha a tener en cuenta para aplicar la exención prevista en el art. 7.e) LIRPF es la de aprobación del despido colectivo por la autoridad laboral y no la del cese de la persona trabajadora, de manera que, indirectamente, establece el derecho de la persona trabajadora a dicha exención en el caso de prejubilación acogida a un despido colectivo llevado a cabo de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 ET.

3.2.CALIFICACIÓN COMO REGULAR O IRREGULAR DE LA INDEMNIZACIÓN PERCIBIDA POR LA PERSONA TRABAJADORA CON MOTIVO DE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Las cantidades que en concepto de indemnización percibe quien se acoge a una prejubilación al amparo de lo pactado en un despido colectivo, gozan de la exención establecida en el art. 7.e) LIRPF⁹¹³, según el criterio que hasta la fecha mantiene la Sala 3ª del TS, si bien, respecto de aquellas cantidades que no se encuentren amparadas en la indemnización legal⁹¹⁴, será necesario determinar si merecen la consideración de renta

⁹¹² SSTs, Sala 3ª, de 26 de marzo de 2019, rec. 1785/2017, de 19 de diciembre de 2017, rec. 3052/2015, de 21 de diciembre de 2017, rec. 3058/2015, de 19 de marzo de 2018, rec. 3061/2015, y 22 de marzo de 2018, rec. 3065/2015, entre otras.

⁹¹³ El tratamiento fiscal de la renta que exceda de los límites del art. 7.e) LIRPF, para los supuestos de despido colectivo, ha de ser el correspondiente a las rentas irregulares (Consulta vinculante DGT V0221-17 de 30 de enero de 2017 y STS, Sala 3ª, de 14 de abril de 2011, rec. 392/2007).

⁹¹⁴ Recuértese que hasta el 1 de agosto de 2014, las indemnizaciones por despido, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el ET estaban exentas. A partir de dicha fecha, solamente están

obtenida de forma regular o irregular en el tiempo, pues de ello dependerá que puedan ser objeto de la reducción que prevé el art. 18.2 LIRPF, cuando el periodo de generación sea superior a dos años.

Esta necesaria calificación de la indemnización legal excluye cualquier otra contraprestación que con motivo de la extinción de la relación laboral perciba la persona prejubilada, como sería el caso de un complemento a la prestación de desempleo o la propia pensión de jubilación, respecto de las cuales la Sala 3ª del TS entiende que “no es de aplicación a los rendimientos percibidos como complementos de prestaciones públicas derivados de prejubilaciones de expedientes de regulación de empleo, rendimientos satisfechos mensualmente por una compañía aseguradora y según la póliza de Seguro Colectivo concertada para tales casos, el régimen de las Rentas Irregulares”⁹¹⁵.

Respecto del periodo de generación de los ingresos, cobra importancia la periodicidad con la que se perciben, pues cuando la indemnización se abona fraccionadamente mediante una renta de forma regular, pues como ya se ha visto, el criterio establecido por la Sala 3ª del TS es el de que: la renta que percibe el recurrente al prejubilarse no se ha originado a lo largo de los años en que prestó servicios para la entidad bancaria puesto que su cuantía se ha determinado en virtud de un contrato y no parece directamente relacionada o vinculada a la antigüedad que el recurrente había acumulado en su relación laboral con la empresa. Más aún, la Sala de instancia entiende que la función de esa renta, abonada con carácter mensual, es compensar al recurrente por los salarios que va a dejar de percibir al prejubilarse⁹¹⁶ [...], la solución más ajustada a Derecho acerca de la calificación fiscal de las rentas controvertidas sería la que mantiene el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la que sostiene también la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia que consideran que las rentas derivadas de contratos de prejubilación tienen carácter regular”⁹¹⁷.

exentos los primeros 180.000 euros, tributando el exceso sobre dicha cantidad como rendimiento del trabajo.

⁹¹⁵ STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2006, rec. 29/2004.

⁹¹⁶ STSS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2006, cit., de 29 de febrero de 2012, rec. 518/2009, de 23 de enero de 2012, rec. 8/2010, de 11 de marzo de 2013, rec.1822/2012 y STSJ Cataluña, Sala de lo contencioso, de 18 de mayo de 2018, rec. 512/2015.

⁹¹⁷ STS, Sala 3ª, de 3 de mayo de 2011, rec. 310/2007.

Igualmente, la DGT se ha pronunciado reiteradamente sobre este asunto, afirmando que, si los rendimientos se imputan en un único periodo impositivo, les resultara de aplicación la reducción del 30 por 100 prevista en el artículo 18.2 LIRPF, por lo que, si se abonan en varios periodos impositivos, no gozaran de dicha reducción⁹¹⁸. Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del RIRPF y con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2015, “a las indemnizaciones por despido que se perciban de forma fraccionada les seguirá resultando de aplicación la reducción prevista en el artículo 18.2 de la LIRPF siempre que el cociente resultante de dividir el período de generación (determinado por los años de servicios en la empresa, contados de fecha a fecha), por el número de períodos impositivos de fraccionamiento, fuera superior a dos. A estos efectos, deberán tenerse en cuenta, como períodos impositivos de fraccionamiento, todos aquellos en los que se perciba la indemnización, incluidos los ejercicios en los que la indemnización esté exenta”⁹¹⁹.

Se analizan, a continuación, algunos de los supuestos de indemnización no exenta de IRPF y que no aparecen con frecuencia en las prejubilaciones de las entidades financieras: : la cuantía de indemnización percibida que excede de los límites establecidos con carácter obligatorio en el ET para el despido improcedente; la percepción anticipada de las aportaciones que la empresa debería haber realizado al plan de pensiones del empleado hasta la fecha de su jubilación; la percepción de la indemnización pactada mediante una renta periódica a cargo de una compañía de seguros o fondo de pensiones y, los bonus o incentivos ligados a resultados que se perciben en fecha posterior a la resolución del contrato de trabajo.

3.3. EXCESO INDEMNIZATORIO DE LOS LÍMITES ESTABLECIDOS CON CARÁCTER OBLIGATORIO EN EL ET

Las cantidades que percibe la persona trabajadora con motivo de la extinción de la relación laboral como consecuencia de un despido colectivo ERE y que exceden de la indemnización legal, ofrecen mayor dificultad presentan a la hora de determinar, no ya

⁹¹⁸ Consulta vinculante DGT V1131-16, de 21 de marzo de 2016, V0622-17, de 9 de marzo de 2017.

⁹¹⁹ Consulta vinculante DGT V0378-17, de 14 de febrero de 2017.

su sujeción al impuesto, que en todos los casos es claro⁹²⁰, sino el carácter de renta regular o irregular a efectos de IRPF, pues de dicha calificación dependerá que sean acreedoras de la reducción prevista en el art. 18.2 LIRPF.

Siguiendo lo dispuesto en el art. 18.2 LIRPF, cuando la indemnización se fraccione en dos o más períodos impositivos, quedará sometida a tributación efectiva por el IRPF a partir del momento en que su importe acumulado supere el montante que goza de exención en virtud de lo previsto en el artículo 7.e) de la LIRPF. Una vez superada dicha magnitud, sólo podrá aplicarse la reducción del 30 por 100, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.2 del Reglamento del IRPF⁹²¹, si el cociente resultante de dividir el período de generación (determinado por los años de servicios en la empresa, contados de fecha a fecha), por el número de períodos impositivos de fraccionamiento, fuera superior a dos.

Por tanto, una vez superado el límite legal exento de IRPF, lo determinante para establecer el carácter regular o irregular de la percepción es la periodicidad con la que se percibe, pues, para la Sala 3ª del TS, el propio artículo 18 LIRPF en sus apartados 1 y 2, establece que *“las reducciones no resultarán de aplicación cuando la prestación se perciba en forma de renta”*, poniendo como “condición para su aplicación que los rendimientos no se obtengan de forma periódica o recurrente y, esta vez, como hemos dicho, se obtienen mensualmente, es decir, justamente lo contrario”⁹²².

En consecuencia, si la renta se percibe fraccionadamente en el tiempo, la cantidad que exceda de la cuantía indemnizatoria exenta de IRPF se considera renta regular y no goza de la reducción del 30 por 100⁹²³. En este sentido, considera la Sala 3ª del TS que

⁹²⁰ Como establecen los art. 7.e) LIRPF y 75 RIRPF, solamente la indemnización que excede de los límites obligatorios establecidos en el ET se encuentra sujeta a retención y tributación. *“Son rentas exentas de IRPF las indemnizaciones por despido o cese del trabajador en la cuantía establecida con carácter obligatorio por el ET o en su normativa de reglamentaria de desarrollo”* (STSJ Madrid, Sala de lo contencioso, de 12 de junio de 2003, rec. 1401/1999).

⁹²¹ Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.

⁹²² STS, Sala 3ª, de 21 de septiembre de 2020, rec. 4364/2018.

⁹²³ Consultas vinculantes DGT nº V0936-17, de 12 de abril de 2017; V0914-17, de 11 de abril de 2017 y V0378-17, de 14 de febrero de 2017. Criterio que sigue la STSJ La Rioja, Sala de lo contencioso, de 23 de febrero de 2017, rec. 63/2017, que estima que, al tratarse de un cese involuntario, la indemnización queda exenta en la parte que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el ET para el

para el caso de las rentas percibidas con motivo de un contrato de prejubilación en las que se pacta el pago de una cantidad en forma de renta mensual, carece de lógica que la persona trabajadora tribute como renta regular por sus rendimientos del trabajo obtenidos hasta su prejubilación, y que, posteriormente, pese a mantener básicamente el mismo nivel y flujo de ingresos abonados con la misma periodicidad hasta alcanzar la edad de jubilación, lo haga como rentas irregulares, y finalmente, una vez jubilada, vuelva a tributar como renta regulares. Estima la Sala que las rentas son consecuencia del cese por lo que no puede hablarse de un ciclo productivo, ya que el pago de las rentas no responde verdaderamente a una contraprestación en pago de unos servicios, sino que responde a una compensación pactada en contrapartida por la aceptación por la persona trabajadora de la extinción de la relación laboral.

Incardinados en la variada y dispersa casuística que se puede presentar, se encuentran los casos en los que la prejubilación se acompaña de las ayudas previas a la jubilación previstas para las empresas inmersas en procesos de reestructuración empresarial⁹²⁴, en las que, a la indemnización pactada entre la empresa y la persona trabajadora, se unen la percepción de la prestación por desempleo y las ayudas públicas como complemento de esta.

Tal es el caso de la renta que percibe una persona trabajadora que se acoge a una prejubilación pactada al amparo de un despido colectivo, y en la que se declara su situación legal de desempleo con derecho a la percepción de las correspondientes prestaciones, percibiendo una renta complementaria a cargo de la empresa al tiempo que esta acogida a las ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de Seguridad Social para personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración de empresas.

despido improcedente. Respecto de la indemnización no exenta dispone que “La remuneración de esos rendimientos de forma mensual, que además no se fijan en atención a los años trabajados, sino en función de las retribuciones percibidas en los últimos 12 meses en activo, no nace de la prestación de servicios a lo largo de un período de tiempo, sino del cese anticipado de la relación laboral. La obligación de la empresa de satisfacer estas rentas mensualmente nace en el momento de suscribir el acuerdo de extinción o cese anticipado de la relación laboral, finalizando cuando el actor cumpla la edad de 63 años, cantidades que se abonan para que el recurrente mantenga su nivel de renta pese a dejar de trabajar. En consecuencia, no puede encontrar favorable acogida la pretensión de reconocimiento de la aplicación de la reducción por rentas irregulares”.

⁹²⁴ Ayudas previas a la jubilación ordinaria en el Sistema de Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas, reguladas por la Orden de 5 de octubre de 1994, sustituida por el RD 3/2014, de 10 de enero, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas.

Para determinar la naturaleza regular o irregular de esta percepción, es preciso acudir a la jurisprudencia de la Sala 3ª y a las resoluciones dictadas por la Dirección General de Tributos (DGT) en consultas vinculantes.

La DGT, en su consulta vinculante número V1386-18, de 28 de mayo de 2018, establece que las ayudas previas a la jubilación ordinaria han de ser calificadas, a efectos del IRPF, como rendimientos del trabajo, debiendo ser imputadas al periodo impositivo en que sean exigibles por el perceptor (a partir del derecho a su concesión), sin que sea posible aplicar a dicha ayuda la reducción establecida en el art. 18.2 LIRPF, por no tener un periodo de generación superior a dos años, ni tampoco considerarse incluida en los supuestos previstos en el art. 12 del Reglamento del Impuesto (cantidades satisfechas por la empresa a las personas trabajadoras por la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral). Así, en virtud de este primer pronunciamiento, las ayudas previas a la jubilación ordinaria⁹²⁵ serán consideradas rentas del trabajo y sometidas íntegramente a IRPF⁹²⁶.

Por su parte, la Sala 3ª del TS, en su sentencia de 10 de mayo de 2006⁹²⁷, sentó un criterio jurisprudencial seguido hasta ahora, tanto por la propia Sala como por los demás órganos jurisdiccionales. En dicha sentencia, se trataba igualmente de la calificación como regular o irregular de la renta percibida con motivo de la prejubilación mediante despido colectivo autorizado por la autoridad laboral, teniendo la persona prejubilada derecho a las prestaciones correspondientes por desempleo y complementando la empresa las prestaciones públicas hasta el cumplimiento de los 65 años, además de lo cual aquella percibía las ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de Seguridad Social para personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración de empresas, en forma de renta mensual y, por consiguiente, absolutamente periódicas o recurrentes.

Para la Sala, las rentas percibidas por la persona prejubilada carecen de un periodo previo de generación, pues el nacimiento del derecho no va unido a la vida activa de la

⁹²⁵ La cuantía inicial de la ayuda que percibirá el beneficiario será el 75 por 100 del cociente de dividir entre siete la suma de las bases de cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las horas extraordinarias, correspondientes a los seis meses anteriores a la fecha del despido, sin que en ningún caso pueda superar la pensión máxima establecida en el sistema de la Seguridad Social para el año en que tenga lugar dicha efectividad (art. 4.2 RD 3/2014, de 10 de enero).

⁹²⁶ No ocurre así con la indemnización que también recibe el trabajador de su empresa, la cual, en principio, goza de la exención del art. 7.e) LIRPF hasta el límite legalmente establecido en el ET.

⁹²⁷ Rec. 29/2004.

persona trabajadora, sino que, por el contrario, nacen de un despido colectivo y están encaminadas a compensar la pérdida de dicha vida activa de la persona trabajadora, calculándose en función de parámetros y magnitudes de futuro, tales como el tiempo que resta para la edad de jubilación y la pérdida del salario. Por tanto, no existiendo período alguno de generación, queda excluida la aplicación del artículo 18.2 LIRPF, tanto en el caso de que se abone mediante un pago único como de una forma periódica o recurrente, pues lo importante es la calificación que se otorga al nacimiento del derecho, que para la Sala 3ª del TS es instantáneo y, por ello, ajeno a cualquier período de generación, naciendo con la aprobación del despido colectivo por la autoridad laboral cuando así era requerido por la legislación vigente (homologando el acuerdo previo o aprobando la propuesta).

Pues bien, la precitada STS de 10 de mayo de 2006, ha declarado que no es aplicable la reducción del art. 17.2.a) LIRPF a los complementos de pensiones que son satisfechos con periodicidad mensual⁹²⁸, criterio que igualmente se encuentra recogido en las resoluciones de la DGT, que dictaminan que no es de aplicación el régimen de rentas irregulares a los rendimientos percibidos como complemento de prestaciones públicas derivadas de prejubilaciones de un despido colectivo, rendimientos satisfechos mensualmente por una compañía aseguradora y según la póliza de seguro colectivo concertada para tales casos⁹²⁹.

Este criterio aparece ratificado, entre otras, en la STS, Sala 3ª, de 29 de febrero de 2012⁹³⁰, que, basándose en la precitada STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2006, declara que los rendimientos percibidos en los casos de prejubilación tienen carácter regular, y en la STS de 11 de marzo de 2013⁹³¹, que apoyándose nuevamente en la STS de 10 de mayo de 2006, establece que, aunque la baja por despido colectivo sea involuntaria, las rentas que percibe la persona trabajadora por prejubilación tienen la calificación de regulares. Por tanto, en aquellos casos en los que la ayuda pública es depositada directamente por la Administración en una compañía de seguros, para que, junto con la indemnización por despido que perciba la persona trabajadora, se constituya un seguro colectivo que le

⁹²⁸ STS, Sala 3ª, de 23 de enero de 2012, rec. 8/2010.

⁹²⁹ STS, Sala 3ª, de 16 de julio de 2008, rec. 425/2004.

⁹³⁰ Rec. 518/2009.

⁹³¹ Rec. 1822/2012.

permita percibir una renta durante el periodo comprendido desde que acabe el derecho a percibir la prestación por desempleo y hasta la edad de jubilación, el criterio de la Sala 3ª TS es que dicha ayuda pública tributa según percibe la ayuda periódicamente la persona trabajadora, es decir, como una renta regular⁹³².

Para el caso de que la indemnización se perciba en forma de capital o a tanto alzado, al exceso indemnizatorio sobre el límite exento le resultará de aplicación la reducción del 30 por 100 prevista en el art. 18.2 LIRPF, cuando el periodo de tiempo trabajado para la empresa sea superior a dos años⁹³³, si bien la cuantía del rendimiento íntegro sobre la que se aplicará la citada reducción no podrá superar el importe de 300.000 euros anuales. Asimismo, en caso de resultar aplicable, se deberá tener en cuenta el límite que se establece para el supuesto de extinción de relaciones laborales o mercantiles en las que el importe de los rendimientos del trabajo derivados de la extinción supere los 700.000 euros⁹³⁴.

3.4.CANTIDADES ABONADAS POR LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN VIRTUD DE PACTO, CONTRATO O CONVENIO

El tantas veces aludido art. 7.e) LIRPF declara exentas “*las indemnizaciones por despido o cese del trabajador en la cuantía establecida con carácter obligatorio por el ET en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato*”. Ahora bien, la prejubilación llevada a cabo mediante mutuo acuerdo de las partes, no se haya incluida en ninguno de los supuestos que el ET considera como constitutivos de despido o situación asimilada al mismo, por lo que, a las cantidades percibidas en dichos supuestos no les resulta de aplicación la exención que contempla el precitado art. 7.e) LIRPF, sino lo dispuesto en el art. 17.1 de la misma norma, que considera como rendimientos del trabajo sujetos al impuesto “*todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven directa o indirectamente del trabajo personal o de la relación laboral*”. También se aplica a dichas cantidades lo establecido en el art.17.2

⁹³² STS, Sala 3ª, de 3 de marzo de 2021, rec. 6416/2019, y de 14 de diciembre de 2020, rec. 5924/2019.

⁹³³ STSJ Cataluña, Sala de lo contencioso, de 22 de marzo de 2018, rec. 289/2015.

⁹³⁴ Consulta vinculante DGT nº V1532-17 de 15 de junio de 2017.

a) LIRPF, que considera rendimientos íntegros del trabajo las prestaciones por jubilación percibidas por los beneficiarios de contratos de seguro colectivo que instrumentalicen los compromisos por pensión asumidos por la empresa, respecto de las cuales, el art. 18.2 del mismo texto legal excluye expresamente de las reducciones aplicadas a los ingresos irregulares las prestaciones del art. 17.2.a), pues las considera percepciones en forma de renta y no de capital⁹³⁵.

Cuando la prejubilación se lleva a cabo mediante un pacto de extinción del contrato de trabajo ex art 49.1.a) ET, dado que se trata de una extinción de mutuo acuerdo de las partes, no hay duda alguna respecto de la sujeción íntegra al IRPF de las cantidades indemnizatorias que con motivo del pacto de prejubilación pueda percibir la persona trabajadora, debiendo ser consideradas como rendimientos del trabajo en el sentido del art. 17 LIRPF⁹³⁶, pues estas percepciones constituyen rendimientos íntegros del trabajo⁹³⁷. Indubitadamente, las cantidades que se perciben con consecuencia del pacto de prejubilación traen causa de una relación laboral, pues, de no haber existido esta, no habría surgido el derecho al cobro de esas cantidades, no siendo aplicable al caso la exención por tratarse de una extinción voluntaria del contrato de trabajo, pactada por mutuo acuerdo de las partes.

Por lo demás, la Sala 3ª ha desestimado las alegaciones relativas a la existencia de un proceso encubierto de regulación de empleo, por considerarse incompetente para aplicar los efectos que la normativa reguladora del IRPF anuda a las indemnizaciones por

⁹³⁵ SSTs, Sala 3ª, de 8 de febrero de 2010, rec. 6103/2007, de 30 de junio de 2009, rec. 6100/2007, 2 de marzo de 2009, rec. 6366/2006, y 11 de mayo de 2007, rec. 4880/2003.

⁹³⁶ STSJ Murcia, Sala de lo contencioso, de 27 de marzo de 2015, rec. 72/2011.

⁹³⁷ Según la STS, Sala 3ª, de 23 de enero de 2012, rec. 8/2010, las percepciones percibidas en el marco de un contrato de prejubilación que no haya sido calificado previamente como despido por el orden jurisdiccional laboral, o se deba a una extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o causa mayor, constatado por la autoridad laboral, traen causa de la relación laboral entre las partes, pues de no haber existido esta, no habría surgido el derecho al cobro de esas cantidades, debiendo ser calificadas como rendimientos íntegros del trabajo de acuerdo con lo establecido en el art. 17.1 LIRPF, que considera como tales rendimientos todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven directa o indirectamente del trabajo personal o de la relación laboral.

despido, mientras el órgano competente del orden jurisdiccional laboral no declare la existencia de un despido colectivo⁹³⁸.

Respecto de la consideración como regulares o irregulares de las rentas percibidas por las personas trabajadoras con motivo de su prejubilación, en el caso de extinción del contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en convenio colectivo o un acuerdo de empresa, aunque el artículo 12.1.f) RIRPF⁹³⁹ incluya entre los rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular “*las cantidades satisfechas por la empresa a los trabajadores por la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral*”, tal calificación exige que el rendimiento se impute en un único periodo impositivo. Sin embargo, pese a esta afirmación del citado Reglamento, la Sala 3ª del TS considera en la mayoría de las ocasiones, que se trata de una renta regular, basándose para ello en la ya citada STS de 10 de mayo de 2006. Partiendo de que no se trata de una indemnización exenta de IRPF, pues se produce en virtud de una extinción de mutuo acuerdo, afirma la Sala 3ª que, cuando la renta se percibe de forma fraccionada en el tiempo, no constituye una renta irregular, no siendo de aplicación, por tanto, la reducción contemplada en el art. 12.2 del RIRPF. Para la Sala, estas rentas no están vinculadas a la duración del contrato laboral, sino que el derecho a su percepción es consecuencia del acuerdo de prejubilación. Así, “el nacimiento del derecho no se halla relacionado con la duración de la vida activa de la persona trabajadora, pues la indemnización se calcula en función de ciertos parámetros y magnitudes, que lo son esencialmente de futuro, tales como el tiempo que resta hasta la edad de jubilación y la pérdida de salario que tiene lugar”⁹⁴⁰. Igual consideración merece la prejubilación de forma voluntaria ex artículo 49.1.a) ET, cuando la compensación se abone de forma fraccionada en el tiempo, concretamente a lo largo de varios años con posterioridad a la extinción de la relación laboral. El hecho de que los

⁹³⁸ Las SSTS, Sala 3ª, de 23 de enero de 2012 (rec. 8/2010 y rec. 270/2009), señalan que “la Sala no puede aplicar los efectos que la Ley del IRPF anuda a las indemnizaciones por despido mientras el órgano competente del orden jurisdiccional laboral no declare su existencia”.

⁹³⁹ Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.

⁹⁴⁰ STS, Sala 3ª, de 23 de enero de 2012, rec. 8/2010.

ingresos no se imputen en un único periodo impositivo conlleva que no se les aplique la reducción del 30 por 100 prevista en el artículo 18.2 LIRPF⁹⁴¹.

La DGT también se ha pronunciado respecto del carácter de regular o irregular de estas rentas obtenidas en virtud de la extinción de la relación laboral a través de un plan de desvinculación voluntaria incentivada, recibiendo la persona trabajadora una indemnización por extinción de mutuo acuerdo. En consecuencia, para la DGT, no resulta aplicable la exención prevista en el art. 7.e) LIRPF, estando sujetas a tributación las cantidades percibidas por las personas trabajadoras, en cuanto rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, de forma que, únicamente resultará de aplicación la reducción del 30 por 100 prevista en el art. 18.2 LIRPF en el supuesto de que se impute en un único periodo impositivo⁹⁴². La cuantía del rendimiento íntegro sobre la que se practica la citada reducción no podrá superar el importe de 300.000 euros anuales, límite que se aplica de forma conjunta a los rendimientos de cada año a los que se les aplique la reducción.

En suma, a la hora de valorar la sujeción o exención al IRPF de la indemnización por jubilación, además de la voluntariedad o involuntariedad de acceso a la misma, hay que distinguir si se percibe el dinero de una vez o en forma de renta, pues en el segundo caso no goza de la calificación de renta irregular. Junto a los anteriores criterios, es preciso tener en cuenta la doctrina jurisprudencial que atiende al hecho de que su cálculo se realice exclusivamente en función del tiempo que falta a la persona trabajadora para jubilarse y del nivel de renta pactado, sin tener en cuenta el periodo trabajado, tratándose pues de un efecto instantáneo y que carece de cualquier tipo de período de generación, que pudiese extenderse en el tiempo.

Dentro de este capítulo y aunque serán objeto de posterior tratamiento en este estudio, con el fin de otorgar continuidad a la línea casuística seguida hasta ahora, se hace necesario incluir la fiscalidad del complemento que sobre la pensión de la Seguridad Social establecen algunos convenios colectivos de empresa. A este supuesto se refiere el art. 17.2. 3ª LIRPF, según el cual, en todo caso, tendrán la consideración de rendimientos

⁹⁴¹ Consultas Vinculantes DGT V0918-17, de 11 de abril de 2017, y V-1183-21, de 29 de abril de 2021.

⁹⁴² Consultas vinculantes DGT nº V0937-17, de 12 de abril de 2017, V1468-17, de 8 de junio de 2017 y V0219-17, de 30 de enero de 2017, y V-1978-21, de 23 de junio de 2021.

del trabajo las prestaciones percibidas por los beneficiarios de planes de pensiones y de los planes de pensiones regulados en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo.

Igual solución se aplica respecto de las rentas temporales cuya beneficiaria es la persona trabajadora hasta su jubilación y que provengan de un contrato de seguro de rentas temporales, en el que la empresa abona una prima única, considerada un rendimiento de trabajo del art. 17.2.a). 5ª LIRPF⁹⁴³. Conforme a dicho precepto, el importe a integrar en la base imponible del impuesto será la cuantía que exceda de las contribuciones de la empresa imputadas fiscalmente a la persona trabajadora y de las aportaciones realizadas por esta, estando dichas rentas, por tanto, sometidas a retención. Ahora bien, en el caso de las aportaciones realizadas por la persona trabajadora como partícipe, si en su día no fueron objeto de reducción de la base imponible del IRPF, pueden ser objeto de reducción en el momento del rescate, pues de lo contrario se estaría incurriendo en un doble gravamen⁹⁴⁴, siendo lo trascendente si fueron rentas integradas por el partícipe en su día en sus autoliquidaciones⁹⁴⁵.

Y, por último, para el caso de que a la indemnización por despido se incorpore una gratificación extraordinaria, esta tendrá la consideración de rendimiento del trabajo, si bien tendrá la calificación de rendimiento obtenido de forma regular en el tiempo, no gozando de la reducción del 30 por 100 que el artículo 18.2 LIRPF dispensa a los ingresos que se califiquen como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo⁹⁴⁶.

⁹⁴³ A cuyo tenor: “En todo caso, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo: Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes de previsión social empresarial. Asimismo, las prestaciones por jubilación e invalidez percibidas por los beneficiarios de contratos de seguro colectivo, distintos de los planes de previsión social empresarial, que instrumenten los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, en los términos previstos en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y en su normativa de desarrollo, en la medida en que su cuantía exceda de las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente realizadas por el trabajador.”

⁹⁴⁴ Consulta Vinculante DGT V1969-13 de 11 de junio de 2013.

⁹⁴⁵ “Siendo evidente que, de acuerdo con el artículo 17.1 LIRPF, la cantidad percibida en concepto de rescate de un plan de pensiones constituye rendimiento del trabajo gravado por el IRPF en el ejercicio de su obtención, el artículo 56.1 LRIPF no impide que las aportaciones del partícipe no reducidas de la base imponible de IRPF en su día, cabiendo la misma, puedan deducirse posteriormente en el momento de la obtención del rescate, causándose, en caso contrario, una doble imposición no querida por la Ley” (STS Sala 3ª, de 5 de noviembre de 2020, rec. 1047/2018).

⁹⁴⁶ Consulta Vinculante DGT V-0997-21, de 20 de abril de 2021.

3.5. BONUS O INCENTIVOS LIGADOS A RESULTADOS DE PERCEPCIÓN POSTERIOR A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

En los últimos años se ha convertido en relativamente frecuente que las entidades financieras establezcan el bonus o incentivo de sus directivos en función de los resultados obtenidos y verificados en el plazo de un número medio de años (entre 3 y 5), de forma tal que su percepción tiene lugar una vez transcurrido dicho periodo temporal, incluso con posterioridad a la extinción de la relación laboral por prejubilación.

En estos casos, la Sala 3ª del TS⁹⁴⁷ entiende que: “no todo rendimiento de trabajo enmarcado en una relación laboral prolongada en el tiempo goza de reducción, ésta debe aplicarse la misma cuando la renta responde a la naturaleza de una contraprestación por el trabajo realizado generada durante un periodo superior a dos años y, además, que no se obtengan de forma periódica o recurrente [...] la doctrina de que, a efectos de la aplicación de los porcentajes de reducción aplicables a determinados rendimientos del trabajo, previstos en el artículo 18.2 LIRPF, el concepto jurídico de "periodo de generación de renta" debe interpretarse como aquel en el que perceptor contribuye efectivamente a la generación de la renta derivada del programa de incentivos del pagador, sin perjuicio de que tales rendimientos sean exigibles con posterioridad a la finalización de la relación laboral”.

En definitiva, con independencia de lo pactado, lo importante es que la persona trabajadora haya podido participar activamente en la consecución de esos resultados, lo que obviamente no ocurre si ya no se encuentra en activo en la empresa, por lo que la renta así obtenida debe calificarse como regular.

3.6. CARÁCTER PRIVATIVO O GANANCIAL DE LA INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LOS CASOS DE BAJAS INCENTIVADAS O POR DESPIDO COLECTIVO

Uno de los interrogantes que suscita la extinción de la relación laboral en virtud de prejubilación, es la determinación del carácter, privativo o ganancial, que ha de otorgarse a la indemnización que la persona prejubilada recibe de su empresa como contraprestación a la terminación del contrato de trabajo. Obviamente, cuando la indemnización se percibe una vez se ha disuelto la sociedad de gananciales, no hay motivo

⁹⁴⁷ STS, Sala 3ª, de 06 de mayo de 2021, rec. 1063/2020.

alguno para la controversia respecto de su carácter íntegramente privativo⁹⁴⁸; la discrepancia surge cuando esta se percibe vigente la sociedad de gananciales. Para la resolución de esta controversia, la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS ha venido a complementar el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 CC), ya que esta cuestión carece de norma legal que la resuelva⁹⁴⁹.

Se ha establecido anteriormente que la prejubilación no conlleva una prestación específica del sistema de Seguridad Social ni se encuentra regulada en norma alguna, siendo “un pacto entre empresa y empleado para dar por concluida su relación laboral, en unas condiciones que permitan al trabajador llegar a la edad legal u oficial de jubilación con unas garantías económicas iguales o parecidas a las que tenía cuando se encontraba en activo”⁹⁵⁰, pudiendo acceder a ella mediante cualquiera de las figuras legalmente contempladas en el ET. Igualmente, se ha establecido que, las figuras más profusamente utilizadas por las entidades financieras para llevar a cabo la prejubilación de sus personas trabajadoras son el mutuo acuerdo de las partes, instrumentado mediante bajas incentivadas, y el recurso al despido colectivo.

La oferta de bajas incentivadas, que usualmente obedece a una iniciativa directa de la empresa a la persona trabajadora, puede llevarse a cabo mediante un acuerdo de la empresa con la representación legal de las personas trabajadoras, mediante lo dispuesto en convenio colectivo o mediante acuerdo de la empresa con la representación legal de las personas trabajadoras. Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en afirmar que se trata de adhesiones voluntarias que dan lugar al acuerdo de extinción de la relación laboral, mediante el cual la persona trabajadora acepta voluntariamente la extinción de su contrato de trabajo al amparo del art. 49.1.a) ET. Por el contrario, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, cuando la figura utilizada es un despido colectivo ERE, la jurisprudencia de la Sala 4ª del TS tiene establecido que la persona trabajadora extingue su contrato de trabajo por causa ajena a su voluntad, tanto cuando se lleva a cabo mediante

⁹⁴⁸ STS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2007, rec. 2750/2000.

⁹⁴⁹ STS, Sala 1ª, de 29 de junio de 2005, rec. 48/1999.

⁹⁵⁰ “La indemnización de que se trata participa de la naturaleza privativa, ya se considere como derecho patrimonial inherente a la persona, ya como un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, cuál sería el salario futuro (art. 1346.3 del Código Civil)” (STSJ Madrid de 4 de octubre de 2019, rec. 353/2019).

una aceptación voluntaria de su inclusión en el despido colectivo, como cuando la misma ya está previamente determinada por la empresa.

Sobre el carácter ganancial o no de la indemnización por prejubilación, la Sala 1ª del TS parte de la premisa de que la indemnización por extinción de la relación laboral en un plan de bajas incentivadas no remunera un trabajo precedente ni conforma un complemento de los salarios percibidos, sino que dimana del cese de la relación laboral, de modo tal que solamente afecta a la persona trabajadora, poseyendo una clara proyección de futuro y, por tanto, es ajena a los principios de la sociedad de gananciales⁹⁵¹.

Esta doctrina ha tenido eco en posteriores sentencias de Audiencias Provinciales, como es el caso de la SAP Valladolid, Sección 3, de 21 de abril de 2003⁹⁵², así como en otras sentencias de la propia Sala 1ª del TS, como la STS de 26 de junio de 2007⁹⁵³, que, citando expresamente la referida sentencia de 22 de diciembre de 1999, declara que: “la indemnización por extinción de la relación laboral en un plan de bajas incentivadas de la empresa en la que el marido prestaba sus servicios, no retribuye un trabajo precedente ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, por lo que, al haber sido obtenida una vez disuelta la sociedad de gananciales, solamente afecta a quien la percibe, con la consiguiente repercusión no comunitaria, poseyendo una clara proyección de futuro ajena a los principios que rigen la sociedad de gananciales”.

Es constante el criterio jurisprudencial de considerar la naturaleza jurídica de la indemnización por prejubilación en función de un criterio de futuro, pues esta no se establece como efecto de un trabajo precedente, sino en función de los años que aún faltan a la persona trabajadora para su jubilación, incentivando a esta mediante una contraprestación económica por la cesación de su trabajo. Este criterio la distingue de la indemnización por despido improcedente, que sí pertenece a la sociedad de gananciales al ser fruto del trabajo previamente efectuado por su perceptor y que, además, se calcula conforme a la cuantía de los salarios percibidos hasta ese momento por este.

⁹⁵¹ STS, Sala 1ª, de 22 de diciembre de 1999, rec. 2905/1995.

⁹⁵² Rec. 101/2003.

⁹⁵³ Rec. 2750/2000.

Sentado que la indemnización por despido improcedente⁹⁵⁴ se debe equiparar al salario⁹⁵⁵, y debe seguir el mismo régimen que este en relación con su condición de gananciales⁹⁵⁶, resulta de aplicación a la misma el art. 1347.1 CC, donde se afirma que, “*son bienes gananciales: los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges*”. Cuando se trata de una indemnización que se establece legalmente y se calcula en función de la antigüedad y el salario percibido hasta ese momento por la persona trabajadora⁹⁵⁷, tiene el carácter de ganancial⁹⁵⁸, si bien solamente por la parte correspondiente a los años trabajados durante la vigencia del régimen de gananciales⁹⁵⁹.

Sin embargo, la indemnización por prejubilación no puede calificarse como salario⁹⁶⁰, pues no concurre el necesario mantenimiento de la relación laboral y, por ello, no hay prestación de servicios que sea objeto de retribución y, a mayor abundamiento, ni siquiera concurre una causa de interrupción de la obligación de prestar servicios que mantenga vivo el derecho al salario⁹⁶¹, sino que, se percibe por renunciar la persona trabajadora a un derecho personalísimo como es el derecho al trabajo, derecho reconocido en el artículo 35.1 CE, por cuyo motivo es recompensado mediante la percepción de la

⁹⁵⁴ Improcedencia que debe ser declarada en conciliación administrativa o sede judicial.

⁹⁵⁵ “La indemnización por despido constituye una compensación por el incumplimiento del contrato laboral por parte del empresario, por lo que debe tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato laboral, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de gananciales” (STS, Sala 1ª, de 18 de marzo de 2008, rec. 82/2001; criterio reiterado en STS de 5 de octubre de 2016, rec. 2613/2014).

⁹⁵⁶ STS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2007, rec. 2750/2000

⁹⁵⁷ La STS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2007, cit., distingue dos elementos cuya concurrencia permite “declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió. Estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumentos: si se adquirieron durante la sociedad de gananciales, tendrán esta consideración, mientras que si se adquieren con posterioridad a la fecha de la disolución, deben tener la consideración de bienes privativos de quien los percibe; b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y que, por esto mismo, no son bienes gananciales porque son intransmisibles, mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales, tendrán este carácter”.

⁹⁵⁸ STS, Sala 1ª, de 20 de diciembre de 2003, rec. 666/1998.

⁹⁵⁹ STS, Sala 1ª, de 5 de octubre de 2016, rec. 2613/2014, y STS de 3 de julio de 2019, rec. 3860/2016.

⁹⁶⁰ Según el art. 26.2 ET: “No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”.

⁹⁶¹ STS, Sala 1ª, de 9 de marzo de 2014, rec. 116/2014, y STS 1ª de 31 de marzo de 2015, rec. 159/2014.

indemnización pactada. Ahora bien, atendiendo al criterio establecido por la Sala 1ª del TS, vigente la sociedad de gananciales, su percepción sería de naturaleza ganancial, pero extinguida esta, conforme a lo dispuesto en el art. 1346.5º y 6º CC, tendría carácter privativo⁹⁶², al no ser un derecho transmisible⁹⁶³.

Para establecer la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, excluir estos ingresos de la sociedad ganancial y considerarlos bienes privativos de quien los percibe, la doctrina de la Sala 1ª del TS se fundamenta en la concurrencia de dos elementos: en primer lugar, la fecha en que se perciben los emolumentos y, en segundo lugar, a quién corresponde el derecho a cobrar la prestación. Así, si la indemnización se percibe vigente la sociedad de gananciales, tendrá dicha consideración, mientras que, si se percibe una vez disuelta la sociedad, debe tener la consideración de bien privativo de quien los recibe. Igualmente, distingue entre el derecho a cobrar la indemnización, que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad y, en base a ello, no se considera un bien ganancial al ser intransmisible, de los rendimientos devengados vigente la sociedad de gananciales, que tendrán este carácter⁹⁶⁴.

Llama poderosamente la atención que también la Sala 3ª del TS se apoye en el criterio de proyección de futuro de las indemnizaciones percibidas por la persona trabajadora con motivo de su prejubilación. Para la Sala 3ª⁹⁶⁵, la indemnización percibida carece de un periodo de generación, pues el nacimiento del derecho no va unido a la vida activa de la persona trabajadora, por el contrario, nace de un despido colectivo y está encaminada a compensar la pérdida de la vida activa de la persona trabajadora, calculándose en función de parámetros y magnitudes de futuro, tales como el tiempo que resta para la edad de jubilación y la pérdida del salario, surgiendo el derecho con la aprobación del ERE. Por tanto, la indemnización que percibe la persona trabajadora al prejubilarse no fundamenta su origen en los años que haya prestado servicios para la

⁹⁶² STS, Sala 1ª, de 18 de junio de 2008, recurso 997/2001.

⁹⁶³ STS, Sala 1ª, de 25 de marzo de 1988, Roj: STS 16712/1988, y 22 de diciembre de 1999, rec. 2905/1995.

⁹⁶⁴ STS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2006, rec. 2750/2000.

⁹⁶⁵ Es obligado traer a colación en este momento el criterio establecido por la Sala 3ª del TS en su STS de 10 de mayo de 2006, rec. 29/2004, sentencia que sienta el criterio jurisprudencial seguido hasta ahora por la Sala respecto de la consideración como irregular de la renta percibida por el trabajador con motivo de su prejubilación.

empresa, sino que, su cuantía, se determina en virtud de un pacto, siendo la justificación de esta la de compensar a la persona trabajadora por los salarios que va a dejar de percibir al prejubilarse⁹⁶⁶.

En resumen, la indemnización por prejubilación tendrá el carácter de ganancial si se percibe vigente la sociedad de gananciales, pues si se percibe una vez extinguida esta, el carácter de esta es privativo, mientras que, la indemnización por despido improcedente debe seguir el mismo régimen que el salario en relación con su condición de gananciales⁹⁶⁷. Respecto de la indemnización por despido, para establecer el carácter de ganancial o no, la fecha que se tiene en cuenta es la del despido y no la del cobro de la indemnización, pues el derecho a la indemnización nace desde el momento en el que la persona trabajadora es despedida, con independencia de la fecha en la que pueda percibir la indemnización, por lo que si estaba casada en la fecha del despido, la indemnización tendrá el carácter de ganancial si así es el régimen económico-matrimonial⁹⁶⁸.

Igual consideración tendría el plan de pensiones de empresa, que se nutre de aportaciones de la empresa mediante retribución en especie. A este respecto, es importante atender al hecho de que, conforme se desprende de la LPFP, los planes de pensiones son individuales y no son de titularidad compartida. La jurisprudencia de la Sala 1ª del TS respecto de las aportaciones que los empresarios realizan a los planes de pensiones del sistema de empleo, considera que no tienen la consideración de salario⁹⁶⁹, pues no producen un incremento en su patrimonio, no teniendo el partícipe ningún control sobre las cantidades ingresadas en el Fondo, y los beneficios del Plan de pensiones están condicionados a la concurrencia de las contingencias previstas, como serían: jubilación del partícipe, la invalidez, tanto en su modalidad absoluta como permanente, la viudedad y la orfandad.

Por tanto, al no estar las aportaciones realizadas por la empresa incluidas en el ámbito de las prestaciones salariales de naturaleza ganancial, en analogía con el carácter

⁹⁶⁶ STSJ Murcia, Sala de lo contencioso, de 27 de marzo de 2015, rec. 72/2011.

⁹⁶⁷ STSS, Sala 1ª, de 26 de junio de 2007, rec. 2750/2000, y de 18 de junio de 2008, rec. 997/2001.

⁹⁶⁸ SAP LUGO, Sección 1ª, de 7 de octubre de 2020, rec. 472/2019.

⁹⁶⁹ STS, Sala 1ª, de 27 de febrero de 2007, rec. 1552/2000.

privativo de la pensión de jubilación⁹⁷⁰, que constituye un derecho personal de la persona trabajadora al que no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1358 CC⁹⁷¹, los fondos constituidos en el Plan de pensiones de empresa tienen igualmente carácter privativo y por tanto ajeno al régimen de gananciales, si bien, de común acuerdo, pueden los cónyuges decidir su inclusión en dicho régimen de gananciales⁹⁷².

Otra consideración merecería las cantidades rescatadas o percibidas como pensión vigente la sociedad de gananciales, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1349 CC, tendrían carácter de ganancial⁹⁷³, pues al no distinguir dicho precepto en función del origen de las pensiones, atribuye carácter común a todas las cantidades devengadas en virtud de una pensión privativa durante la vigencia de la sociedad.

⁹⁷⁰ “El reconocimiento del carácter privativo de la pensión tiene como consecuencia que, después de la disolución de la sociedad, el beneficiario no debe compartir la pensión con su cónyuge” (STS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 2017, rec. 1045/2015).

⁹⁷¹ STS, Sala 1ª, de 20 de diciembre de 2004, rec. 2943/2017.

⁹⁷² STS, Sala 1ª, de 6 de junio de 2019, rec. 2867/2016.

⁹⁷³ REBOLLEDO VARELA, A.L., “Belicosidad derivada de la elección del régimen económico matrimonial (I y II)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 15, 2003, pág. 30.

CAPITULO 10

EL PLAN DE PENSIONES DE EMPRESA

1. RASGOS GENERALES

Todas las prejubilaciones del sector financiero tienen como elemento común recurrente la suscripción del Plan de Pensiones de Empresa. Los sucesivos convenios colectivos del sector lo han venido incorporando como una prestación complementaria para su plantilla, usualmente en la modalidad de Plan de Pensiones de Empleo⁹⁷⁴, si bien es perfectamente factible llevarlo a cabo mediante un Plan de Previsión Social Empresarial⁹⁷⁵, gozando ambas modalidades de similar tratamiento fiscal, por lo que en lo que al estudio que nos ocupa, no serán objeto de tratamiento diferenciado.

El Plan de Pensiones de Empresa establece determinadas prestaciones que la persona trabajadora percibe (preferentemente) en el momento de su jubilación, pudiendo materializarse dichas prestaciones, a opción del sujeto beneficiario, en forma de capital o en cualquier forma de renta, o tratarse de prestaciones mixtas, que combinan la percepción de un capital y cualquiera de las formas de renta posibles que, en su caso, contemple el reglamento del plan de pensiones. En cualquier caso, debe producirse el hecho causante de la prestación (extinción del contrato de trabajo o jubilación) para consolidar el derecho a la misma.

Los compromisos por pensiones asumidos por las entidades financieras se suelen enmarcar en las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social, que abarcan desde la mejora directa de prestaciones a la suscripción de pólizas de seguros de planes y fondos de pensiones. No obstante, gozan de distinto tratamiento jurídico⁹⁷⁶, pues aunque

⁹⁷⁴ La Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones permitió la transformación voluntaria de los fondos internos y otros sistemas de previsión social de las empresas en planes de pensiones de empleo.

⁹⁷⁵ Contrato de seguro colectivo apto para externalizar los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores, regulado en el Real Decreto 1684/2007, de 14 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento de planes y fondos de pensiones aprobado por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero y el Reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, aprobado por Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre.

⁹⁷⁶ LÓPEZ GANDÍA, J., “Las mejoras voluntarias de Seguridad Social de los empleados públicos”, CEMICAL consorci d’estudis, mediació i conciliació a l’administració local, pág. 4. Disponible en: [Microsoft Word - LopezGandia MejorasVoluntarias.doc \(diba.cat\)](#)

guarden ciertas analogías, no se trata de la misma figura jurídica, ya que la intención del legislador al introducir los planes y fondos de pensiones ha sido la de establecer un régimen claramente al margen del sistema de Seguridad Social⁹⁷⁷, propiciando el mantenimiento de las características propias configuradas en la LPFP⁹⁷⁸, por lo que los planes y fondos de pensiones se encuentran claramente al margen del sistema de Seguridad Social, prevaleciendo el interés privado y sometidos al ámbito del derecho mercantil⁹⁷⁹. De ahí que la suscripción de pólizas de seguro para dar cobertura a compromisos por pensiones esté obligada a su externalización, mientras que el resto de las mejoras voluntarias pueden mantenerse en la administración interna de la empresa, pudiendo igualmente ser constituidos como una cantidad fija a percibir en el momento de la jubilación de la persona trabajadora, siendo usualmente establecidos en virtud de un compromiso adquirido por la empresa mediante convenio colectivo.

Esta mejora voluntaria de prestaciones se encuentra expresamente contemplada en el vigente artículo 43 de la LGSS⁹⁸⁰, lo que facilita la concertación de una protección complementaria por la empresa a favor de su personal basada en la autonomía de las voluntad regulada en el artículo 1255 del CC, siendo la autonomía de la empresa la que le permite fijar una autovinculación para completar la protección que proporciona la Seguridad Social, correspondiendo a la empresa determinar, unilateralmente o previo acuerdo, el contenido de los pactos, cláusulas y condiciones que ofrece a la persona trabajadora para su aceptación⁹⁸¹.

⁹⁷⁷ LÓPEZ CUMBRE, L., “La participación privada en el sistema de protección social español”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011, pág. 96. Disponible en: [25 PF10 \(seg-social.es\)](https://seg-social.es)

⁹⁷⁸ STC 206/1997, de 27 de noviembre de 1997, recurso de inconstitucionalidad 1181-1987 y 1190-1987 acumulados, FJ 7º y STC 88/2009, de 20 de abril de 2009, cuestión de inconstitucionalidad 3005-2001, FJ 2º.

⁹⁷⁹ STC 206/1997, de 27 de noviembre de 1997, FJ 7º, cit., y STC 88/2009, de 20 de abril de 2009, FJ 2º, cit.

⁹⁸⁰ Dado que el compromiso de la empresa con la persona trabajadora se circunscribe exclusivamente a mejorar las contingencias de jubilación, invalidez, muerte o dependencia severa del beneficiario, puesto que la cobertura básica de estas contingencias se encuentra garantizada por la LGSS, el contenido del compromiso no puede sino ser el de una mejora voluntaria, concretamente una mejora de prestaciones de la Seguridad Social, pues la identificación del objeto que se regula es plena. Véase, sobre la cuestión, LÓPEZ CUMBRE, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*, cit., pág. 104.

⁹⁸¹ LÓPEZ CUMBRE, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*, cit., pág. 93.

Producida la prejubilación de la persona trabajadora mediante la extinción del contrato de trabajo, se constituyen en un derecho consolidado⁹⁸² en virtud del concreto pacto individual suscrito entre la persona trabajadora y la empresa con amparo en el marco obligacional del convenio o acuerdo colectivo de aplicación, y que, en virtud de lo dispuesto en la Disp. Adic. 1ª de la LPFP⁹⁸³, con el fin de proteger los compromisos por pensiones de las empresas con sus personas trabajadoras y beneficiarios, deberán instrumentarse mediante planes de pensiones o contratos de seguro, no siendo válida la cobertura de estos compromisos mediante fondos internos o instrumentos similares que supongan el mantenimiento por parte de la empresa de la titularidad de los fondos constituidos por esta⁹⁸⁴.

Una vez constituido el compromiso, la obligación y responsabilidad de la empresa se limitará exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones⁹⁸⁵, debiendo ser formalizados a través de la correspondiente póliza de seguro colectivo sobre la vida, suscrita con entidades aseguradoras autorizadas para operar en España⁹⁸⁶. El fin perseguido por esta especial protección es la garantía de solvencia del plan de pensiones, con el objeto de que, cuando se produzca la contingencia protegida, pueda hacer frente con éxito a la satisfacción de los derechos adquiridos por los partícipes y beneficiarios. Esta externalización, unida a la directa atribución de titularidad de los recursos patrimoniales a los partícipes y beneficiarios (art. 8.4 LPFP), ha supuesto para las personas trabajadoras del sector de la banca un hito importante, pues los sucesivos convenios colectivos del sector han venido incorporando la obligatoriedad de la

⁹⁸² Una vez constituidos estos complementos por decisión empresarial, la norma impone su cumplimiento en los términos previstos sin que se permita modificación alguna, salvo que se lleve a cabo de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento (art. 239 LGSS), por lo que desde su concesión se convierten en obligatorios a pesar de la libertad que rige en el momento de su constitución. Véase LÓPEZ CUMBRE, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*, cit., pág. 94.

⁹⁸³ Que recoge la especial protección que el artículo 8 de la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la protección de los intereses de las personas trabajadoras por cuenta ajena y demás personas que hayan abandonado la empresa para el caso de insolvencia del empresario, ello en relación con las prestaciones de vejez y supervivencia previstas en regímenes complementarios de pensiones de la Seguridad Social.

⁹⁸⁴ DE VAL TENA, A.L., “La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva”, Fundación MAPFRE Estudios, 2006, pág. 3. Disponible en: <https://app.mapfre.com/ccm/content/documentos/fundacion/cs-seguro/libros/la-exteriorizacion-de-los-compromisos-por-pensiones-en-la-negociacion-colectiva-107.pdf>

⁹⁸⁵ Disp. Adic. 1ª RD-Leg. 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

⁹⁸⁶ RANSES PEREZ-BOGA, J., “Aspectos fiscales de la prejubilación”, cit., pág. 129.

constitución de un Sistema de Previsión Social Complementario de aportación definida a favor del personal en activo contratado a partir del 8 de marzo de 1980⁹⁸⁷, obligación que posee carácter normativo y fuerza vinculante para las partes incluidas en su ámbito de aplicación⁹⁸⁸.

Es importante distinguir en este momento el Plan de pensiones del Fondo de Pensiones, pues uno es instrumento del otro. Así, los Fondos de Pensiones son patrimonios sin personalidad jurídica creados para dar cumplimiento a los Planes de Pensiones integrados en ellos y que se constituyen con las aportaciones de los partícipes de los Planes integrados en el Fondo más los rendimientos obtenidos de su inversión, siendo por tanto un instrumento financiero al servicio de los Planes de Pensiones⁹⁸⁹. Por su parte, los Planes de Pensiones “son instituciones de previsión voluntaria y libre, cuyas prestaciones de carácter privado pueden o no ser complemento del preceptivo sistema de Seguridad Social obligatoria”⁹⁹⁰. Los planes están destinados a generar derechos a favor de los partícipes o beneficiarios⁹⁹¹ en forma de prestaciones económicas para cubrir determinadas contingencias, como son las de jubilación, viudedad, supervivencia, orfandad, incapacidad permanente, dependencia, enfermedad grave, desempleo de larga duración y fallecimiento, siendo prestaciones de carácter privado y complementarias de las prestaciones públicas, nunca sustitutivas, que dependerán del capital aportado y de los rendimientos obtenidos en el Fondo de Pensiones en el que se integran⁹⁹².

Respecto de las modalidades de Planes de Pensiones, en función de la naturaleza de los sujetos constituyentes⁹⁹³, los planes de pensiones se pueden constituir como: a) Plan de Pensiones Sistema de Empleo, en los que el promotor es una empresa, sociedad, corporación o entidad y los partícipes son sus empleados, estando integrados en un Fondo

⁹⁸⁷ Art. 45.6 del XXIV Convenio Colectivo del sector de la banca.

⁹⁸⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R., “Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores”, Civitas, Madrid, 2001, pág. 51.

⁹⁸⁹ INVERCO, “Características generales de los planes y fondos de pensiones”, Madrid, 2008, págs. 4 y 5.

⁹⁹⁰ STC 206/1997, de 27 de noviembre de 1997, FJ 6º cit.

⁹⁹¹ Las personas físicas con derecho a la percepción de prestaciones hayan sido o no partícipes.

⁹⁹² INVERCO, “Características generales de los planes y fondos de pensiones”, cit., pág. 4.

⁹⁹³ CHAMORRO GÓMEZ, J.M., “Valoración de la garantía de los planes de pensiones en España”, *Ekonomiaz, Revista vasca de economía*, núm. 65, 2007, pág. 349.

de Pensiones de Empleo; b) Plan de Pensiones de Sistema Asociado, en el que el promotor es una asociación o sindicato, los partícipes son sus asociados, miembros o afiliados; y c) Plan de Pensiones de Sistema Individual, en el que el promotor es una o varias entidades de carácter financiero y los partícipes son personas físicas, estando estos últimos integrados en Fondos de Pensiones Personales.

Además, en función de las obligaciones asumidas por los planes de pensiones, se pueden clasificar en⁹⁹⁴: a) Planes de aportación definida, en los que está predeterminada la cuantía de las aportaciones de los partícipes o las contribuciones que está obligada a realizar la empresa; b) Planes de Prestación Definida, en lo que se predetermina es la cuantía de las prestaciones a percibir por los beneficiarios; y c) Planes Mixtos, cuyo objeto puede ser, simultánea o separadamente, establecer la cuantía de la prestación y la cuantía de la contribución.

Dado el carácter complementario de que gozan los planes de pensiones en España, y al objeto de que resulten atractivos como mecanismo de mejora de la prestación de jubilación, la Administración los ha dotado de incentivos fiscales para hacerlos más atractivos⁹⁹⁵, principalmente para las empresas, aunque también para los partícipes y beneficiarios. Las contribuciones empresariales a favor de las personas trabajadoras, que se realicen a Planes de Pensiones de Empleo y a Planes de Pensiones regulados en la Directiva 2003/41/CE⁹⁹⁶, podrán deducir en el Impuesto de Sociedades, mientras que, para el empleado, en el caso de los seguros colectivos, si las primas le son imputadas se consideran retribución en especie y se integran en la base de cotización a la Seguridad Social. Respecto de los Planes de Pensiones de Empleo, las aportaciones que la empresa realiza a favor de la persona trabajadora tienen un efecto fiscal neutro (se imputan como

⁹⁹⁴ INVERCO, “Características generales de los planes y fondos de pensiones”, cit., pág. 6.

⁹⁹⁵ Dado el alto grado de iliquidez de estos fondos, puesto que solamente pueden ser retirados a partir del acaecimiento del hecho causante (jubilación, invalidez, enfermedad grave, desempleo de larga duración), unido a que se desconocen a priori los rendimientos que podrán generar, les configuran como una inversión inicialmente poco atractiva, de ahí que hayan sido objeto de la oportuna incentivación fiscal para fomentar su constitución y aportaciones. Véase: AAVV., BUSTILLO LLORENTE, R.M. (Dir.), ANTÓN PÉREZ, J.I.O., AZPITARTE RAPOSEIRAS, F., FERNÁNDEZ-MACIAS, E., *Evaluación del tercer pilar del sistema de pensiones: determinantes de las aportaciones voluntarias y sus efectos sobre el ahorro de las familias*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, pág. 24.

⁹⁹⁶ Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo.

rendimiento neto del trabajo⁹⁹⁷ y reducen la base imponible del impuesto), tienen la consideración de retribución en especie no sujeta a ingreso a cuenta y se integran igualmente en la base de cotización a la Seguridad Social. Por último, para los Planes de Previsión Social Empresarial, cuentan con igual tratamiento fiscal que los Planes de Pensiones de Empleo.

Sin duda, este especial tratamiento que la LPFP dispensa a los planes de pensiones, unido a las ventajas fiscales tanto para empresa como para las personas partícipes y beneficiarias de los mismos, ha facilitado, cuando no incentivado⁹⁹⁸, los procesos de prejubilación en las entidades financieras, todas ellas promotoras de planes de pensiones del sistema de empleo, permitiendo el derecho de acceso a la prestación de jubilación contemplada en el Plan de Pensiones a los trabajadores que extinguen su contrato de trabajo con independencia de su edad.

Esta circunstancia, a salvo de las oportunas correcciones que comporte el cese de aportaciones y el efecto de la anticipación de la edad, ha ayudado sobremanera a la aceptación por las personas trabajadoras de la oferta de prejubilación realizada por su empresa, pues normalmente, entre los pactos de prejubilación se incorporaba la anticipación de la aportación por la empresa de la totalidad de aportaciones futuras al plan que hubiesen correspondido a la persona trabajadora hasta cumplir la edad de jubilación ordinaria.

De lo expuesto se puede deducir que una de las características que hacen atractivos estos instrumentos es precisamente la fiscalidad aplicable a los mismos, pero no solamente respecto de las aportaciones, sino que las prestaciones derivadas de las liquidaciones de los Planes de Pensiones han gozado y gozan de ciertas ventajas fiscales. En primer lugar, es necesario distinguir la fiscalidad aplicable a las prestaciones que se corresponden con aportaciones realizadas hasta 31 de diciembre de 2006 y las que se correspondan con aportaciones realizadas a partir de 1 de enero de 2007. Hasta 2007, si

⁹⁹⁷ Esta sujeción al impuesto como rendimiento del trabajo obedece a un intento de compensación por parte de la Hacienda Estatal por las deducciones por las que la persona trabajadora se aprovechó en su momento de las aportaciones realizadas, por lo que, realmente, lo que la persona trabajadora ha venido consiguiendo en la fiscalidad de las aportaciones realizadas al plan de pensiones ha sido el diferimiento del impuesto.

⁹⁹⁸ GODINO REYES, M., “Del empleo a la jubilación en tiempos de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas”, cit., pág.34.

la prestación se percibía en forma de renta se integraba en su totalidad en la base imponible general como rendimientos del trabajo, mientras que, si la percepción de la prestación se realizaba en forma de capital, solamente el 60 por 100 de los fondos se integraba en la base imponible del impuesto, estando exento de tributación el restante 40 por 100.

A partir del 1 de enero de 2007, respecto de las prestaciones en forma de capital que se correspondan con aportaciones realizadas a partir de dicha fecha, será de aplicación el régimen financiero y fiscal vigente, el cual no contempla reducción alguna. Para las prestaciones derivadas de contingencias⁹⁹⁹, acaecidas con posterioridad a dicha fecha y solamente para la parte de prestación que se corresponda a aportaciones realizadas hasta 31 de diciembre de 2006, es de aplicación el régimen de reducciones vigente a diciembre de 2006¹⁰⁰⁰. Es decir, hasta 31 de diciembre de 2006, las prestaciones por jubilación percibidas en forma de capital podían beneficiarse de una reducción del 40 por 100 siempre que hubiesen transcurrido más de dos años desde la primera aportación. A partir de 1 de enero de 2007, se eliminaron las reducciones para la percepción de la prestación en forma de capital, siendo de aplicación la Disp. Trans. 12ª LIRPF, en virtud de la cual, se podrá aplicar una reducción del 40 por 100 a las aportaciones realizadas hasta el 31 de diciembre de 2006, incluidos los derechos consolidados de esas aportaciones, reducción que solamente es de aplicación por una sola vez y durante los dos años siguientes a la jubilación de la persona trabajadora¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ Debiendo entenderse que la contingencia de jubilación acontece en el momento de acceder a una pensión de jubilación de la Seguridad Social o en el momento de cumplirse los requisitos para poder percibirse anticipadamente, esto es, cuando se extingue la relación laboral a causa de despido y pasa a la situación de desempleo de larga duración (Consultas Vinculantes DGT V0235-21 y V0236-21, de 10 de febrero de 2021).

¹⁰⁰⁰ Aplicación de la reducción prevista en el artículo 17 LIRPF vigente a 31 de diciembre de 2006: “El 40 por ciento de reducción en el caso de las prestaciones establecidas en el artículo 16.2.a) de esta ley, excluidas las previstas en el apartado 5º, que se perciban en forma de capital, siempre que hayan transcurrido más de dos años desde la primera aportación.”

¹⁰⁰¹ Apartados 2º y 4º Disp. Trans. 12ª LIRPF, que entró en vigor el 1 de enero de 2015, siendo de aplicación a las prestaciones percibidas a partir de dicha fecha:

“2. Para las prestaciones derivadas de contingencias acaecidas a partir del 1 de enero de 2007, por la parte correspondiente a aportaciones realizadas hasta el 31 de diciembre de 2006, los beneficiarios podrán aplicar el régimen financiero y, en su caso, aplicar la reducción prevista en el artículo 17 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas vigente a 31 de diciembre de 2006 (...).

4. El régimen transitorio previsto en esta disposición únicamente podrá ser de aplicación, en su caso, a las prestaciones percibidas en el ejercicio en el que acaezca la contingencia correspondiente, o en los dos ejercicios siguientes.

Por tanto, la reducción del 40 por 100 podrá aplicarse en un solo año para las prestaciones percibidas en forma de capital, el resto de cantidades que se perciban en otros ejercicios, tributarán en su totalidad aun cuando se perciban en forma de capital, si bien, si se perciben de forma mixta (capital y renta), el beneficiario podrá establecer libremente que parte de la prestación percibida en forma de capital, incluidos los correspondientes derechos consolidados se corresponde con aportaciones realizadas con anterioridad a 31 de diciembre de 2006, correspondiendo el resto de la prestación a aportaciones realizadas con posterioridad a dicha fecha.

Para una mejor comprensión de este supuesto, conviene analizar la respuesta que la DGT da a una persona trabajadora que extinguió su relación laboral a consecuencia de un despido colectivo en el ejercicio 2016. En los ejercicios 2017 y 2018 rescató parcialmente en forma de renta una cantidad de su plan de pensiones, estando interesada en la posibilidad de aplicar la reducción del 40 por 100 a dicho rescate.

La DGT, mediante su Consulta Vinculante V2972-19, de 24 de octubre de 2019 concluye que, conforme a la normativa, el cobro anticipado de la prestación correspondiente a la jubilación se prevé legalmente como una forma de percibir la prestación por la contingencia de jubilación. Esta resolución reviste gran importancia, pues, si como ocurre en el caso analizado, la persona trabajadora anticipa la percepción del plan de pensiones respecto de su edad ordinaria de jubilación, conforme al art. 8 del RFPF¹⁰⁰², debe conocer que, a los efectos de aplicar la reducción del 40 por 100 a las cantidades percibidas del plan de pensiones, conforme dispone la Disp. Trans. 12ª LIRPF, dicha reducción solamente es aplicable, en su caso, a las prestaciones percibidas en el ejercicio en que acaezca la contingencia correspondiente, o en los dos ejercicios siguientes. Por lo que, a tenor de la precitada Consulta Vinculante, “dado que, en el ámbito fiscal, a efectos de la aplicación del régimen transitorio previsto en la disposición

No obstante, en el caso de contingencias acaecidas en los ejercicios 2011 a 2014, el régimen transitorio solo podrá ser de aplicación, en su caso, a las prestaciones percibidas hasta la finalización del octavo ejercicio siguiente a aquel en el que acaeció la contingencia correspondiente. En el caso de contingencias acaecidas en los ejercicios 2010 o anteriores, el régimen transitorio solo podrá ser de aplicación, en su caso, a las prestaciones percibidas hasta el 31 de diciembre de 2018.”

¹⁰⁰² El citado precepto dispone que: “Las especificaciones de los planes de pensiones también podrán prever el pago anticipado de la prestación correspondiente a la jubilación en caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a situación legal de desempleo en los casos contemplados en los artículos 49.1.g), 51, 52, y 57 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre”.

transitoria duodécima de la Ley 35/2006, debe entenderse que, con carácter general, la contingencia de jubilación acaece en el momento de acceder a la jubilación en el régimen de la Seguridad Social correspondiente. Ahora bien, si con anterioridad se cobra o se inicia el cobro de forma anticipada de la prestación correspondiente a jubilación, se considerará que la contingencia de jubilación acaece en el momento de cumplirse los requisitos para poder percibirse anticipadamente la prestación correspondiente a jubilación, esto es, cuando extinga su relación laboral a consecuencia del expediente de regulación de empleo y pase a situación legal de desempleo”. En consecuencia, si la persona trabajadora se demora en solicitar dicha reducción, podría ver decaído su derecho a la misma. Por último, la reducción del 40 por 100 podrá aplicarse solo en un año, el resto de las cantidades percibidas en otros ejercicios, aun cuando se perciban en forma de capital, tributará en su totalidad sin aplicación de la reducción del 40 por 100.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 8.8) de la LPFP, es posible que los planes de pensiones contemplen el pago de la prestación correspondiente a la jubilación para el caso de que la persona trabajadora, sea cual sea su edad, extinga su relación laboral y pase a la situación legal de desempleo de larga duración o enfermedad grave, estando las cantidades percibidas sometidas al régimen fiscal establecido para los planes de pensiones.

Como consecuencia de lo expuesto hasta ahora y, al amparo del citado precepto, los compromisos por pensiones asumidos por la empresa pueden ser utilizados por esta para el diseño de los planes de prejubilación de su personal, permitiendo incluso que accedan al percibo de la prestación las personas trabajadoras que hayan extinguido su relación laboral voluntariamente o mediante despido individual¹⁰⁰³. En consecuencia, cuando la persona trabajadora accede a la prejubilación, es muy frecuente que se vea afectada por los compromisos acordados entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, tanto sobre su afectación al plan de pensiones de empresa como la posible derivación a una compañía de seguros del cumplimiento de los compromisos acordados. A este respecto, la casuística más frecuente consiste en: la percepción anticipada de las aportaciones que la empresa debería haber realizado al plan de pensiones de la persona trabajadora hasta su jubilación; el compromiso de pensiones instrumentado

¹⁰⁰³ CABEZA PEREIRO, J., “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, cit., pág. 255.

mediante un contrato de seguro; la percepción en forma de renta periódica a cargo de una compañía o empresa de seguros; la percepción del plan de pensiones con anterioridad a la jubilación de la persona trabajadora en caso de prejubilación pactada de mutuo acuerdo; y el carácter privativo del plan de pensiones de empresa.

2. PERCEPCIÓN ANTICIPADA DE LAS APORTACIONES QUE LA EMPRESA DEBERÍA HABER REALIZADO AL PLAN DE PENSIONES DE LA PERSONA TRABAJADORA HASTA LA FECHA DE SU JUBILACIÓN

Durante el período de consultas legalmente prescrito en los procesos de despido colectivo, es habitual que se acuerde el abono anticipado a la persona trabajadora, en el momento de su prejubilación, de la cuantía de la aportación al plan de pensiones que debería haber efectuado la empresa hasta su jubilación. Este acuerdo suscita el debate respecto del carácter regular o irregular de dicho anticipo a efectos del IRPF, pues de ello depende que el sujeto afectado pueda aplicar a dicha cantidad la reducción de la base imponible prevista en el art. 18.2 LIRPF.

A este respecto se ha pronunciado el TSJ de Cataluña, Sala de lo contencioso, en su sentencia de 18 de mayo de 2018¹⁰⁰⁴, motivada por el recurso presentado por un empleado de Cataluña Caixa que rescindió su contrato laboral como consecuencia de despido colectivo autorizado por la autoridad laboral y que percibió una compensación de aportaciones al plan de pensiones, compensación que se trató por la empresa como renta regular con la consiguiente retención, pretendiendo el trabajador que dicha aportación fuera calificada como renta irregular debido a su generación en un periodo superior a los dos años (su vida laboral con la empresa). La sentencia considera que la compensación recibida por el trabajador debe tener el tratamiento de renta regular, estableciendo para ello que no se está ante una renta generada a lo largo del tiempo, sino que esta surge por razón del despido colectivo del que deriva la obligación para la empresa de abonar a las personas trabajadoras las cantidades que se pactaron en este o, en su defecto, la cuantía entonces prevista en el artículo 51.10 ET.

¹⁰⁰⁴ Rec. 512/2015.

La Sala se apoya en la STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2006, según la cual, “no existiendo período alguno de generación, la misma - ya sólo por ello- no puede ser siquiera, ni superior, ni inferior a dos años, con lo que claramente se está fuera del supuesto previsto en el artículo 17.2 a), párrafo primero de la Ley. Lo dicho valdría incluso para cualquier caso, bien se tratase de un pago único, o bien de un pago periódico o recurrente, pues en todo caso, el nacimiento del derecho es, según lo dicho, instantáneo y por ello, ajeno a cualquier período de generación”.

3. EL COMPROMISO POR PENSIONES INSTRUMENTADO MEDIANTE UN CONTRATO DE SEGURO

Con relación a la instrumentación del compromiso por pensiones mediante el aseguramiento de una compañía de seguros, la Disp. Adic. 1ª LFPF¹⁰⁰⁵, que obliga a las empresas a la externalización de las obligaciones mediante la suscripción de un seguro colectivo o un plan de pensiones, lo que igualmente acontece cuando, en aplicación de una de las prácticas comunes en las entidades que prejubilán a sus plantillas mediante un ERE, se externalizan los compromisos derivados del mismo (mejoras directas o complementos de las prestaciones públicas y abono de las cuotas del convenio Especial con la Seguridad Social hasta la jubilación).

Al efecto, se suscribe, siempre de forma voluntaria, con una compañía de seguros, un seguro colectivo de rentas o un plan de pensiones, que se somete a la normativa financiera y fiscal legalmente prevista, apoyándose para ello en lo dispuesto en el artículo 8.6 in fine y la Disp. Adic. 1ª LPFP, correspondiendo la condición de asegurada a la persona trabajadora y la de beneficiario/a a las personas a cuyo favor se generen los compromisos adquiridos. Dispone expresamente la norma que, una vez instrumentados los compromisos mediante el contrato de seguro, la obligación y responsabilidad de las empresas por estos compromisos se circunscribirá exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones.

¹⁰⁰⁵ En virtud de dicha disposición, “los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguros, incluidos los planes de previsión social empresariales y los seguros colectivos de dependencia, a través de la formalización de un plan de pensiones o varios de estos instrumentos. Una vez instrumentados, la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones”.

La casuística que se puede presentar es muy diversa, pues, entre los compromisos que se adquieren, se encuentran las mejoras de prestaciones (desempleo, jubilación), supervivencia, incapacidad permanente y dependencia) y el abono de la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo, siendo sin duda el más importante el del impago de los complementos acordados en el ERE en caso de quiebra de la empresa aseguradora en la que se externalizaron.

Para resolver la discrepancia observada entre varias sentencias de los distintos TSJ¹⁰⁰⁶, se pronuncia la Sala 4ª del TS en el sentido de que, una vez pagada por la empresa a la aseguradora la prima del seguro, la responsabilidad se desplaza a la aseguradora¹⁰⁰⁷. Así lo afirma en su STS de 10 de octubre de 2018¹⁰⁰⁸, en la que refrenda el criterio establecido en anteriores sentencias del Pleno de la Sala en supuestos análogos sobre reclamaciones de personas trabajadoras de la misma empresa. La Sala se pronuncia sobre el caso de una empresa que alcanzó un pacto de prejubilación con su plantilla, instrumentado mediante un ERE, en el que se estableció una indemnización fraccionada que complementase la prestación y el subsidio de desempleo, así como las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social, garantizando el compromiso mediante la suscripción de una póliza de rentas con una compañía aseguradora de primer orden. La Sala, basándose en lo previsto en el artículo 8.6 y la Disp. Adic. 1ª LPFP, dictamina que, una vez instrumentados los compromisos por pensiones asumidos por la empresa, la

¹⁰⁰⁶ Véase la STSJ de Málaga, Sala de lo social, de 5 de diciembre de 2013, rec. 1238/2013, en la que se establece que “la obligación de pago de la renta vitalicia continúa siendo de la empresa que se comprometió a ello en el acuerdo alcanzado en el expediente de regulación de empleo, sin que la suscripción de un contrato de seguro extinga la obligación originaria de pagar la renta vitalicia, puesto que el único efecto que produce el aseguramiento de tal obligación es el abono delegado por parte de la aseguradora, de manera que si dicho abono no se produce resurge la originaria obligación de la empresa”. Igual criterio aplica la STSJ Madrid, Sala de lo social, de 29 de octubre de 2014, rec. 1945/2013, según la cual, al tratarse de indemnizaciones procedentes de la extinción de contrato de trabajo por causas económicas, “no puede aplicarse a la misma las previsiones de la ley referida, especialmente la novación de responsabilidad a que alude el último párrafo del artículo 8.6 de la ley su Disposición Adicional Primera pues “las cosas son lo que son y no lo que quieren las partes”, y supondría un fraude de ley utilizar la constitución de un fondo de pensiones para exonerar al empresario de las obligaciones que le impone el Estatuto de los Trabajadores (artículo 6.4 del Código Civil) o sea, utilizar una previsión de aseguramiento reforzado del cumplimiento de la obligación indemnizatoria del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (empresario, por imperativo legal más entidad aseguradora por imperativo contractual) para exonerarse de ella vía artículo 8.6 y Disposición Adicional Primera de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones”. Sin embargo, la Sala de lo social del TSJ Madrid, en sus sentencias de 13 de octubre de 2014, rec. 462/2014 y 5 de diciembre de 2014, rec. 334/2014, se pronuncia en sentido de exonerar a la empresa cuando se ha abonado la correspondiente prima a la compañía aseguradora.

¹⁰⁰⁷ STS, Sala 4ª, de 21 de junio de 2017, rec. 2402/2015.

¹⁰⁰⁸ Rec. 3863/2016.

obligación y responsabilidad se circunscribe exclusivamente a las asumidas en los contratos de seguros y planes de pensiones, por lo que se produce una novación subjetiva de la obligación, desplazando la responsabilidad a la aseguradora. En consecuencia, tras el abono por parte de la empresa de las correspondientes primas a la aseguradora, queda exonerada de toda responsabilidad posterior respecto del cumplimiento de los compromisos asegurados. La Sala hace extensivo este criterio incluso a los supuestos en que se garantice la indemnización por extinción del contrato de trabajo, indemnización que sustituye y mejora a la prevista en el ET, pactándose su abono de manera fraccionada y como mejora de prestaciones públicas¹⁰⁰⁹.

De esta rotunda afirmación de la Sala 4ª del TS se puede deducir claramente que, en cualquier caso, se pacte o no expresamente, la suscripción del seguro colectivo y el pago de las primas debidas por el mismo, siempre que la empresa haya satisfecho a la aseguradora las correspondientes primas de seguro, la responsabilidad se desplaza a la aseguradora por expresa disposición legal.

4. PERCEPCIÓN EN FORMA DE RENTA PERIÓDICA A CARGO DE UNA COMPAÑÍA O EMPRESA DE SEGUROS

Es relativamente frecuente que, en las negociaciones llevadas a cabo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras para acordar los términos en que se llevará a cabo un despido colectivo, se pacte que, el abono de las cantidades correspondientes a la indemnización por extinción de la relación laboral -a las que se puede acompañar el compromiso por la empresa de complementar las prestaciones públicas previas a la jubilación (prestación y subsidio de desempleo) o subvencionar el pago del convenio especial con la seguridad social que deben suscribir las personas trabajadoras a fin de proteger su base de cotización¹⁰¹⁰-, sean instrumentadas mediante la

¹⁰⁰⁹ Es muy importante atender al hecho diferencial que supone, para la resolución de cada caso, la voluntariedad en el acceso a este tipo de medidas, pues aun cuando se trate de la indemnización por extinción del contrato de trabajo, si la empresa ofrece al trabajador elegir libremente entre la percepción de la indemnización legalmente prevista con su correspondiente pago único y, la posibilidad de su fraccionamiento mediante la instrumentación de un seguro o plan de pensiones, la opción del trabajador por el seguro o plan de pensiones conlleva la aplicación de lo dispuesto en el RDLeg. 1/2002, de 29 de noviembre.

¹⁰¹⁰ En lo que respecta al pago del convenio especial con la Seguridad Social, lo normal es que se pacte que se adicione a la indemnización legal prevista en la normativa laboral.

suscripción de un seguro colectivo contratado con una compañía o empresa de seguros hasta el momento de su jubilación o posterior¹⁰¹¹. En dicho supuesto, estaríamos ante una indemnización por despido abonada a través de un seguro colectivo mediante una renta periódica que garantiza un determinado ingreso previamente pactado en función de la retribución de la persona trabajadora, todo ello, hasta que esta alcance la edad legal de jubilación que se haya pactado¹⁰¹².

Conforme a lo dispuesto en la LFPF y su Reglamento de desarrollo, es necesario distinguir entre los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, de la obligación de satisfacer la indemnización legal por despido y la posible complementación de la prestación y la satisfacción del convenio especial con la Seguridad Social, pues aunque, en principio, puedan parecer muy similares, no se trata de la misma obligación, pues una cosa es un acuerdo dirigido a garantizar las prestaciones de un plan de pensiones (jubilación, incapacidad temporal o permanente) y otra distinta es el pacto de trasladar a un seguro colectivo suscrito por la empresa la obligación de abonar la indemnización por

¹⁰¹¹ Mediante la contratación de una póliza colectiva de seguros de vida, la empresa garantiza al trabajador las rentas comprometidas con motivo de la extinción de su relación laboral en base a los acuerdos adoptados en el ERE, como pueden ser: la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social, las rentas que complementen las prestaciones públicas hasta alcanzar el porcentaje de salario acordado en el ERE, así como, en su caso, las rentas vitalicias tras la jubilación o su percepción en forma de capital.

¹⁰¹² Conforme al razonamiento que al efecto lleva a cabo la Sala 4ª del TS en su STS de 10 de octubre de 2018, rec. 3863/2016, la inicial obligación a cargo de la empresa de abonar al trabajador la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo, es sustituida por acuerdo expreso de las partes por el compromiso de abonar ciertas cantidades mensuales complementarias de la prestación y del subsidio por desempleo, contingencias que no se encuentran contempladas ni en el art. 8.6 LFPF, ni en el Reglamento de Planes y Fondos de Pensión. Por su parte, el art. 32.6 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, introdujo un nuevo apartado en el art. 8.6 de la LFPF, expresivo de que *“los compromisos asumidos por las empresas con los trabajadores que extingan su relación laboral con la misma y pasasen a situación legal de desempleo a consecuencia de un expediente de regulación de empleo, que consistan en el pago de prestaciones con anterioridad a la jubilación (desempleo, obviamente), podrán ser objeto de instrumentación, con carácter voluntario, de acuerdo con el régimen previsto en la disposición adicional primera de esta Ley , en cuyo caso se someterán a la normativa financiera y fiscal derivada de la misma”*. Con esta nueva redacción, se amplía el objeto de aseguramiento a las prestaciones de jubilación, estableciendo igualmente la cualidad de voluntariedad en su suscripción, por lo que deja de ser objeto de cuestionamiento la obligación de su externalización propia de las pensiones. Por tanto, con independencia de que se pacte en el acuerdo que pone fin al ERE la suscripción del seguro colectivo y la obligación de pago de la correspondiente prima por la empresa es la previsión legal comprendida en el art. 8.6 y la Disp. Adic. 1ª LFPF la que desplaza la responsabilidad por las prestaciones convenidas a la compañía aseguradora a partir del abono de las primas. A partir del abono de la prima, la obligación de satisfacer las prestaciones convenidas (rentas complementarias de prestaciones públicas hasta la edad de jubilación) tienen como sujeto pasivo a la compañía aseguradora, quedando liberada la empresa de toda responsabilidad (a salvo de incumplimientos o fraude de ley) con motivo de la novación subjetiva que por mandato legal se ha producido en la persona del deudor.

extinción del contrato de trabajo¹⁰¹³, junto con, en su caso, los complementos de las prestaciones públicas que perciba la persona trabajadora hasta su jubilación.

La jurisprudencia sobre esta cuestión es prolija, siendo el criterio de la Sala 4ª del TS el de que, para los casos en los que la legal representación de las personas trabajadoras y la empresa acuerden que la indemnización por extinción del contrato de trabajo se materialice en forma de complemento de la prestación pública de desempleo, complemento que sustituye y mejora a la indemnización prevista en el ET, cuya satisfacción se lleva a cabo de forma fraccionada y como añadido a la renta que la persona trabajadora percibe de la prestación pública por desempleo, “se dispone con rotundidad la novación subjetiva –deudor- en la relación obligatoria desde el momento en que la empresa efectúe el desplazamiento de los activos afectos al cumplimiento de los compromisos adquiridos, en términos tan inequívocos que no admiten interpretación alguna, sino su estricta y literal aplicación: la exoneración de toda responsabilidad empresarial, tras la suscripción del aseguramiento y abono de las primas, exactamente igual que si de un compromiso –externalizado- de pensiones se tratase ”¹⁰¹⁴.

Conforme a este criterio de la Sala 4ª del TS, respecto de la responsabilidad en el pago de las prestaciones pactadas por la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras con motivo del despido colectivo, en lo que a las indemnizaciones por extinción de la relación laboral se refiere, la empresa que suscribe una póliza de seguro con una compañía de seguros debidamente inscrita en España, y abona las correspondientes primas, queda exonerada de responsabilidad en su pago, “al haberse producido una novación subjetiva de la persona del deudor por mandato legal (art. 1206 CC; art. 8.6 y D.A 1ª LPFP)”¹⁰¹⁵.

Así pues, estos compromisos asumidos por la empresa como resultado de los acuerdos con los que se ha cerrado el ERE respecto de aquellas personas trabajadoras que pasen a la situación legal de desempleo, pueden ser externalizados mediante planes de

¹⁰¹³ Indemnización que no se corresponde con un compromiso por pensiones y a la que, por ello, no es aplicable la obligatoriedad de aseguramiento establecida en la Disp. Adic. 1ª LPFP (Resolución DGS de 27 de abril de 2000).

¹⁰¹⁴ En este sentido, véanse, sin ánimo exhaustivo las SSTS Sala 4ª, de 23 de noviembre de 2016 rec. 815/2015, de 12 de diciembre de 2016, rec. 1514/2015, de 19 de diciembre de 2016, rec. 965/2015.

¹⁰¹⁵ STS, Sala 4ª, de 23 de noviembre de 2016, cit.

pensiones o mediante seguros colectivos, debiendo ser la externalización fruto de un acuerdo y por tanto voluntaria, y estando sometidos a la normativa financiera y fiscal que sea de aplicación¹⁰¹⁶. Esta especial subrogación de responsabilidad por parte de la compañía de seguros, ha motivado que sea utilizada con relativa frecuencia por las empresas a la hora de acometer los compromisos incluidos en los “pactos de prejubilación” en el marco de un despido colectivo, desplazando su responsabilidad a una compañía aseguradora.

Para que tenga lugar esta subrogación, es necesario que en los acuerdos que ponen fin al periodo de consultas del ERE se establezca expresamente la contratación del seguro con una compañía de seguros inscrita en el oportuno registro en España, compañía que, a cambio del cobro de una prima, asume las obligaciones para con las personas que se han acogido al pacto de prejubilación. Como se ha señalado, una vez suscrita la correspondiente póliza de seguro y satisfecha la prima, se produce una novación subjetiva en la relación obligatoria, con un desplazamiento de la obligación de la empresa a la entidad aseguradora, que será la responsable a partir de ese momento de realizar los pagos indemnizatorios que correspondan a las personas trabajadoras.

En este caso, la novación de deudor se ha llevado a cabo con el conocimiento y la aceptación expresa de la representación legal de las personas trabajadoras (acreedoras)¹⁰¹⁷, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.206 CC, *“la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de este contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda”*. En definitiva, siendo voluntaria para empresa y representación de las personas trabajadoras la instrumentación mediante un contrato de seguro, si en cumplimiento de lo pactado expresamente en el acuerdo que pone fin al ERE, se suscribe el contrato de seguro, con el pago de la prima se desplaza a la compañía aseguradora la responsabilidad de hacer frente a los compromisos pactados, quedando

¹⁰¹⁶ Cfr. art. 8.6 y Disp. Adic. 1ª LPFP.

¹⁰¹⁷ Mandato legal representativo conforme al art. 1259 CC. Como afirma la STS Sala 4ª, de 15 de marzo de 2016, rec. 2507/2014, FJ 4.1.b): “Resulta de elemental racionalidad entender que quien tiene legitimación para negociar la extinción de la relación laboral, igualmente la tiene para pactar –en el curso de la negociación dirigida a reducir el alcance del despido colectivo- aspectos accesorios de las condiciones de la relación laboral”.

exonerada la empresa de toda responsabilidad, a salvo de su abono de las correspondientes primas a la aseguradora.

Para determinar la fiscalidad aplicable a este tipo de indemnización, es preciso acudir al último párrafo del artículo 8.6 LPFP, a cuyo tenor: *“Los compromisos asumidos por las empresas con los trabajadores que extingan su relación laboral con aquéllas y pasen a situación legal de desempleo en los casos contemplados en el párrafo tercero de la letra a) anterior, que consistan en el pago de prestaciones con anterioridad a la jubilación, podrán ser objeto de instrumentación, con carácter voluntario, de acuerdo con el régimen previsto en la disposición adicional primera de esta Ley, en cuyo caso se someterán a la normativa financiera y fiscal derivada de ésta”*.

En consecuencia, el régimen fiscal aplicable a los contratos de seguro colectivo será el previsto en el artículo 17.2 y la Disp. Trans. 11ª LIRPF. Las cantidades que perciba una persona trabajadora directamente de la compañía aseguradora en base a las primas de seguro que haya abonado la empresa, tendrán la consideración de rentas del trabajo sujetas a tributación y retención en origen, según lo dispuesto en el art. 17. 2.a). 5ª LIRPF¹⁰¹⁸, que considera rendimientos del trabajo: *“Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes de previsión social empresarial. Asimismo, las prestaciones por jubilación e invalidez percibidas por los beneficiarios de contratos de seguro colectivo, distintos de los planes de previsión social empresarial, que instrumenten los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, en los términos previstos en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y en su normativa de desarrollo, en la medida en que su cuantía exceda de las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente realizadas por el trabajador”*. Si, por el contrario, las primas han sido abonadas por las personas trabajadoras, bien directamente o como retribución en especie por la empresa

¹⁰¹⁸ Según la Consulta Vinculante DGT V1312-05, de 1 de julio de 2005, “las prestaciones percibidas de dicho contrato de seguro se consideran, en todo caso, rendimientos del trabajo y deben integrarse en la parte general de la base imponible. La entidad aseguradora deberá practicar retención a cuenta sobre la cuantía satisfecha con arreglo a las normas generales previstas en los artículos 78 y siguientes del Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”.

detrayéndolas de su salario, las cantidades que perciba la persona trabajadora no tendrán la consideración de rentas del trabajo.¹⁰¹⁹

La integración en la base imponible del IRPF de la persona trabajadora se hará en el importe de renta percibida que exceda de la cuantía declarada exenta en virtud de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 7.e) LIRPF, así como de las cantidades que, en caso de haberse imputado fiscalmente la prima, se considerasen retribuciones del trabajo en especie. Corolario de lo anterior es que, “si el importe total de la indemnización a satisfacer al empleado está exento, no estarán sometidas a tributación las cantidades percibidas por los empleados incluidos en el seguro colectivo”¹⁰²⁰.

5. LA PERCEPCIÓN DEL PLAN DE PENSIONES CON ANTERIORIDAD A LA JUBILACIÓN DE LA PERSONA TRABAJADORA EN CASO DE PREJUBILACIÓN PACTADA DE MUTUO ACUERDO

Otra de las situaciones en las que es posible que la persona trabajadora perciba la prestación contemplada en su plan de pensiones de empresa es la extinción de la relación laboral en virtud de un pacto de prejubilación llevado a cabo mediante un contrato de prejubilación de mutuo acuerdo de las partes *ex art. 49.1.a) ET*.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8.6 LPFP y 8 RPFP¹⁰²¹, si así lo establecen y prevén las especificaciones del plan de pensiones, podrá anticiparse la percepción de la prestación de jubilación a partir de que la persona trabajadora partícipe cumpla los 60 años de edad, siendo requisito para ello que haya cesado en la actividad que determinó su alta en la Seguridad Social, si bien puede seguir como asimilado al alta mediante la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social, no debiendo reunir en el momento de solicitar la anticipación los requisitos para la obtención de la prestación de jubilación en el correspondiente régimen de Seguridad Social. Dicha anticipación es

¹⁰¹⁹ Así, la STS, Sala 3ª, de 12 de marzo de 2007, rec. 314/2003, afirma que “la retención practicada en la nómina demuestra, sin lugar a dudas, que las cantidades entregadas como consecuencia del seguro colectivo, deben considerarse como primas correspondientes a dicho contrato, deducibles de la cuota íntegra del impuesto, como una consecuencia derivada de un contrato de seguro de vida, al haber alcanzado el reclamante la edad pactada, y recibir el capital asegurado, y no, como se ha considerado por la Administración, como una renta irregular de trabajo personal”.

¹⁰²⁰ Consulta Vinculante DGT V2314-18 de 8 de agosto de 2018.

¹⁰²¹ RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones.

asimismo posible en el caso de que el partícipe extinga su relación laboral y pase a la situación de desempleo en los supuestos contemplados en los artículos 49.1.g), 51, 52 y 57 ET, con independencia de la edad que tenga el partícipe en ese momento.

A este respecto se ha pronunciado la Sala 3ª del TS¹⁰²², estableciendo que, en los casos de prejubilación voluntaria, dado que la prejubilación no se encuentra incluida en ninguno de los supuestos que el ET considera como constitutivos de despido o situación asimilada al mismo, no resulta de aplicación la exención prevista en el artículo 7.e) LIRPF para las rentas percibidas procedentes del plan de pensiones de empresa, pues conforme establece el artículo 17.2 de dicha LIRPF, se consideran rendimientos íntegros del trabajo las prestaciones por jubilación percibidas por los beneficiarios de contratos de seguro colectivo que instrumentalicen los compromisos por pensiones asumidos por la empresa, y dado que, por otro lado, el artículo 18.2 del mismo texto legal excluye expresamente de las reducciones aplicadas a los ingresos irregulares las prestaciones del artículo 17.2 a) LIRPF cuando se perciben en forma de renta, las prestaciones percibidas del plan de pensiones de empresa se incorporaran íntegramente como rendimientos del trabajo en la base imponible del IRPF.

6. CARÁCTER PRIVATIVO DEL PLAN DE PENSIONES DE EMPRESA

Uno de los aspectos que con frecuencia es origen de controversia en los casos de liquidación de la sociedad de gananciales con motivo de separación o divorcio, es el carácter, privativo o ganancial, atribuible al plan de pensiones de empresa. Para la Sala 1ª del TS, dicho carácter se halla en función de su naturaleza sustitutiva del salario o, por el contrario, del carácter compensatorio que de un bien privado deba atribuírseles¹⁰²³.

A este respecto, las aportaciones que las empresas realizan a los Planes de pensiones de sistema de empleo no tienen la consideración de salario, por lo que no pueden ser considerados bienes gananciales, pues su principal función es la de completar la pensión de jubilación, conclusión idéntica al criterio de la Sala 1ª del TS respecto del carácter privativo de la pensión de jubilación, pues se trata de un derecho personal de la

¹⁰²² STS, Sala 3ª, de 8 de febrero de 2010, rec. 6103/2007.

¹⁰²³ STS, Sala 1ª, de 14 de febrero de 2017, rec. 1045/2015.

persona trabajadora al que no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1358 CC, ya que se genera con la actividad laboral, dependiendo su nacimiento y extinción de vicisitudes estrictamente personales.

En consecuencia, la calificación que se ha de otorgar al Plan de pensiones de empresa es su carácter privativo, pues la sociedad de gananciales no ha hecho ninguna inversión en él¹⁰²⁴. Ahora bien, aun cuando el Plan de pensiones de empresa tenga carácter privativo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1323 CC, los cónyuges pueden pactar la atribución al mismo de carácter ganancial en virtud del principio de libertad de contratación de los cónyuges¹⁰²⁵.

¹⁰²⁴ STS, Sala 1ª, de 27 de febrero de 2007, rec. 1552/2000.

¹⁰²⁵ SSTs, Sala 1ª, de 6 junio de 2019, rec. 2867/2016, de 19 de octubre de 2015, rec. 1984/2013 y 25 de mayo de 2005, rec. 3698/1998.

CONCLUSIONES

Las relaciones laborales y de Seguridad Social están indefectiblemente obligadas a llevar a cabo un sostenido esfuerzo de adaptación a una realidad sociolaboral en constante evolución, que exige una continua y prolija producción normativa. Por esta razón, cualquier estudio en este ámbito se debe llevar a cabo necesariamente desde un enfoque diacrónico, atendiendo a la coexistencia de distintas normas de aplicación en el tiempo en función de las propias circunstancias de la persona interesada.

Una vez finalizado el trabajo de investigación que antecede sobre la figura de la prejubilación en el sector bancario, con especial referencia a la repercusión de la situación de crisis económica en las condiciones en que se extinguen los contratos en este importante sector de actividad, procede formular las conclusiones que se derivan del mismo.

Ciertamente, el escenario que en estos momentos presenta nuestra sociedad de bienestar afronta una seria dicotomía, que viene motivada por la existencia de dos realidades simbióticas y que tienen su origen en el muy positivo aumento de la esperanza de vida de la población. De una parte, el estado de bienestar ha favorecido que la población española sea la segunda más longeva del mundo, pero, en contrapartida, este éxito del estado de bienestar es también la causa de los problemas que lo acucian, pues esa positiva longevidad biológica pone en riesgo su propia sostenibilidad, especialmente el sistema de pensiones, sin olvidar las repercusiones que proyecta en el mercado laboral, pues, como consecuencia del aumento de la esperanza y de la calidad de vida en España, son cada vez más las personas de edad avanzada que se encuentran en situación de acceder a un envejecimiento activo con el consiguiente mantenimiento de estas en el mercado de trabajo.

En este contexto de aumento de la esperanza de vida y, consecuentemente, el aumento de años durante los que las personas pensionistas se benefician de la prestación de jubilación, se plantea el debate sobre la situación de crisis y solvencia del sistema de pensiones, proponiéndose como solución la reducción del número de años en los que se percibe la prestación de jubilación y el paralelo aumento del número de años de cotización al sistema de Seguridad Social, correlación que se propone como fundamental para

garantizar la viabilidad del sistema de pensiones. A la vista de esta situación, no cabe si no cuestionarse si, para conjurar esta “inadecuada” configuración del vigente sistema de Seguridad Social, no sería necesario establecer nuevos mecanismos de correlación entre “empleo-cotización al sistema-prestación” dentro del propio modelo contributivo vigente en España.

Una de las conclusiones generales que cabe extraer de este estudio es la negativa afectación que, para las personas trabajadoras que pasan a la situación de prejubilación, han supuesto las distintas modificaciones que se han venido introduciendo, tanto en el Derecho de la Seguridad Social en lo que concierne al acceso a prestaciones del sistema, como en el ámbito del Derecho del Trabajo en cuanto a la regulación del despido colectivo y sus consecuencias y, en el Derecho Tributario, respecto de las modificaciones relativas a la sujeción o no al IRPF de las cantidades percibidas por la persona trabajadora que se prejubilaba, y de la calificación como rentas de naturaleza regular o irregular en el tiempo para estas cantidades, así como para las prestaciones de los planes de pensiones de empresa.

A continuación, se proponen las conclusiones derivadas de la investigación, siguiendo el hilo argumentativo coherente con el propio desarrollo temático de la tesis:

1.- Sobre la continua situación de crisis económica en España

Para una correcta comprensión de la dimensión que la reestructuración del sistema bancario ha tenido en España, es necesario atender, en primer lugar, a la situación macroeconómica que viene presentando la economía española desde finales del pasado siglo y, particularmente, con el acaecimiento de la crisis económica y financiera mundial que se originó con la caída del banco estadounidense Lehman Brothers y la consiguiente explosión de la burbuja inmobiliaria. Estos hechos pusieron de manifiesto la endeblez del sistema bancario en España, que requirió un rescate bancario por parte del FROB, del que solamente se beneficiaron las cajas de ahorros, sin que dicho rescate se acompañara de la exigencia de las responsabilidades correspondientes.

Esta situación de crisis sistémica provocó un profundo proceso de reestructuración del sistema bancario en España, en el que prácticamente han desaparecido las cajas de ahorros para pasar a convertirse en bancos o, directamente, ser adquiridas por estos. Como consecuencia de dicho proceso, el mercado bancario se ha convertido, casi de facto, en

un oligopolio, pues la reestructuración no solamente ha redundado en una mayor regulación y control por parte de la autoridad monetaria, sino también, y en lo que al objeto de este estudio interesa, en un continuo proceso de concentración de entidades.

Como resultado de este inacabado proceso de concentración bancaria, las entidades bancarias han llevado a cabo una drástica reducción de su capacidad instalada, acometiendo reiterados y continuos procesos de reestructuración de sus plantillas, lo que se ha llevado a cabo de forma recurrente mediante el recurso a la prejubilación, instrumentada principalmente mediante la figura del despido colectivo y, en menor medida, aunque de forma ininterrumpida en el tiempo, a través de extinciones por mutuo acuerdo de las partes individualmente negociadas.

2.- Sobre la pensión de jubilación y los cambios normativos en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

La pensión de jubilación en España se encuentra integrada en el sistema nacional de Seguridad Social, sistema que se rige por el principio de caja única a cargo de la TGSS para, dando cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 41 CE, establecer un sistema de prestaciones universal y unitario de protección social, basado en un sistema de reparto y solidaridad intergeneracional. Las pensiones de jubilación constituyen el núcleo fundamental del régimen público de Seguridad Social preceptuado por la CE, por lo que el futuro del sistema de pensiones está indisolublemente unido al futuro del sistema de Seguridad Social, un sistema en “permanente” crisis desde su constitución.

Resulta patente el impacto y la presión que sobre el sistema de Seguridad Social producen las características demográficas de la sociedad española, afectada por un acusado descenso de la tasa de natalidad y por un progresivo e imparable envejecimiento de la población, producto del *baby boom* de los años 60 y del aumento de la esperanza de vida en España. Junto al acusado y continuo descenso del índice coyuntural de fecundidad en España, que ha pasado de un valor de 1,44 en el año 2008 a un exiguo 1,18 para el año 2020, y que implica la inexistencia de la tan necesaria tasa de reposición (como mínimo debería ser superior a 2 hijos por mujer), se ha consolidado el progresivo aumento de la esperanza de vida, pasando de los 81,3 años en el año 2008 a una esperanza de vida de 83,58 años en 2019, fruto de la calidad de vida y de la excelencia del sistema sanitario en España. Todo ello conduce a que el número de personas en edad de trabajar sea cada vez

menor y el número de personas “dependientes” sea cada vez mayor, especialmente las personas mayores de 65 años, que para el año 2021 ya suponen el 19,77 por 100 del total de la población de España. La referida realidad demográfica de la sociedad española, unida a las proyecciones que se realizan para los próximos años, ciertamente sitúan un escenario incierto respecto de la solvencia y suficiencia del vigente sistema de Seguridad Social, imperiosamente obligado a dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 41 CE de garantizar “*la asistencia y prestaciones sociales suficiente ante situaciones de necesidad*”.

A la hora de afrontar reformas tendentes a dotar al sistema de Seguridad Social de la adecuada solvencia económica y sostenibilidad, no es posible dejar de lado el mantenimiento de los principios que son su cualidad más trascendente, el principio de contributividad, el de proporcionalidad y el de solidaridad¹⁰²⁶, a los que se une el principio de universalidad de la cobertura, siendo necesario alcanzar un adecuado equilibrio entre la conjunción de estos principios, al objeto de dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar prestaciones sociales suficientes en caso de necesidad, pues las prestaciones de la Seguridad Social no se presentan necesariamente como prestaciones correspondientes y proporcionales a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados.

En lo que al acceso a la pensión de jubilación se refiere, y al objeto de fortalecer la solvencia financiera del sistema de pensiones, en 1985 se endurecieron los requisitos de acceso a la prestación, incrementando el periodo mínimo de cotización exigida desde los 10 hasta los 15 años que se mantienen en la vigente LGSS.

Posteriormente, la LAAM introdujo varias e importantes modificaciones en la LGSS. La primera de ellas consistió en retrasar la edad de jubilación ordinaria en 2 años, pasando de una sola edad legal de referencia (65 años) a utilizar dos edades (65 o 67 años) en función de la carrera de cotización que acredite la persona trabajadora, modificando igualmente los elementos llamados a conformar el cálculo de la base reguladora de la pensión, pasando de 15 a 25 años el periodo a computar para determinarla, al objeto de conciliar la proporcionalidad entre las cotizaciones efectivamente realizadas por la persona trabajadora y la pensión resultante. Otra de las penalizaciones que introdujo la

¹⁰²⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F., “La reforma de la jubilación ordinaria”, cit., pág. 51.

LAAM fue la de una exigencia de 37 años para alcanzar el 100 por 100 de la base regulara en contraposición con los 35 años exigidos hasta su entrada en vigor, estableciendo un régimen transitorio de 15 años y que acaba en 2027. También introdujo el factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, que no ha llegado a entrar en vigor y ya ha sido derogado, y que tenía como objetivo mantener la adecuada proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones que se reciben del mismo. En cuanto al Índice de Revalorización de las pensiones, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha dejado de ajustar los gastos a los ingresos del sistema, volviendo a fijar las revalorizaciones en función del IPC.

Con todo, el cambio más significativo introducido por la LAAM fue la incorporación en la LGSS de la distinción entre la jubilación anticipada derivada del cese en la relación laboral por causa no imputable a la persona trabajadora y aquella en la que el acceso a la prestación deriva de la voluntad de la persona interesada, estableciendo distintos requisitos de acceso a la prestación para cada una de ellas. El diferente tratamiento jurídico se completó con el RD-Ley 5/2013, que sustituyó el requisito de tener cumplidos 61 años para anticipar la jubilación, para pasar a establecer una anticipación de hasta 4 años para el acceso por causa no imputable a la voluntad de la persona interesada y de hasta 2 años para el acceso voluntario.

Resulta interesante observar la evolución que se ha producido en la delimitación del supuesto de acceso a la jubilación anticipada por causa ajena a la voluntad del sujeto interesado. Desde el 1 de enero de 2002, se requería que la extinción del contrato de trabajo no se produjese por causa imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora, entendiendo por tal, 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. A partir de 1 de enero de 2008, se incorpora la presunción de que, en todo caso, se considerará que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se hubiera producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 de la LGSS 1994. A partir de 1 de enero de 2013, desaparece la presunción de involuntariedad y, en su lugar, se enumeran las causas que podrían dar derecho al acceso a la anticipación de la jubilación por dicha vía.

Respecto de la aplicación de coeficientes reductores de la pensión de jubilación, el RD-Ley 5/2013 puso fin a la equiparación entre ambas modalidades de anticipación,

introduciendo cuatro periodos de cómputo de cotizaciones con un mayor coeficiente de reducción para la modalidad de acceso por voluntad de la persona trabajadora. Al objeto de penalizar a las largas carreras de cotización y con bases elevadas, la citada norma introdujo una penalización adicional y que se mantiene en el art. 210.4 LGSS, y que consiste en que, una vez aplicados los coeficientes reductores de la pensión de jubilación, el importe resultante de esta no podrá ser superior a la cuantía de reducir el tope máximo de pensión en un 0,50 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación. Es decir, en cualquier caso, la prestación será siempre objeto de reducción.

Con todo, la modificación más importante se llevó a cabo con la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, sobre medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que introdujo una profunda corrección en los tres aspectos claves de la relación laboral: la contratación, la variabilidad de las condiciones de trabajo y la terminación de la relación laboral, suponiendo un nuevo avance hacia la flexibilidad interna y externa en el sistema español de relaciones laborales, con una mayor intensidad en los cambios normativos relativos al despido de las personas trabajadoras. Es fácil inferir que, la necesidad del sector financiero de acometer con celeridad su necesario proceso de reestructuración, influyó decisivamente en la promulgación de esta norma, cuyo impulso perfectamente podrían arrogarse los “grandes banqueros”, pues parece una ley hecha a medida de las necesidades del sector, dotando a las entidades financieras de una mayor capacidad de decisión en sus procesos de reestructuración, con una sensible merma en los derechos de las personas trabajadoras y en la capacidad negociadora de la representación sindical.

De todas las medidas introducidas, la modificación de los despidos colectivos incide particularmente en las prejubilaciones de la banca. En lo que concierne a esta vía de extinción, además de suprimir la necesidad de autorización administrativa para llevar a cabo el despido colectivo, y, pese a que se mantiene el periodo de consultas con la representación de las personas trabajadoras, la nueva regulación ya no exige que las negociaciones finalicen en acuerdo, dejando la decisión final en las facultades de decisión de la empresa, introduciendo adicionalmente nuevos criterios para la justificación del despido colectivo, delimitando las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y limitando el control judicial a la concurrencia de las causas alegadas para el despido en lugar de a proyecciones de futuro. Las mencionadas modificaciones sitúan a la representación legal de las personas trabajadoras en una clara posición de inferioridad

a la hora de negociar con la empresa, pues tienen que hacerlo siempre con la certeza de que, la última palabra, la tendrá la empresa, debiendo ceñirse el control judicial a verificar que concurre la causa o causas alegadas.

Por su trascendencia en los procesos de prejubilación, destaca una exigencia introducida por la reforma laboral mediante la modificación de la Disp. Adic. 16ª LAAM para las empresas con beneficios y con plantillas iguales o superiores a 100 personas trabajadoras. En dicho supuesto se estableció la obligación de realizar una aportación económica al Tesoro Público para las personas trabajadoras de 50 o más años afectadas por el despido colectivo, de determinación anual en función de las prestaciones y subsidios por desempleo incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el SEPE.

Con todo, y pese al objetivo proclamado en la exposición de motivos de la norma de desincentivar el despido de las personas trabajadoras de 50 o más años, la realidad es que, son precisamente estas las que están soportando a su cargo parte del coste, pues, en todas las prejubilaciones del sector se establecen límites a las cantidades que por extinción de la relación laboral se perciben, por lo que, si la indemnización calculada sobre el salario anual, unida al coste del convenio especial con la Seguridad Social hasta la edad de jubilación pactada y, en su caso la prestación por desempleo, sobrepasan el citado límite dinerario, el coste del exceso lo asume la persona trabajadora íntegramente a su cargo. A este respecto, la incorporación de la prestación por desempleo como uno más de los conceptos que integran el total indemnizatorio a percibir por la persona trabajadora es motivo de continuas disputas en el ámbito jurisdiccional, al colisionar el objetivo de la empresa de fijar la percepción neta en función de la retribución de la persona trabajadora con el interés de esta de maximizar dicha percepción.

Para cuantificar la percepción neta de la prestación, la empresa aplica el “tipo” impositivo que, en concepto de IRPF, corresponde a dicha retribución, sin atender al hecho de que se perciben ingresos por rendimientos del trabajo y en concepto de prestación por desempleo. Puesto que la prestación a cargo del SEPE no es objeto de retención, el neto que percibe la persona trabajadora aumenta, por lo que al ser esta cantidad la que tiene en cuenta la empresa para abonar el porcentaje de salario pactado, se desplaza a la persona prejubilada el coste impositivo derivado de la falta de retención por parte del SEPE.

De todo lo anterior puede concluirse que las medidas introducidas tienen un carácter restrictivo, dirigido a conseguir un recorte real y efectivo de la cuantía de las pensiones, así como a incentivar el retraso de la edad de acceso a la jubilación.

3.- Sobre las modificaciones llevadas a cabo en la legislación tributaria

En primer lugar, y como cuestión más trascendente, es necesario determinar si, según lo dispuesto en el artículo 7.e) LIRPF, la indemnización percibida se encuentra sujeta al IRPF. Dicho precepto ha sido objeto de dos modificaciones legislativas destacables: Con efectos desde 1 de enero de 2010, mediante la Disp. Adic. 13ª de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, se introdujo la exención del impuesto para las indemnizaciones por despido colectivo u objetivo tramitado conforme a los artículos 51 y 52.c) ET, con los requisitos de que hubiese sido autorizado por la autoridad laboral competente, y siempre debido a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor. La segunda modificación destacable se lleva a cabo con efectos desde el 29 de noviembre de 2014 mediante el artículo 1 de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, que establece un límite de 180.000 euros para la indemnización exenta de IRPF.

Otra de las modificaciones que se han llevado a cabo y que afectan a las personas trabajadoras del sector de la banca que acceden a la prejubilación, es la introducida respecto del tratamiento fiscal que se debe aplicar a la percepción del plan de pensiones de empresa mediante la Disp. Trans. 12ª LIRPF. Esta disposición introdujo un diferente tratamiento fiscal a partir de 1 de enero de 2007 para las cantidades percibidas del plan de pensiones, estipulando que, se podría aplicar una reducción del 40 por 100¹⁰²⁷ respecto de las aportaciones realizadas hasta 31 de diciembre de 2006, incluidos los derechos consolidados de estas, siempre que se perciban en un solo año y en forma de capital, tributando en su totalidad, tanto si se percibían en forma de renta como de capital en otros ejercicios, modificación que sin duda aumentó el impacto fiscal que la percepción del plan tiene para estas personas trabajadoras.

4.- Sobre la jubilación anticipada como punto de llegada de la persona trabajadora prejubilada

¹⁰²⁷ Reducción que la LIRPF en vigor ha situado en el 30 por 100.

Dados los continuos cambios normativos que el legislador ha venido introduciendo a fin de dificultar y demorar la edad de acceso a la jubilación, parece incongruente la reforma operada mediante la LAAM para incorporar la modalidad de jubilación anticipada por voluntad de la persona trabajadora, así como establecer la anticipación partiendo de la edad de jubilación ordinaria, permitiendo anticipar un máximo de 4 años o 2 años según corresponda.

Por otra parte, y en lo que concierne a la modalidad de jubilación anticipada por causa ajena a la libre voluntad de la persona trabajadora, parece criticable que se limite a las causas tasadas en el artículo 207.1.d) LGSS, que básicamente se refieren a los procesos de reestructuración empresarial, con omisión de otros supuestos que igualmente son ajenos a la libre voluntad de la persona trabajadora, como es un despido que se declara improcedente en sede judicial, o la resolución del contrato basada en un incumplimiento contractual de la empresa, como sería el caso de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo sin respetar lo previsto en el artículo 41 ET, con menoscabo de la dignidad de la persona trabajadora, o de acoso moral por razón de la edad. Respecto de estos supuestos en los que se establezca en sede judicial que la extinción ha sido provocada por incumplimiento grave de la empresa o causa totalmente ajena a la voluntad de la persona trabajadora, procede una reforma legislativa encaminada a su incorporación expresa entre los motivos de extinción que permiten el acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora.

Otro aspecto de la vigente normativa susceptible de crítica se refiere a la ausencia de un tratamiento diferenciado de la base reguladora de la pensión, siendo las reglas y porcentajes que aplicar idénticos para ambas modalidades de acceso, ya que únicamente se contemplan distintos coeficientes reductores de la pensión. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha introducido unos coeficientes claramente más penalizadores para la anticipación de la jubilación por causa voluntaria.

En otro orden de consideraciones, la citada norma ha mantenido la ficción normativa que se contempla para ambas modalidades de anticipación y que se recoge en los artículos 207 y 208 LGSS, por la que, a los solos efectos de determinar la edad legal de jubilación *“se considerarán cotizados los años que le resten al interesado desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación que le corresponda en cada momento”*, ficción que permite a cualquier persona trabajadora

jubilarse anticipadamente a una edad que no debería corresponderle, y que choca frontalmente con los esfuerzos y necesidad de retrasar, siquiera en unos meses, la edad de acceso a la jubilación.

Por último, en lo que concierne a la calificación del cese como voluntario o involuntario, es imprescindible traer a colación la STS de 24 de octubre de 2006, que vino a establecer el criterio jurisprudencial que se mantiene vigente, según el cual, en el caso tan frecuente en las entidades financieras, en el que, al amparo de un ERE, se lleva a cabo un proceso de prejubilaciones, al que la persona trabajadora se adhiere voluntariamente, se entiende que el contrato no se extingue por su libre voluntad, sino por una causa por completo ajena e independiente de la persona trabajadora y que ha determinado el despido colectivo. Dicho criterio, como no podría ser de otra forma, es aplicado igualmente por la Sala 3ª del TS, si bien de una forma poco consistente, tal y como se aprecia en su dubitativa interpretación para delimitar el alcance de la exención fiscal del artículo 7.e) LIRPF. En cualquier caso, este criterio de la Sala 4ª del TS facilita el acceso a la jubilación anticipada por causa ajena a su libre voluntad a todas las personas trabajadoras que han visto extinguida su relación laboral con motivo de un ERE o un Despido Objetivo, con independencia de que su inclusión en el ERE haya sido voluntaria.

5.- Sobre la ausencia de un marco normativo de la prejubilación (modalidades de acceso, pacto de prejubilación y derechos económicos asociados a ella)

Se ha afirmado en este estudio que la prejubilación es una figura a la que recurren con carácter general las entidades financieras para la reestructuración de sus plantillas a modo de mecanismo para llevar a cabo los ajustes de personal mediante el recurso a las personas trabajadoras más próximas a la edad de jubilación. La ausencia de regulación sobre esta institución ha determinado la judicialización de estas prácticas y la consiguiente intervención de la Sala 4ª del TS para dirimir las numerosas controversias que sobre esta realidad sociolaboral se plantean.

El primer aspecto clave a la hora de abordar el alcance y consecuencias de un acuerdo de prejubilación es determinar si se trata de un pacto extintivo o suspensivo de la relación laboral, siendo el criterio, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia que la naturaleza jurídica de la prejubilación es la de un acto extintivo del contrato de trabajo, salvo que del pacto celebrado entre las partes se deduzca claramente que sólo implica una

suspensión de este al establecer un criterio de temporalidad, siendo requisito para ello que expresamente se contemple en el acuerdo la posibilidad de reanudar la prestación laboral.

En cuanto a las modalidades de acceso a la prejubilación, la nota característica y común en todas ellas es la voluntariedad en el acceso, pues, tanto si se ha negociado individualmente como en el caso de que tenga su origen en una causa colectiva, se puede afirmar que esta nace y se regula a través de la extinción por mutuo acuerdo del contrato de trabajo. Las entidades financieras recurren sistemáticamente a la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes conforme al artículo 49.1.a) ET y al despido colectivo regulado en el artículo 51 ET, siendo la voluntariedad en la adscripción a las medidas extintivas el primer criterio de selección de las personas trabajadoras afectadas.

La prejubilación negociada individualmente, también denominada “baja incentivada”, ha sido utilizada de forma ininterrumpida en el tiempo por las entidades financieras para desprenderse de su plantilla de mayor edad, llevándose a cabo por mutuo acuerdo de las partes ex artículo 49.1.a) ET, siendo su principal característica la absoluta y total libertad de pacto, con el requisito de no contravenir el ordenamiento jurídico. Dado el carácter de cese voluntario, la persona trabajadora tiene vedado el acceso tanto a las prestaciones de desempleo como a la jubilación anticipada por causa ajena a la voluntad de la persona trabajadora, quedando además excluida de las exenciones contempladas en el artículo 7.e) LIRPF.

Ahora bien, el cauce más habitualmente utilizado por las entidades financieras para llevar a cabo los procesos de reestructuración de sus plantillas es la prejubilación negociada colectivamente, bien en el período de consultas previsto en el despido colectivo del artículo 51 ET, bien mediante convenio colectivo sectorial o un acuerdo de empresa.

El convenio colectivo sectorial puede establecer las condiciones de acceso a la prejubilación de las personas trabajadoras del sector, gozando de la consideración de norma necesaria, si bien es poco utilizado por las empresas, que prefieren llevar a cabo estos procesos en el marco de un convenio de empresa, por ser el que más se adecua a las concretas circunstancias y necesidades que pueda presentar la empresa y que le hacen idóneo para planificar las prejubilaciones de su plantilla de mayor edad.

El recurso al despido colectivo es el recurso habitual en los procesos de reestructuración de plantillas de las entidades financieras, pudiendo ser de adhesión

voluntaria u obligatoria, según el acuerdo al que haya llegado la empresa con la representación legal de las personas trabajadoras. En estos procesos, a pesar de la ya comentada posición de fuerza que detenta la empresa (como consecuencia de la supresión de la necesidad de autorización y del juicio de razonabilidad), lo habitual es que finalice la negociación previa al despido con un acuerdo basado en la cesión por ambas partes, obteniendo así una situación de “paz social” necesaria para la buena marcha de la empresa, en la que las personas trabajadoras obtienen indemnizaciones por encima de las establecidas normativamente para el despido colectivo, así como, en su caso, otras prestaciones sociales a cargo de la empresa, eso sí, subordinando estas ventajas económicas a un pacto de menor afectación en cuanto al número de personas trabajadoras y a un determinado rango de edad, centrando el despido en personas susceptibles de prejubilación.

En cuanto al contrato de prejubilación, este se rige por lo válidamente pactado por las partes, surgiendo una nueva relación entre la empresa y la persona prejubilada, que ya no es laboral al haberse extinguido el contrato de trabajo. Como todo contrato, es origen de obligaciones recíprocas para las partes, que traen causa del contrato de trabajo que le precede, de forma que subsiste un vínculo entre las partes, que se rige por el Derecho Común o el Derecho Laboral en función del concreto aspecto sobre el que surja la controversia.

Entre las diversas contingencias que pueden surgir en aplicación de un contrato de prejubilación, deben ser resueltas con base en la legislación laboral: el incumplimiento del deber o pacto de no concurrencia por parte de la persona prejubilada o la posibilidad de despedir a una persona prejubilada por hechos acaecidos con anterioridad a la extinción de la relación laboral. Para otras contingencias es necesario acudir al Derecho común, como sería el incumplimiento por la persona prejubilada del pacto que le prohíbe realizar trabajo alguno por cuenta ajena o propia sin autorización expresa de la empresa, o el incumplimiento por parte de la empresa del compromiso de satisfacer el convenio especial con la Seguridad Social o los pagos pactados a la persona prejubilada, entre otros.

En lo que a la satisfacción de las cantidades económicas por parte de la empresa se refiere, para los casos de despido colectivo o despido objetivo, el criterio de la Sala 4ª del TS es que se trata de indemnizaciones con motivo de la extinción de la relación laboral, carácter que igualmente les otorga el artículo 7.e) LIRPF, pues no existe una

efectiva prestación de servicios por parte de quien se prejubilaba al no existir ya una relación laboral. Respecto de las extinciones por mutuo acuerdo de las partes, estas percepciones se califican como rendimientos del trabajo y sometidos al IRPF.

En el sector de la banca es muy frecuente que, además de la no competencia postcontractual, en aquellos casos en los que el cese se lleve a cabo por mutuo acuerdo de las partes, como contrapartida a las cantidades económicas que la empresa se obliga a satisfacer cada año a la persona trabajadora hasta la edad de jubilación pactada, deba esta abstenerse de realizar trabajo alguno por cuenta ajena o propia sin la expresa autorización de su empresa, compromiso que está basado en el principio de libertad de pacto que se deduce del artículo 1255CC.

Por último, se plantea la imposibilidad de que la persona ya prejubilada pueda ser despedida por su empresa por hechos cometidos con anterioridad a la prejubilación, cuya respuesta negativa es rotunda para los casos de extinción de la relación laboral, pues no existe relación laboral alguna entre empresa y persona prejubilada, pues el pacto de prejubilación tiene un carácter novatorio y extintivo, por lo que los posibles motivos que pueda alegar la empresa simplemente no son de aplicación. La nulidad del pacto de prejubilación solamente puede basarse en el incumplimiento de las propias obligaciones establecidas en el mismo. Distinto es el caso de que la prejubilación se haya llevado a cabo mediante una verdadera suspensión de la relación laboral, pues, dado que se mantiene el vínculo entre la empresa y la persona trabajadora, aquella puede llevar a cabo las acciones disciplinarias que considere conveniente ante las faltas o incumplimientos de la persona trabajadora.

6.- Fiscalidad derivada del contrato de prejubilación

La sujeción o no al IRPF de las cantidades que la persona trabajadora percibe con motivo de la extinción de la relación laboral depende de su calificación como cese voluntario o involuntario. Se considera voluntario cuando obedece a la libre voluntad de la persona trabajadora de poner fin a la relación laboral, y se considera involuntario cuando el cese está fundado en una causa por completo ajena a la libre voluntad de la persona trabajadora, como sería el caso de un cese motivado por un despido colectivo o un despido objetivo.

En el caso del cese voluntario, fundado en una negociación individual entre la persona trabajadora y la empresa, o en un acuerdo colectivo alcanzado entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, materializados mediante un acuerdo entre las partes al amparo del artículo 49.1.a) ET, las cantidades indemnizatorias no se encuentran entre las consideradas exentas por el artículo 7.e) LRIPF, por lo que están íntegramente sujetas al impuesto, si bien, dado que se pueden considerar generadas de forma notoriamente irregular en el tiempo, gozarán de la reducción del 30 por 100 que establece el artículo 18.2.a) LIRPF, siempre y cuando se impute en un único periodo impositivo.

En el caso de un cese involuntario derivado de un despido colectivo u objetivo, estarán sometidas a tributación las cantidades que, en concepto de indemnización por la extinción de la relación laboral por despido, superen el montante (180.000 euros) que goza de exención en virtud de lo previsto en el artículo 7.e) LIRPF. El exceso percibido quedará sujeto al IRPF, siendo calificado como rendimiento del trabajo, por lo que podría ser de aplicación la ya mencionada reducción del 30 por 100 prevista en el artículo 18.2 LIRPF.

En este ámbito de la fiscalidad aplicable a la indemnización por extinción de la relación laboral que tiene su origen en un despido colectivo, es reseñable la vacilante interpretación que la Sala 3ª del TS lleva a cabo en la delimitación del alcance de la exención fiscal del artículo 7.e) LIRPF, pues aunque hace suyo el criterio establecido por la Sala 4ª del TS en su sentencia de 24 de octubre de 2006 y lo aplica en numerosas sentencias, la Sala 3ª del TS se ha negado a pronunciarse sobre la interpretación y delimitación del alcance de la exención fiscal del artículo 7.e) LIRPF en aquellos supuestos en los que está abierto un ERE y la extinción del contrato de trabajo se produce por mutuo acuerdo en virtud de una oferta de prejubilación con importes pactados, actuación que produce disfunciones en la interpretación de esta cuestión, tanto por la Administración Tributaria como por los distintos órganos que intervienen en el proceso contencioso-administrativo.

Respecto del carácter privativo o ganancial de las cantidades que percibe la persona prejubilada por la extinción del contrato de trabajo, la Sala 1ª del TS ha establecido que de percibirse vigente la sociedad de gananciales tendría naturaleza ganancial, pero, extinguida esta, conforme a lo dispuesto en el art. 1346.5º y 6º CC,

tendrían carácter privativo, al no ser un derecho transmisible. Es constante el criterio jurisprudencial de la Sala 1ª de considerar la naturaleza jurídica de la indemnización por prejubilación en función de un criterio de futuro, pues esta no se establece como efecto de un trabajo precedente, sino en función de los años que aún faltan a la persona trabajadora para su jubilación, siendo este el criterio que la distingue de la indemnización por despido improcedente, indemnización esta que pertenece a la sociedad de gananciales al ser fruto del trabajo efectuado por su perceptor y que, además, se calcula conforme a la cuantía de los salarios percibidos hasta ese momento.

7.- El plan de pensiones de empresa

Todas las personas que prestan sus servicios en el sector bancario cuentan con un Plan de Pensiones de Empresa, donde se establecen determinadas prestaciones que perciben al acontecer el hecho causante (jubilación o extinción de la relación laboral), momento en el que consolidan el derecho a la prestación. Se encuentran al margen del sistema de Seguridad Social, siendo prestaciones de carácter privado y complementarias de las prestaciones públicas, nunca sustitutivas, prestaciones que dependerán del capital aportado y de los rendimientos obtenidos en el Fondo de Pensiones en el que se integran.

Sometidos al ámbito del Derecho Mercantil, se deben instrumentar mediante planes de pensiones o contratos de seguro externos, limitándose la obligación de la empresa a las obligaciones y responsabilidad asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones.

Se ha procurado en el estudio dar respuesta a muchos de los interrogantes que surgen respecto a la fiscalidad aplicable a los distintos supuestos que pueden darse en la percepción del plan de pensiones. El abono anticipado de las aportaciones que se debería efectuar hasta la jubilación es considerado por la jurisprudencia una renta de carácter regular. En el caso de que la empresa externalice los compromisos derivados del ERE (mejoras directas o complementos de las prestaciones públicas, abono de la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo y abono de las cuotas del convenio Especial con la Seguridad Social hasta la jubilación), el criterio de la Sala 4ª del TS es que, una vez pagada por la empresa a la aseguradora la prima del seguro, la responsabilidad se desplaza a la aseguradora, quedando la empresa exonerada de toda responsabilidad posterior respecto del cumplimiento de los compromisos asegurados. En

cuanto a la fiscalidad aplicable a las cantidades percibidas por la persona prejubilada directamente de la compañía aseguradora en virtud de las primas de seguro abonadas por la empresa, tendrán la consideración de rentas del trabajo sujetas a tributación y retención en origen.

Cuando la persona prejubilada, si así lo prevé su plan de pensiones, anticipe la percepción de la prestación prevista para la jubilación, el criterio de la Sala 3ª del TS es el de que no resulta de aplicación la exención prevista en el artículo 7.e) LIRPF, debiendo ser incorporadas íntegramente como rendimientos del trabajo en la base imponible del IRPF.

Sobre el carácter privativo o ganancial del Plan de Pensiones de Empresa, la Sala 1ª del TS sostiene que las aportaciones que las empresas realizan a los Planes de pensiones de sistema de empleo no tienen la consideración de salario, por lo que no pueden ser consideradas bienes gananciales, pues su principal función es la de completar la pensión de jubilación, conclusión idéntica al criterio de la Sala respecto del carácter privativo de la pensión de jubilación.

La suscripción de planes de pensiones privados permite complementar la pensión pública y garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de la persona ya jubilada, de ahí que se haya propuesto su incentivo. Igualmente, un sector doctrinal sostiene la necesidad de implantar un nuevo modelo mixto en el que, partiendo de un mínimo común de aportación al sistema para todas las personas trabajadoras (Base de cotización única), se tuviese derecho a una pensión de jubilación mínima, establecida en función de la carrera de cotización que se acredite, permitiendo capitalizar el exceso de cotización a título privativo de la persona trabajadora. En teoría, este sistema garantizaría un mínimo homogéneo del cumplimiento de los objetivos de beneficio social y suficiencia que debe procurar un sistema público de Seguridad Social y, por otra parte, con la debida transitoriedad, resultaría más equitativo y justo para las nuevas personas que accediesen al sistema, pues una parte de su cotización se seguiría destinando a sustentar las prestaciones actuales, pero permitiría una garantía de prestación futura que hoy no tiene, facilitando que parte de sus cotizaciones sean destinadas a posibilitar su futura prestación. Según esta tesis, el establecimiento de un sistema mínimo de reparto con una base de cotización única y homogénea para toda persona trabajadora, estableciendo una cuenta de futura jubilación en la que capitalizar las cotizaciones que excedan de la base

reguladora única, proveería la garantía de un mínimo a percibir siempre por cualquier persona trabajadora, evitando que se produzcan las injusticias que propugna el sistema actual, en el que la cuantía de la pensión a percibir no siempre se corresponde con el esfuerzo contributivo realizado, como sería el caso de la pensión mínima. Es necesario mantener el principio de solidaridad del vigente sistema, pero también es necesario acabar con la incongruencia de sostener un exceso de cotización manteniendo una base máxima (4.139,40 euros) muy superior a la pensión máxima posible (2.819,19 euros). No se propone una privatización del sistema, sino un modelo mixto en el que la carrera de cotización de la persona trabajadora se vea realmente reflejada en la prestación que finalmente perciba del sistema.

8.- El convenio especial con la Seguridad Social

El convenio especial con la Seguridad Social es un instrumento clave en todos los procesos de prejubilación, que debe ser suscrito por la persona trabajadora con la finalidad de proteger su base de cotización a fin de no ver perjudicada su futura pensión de jubilación, y evitar su expulsión del sistema de Seguridad Social, pues la suscripción del convenio especial determina la continuación de la situación de alta o asimilada al alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda.

La suscripción del convenio especial con la Seguridad Social constituye un derecho necesario para las personas trabajadoras con 55 o más años en el caso de una prejubilación en el marco de un despido colectivo en empresas no sometidas a procedimiento concursal, mientras que, en el resto de los casos, en que la extinción de la relación laboral se produce por mutuo acuerdo de las partes, tiene carácter voluntario y, por tanto, disponible para la persona trabajadora, pudiendo suspenderlo, modificar su base de cotización dentro de los límites legales e, incluso, extinguirlo.

Sobre la fiscalidad aplicable a las cantidades que la persona trabajadora percibe de su empresa para el pago del convenio, en todos los casos, son fiscalmente indiferentes y neutras para la persona trabajadora a la hora de establecer el rendimiento neto del trabajo.

10.- La Ley 21/2021, de 28 de diciembre

La exposición de motivos de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, establece nítidamente dos objetivos principales que son antagónicos entre sí, pues, por una parte, consciente de la endeblez que actualmente presenta el sistema de Seguridad Social, pretende incidir especialmente en medidas tendentes a conseguir reforzar la sostenibilidad y solvencia financiera del sistema público de pensiones, al tiempo que establece una garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

La principal novedad introducida por la norma radica en la diferente aplicación de coeficientes reductores para la jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada o por causa no imputable a esta.

- a) Para la jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada, se produce un cambio en el parámetro sobre el que se aplican los coeficientes reductores de la pensión de jubilación, estableciéndose que, cuando la base reguladora sea superior al límite de la cuantía inicial de las pensiones, los coeficientes reductores operarán sobre el citado límite, pasando a aplicarse por cada mes o fracción de mes que, en el momento del hecho causante, falte a la persona trabajadora para cumplir la edad legal de jubilación.
- b) Respecto de la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora, se mantienen los anteriores parámetros, aplicándose los coeficientes reductores sobre el importe de la pensión resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda por la carrera de cotización, si bien no se limita por la cuantía del límite de pensión máxima, sino que se limita a no superar la cuantía que resulte de reducir el tope máximo de pensión en un 0,50 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación.

Al objeto de atemperar las negativas consecuencias que las nuevas condiciones suponen para las personas que accedan a la jubilación anticipada por causa voluntaria, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha introducido la Disp. Trans. 34ª en la LGSS, estableciendo dos salvaguardas importantes para largas carreras y bases de cotización elevadas: La primera se refiere a que, para aquellas personas trabajadoras con base reguladora superior a la pensión máxima, solamente en la medida en que la evolución de la pensión máxima absorba el efecto del aumento de coeficientes respecto a los vigentes en 2021, resultará de aplicación la nueva norma, de manera que la pensión reconocida no resulte en ningún caso inferior a la que le habría correspondido con las normas vigentes

en 2021. La segunda salvaguarda es la entrada en vigor a partir de 1 de enero de 2024 y con una aplicación gradual en un plazo de diez años cuando la pensión supere el límite establecido para el importe de las pensiones.

Es evidente la intención del legislador de incentivar el retraso en unos meses de la edad real de jubilación anticipada voluntaria, pues las diferencias en la aplicación de coeficientes se centran en los 6 meses más cercanos a la posibilidad de anticipación y de jubilación ordinaria. Para una carrera de cotización de 38 años y 6 meses, la anticipación de 24 meses tiene una penalización de un 14% en su modalidad de involuntaria y de un 19% en su modalidad de voluntaria, y para 1 mes de anticipación un 0,58 y de un 3,11 respectivamente. Sin embargo, para el periodo de 21 a 7 meses de anticipación, el coeficiente reductor a aplicar es idéntico para ambas modalidades de anticipación.

Igualmente, la norma intenta proteger a las personas afectadas por extinciones de la relación laboral producidas antes de 1 de enero de 2022, siempre que no vuelvan a causar alta por un periodo superior a 12 meses en cualquier régimen de la Seguridad Social, así como las que se desvinculen con posterioridad a esa fecha en virtud de un ERE, convenios colectivos, acuerdos colectivos de empresa o procedimientos concursales aprobados con anterioridad a 1 de enero de 2022, a las que se aplicarán las reglas de acceso a la jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada vigentes en 2021.

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha venido a cubrir alguna de las lagunas existentes en las causas de extinción contractual que dan derecho al acceso a la jubilación anticipada en su modalidad de involuntaria, añadiendo a las ya vigentes el resto de las causas extintivas por razones objetivas y la resolución del contrato por voluntad de la persona trabajadora por los motivos previstos en los artículos 40.1, 41.3, 49.1.m) y 50 del ET.

De una forma tímida, se intenta incentivar la jubilación demorada, proponiendo la exoneración de cotizar por contingencias comunes (excepto por IT) a partir del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, y facultando a la persona trabajadora para optar entre la obtención de un porcentaje adicional del 4 por 100 por cada año completo de trabajo efectivo que se acredite con posterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación o una cantidad a tanto alzado por cada año completo de trabajo efectivo acreditado y cotizado entre la fecha de cumplimiento de la edad de jubilación y la del

hecho causante de la prestación; o una combinación de ambas opciones, estableciendo un requisito de acceso de que haya transcurrido, al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Con todo, si verdaderamente se quisiera incentivar el retraso de la edad efectiva de acceso a la jubilación, mediante medidas que realmente incentiven la prolongación de la vida activa, debería de eliminarse la cotización especial de solidaridad del 9 por 100 (art. 309 LGSS), pues, dado que no computa a efectos de prestaciones, redundaría en encarecer y dificultar la opción por la continuación de la actividad. También sería conveniente estimular la prolongación de la vida laboral mediante una bonificación en el IRPPF, graduándose en función de que opte por percibir el 50 por 100 de la prestación o por demorar su percepción, pues, esta opción, ya supone por sí misma un ahorro para el sistema de Seguridad Social, por lo que se debería tributar exclusivamente por los ingresos que se deriven de la actividad laboral que realice. En la misma línea, en la jubilación parcial, es necesario ceñir la cotización a la jornada efectivamente trabajada, eliminando la obligación de seguir cotizando como si se trabajase a jornada completa, algo que carece de atractivo para las empresas al verse obligadas a cotizar doblemente por la persona jubilada parcialmente y por su relevista.

Y, por último, una modificación de enorme trascendencia por sus implicaciones en la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social es la reforma del artículo 58 LGSS, estableciendo la revalorización, de las pensiones contributivas con la referencia del Índice de Precios al Consumo IPC (no siendo de aplicación si el valor es negativo), y derogando expresamente el Factor de Sostenibilidad, al tiempo que se expresa una intención de negociar un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional a partir de 2027.

11.- El paulatino empeoramiento de condiciones de prejubilación para las personas trabajadoras de banca

Es notorio que las condiciones en las que las entidades financieras prejubilaban a sus plantillas han sufrido un continuo deterioro, siendo una creencia común la de que “cualquier oferta futura de prejubilación será peor que la actual”. Esto es así por la conjunción de diversos factores endógenos (convenio de banca) y exógenos (legislación de aplicación y crisis económicas).

Basta con atender a lo preceptuado en los sucesivos convenios colectivos del sector de la banca: El artículo 40 del X Convenio de Banca garantizaba la percepción

mensual de una cantidad tal que, sumada a la pensión de jubilación de la Seguridad Social, supusiera una percepción total líquida igual al 100 por 100 de la que tuviera, también líquida, en el momento de la jubilación. En contraposición, el artículo 45 del XIV Convenio de Banca, dispone que, para el personal contratado a partir de 8 de marzo de 1980, en el momento de su jubilación tan sólo tendrá los derechos que en tal momento reconozca la legislación general que le sea de aplicación, contemplando, eso sí, los beneficios de un sistema de previsión social complementario de aportación definida, con una aportación mínima anual a cargo de la empresa de 450 euros para los años 2019 a 2022 y de 550 euros a partir de 2023, contemplando la posibilidad de que dicho importe pueda complementarse mediante acuerdo colectivo entre la empresa y la representación sindical mayoritaria. Las diferencias de las ayudas para la jubilación entre uno y otro convenio son más que evidentes, pasando de garantizar el 100 por 100 del salario en activo a apenas una nimia aportación a un plan de pensiones.

Por otra parte, en lo que a las condiciones ofertadas para la prejubilación se refiere, estas se han ido adaptando en los sucesivos procesos de desvinculación, tanto en los instrumentados individualmente como los que son fruto de una negociación colectiva (ERE o acuerdo de empresa), estableciendo un tope máximo de percepción indemnizatoria por todos los conceptos (incluido el convenio especial con la Seguridad Social). Esta limitación provoca una merma en el porcentaje realmente percibido para las personas trabajadoras con retribuciones elevadas.

Desde el punto de vista de la persona trabajadora, no solamente han evolucionado los requisitos de acceso a la pensión de jubilación, también la LRIPF ha variado en el trato que dispensa a la indemnización percibida con motivo de la extinción de la relación laboral.

Así, la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, estableció un nuevo régimen de exención de las indemnizaciones por despido o cese de la persona trabajadora, modificando la letra e) del artículo 7 LIRPF, fijando, además del límite marcado por la normativa laboral, un límite absoluto de indemnización de 180.000 euros, límite cuantitativo de naturaleza específicamente fiscal, que afecta a la mayoría de las personas del sector de la banca que se prejubilán.

La modificación también afectó a las reglas aplicables a los rendimientos íntegros del trabajo personal mediante la modificación de los apartados 2 y 3 del artículo 18 LIRPF, rebajando el coeficiente reductor por irregularidad desde el 40 por 100 para fijarlo en un 30 por 100, e introduciendo la exigencia del requisito de que se imputen en un solo periodo impositivo para su aplicación. Estas modificaciones del artículo 18 LIRPF afectan sistemáticamente a las cantidades que numerosas personas trabajadoras del sector de la banca perciben de su empresa con motivo de su prejubilación y que exceden de la indemnización legal, así como a las que perciben, en su caso, del plan de pensiones de la empresa o de un seguro de rentas temporales en el que la empresa es quien ha abonado la prima única, pues lo normal es que las perciban en forma de renta periódica, no gozando por tanto de los beneficios de la calificación como irregularmente obtenidas en el tiempo.

12.- Necesidad de regular la prejubilación como contingencia del sistema de Seguridad Social.

En las últimas décadas se ha instaurado en nuestra sociedad el axioma de que es mayor quien excede de los 55 años, lo que se ha traducido en un adelantamiento de la vejez laboral que se ha intentado corregir mediante el recurso a la prejubilación de estas personas, y que ha confluído con tres factores que han contribuido a provocar la actual crisis del sistema de Seguridad Social: el aumento de la esperanza de vida, el aumento del número de personas que acceden a las pensiones con motivo de la generación del *baby boom* y el aumento de la cuantía de pensión media con la que se accede al sistema.

Dada la ausencia de regulación en materia de prejubilación, se ha hecho necesario acudir a la dispersa regulación en la que se establecen los requisitos de acceso a las distintas figuras legales y prestaciones que sirven como medio para que, empresas y personas trabajadoras, puedan llevar a cabo la extinción de la relación laboral que les une, posibilitando el tránsito desde el cese en el trabajo y hasta que cumpla la edad en que pueda tener derecho a acceder a la prestación de jubilación, lo que indefectiblemente ha necesitado de un constante recurso a la prolija jurisprudencia y los abundantes pronunciamientos que la doctrina judicial y científica han emitido al respecto y que se han analizado en la presente tesis.

La figura de la prejubilación requiere de la definición de esta situación como una contingencia propia y diferenciada en el Sistema de Seguridad Social, estableciendo una

prestación específica y con un régimen jurídico propio. De esta forma, como primera premisa, se tendrían censadas correctamente a todas aquellas personas trabajadoras que, habiendo cesado en su relación laboral, se encuentren próximas a la edad de jubilación, pudiendo ser perfectamente diferenciadas de aquellas otras que, por su edad, no puedan acceder a ella. Mientras se mantenga sin regular, la persona prejubilada engrosará las ya de por sí muy elevadas cifras de desempleo, cuando, por las condiciones pactadas de cese en la relación laboral con su empresa, goza de unas condiciones económicas que le sitúan como “no demandante de empleo”, pues disfruta de la percepción de un porcentaje de lo que era su retribución en activo, así como la garantía del mantenimiento de su base de jubilación merced a la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social.

El cambio de criterio que las empresas están experimentando respecto a las condiciones económicas en las que llevan a cabo la prejubilación de sus plantillas, con un claro rumbo dirigido a aplicar las condiciones que estrictamente les marque la norma, deben llevar al legislador a establecer una nueva prestación de prejubilación que aúne la satisfacción del oportuno retorno del gasto que suponga para las arcas públicas la persona prejubilada con una especial protección para estas personas trabajadoras de edad avanzada y muy próximas a la edad de jubilación, que deben ser objeto de una especial tutela por sus dificultades para volver a insertarse en el mercado de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., BUSTILLO LLORENTE, R.M. (Dir.), ANTÓN PÉREZ, J.I.; AZPITARTE RAPOSEIRAS, F., FERNÁNDEZ-MACIAS, E., *Evaluación del tercer pilar del sistema de pensiones: determinantes de las aportaciones voluntarias y sus efectos sobre el ahorro de las familias*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.
- AAVV., CCOO, *Elecciones sindicales: sentencias y laudos arbitrales*, Editorial Bomarzo, Madrid, 2014.
- AGUILERA IZQUIERDO, R., “Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores”, Civitas, Madrid, 2001.
- ALARCON CARUEL, M.R., “Jubilación: ¿anticipar o postergar?”, en AAVV., AGUTÍ JULIÁ, J., y FARGAS FERNÁNDEZ, J., (Coords), *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*, Editorial Bomarzo, 2010.
- ALARTE MAYORDOMO, C.M., “Pluriactividad en el Sector Privado Español”, *Tesis Doctoral, Universidad de Murcia*, 2010.
- ALFONSO MELLADO, C.L., “Reforma laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, págs. 263-278.
- ALONSO, C.E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.J., IBAÑEZ ROJO, R., “¿Viviendo como unos reyes? El discurso de los trabajadores prejubilados del sector servicios en España”, *Arxius de Ciencies Socials*, núm. 24, 2011, págs. 7-20.
- ALONSO J., “Los déficits estructurales de liquidez y las tensiones en los mercados monetarios”, Banco de España, *Estabilidad Financiera*, núm. 14, 2008, págs. 55-68. Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/08/May/Fic/IEF200814.pdf>
- ALONSO J., CONESA C., “Target 2: qué significa y qué implica” en AAVV., DOMINGUEZ FABIAN I. (Coord.), *La arquitectura institucional de la refundación del euro*, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación, núm. 49, 2013, págs. 49-70
- ALVAREZ CORTES, J.C., ORDÓÑEZ CASADO, M.I., “Cese voluntario y reanudación del subsidio por desempleo para trabajadores de edad madura”, *Temas laborales*, núm. 137, 2017, págs. 211-222.
- ALVAREZ CUESTA, H., “Jubilación parcial con contrato de relevo o jubilación anticipada sin coeficiente reductor”, *Ius Labor*, núm. 2, 2017, pág. 1-10.
- AMUEDO DORANTES, C., BORRA, C., “Cambios en la jubilación de los españoles durante la crisis”, *Economistas*, núm. 138/139, 2014, págs. 125-133.
- ÁNGEL MALO, M., “Los impactos de la reforma de 2012 en la negociación colectiva”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 246, 2015, págs. 23-34.

APARICIO TOVAR, J., “Jugar con las cartas marcadas: a propósito del informe de los expertos sobre pensiones”, disponible en: <https://japariciotovar.blogspot.com/2013/06/jugar-con-las-cartas-marcadas-proposito.html>

- “La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, Vol. 33, núm. 2, 2015, págs. 289-309.

ARAGÓN GÓMEZ, C., *La prestación contributiva de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2013.

- “La aportación económica al Tesoro Público prevista en la DA 16ª Ley 27/2011, fruto de la conocida <Enmienda Telefónica>, al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2015, núm. 77/2015”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2015, págs. 109-122.

ARELLANO M., BENTOLILLA S., “La burbuja inmobiliaria: causas y responsables” “*La Crisis de la Economía Española. Lecciones y Propuestas*”, FEDEA-Sociedad Abierta, 2009, págs. 28-31. Disponible en: <http://crisis09.fedea.net/ebook/PDF/la-crisis-de-la-economia-espanola.pdf>

ARRIETA IDIAKEZ, F.J., “Consecuencias del envejecimiento sobre la economía y el mercado laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 183, 2016 parte estudios, págs. 173-200.

ARSUAGA, A., DE LA PEÑA, J.I., y LLORENTE, A., “Efecto de la jubilación demorada y activa en el sistema de pensiones de la Seguridad Social Española”, *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, núm. 26, 2020., págs. 47-70.

AYUSO M., CHULIÁ, E., ¿Hacia la progresiva reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas”, BBVA, *Documento de Trabajo* núm. 22/2018. Disponible en: <https://prospectcv2030.com/wp-content/uploads/2019/11/2018Pensionesbrechagenero.pdf>

BADIOLA SANCHEZ A.M., “Despido colectivo y jubilación”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, págs.1463-1488.

BALLESTEROS M., SACRISTAN R., LÓPEZ J.C., SEMPERE M., RUÍZ A., SANTOS E., y MARTÍNEZ J.M., “Cambios demográficos en el ámbito laboral: envejecimiento de la población trabajadora en una empresa”, *Seguridad y Salud en el Trabajo*, núm. 87, 2016, págs. 26-34.

BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., “La modificación de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Análisis de una nueva situación”, *Temas Laborales*, núm. 121, 2013, págs.107-139.

BARCELÓN COBEDO, S., “La jubilación como prestación de llegada en el tránsito prestacional”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. págs. 511-539.

- BARRIOS BAUDOR, G.L., “El regreso de la jubilación forzosa”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2019, pág. 12.
- BARROS GARCÍA, M., “La aportación económica al Tesoro por despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, 2018, págs. 78-91.
- BLASCO RASERO C., “El papel de la negociación colectiva en materia de jubilación”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 13, 2017, págs.83-109.
- “La protección de los Prejubilados”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 181, 2015, parte estudios, págs. 147-186.
- BLAZQUEZ AGUDO, E.M., “¿Hacia dónde va el sistema de Seguridad Social? El mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, las expectativas en la prolongación de la vida laboral, las mejoras en el subsidio para desempleados mayores de 52 años, la equiparación entre regímenes y la esperada mejora de las prestaciones familiares”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 11, 2019, págs. 1-26.
- BOLDWIN M., “La crisis mundial y nuestra crisis”, “*La Crisis de la Economía Española. Lecciones y Propuestas*”, FEDEA-Sociedad Abierta, 2009, págs. 8-12. Disponible en: <http://crisis09.fedea.net/ebook/PDF/la-crisis-de-la-economia-espanola.pdf>
- CABEZA PEREIRO, J., “Consideraciones sobre la prejubilación según la doctrina reciente”, en AAVV LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., págs. 1.287-1302.
- “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, en AA.VV., BORRAJO DACRUZ, E., (Coord.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, La Ley, 2004, pág. 205-260.
 - CABEZA PEREIRO, J.,” Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2021, págs. 63-85.
- CABRERA CALVO-SOTELO, M., “Los pactos de la Moncloa: acuerdos políticos frente a la crisis”, *Historia y Política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, núm. 26, 2011, págs. 81-110.
- CALVO VÉRGEZ, J., “El índice de revalorización y el factor de sostenibilidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2019, parte legislación. Doctrina. Págs. 1-21.
- CAMÓS VICTORIA, I., “Los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. págs. 1605-1629.
- CAMPS RUIZ, L.M., “Las mejoras voluntarias de la pensión de jubilación”. en AAVV, LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., págs. 2119-2138.
- CARRASQUERO, P., RECIO CÁCERES, C., “Los colectivos más débiles del mercado laboral: ¿la excepción como norma?”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*.

CATARINEU E. y PÉREZ D., “La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial”. Banco de España. *Revista de Estabilidad financiera*, núm. 14, 2008, págs. 87-121.

CAVAS MARTÍNEZ F., “La reforma de la jubilación ordinaria”, en AAVV., GARCÍA ROMERO, B., LÓPEZ ANIORTE M., (coords), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Monografías 904, Valencia, 2014, págs. 49-91.

- “El nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social... o la historia interminable”, *Foro Nueva época*, vol. 19 núm. 1, 2016, pág. 388.
- “Cambios en la pensión de jubilación tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol.1, núm. 2, 2008, págs. 11-51.
- “Aspectos procesales del despido colectivo tras las reformas legales de 2012-2013: una síntesis de jurisprudencia”, en AAVV FERRANDO GARCÍA F. M., LUJÁN ALCARAZ, J., (Coords), *Derecho Sustantivo y Proceso Laboral, repercusión procesal de las reformas sustantivas laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, Estudios, Cizur Menor, 2020, págs.143-182.
- “Formalización de la extinción individual del contrato derivada de un despido colectivo pactado”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 216, 2019, págs. 65-94.

CHAMORRO GÓMEZ, J.M.; “Valoración de la garantía de los planes de pensiones en España”, *Ekonomiaz, Revista vasca de economía*, núm. 65, 2007, págs. 342-361.

COBO REYES, R., DÍAZ SAAVEDRA, J., “La percepción de los trabajadores de la normativa del sistema público de pensiones. El caso español”. *Revista Internacional de Sociología (RIS)* Vol. 68, núm. 3, 2010, págs. 775-795. Disponible en: <https://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/352/359>

CRUZ GARCIA, P., FERNÁNDEZ DE GUEVARA, J., MAUDOS J., “Concentración y competencias bancarias en España: El impacto de la crisis y la reestructuración”. Banco de España. *Revista de Estabilidad financiera*, núm. 34, 2018, pág. 59-80.

DE GUINDOS JURADO, L., “El inicio de un nuevo ciclo económico”, *Economistas*, núm. Extra-138/139, 2014, págs. 23-27.

DE LAVILLA GIL, L.E., ¿Qué es eso del estado del bienestar y cómo se mide, histórica y económicamente?, *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 3, 2015, págs. 15-81.

DE VAL TENA AL., “La exteriorización de los compromisos por pensiones en la negociación colectiva”. Fundación MAPFRE Estudios, Madrid, 2006. Disponible en: <https://app.mapfre.com/ccm/content/documentos/fundacion/cs-seguro/libros/la-exteriorizacion-de-los-compromisos-por-pensiones-en-la-negociacion-colectiva-107.pdf>

DÍAZ FRAILE, J.M., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017 (123/2017)”. BOE Biblioteca Jurídica. Comentarios sentencias, págs. 87-121.

Disponible

en:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2017-5 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Adaptación de la jurisprudencia al Tribunal Supremo a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la limitación temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de las cláusulas suelo no transparentes/abusivas

DOMÉNECH, R., “¿Es viable nuestro sistema de pensiones? Propuestas de mejora”, *BBVA Research*, junio 2016.

DOMÍNGUEZ MONTOYA, A.E., “Del control judicial en los despidos por necesidades empresariales tras la reforma laboral de 2012”, *Ius Labor*, núm. 3, 2015, págs. 1-25.

ESTEBAN LEGARRETA, R., GALA DURAN, C., “El retroceso en la protección social de los trabajadores de edad en materia de desempleo y jubilación”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, 2016, Vol.3, págs. 25-39.

ESTEVE SEGARRA, AMPARO., “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, págs. 156-166.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B., “Relaciones jurídicas entre la prejubilación y la jubilación anticipada: a propósito de la libre voluntad del trabajador para extinguir su contrato de trabajo.”, en AA.VV., *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 261-276.

FERNANDEZ ORRICO, J.J., “La importancia de salvar la esencia de la jubilación parcial”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm.109, 2014, pág. 149-174.

FERNÁNDEZ MUÑOZ, J.J., ALCOVER DE LA HERA, C.M., CREGO DÍAZ, A., “Percepciones sobre la voluntariedad en el proceso de salida organizacional en una muestra de prejubilados españoles”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, Vol. 26, núm. 2, 2010, pág. 135-146.

FERNÁNDEZ PRIETO, M., “La jubilación parcial anticipada”, en AA.VV., *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, cit, págs. 277-294.

FERRANDO GARCÍA F.M., “La jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición” en AAVV., GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE., M.C. (Coords.), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Monografías 905, Valencia, 2014, pág. 235-276.

- “El reforzamiento del poder de dirección tras la reforma laboral de 2012”, *Revista de derecho social*, núm. 61, 2013, págs. 71-94.

FERRANDO GARCÍA, F.M., MEGÍAS BAS, A., “Aspectos controvertidos en torno a la acumulación interanual de la jornada en caso de jubilación parcial anticipada”, AA.VV., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*: [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019], Vol. 1, 2019, págs. 253-261.

GALA DURÁN, C., “Un nuevo modelo de pensión de jubilación: el impacto del índice de revalorización anual y del factor de sostenibilidad”, *Ius Labor*, NÚM. 1, 2014, págs. 1-10.

- “Comentario de la STS de 30 de enero de 2006 (Recurso núm. 5320/2004): Acuerdos de prejubilación, "involuntariedad en el cese y determinación de los coeficientes reductores aplicables en el caso de la jubilación anticipada". *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm.3, 2006. Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/3885005/3889669/Seguridadsocial.pdf/876ed2d9-d36c-40b9-9fcb-563363b24d66>
- “Una aproximación al despido colectivo como medida de reestructuración empresarial tras las últimas reformas laborales”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 0, 2014, págs.19-56.

GALIANA MORENO, J.M., “Hitos, condicionantes y tendencias en la evolución de las prestaciones de vejez en España”, en AAVV., LÓPEZ ANIORTE M.C., y GARCÍA ROMERO, B. (Coords), *La Reforma de la Pensión de Jubilación*, Tirant Lo Blanch, Monografías 905, Valencia, 2014, págs. 15-47.

GARCÍA CASTILLO, M.T., CONTRERAS DE MIGUEL, C., BUENDIA JIMENEZ, J.A., “Más implicaciones procesales de las reformas laborales”, en AAVV., FERRANDO GARCÍA F. M., LUJÁN ALCARAZ, J., (Coords) *Derecho Sustantivo y Proceso Laboral, repercusión procesal de las reformas sustantivas laborales*, cit. págs. 373-392.

GARCÍA MUÑOZ, M., “La naturaleza novatoria extintiva del pacto de prejubilación”, *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 67, 2002, págs. 241-254.

- “El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la Autoridad Laboral. Extinción por despido colectivo”. El nuevo criterio unificado”. *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 90, 2007, págs. 263-283.

GARCÍA MURCIA, J., “La política contemporánea de jubilación: algunos dilemas y algún contrasentido”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. págs. 387-406.

GARCÍA NINET, J.I., BALLESTER PASTOR, I., “La cuantía de la pensión de jubilación en el régimen general”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. págs. 1657-1702.

GARCÍA PÉREZ, J.I., JANSEN M., “Un balance de los efectos de la reforma laboral de 2012”. *Cuadernos de Información Económica*, núm. 246, 2015, págs. 1-12.

GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., “Autonomía individual en masa y antisindicalidad”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1989, págs. 258-259.

GARCÍA ROMERO, B., “Novedades en la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación ordinaria”, en AAVV., GARCÍA ROMERO, B., y LÓPEZ ANIORTE M., (coords.), *La reforma de la pensión de jubilación*, cit., págs. 93-136.

GARCÍA VIÑA, J., “El derecho a la pensión de jubilación en el Régimen General”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., págs. 1.717-1735.

- GINÈS i FABRELLAS, A., “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14, 2010, págs. 89-104.
- GODINO REYES M., “Del empleo a la jubilación en tiempos de crisis: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas”. *Revista de información laboral*, núm. 7, 2014, págs. 21-52.
- GONZÁLEZ DÍEZ, V., MORAL BENITO, E., “El proceso de cambio estructural de la economía española desde una perspectiva histórica”, *Documentos Ocasionales*, núm. 7, Banco de España, 2019, págs. 1-34.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Novedades principales de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 5, 2012 parte estudios, Ed. Aranzadi S.A, Pamplona, págs. 41-54.
- “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2012, págs. 181-196.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La funcionalidad de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial”, en CASTIÑERA GONZÁLEZ, J (coord.), *Reestructuraciones de Empresas, XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, págs. 17-87.
- “Las edades de jubilación”, en AAVV, LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., págs. 1.195-1218.
 - “La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2013, pág. 3.
- HERCE, J.A., “La reforma de las pensiones en España”, *Cuadernos de Información Económica*, núm. 235, 2013, págs. 33-40.
- HERNANDEZ GONZALEZ, D., “Los tiempos cambian, la Seguridad Social también: El factor de sostenibilidad”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 3, 2015, págs. 204-213.
- IZQUIERDO M., LACUESTA A., y PUENTE S., “La reforma laboral de 2012: un primer análisis de algunos de sus efectos sobre el mercado de trabajo”, Banco de España, *Boletín Económico*, núm. 9, 2013, págs. 55-64. Disponible en: [Boletín Económico. Septiembre 2013. La reforma laboral de 2012: un primer análisis de algunos de sus efectos sobre el mercado de trabajo \(bde.es\)](#)
- LINDE, L.M., “El banco de España en la crisis”, publicado en El País en 10/02/2017. Banco de España, Departamento de Comunicación. Disponible en: [El Banco de España en la crisis \(bde.es\)](#)
- LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Dinámica de la pensión de jubilación y nuevo régimen de compatibilidad con el desarrollo de una actividad”, en AAVV., LÓPEZ ANIORTE M.C., y GARCÍA ROMERO, B. (Coords), *La Reforma de la Pensión de Jubilación*, cit. pág. 140-185.

LOPEZ BALAGUER, M., “La Jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales: Lex Social*, Vol. 5, núm. 2, 2015, págs. 108-132.

- “La extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y por las causas válidamente consignadas en el mismo”, en AAVV., SALA FRANCO T. (Dir.) “*La extinción del contrato de trabajo*”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, págs. 15-36.

LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998

- “La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios de la Villa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013, págs. 319-352.
- “La jubilación, entre el Derecho y la obligación”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit, págs. 39-106.
- “Prestaciones complementarias de prejubilación: un debate sobre su naturaleza retributiva o de protección social. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2000, caso Defreyn/Saberna, S.A”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 32, 2001, págs. 183-200.
- “Jubilaciones anticipadas en extinción”, *Documentación laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 99, 2013, págs.81-104.
- “Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 1, 2014, págs. 199-219.
- “Extinción contractual por prejubilación; prejubilados y censo electoral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 8, 2005.
- “La participación privada en el sistema de protección social español”, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011. Disponible en: [25 PF10 \(seg-social.es\)](#)

LÓPEZ GANDIA, J., *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2013.

- “Las mejoras voluntarias de Seguridad Social de los empleados públicos”. CEMICAL consorci d’estudis, mediació i conciliació a l’administració local, Barcelona, 2009. Disponible en: [Microsoft Word - LopezGandia_MejorasVoluntarias.doc \(diba.cat\)](#)
- “Del factor de sostenibilidad al mecanismo de equidad intergeneracional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2021, págs. 47-61.

LUJÁN ALCARAZ, J., “La competencia del trabajador con su empresa: obligaciones generales y pactos especiales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2009, págs. 11-27.

- MADRID YAGÜE, P., “Los principios de contributividad y solidaridad”, en AAVV., LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit, págs. 368-385.
- MALDONADO MOLINA, J.A., “Vida laboral cotizada: Cómputo y Efectos tras las últimas reformas”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 1, 2014, págs. 109-133.
- MANZANARES MARTÍNEZ, D.A., LUJÁN ALCARAZ, J., “Cambios y reformas laborales en un contexto de crisis”. *Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 32, 2013, págs.7-15.
- MARÍN CORREA, J. M., “La prejubilación: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2003, págs. 603-615.
- MAROTO R., MULAS-GRANADOS C., FERNÁNDEZ J., “Crisis financiera y rescates bancarios: ideas sobre el caso español”. *Fundación Ideas*. Madrid, 2012. Disponible en: [dd-crisis financiera y rescates bancarios en europa-ec.pdf \(publico.es\)](http://dd-crisis_financiera_y_rescates_bancarios_en_europa-ec.pdf(publico.es)).
- MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Jubilación parcial y acumulación de jornada”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2015, págs. 39-51.
- MARTÍNEZ BOTELLO, P., “Acerca del endurecimiento en el acceso a la jubilación parcial anticipada, de aquellos barros, estos lodos”, *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2015, págs. 43-50.
- “Jubilación parcial anticipada, correspondencia entre las bases de cotización de relevista y relevado”, *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2016, artículos doctrinales, págs. 53-63.
- MARTÍNEZ GIRON, J., ARUFE VARELA, A., “La prejubilación: Aspectos jurídicos, laborales y de Seguridad Social”, en AA.VV., ALMARCHA BARBADO, A. (Coord.), *Envejecimiento laboral y prejubilación, dilemas y problemas socioeconómicos*, Universidad da Coruña, 2010, págs. 173-181. Disponible en <http://hdl.handle.net/2183/13078>
- MARTÍNEZ NOVAL, L., “Cuestiones en relación a la jubilación en el Sistema Español de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra-1, 2006, págs. 59-70.
- MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M., “Efectos de la prejubilación como consecuencia de ERE”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.4, 2008, págs. 59-88.
- MAUDOS, VILLARROYA, J., “El impacto de la crisis en el sector bancario español”, *Cuadernos de información económica*, núm. 226, 2012, págs. 155-164.
- MENAU GAYA, R., ENCINAS GOENECHEA, F.B., “Valoración de la reforma del sistema de pensiones español de 2011 desde la óptica de la viabilidad financiero-actuarial. Un análisis a través de la MCV”. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Fondo de Investigación de la Protección Social (FIPROS). Convocatoria 2011*.
- MENEU, R., DEVESA J.E., DEVESA M., DOMÍNGUEZ I., ENCINAS B., GARCÍA MA., “La jubilación en España: edad óptima y equidad actuarial”, *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, núm. 25, 2019, págs. 1-32.

MIÑARRO YANINI, M., “La jubilación a edad reducida”, en AAVV LOPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. págs. 1219-1239.

MOLINA NAVARRETE, C., “Crisis, empresas en reestructuración y derecho social al empleo: entre la razón mercantil y la razón laboral”. en CASTIÑERA GONZÁLEZ, J (coord.), *Reestructuraciones de Empresas, XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, cit., págs. 253-320.

- “Envejecimiento activo versus prohibición de despido por edad: ¿Quién debe pagar los costes sociales? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 23 de febrero de 2015, rec. Núm. 32/2014”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 389-390, 2015.

MONEREO PEREZ, J.L., y FERNANDEZ BERNAT, J.A., “Estabilizadores automáticos en el sistema de seguridad social: factor de sostenibilidad e índice de revalorización”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 1, 2014, págs. 81-107.

- “El factor de sostenibilidad en España: ¿un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013, págs. 209-238.

MONEREO PEREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021 (Ley 11/2020, de 30 de diciembre)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 26, 2021, págs. 13-31.

MONTORO ROMERO, C., “Aspectos más relevantes de la economía española”, *Economistas*, núm. Extra-138/139, 2014, págs. 17-21.

MONTOYA MELGAR, A., “Derecho del trabajo”, Tecnos, Madrid, 2020.

MONTOYA MELGAR, A., SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y., “Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra-1, 2002, págs. 19-46.

MORAGA M., RAMOS R., “Una estimación del rendimiento financiero del sistema de pensiones”, *Boletín económico*, núm. 3, 2020 (estudios analíticos), Madrid, Banco de España, págs. 39-51.

- “Tendencias recientes en la edad de acceso a la jubilación”, *Boletín Económico*, núm. 4, 2020 (artículos analíticos), Madrid, Banco de España. Disponible en: [Banco de España - Publicaciones - Análisis económico e investigación - Boletín Económico \(bde.es\)](https://www.bde.es/bde/publicaciones-analisis-economico-e-investigacion-boletin-economico).

MUÑOZ MOLINA, J., “Acercamiento a las últimas novedades en materia de jubilación”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal Vol. 6*, núm. 5, Cizur Menor, 2013, págs. 131-152.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad”, en AA.VV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. págs.1425-1461.

ORTÍZ GARCIA, P., “Flexibilidad laboral en el mercado de trabajo español”, *Áreas, Revista Internacional de Ciencias Sociales*, núm. 32, 2013, págs. 93-102.

ORTÍZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M., “La Juridificación del Concepto Europeo de Pensiones Adecuadas, Seguras y Sostenibles” Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2016.

- “La jubilación parcial, flexible y activa como fórmulas para el envejecimiento activo”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 10, 2019, págs. 1-23.

PALOMINO SAURINA, P., “Aspectos relevantes de la jubilación parcial”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172, 2015, parte Estudios, págs. 111-130.

PANA ALVES, MILLARUELO A., DEL RIO A., “El aumento de los saldos TARGET en la UEM desde 2015”. Banco de España, *Boletín Económico*, núm. 4, 2018.

PANIZO ROBLES, J.A., “Las nuevas reglas de acceso a la jubilación: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”, *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 361, 2013, págs. 79-128.

- “La regulación de los derechos transitorios en el nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social”. *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2016, págs. 19-29.

PÉREZ ALONSO, M.A., “El factor de sostenibilidad en España”, *Revista Jurídica de Derechos Sociales*, núm. 2, 2016, págs. 145-174.

PÉREZ-SALAMERO GONZÁLEZ, “*La muestra continua de vidas laborales (MCVL) como fuente generadora de datos para el estudio del sistema de pensiones*”, Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, 2015.

POQUET CATALÁ, R: «El contrato de relevo y la jubilación anticipada: puntos críticos», *Revista Actualidad Laboral*, núm. 7, 2013.

- “Pactos individuales en masa: análisis doctrinal”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2012, parte estudio, págs. 139-159.
- “Selección de trabajadores afectados por despido colectivo y discriminación por razón de edad. Comentario a la STSJ Andalucía, de 23 de febrero de 2015, Proc. Núm. 32/2014”, *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 131, 2015, págs. 243-257.

QUINTERO LIMA, M.G., “Derecho Transitorio y de Seguridad Social”, La Ley, Madrid, 2006.

- “El contenido de la comunicación individual de la extinción del contrato en el marco de procedimientos de despido colectivo: una cuestión aún litigiosa. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 219/2016, de 15 de marzo de 2016”, *Revista de información laboral*, núm. 5, 2016, págs. 95-129.

RABANAL CARBAJO, P., “Notas sobre el status jurídico-laboral del trabajador prejubilado”, en AA.VV., BORRAJO DACRUZ, E., (Coord.) “*Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*”, cit, págs. 321-356.

RAMOS QUINTANA, M.I., “Factor de sostenibilidad e índice de revalorización del sistema de pensiones en España: dimensión constitucional y alcance jurídico”, *Documentación Laboral*, núm. 103, 2015-Vol. I, EDTSS, págs. 39-51.

- RAMOS R., “El nuevo factor de revalorización y de sostenibilidad del sistema de pensiones español”, *Boletín económico*, núm. 7-8, 2014, Banco de España, Madrid, págs. 77-8.
- RANSÉS PÉREZ-BOGA, J., “Aspectos fiscales de la prejubilación: dilemas y problemas socioeconómicos”, en AA.VV., ALMARCHA BARBADO, A. (Coord.), *Envejecimiento laboral y prejubilación, dilemas y problemas socioeconómicos*, Universidad da Coruña, 2010, págs. 117-152. Disponible en <http://hdl.handle.net/2183/13078>
- REBOLLEDO VARELA, A.L., “Belicosidad derivada de la elección del régimen económico matrimonial (I y II)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 15, 2003, parte Doctrina, págs. 157-234.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La pensión de jubilación tras la reforma de 2013”, *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, vol. 17, núm. 2, 2014, págs. 157-221.
- “Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible”, Lex Nova, Thomson Reuters, Valladolid, 2010.
 - “*Jubilación parcial tras la reforma de 2013*”, Lex Nova, Thomson Reuters, Valladolid, 2013.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Jubilación flexible”, en AAVV, *Enciclopedia laboral Básica “Alfredo Montoya Melgar”*, Civitas, Madrid, 2009.
- “La jubilación anticipada”, en AAVV., LÓPEZ ANIORTE, M.C., GARCÍA ROMERO, B. (Coords.), *La reforma de la pensión de jubilación*, cit., págs. 187-233.
- ROMÁN VACA, E., “El hecho causante en las prestaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social y en las mejoras voluntarias de la acción protectora: dos regímenes diferentes”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal Vol. 2*, núm. 3, 2009, págs. 31-39.
- ROQUETA BUJ, R., “Los complementos de prejubilación y los subsidios por desempleo: aspectos problemáticos”, en AAVV., BORRAJO DACRUZ, E., (Coord.) “*Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*”, cit, págs. 357-370.
- ROS BENAVIDES, M.J., *Derecho de la Protección Social*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2014.
- ROSADO CEBRIAN B., ALONSO FERNÁNDEZ, J.J., “Reformas de las pensiones públicas y privadas en España: Persiguiendo la solvencia y la suficiencia”, *Estudios de Economía Aplicada*, núm. 33-3, 215, págs. 859-880.
- SÁDABA GARAY, J., “La jubilación como hecho ético”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit, págs. 109-131.
- SAGARDOY BENGOCHEA, JA., GIL y GIL, J.L., “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, en AA.VV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit, págs. 1100-1135.

- SALA FRANCO, T., “Las Cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2018, págs. 21-39.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La nueva regulación del convenio especial y la Cláusula Telefónica”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal Vol. 5*, núm. 9, 2013, págs. 77-105.
- SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y., “Jubilación parcial: mitos y realidades. ¿Revitalización de una institución “fracasada”? ¿Soluciones coyunturalmente satisfactorias o soluciones estructuralmente adecuadas, sostenibles y seguras”, *Repositorio Universidad Complutense de Madrid?* Disponible en: [https://eprints.ucm.es/id/eprint/20708/1/Jubilaci%C3%B3n_Parcial-Mitos_y_realidades_\(1\).pdf](https://eprints.ucm.es/id/eprint/20708/1/Jubilaci%C3%B3n_Parcial-Mitos_y_realidades_(1).pdf)
- “Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001, págs. 215-250.
- SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., “Criterios jurisprudenciales en torno a la jubilación parcial”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 22, 2010, págs. 173-212.
- SELMA PENALVA, A., “Posibilidades de compatibilizar pensión de jubilación con el trabajo”, *Aranzadi Social*, vol. 6, núm. 2, 2013, págs. 65-87.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “La jubilación contributiva”, en AAVV, LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit, págs. 847-879.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., SAN MARTIN MAZZUCCONI, C., “Selección de los trabajadores afectados por un ERE (Criterios prácticos), *Análisis GA&P*, 2014, disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/seleccion-de-trabajadores-afectados-por-un-ere-criterios-practicos.pdf>
- SENÍN VILARIÑO, A., “Sobre la vigencia en el hecho causante de los convenios colectivos con planes de jubilación parcial. STSJ País Vasco de 9 de diciembre de 2015”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016, págs. 275-283.
- SOLA I., RUIZ D., “Marco competitivo del sector bancario español en la unión bancaria”, *Cuadernos de información económica*, núm. 246, 2015, págs. 67-76.
- TEJÓN SÁEZ, H., “Fracturas psicosociales asociadas a la prejubilación”, *Aposta, Revista de ciencias sociales*, núm. 47, 2010.
- TORTUERO PLAZA, J.L. (Dir.), DEL ÁGUILA CAZORLA, O.; MARTÍN JIMÉNEZ, E., MORENO ROMERO, F.,” La reforma de la jubilación: políticas de pensiones y políticas de empleo”, *Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009. Disponible en: [PF09_34 \(seg-social.es\)](https://www.seg-social.es/PF09_34).
- TORTUERO PLAZA, J.L., y DEL AGUILA CAZORLA, O., “Artículo 166, Jubilación Parcial”, en AAVV., *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2003.
- TORTUERO PLAZA, J.L., “La reforma de la jubilación (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización y Modernización del Sistema de la Seguridad Social”, *Aranzadi*, Thomson Reuters, Madrid, 2012.

- “Materiales y reflexiones sobre el Pacto de Toledo”, en AAVV LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel. Madrid, 2007, págs. 327-348.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., “La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la Seguridad Social: envejecimiento activo, política de reinserción y derecho antidiscriminatorio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015, parte estudios, págs. 2013-219.

VALDÉS-DAL RÉ, F, en “La pensión de jubilación máxima. El tope a la pensión de jubilación”, en AAVV., LÓPEZ CUMBRE, L., (coord.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit. págs. 971-998.

VELASCO PORTERO, M.T., “Nulidad de despido colectivo que afecta a persona con reducción de jornada para el cuidado de menores, discapacitados o familiares: la información sobre los criterios de selección”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 144, 2018, págs. 197-211.

VICENTE PALACIO, A., “Crisis y Seguridad Social”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 3, 2015, págs. 131-156.

VIVERO SERRANO, J.B., “La compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a título lucrativo: todo por el envejecimiento activo”, *Documentación Laboral*, núm. 103, 2015, págs. 117-128.

ZUBIRI, I., “Cómo reformar las reformas de las pensiones”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 33, Núm. 2, 2015, págs. 259-287.

ZURITA USSIA, J., “La reforma del sector bancario español: de la correcta valoración de los activos a la recuperación del crédito”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. 69, núm. 212, 2014, págs. 263-289.

RELACIÓN DE SENTENCIAS

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea número C-398/18.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea número C-428/18 de 5 de octubre de 2019.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea número C-843/19, de 21 de enero de 2021.

Sentencias del Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad 223/1980.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 34/1981, de 10 de noviembre. Cuestión de inconstitucionalidad 48/1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1985, de 30 de abril. Cuestión de inconstitucionalidad 170/1983.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 65/1987 de 21 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad 222/1984.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 206/1997, de 27 de noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 1181/1987 y 1190/1987 acumulados.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1993, de 28 de junio. Recurso de amparo 262/1990.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2003, de 15 de junio. Recurso de amparo 3485/1998.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 88/2009, de 20 de abril. Cuestión de inconstitucionalidad 3005/2001.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008. De 21 de julio. Recurso de amparo 5182/2003.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 238/2005, de 26 de septiembre. Recurso de amparo 6006/2003.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 289/2006, de 9 de octubre. Recurso de amparo 4517/2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 342/2006, de 11 de diciembre. Recurso de amparo 812/2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2014, de 25 de septiembre. Cuestión de inconstitucionalidad 3361/2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015, de 13 de abril. Recurso de amparo 3875/2013.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2015, de 6 de julio. Recurso de amparo 107/2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio. Cuestión interna de inconstitucionalidad 688/2019.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2021, de 12 de julio. Recurso de amparo 5508/2018.

Sentencias del Tribunal Supremo

Sentencias Sala 1ª del Tribunal Supremo.

- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 25 de marzo de 1988, Roj: STS 16712/1988.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 22 de diciembre de 1999, recurso 2905/1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 20 de diciembre de 2003, recurso 666/1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 20 de diciembre de 2004, recurso 2943/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 25 de mayo de 2005, recurso 3698/1988.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 29 de junio de 2005, recurso 48/1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 26 de junio de 2006, recurso 2750/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 27 de febrero de 2007, recurso 1552/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 18 de marzo de 2008, recurso 8/2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 18 de junio de 2008, recurso 997/2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 9 de marzo de 2014, recurso 116/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 31 de marzo de 2015, recurso 159/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 19 de octubre de 2015, recurso 1984/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 5 de octubre de 2016, recurso 2613/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 14 de febrero de 2017, recurso 1045/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 14 de diciembre de 2017, recurso 1045/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 6 de junio de 2019, recurso 2867/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 4 de octubre de 2019, recurso 353/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 3 de julio de 2019, recurso 3860/2016.

Sentencias Sala 3ª del Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 23 de junio de 2003, recurso 2443/1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 15 de junio de 2005, recurso 7284/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 10 de mayo de 2006, recurso 29/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 17 de enero de 2007, recurso 4534/82005.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 12 de marzo de 2007, recurso 314/2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 11 de mayo de 2007, recurso 4880/2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 17 de octubre de 2007, recurso 8242/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 18 de octubre de 2007, recurso 3418/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 16 de julio de 2008, recurso 425/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 2 de marzo de 2009, recurso 6366/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 30 de junio de 2009, recurso 6100/2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 8 de febrero de 2010, recurso 6103/2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 5 de julio de 2010, recurso 3557/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 3 de mayo de 2011, recurso 310/2007.

- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 23 de enero de 2012, recurso 8/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 29 de febrero de 2012, recurso 518/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 11 de marzo de 2013, recurso 1822/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 19 de diciembre de 2017, recurso 3052/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 21 de diciembre de 2017, recurso 3051/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 21 de diciembre de 2017, recurso 3058/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 19 de marzo de 2018, recurso 3061/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 22 de marzo de 2018, recurso 3101/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 22 de marzo de 2018, recurso 3065/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 26 de abril de 2018, recurso 142/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 5 de junio de 2018, recurso 1483/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 18 de julio de 2018, recurso 453/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 26 de marzo de 2019, recurso 1785/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 16 de octubre de 2019, recurso 2064/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 5 de noviembre de 2019, recurso 2727/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 14 de julio de 2020, recurso 3912/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 21 de septiembre de 2020, recurso 4364/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 5 de noviembre de 2020, recurso 1047/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 14 de diciembre de 2020, recurso 5924/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 3 de marzo de 2021, recurso 6416/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 14 de abril de 2021, recurso 392/2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, de 6 de mayo de 2021, recurso 1063/2020.

Sentencias Sala 4ª del Tribunal Supremo.

- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 17 de marzo de 1997, recurso 2817/1996.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 18 de mayo de 1998, recurso 2108/1997.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 1 de febrero de 2000, recurso 200/1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 3 de febrero de 2000, recurso 2229/1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 28 de febrero de 2000, recurso 793/1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 25 de junio de 2001, recurso 3442/2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 14 de diciembre de 2001, recurso 1365/2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 30 de mayo de 2002, recurso 2805/2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 25 de noviembre de 2002, recurso 1463/2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 15 de marzo de 2003, recurso 2478/2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20 de marzo de 2003, recurso 572/2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 15 de julio de 2003, recurso 3217/2002.

- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 9 de febrero de 2004, recurso 18/2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 9 de marzo de 2004, rec. 2274/2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 1 de junio de 2004, recurso 128/2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20 de septiembre de 2005, recurso 877/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 21 de septiembre de 2005, recurso 3977/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 15 de noviembre de 2005, recurso 5037/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 30 de enero de 2006, recurso 5320/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 1 de febrero de 2006, recurso 3906/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, 6 de febrero de 2006, recurso 1111/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 13 de febrero de 2006, recurso 3488/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 10 de abril de 2006, recurso 4216/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 21 de abril de 2006, recurso 4226/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 2 de julio de 2007. Recurso 368/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 24 de julio de 2006, recurso 2414/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 24 de octubre de 2006, recurso 4453/2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 25 de octubre de 2006, recurso 2318/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 17 de enero de 2007, recurso 4534/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 31 de enero de 2007, recurso 5481/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 14 de mayo de 2007, recurso 85/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 23 de mayo de 2007, recurso 4900/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 28 de mayo de 2007, recurso 377/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 28 de junio de 2007, recurso 1381/2006,
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 2 de julio de 2007, recurso 368/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 12 de julio de 2007, recurso 376/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 17 de julio de 2007, recurso 4287/2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 15 de octubre de 2007, recurso 4591/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 26 de noviembre de 2007, recurso 2020/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 26 de diciembre de 2007, recurso 4605/2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 6 de febrero de 2009, recurso 665/2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 18 de marzo de 2009, recurso 1709/2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 9 de junio de 2009, recurso 3527/2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 14 de abril de 2010, recurso 790/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20 de abril de 2010, recurso 2629/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 4 de mayo de 2010, recurso 3695/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 5 de julio de 2010, recurso 3557/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 4 de octubre de 2010, recurso 406/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 6 de octubre de 2010, recurso 3423/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 4 de noviembre de 2010, recurso 1108/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 9 de diciembre de 2010, recurso 321/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 17 de enero de 2011, recurso 4468/2009.

- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 18 de enero de 2011, rec. 98/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 9 de febrero de 2011, recurso 336/2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 8 de noviembre de 2011, recurso 409/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 22 de noviembre de 2011, recurso 4277/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 5 de diciembre de 2011, recurso 1667/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 21 de diciembre de 2011, recurso 3709/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 14 de marzo de 2012, recurso 4671/2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20 de junio de 2012, recurso 2931/2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 26 de marzo de 2013, recurso 922/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 5 de marzo de 2013, recurso 1443/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 25 de marzo de 2013, recurso 1775/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 7 de abril de 214, recurso 2381/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 25 de noviembre de 2013, recurso 52/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 24 de enero de 2014, recurso 640/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 3 de febrero de 2014, recurso 861/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 9 de marzo de 2014, recurso 116/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 14 de marzo de 2014, recurso 1317/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 19 de marzo de 2014, recurso 1302/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 26 de marzo de 2014, recurso 15/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 22 de abril de 2014, recurso 1197/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 25 de mayo de 2014, recurso 276/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 2 de junio de 2014, recurso 2534/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 17 de julio de 2014, recurso 32/2014
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 14 de octubre de 2014, recurso 3146/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 28 de octubre de 2014, recurso 1600/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 11 de noviembre de 2014, recurso 2838/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 19 de noviembre de 2014, recurso 3323/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 17 de diciembre de 2014, recurso 2475/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 19 de enero de 2015, recurso 627/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 19 de enero de 2015, recurso 677/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 10 de febrero de 2015, recurso 3188/2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 17 de marzo de 2015, recurso 1145/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 31 de marzo de 2015, recurso 159/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 22 de junio de 2015, recurso 1341/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 26 de octubre de 2015, recurso 172/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 3 de noviembre de 2015, recurso 2070/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 24 de noviembre de 2015, recurso 1681/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 11 de diciembre de 2015, recurso 65/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 15 de marzo de 2016, recurso 2507/2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 12 de mayo de 2016, recurso 3082/2014.

- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 15 de septiembre de 2016, recurso 174/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 11 de octubre de 2016, recurso 68/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 26 de octubre de 2016, recurso 1032/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 26 de octubre de 2016, recurso 1035/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 23 de noviembre de 2016, recurso 815/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 12 de diciembre de 2016, recurso 1514/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 19 de diciembre de 2016, recurso 965/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 1 de marzo de 2017, recurso 2860/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 29 de marzo de 2017, recurso 2142/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 30 de mayo de 2017, recurso 2268/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20 de abril de 2017, recurso 812/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 4 de mayo de 2017, recurso 1068/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 21 de junio de 2017, recurso 2402/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 21 de septiembre de 2017, recurso 205/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 3 de octubre de 2017, recurso 202/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 17 de octubre de 2017, recurso 2217/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 24 de octubre de 2017, recurso 3221/2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 8 de noviembre de 2017, recurso 40/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 29 de noviembre de 2017, recurso 268/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 24 de enero de 2018, recurso 389/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 25 de enero de 2018, recurso 260/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 31 de enero de 2018, recurso 619/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 6 de febrero de 2018, recurso 1080/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20 de febrero de 2018, recurso 1845/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20 de marzo de 2018, recurso 76/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 23 de abril de 2018, recurso 84/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 9 de mayo de 2018, recurso 110/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 13 de junio de 2018, recurso 2200/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 26 de junio de 2018, recurso 3482/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 2 de julio de 2018, recurso 2250/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 5 de julio de 2018, recurso 1312/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 15 de julio de 2021, recurso 68/2021.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20 de julio de 2018, recurso 2708/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 10 de octubre de 2018, recurso 3863/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 7 de noviembre de 2018, recurso 2040/2016.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 11 de febrero de 2019, recurso 228/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 27 de febrero de 2019, recurso 1772/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 3 de abril de 2019, recurso 1540/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 10 de abril de 2019, recurso 1921/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 20 de junio de 2019, recurso 53/2018.

- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 1 de octubre de 2019, recurso 1600/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 23 de octubre de 2019, recurso 2070/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 12 de noviembre de 2019, recurso 1453/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 13 de noviembre de 2019, recurso 2875/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 27 de noviembre de 2019, recurso 430/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 4 de febrero de 2020, recurso 3630/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 6 de febrero de 2020, recurso 3801/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 10 de marzo de 2020, recurso 2090/2017.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 1 de julio de 2020, recurso 2267/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 28 de octubre de 2020, recurso 3264/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 18 de noviembre de 2020, recurso 143/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 1 de diciembre de 2020, recurso 2390/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 10 de febrero de 2021, recurso 3370/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 10 de marzo de 2021, recurso 307/2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 14 de octubre de 2021, recurso 4088/2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 9 de marzo de 2022, recurso 1654/2020.

Autos del Tribunal Supremo.

- Auto Tribunal Supremo Sala 3ª, de 24 de octubre de 2018, recurso 4364/2018.
- Auto Tribunal Supremo Sala 3ª, de 8 de enero de 2019, recurso 3912/2018.

Audiencia Nacional

- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo social, de 14 de febrero de 2011, recurso 230/2010.
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo social, de 20 de noviembre de 2015, recurso 252/2015.

Sentencias Tribunales Superiores de Justicia

Sentencias Salas de lo social

Andalucía

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 1997, recurso 1127/1996.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo social, de 23 de enero de 2007, recurso 4066/2005.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo social, de 5 de diciembre de 2013, recurso 1238/2013.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo social, de 27 de octubre de 2016, recurso 2314/2015.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo social, de 13 de diciembre de 2018, recurso 3636/2017.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo social, de 4 de abril de 2019, recurso 59/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo social, de 4 de abril de 2019, recurso 66/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo social, de 4 de abril de 2019, recurso 95/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo social, de 5 de septiembre de 2019, recurso 863/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo social, de 23 de octubre de 2019, recurso 1496/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo social, de 28 de noviembre de 2019, recurso 1649/2018.

Aragón.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, de 24 de marzo de 2003, recurso 1043/2002.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo social, de 24 de marzo de 2003, recurso 1043/2002.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo social, de 27 de marzo de 2017, recurso 125/2017.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo social, de 10 de abril de 2017, recurso 170/2017.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, de 19 de diciembre de 2019, recurso 632/2019.

Asturias.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo social, de 9 de mayo de 2008, recurso 2176/2007.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo social, de 13 de septiembre de 2016, recurso 1639/2016.

Castilla la Mancha

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, de 12 de diciembre de 2016, recurso 751/2015.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo social, de 4 de marzo de 2016, recurso 701/2015.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2018, recurso 814/2017.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo Social, de 6 de julio de 2017, recurso 882/2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo social, de 6 de marzo de 2019, recurso 1913/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo social, de 10 de octubre de 2019, recurso 1201/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, Sala de lo social, de 23 de octubre de 2019, recurso 588/2019.

Castilla y León

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social, de 29 de julio de 2004, recurso 1323/2004.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social, de 21 de marzo de 2005. Recurso 50/2005.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo social, de 19 de diciembre de 2005, recurso 2046/2005.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2007, recurso 1165/2006.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Social, de 3 de diciembre de 2018, recurso 785/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo social, de 23 de octubre de 2019, recurso 591/2019.

Cataluña

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo social, de 14 de febrero de 2012, recurso 6579/2011.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo social, de 12 de enero de 2015, recurso 5184/2014.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 2019, recurso 2613/2019.

Comunidad Valenciana

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 2 de mayo de 2013, recurso 561/2013.

Extremadura

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, de 13 de marzo de 2019, recurso 96/2019.

Galicia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo social, de 9 de marzo de 2001, recurso 656/2001.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo social, de 30 de octubre de 2015, recurso 4106/2014.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 29 de enero de 2016, recurso 249/2015.

Madrid

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de enero de 2005, recurso 5831/2004.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de enero de 2005, recurso 584/2004.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo social, de 3 de febrero de 2012, recurso 5186/2011.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo social, de 22 de marzo de 2013, recurso 6938/2012.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo social, de 13 de octubre de 2014, recurso 462/2014.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo social, de 29 de octubre de 2014, recurso 1945/2013.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo social, de 5 de diciembre de 2014, recurso 334/2014.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo social, de 8 de mayo de 2015, recurso 893/2014.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo social, de 20 de junio de 2016, recurso 351/2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2019, recurso 175/2019.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2019, recurso 353/2019.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo social, de 19 de septiembre de 2019, recurso 173/2019.

Murcia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo social, de 12 de abril de 2017, recurso 490/2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo social, de 22 de marzo de 2017, recurso 994/2016.

Navarra

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, de 25 de marzo de 2019, recurso 90/2019.

País Vasco

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo social, de 27 de octubre de 2015, recurso 1755/2015.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 11 de octubre de 2016, recurso 1821/2016.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 7 de marzo de 2017, recurso 326/2017

Sentencias Salas de lo contencioso

Andalucía

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo contencioso, de 29 de junio de 2018, recurso 248/2016.

Cataluña

- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo contencioso, de 22 de marzo de 2018, recurso 289/2015.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo contencioso, de 18 de mayo de 2018, recurso 512/2015.

La Rioja

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo contencioso, de 4 de abril de 2018, recurso 63/2017.

Madrid

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo contencioso, de 12 de junio de 2003, recurso 1401/1999.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo contencioso, de 18 de abril de 2018, recurso 646/2016.

Murcia

- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo contencioso, de 27 de marzo de 2015, recurso 72/2011.

Navarra

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo contencioso, de 6 de febrero de 2019, recurso 149/2018.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo contencioso, de 16 de febrero de 2019, recurso 29/2019.

Sentencias Audiencias Provinciales

- Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3, de 21 de abril de 2003, recurso 101/2003.
- Sentencia Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, de 7 de octubre de 2020, recurso 472/2019.

Sentencias Juzgados de lo Social

- Sentencia Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca, de 12 de febrero de 2018, recurso 81/2017.

Consultas vinculantes Dirección General de Tributos

- Consulta vinculante DGT V-1312-05, de 1 de julio de 2005.
- Consulta vinculante DGT VO735-06, de 17 de abril de 2006.
- Consulta vinculante DGT V-0223-13, de 28 de enero de 2013.
- Consulta vinculante DGT V-1969-13, de 11 de junio de 2013.
- Consulta vinculante DGT V-0613-14, de 6 de marzo de 2014.
- Consulta vinculante DGT V-2273-14, de 4 de septiembre de 2014.
- Consulta vinculante DGT V-1108-16, de 21 de marzo de 2016.
- Consulta vinculante DGT V-1131-16, de 21 de marzo de 2016.
- Consulta vinculante DGT V-0219-17, de 30 de enero de 2017.
- Consulta vinculante DGT V-0221-17, de 30 de enero de 2017.
- Consulta vinculante DGT V-0378-17, de 14 de febrero de 2017.
- Consulta vinculante DGT V-0622-17, de 9 de marzo de 2017.
- Consulta vinculante DGT V0702-17, de 16 de marzo de 2017.
- Consulta vinculante DGT V-0914-17, de 11 de abril de 2017.
- Consulta vinculante DGT V-0918-17, de 11 de abril de 2017.
- Consulta vinculante DGT V-0936-17, de 12 de abril de 2017.
- Consulta vinculante DGT V-0937-17, de 12 de abril de 2017.
- Consulta vinculante DGT V-1468-17, de 8 de junio de 2017.
- Consulta vinculante DGT V-1532-17, de 15 de junio de 2017.
- Consulta vinculante DGT V1741-17, de 6 de julio de 2017.

- Consulta vinculante DGT V-1386-18, de 28 de mayo de 2018.
- Consulta vinculante DGT V-2314-18, de 8 de agosto de 2018.
- Consulta vinculante DGT V1779-18, de 19 de junio de 2019.
- Consulta vinculante DGT V-2972-19, de 24 de octubre de 2019.
- Consulta vinculante DGT V0122-21, de 28 de enero de 2021.
- Consulta vinculante DGT V-0235-21, de 10 de febrero de 2021.
- Consulta vinculante DGT V-0236-21, de 10 de febrero de 2021.
- Consulta vinculante DGT V-0997-21, de 20 de abril de 2021.
- Consulta vinculante DGT V-1048-21, de 21 de abril de 2021.
- Consulta Vinculante DGT V-1183-21, de 29 de abril de 2021.
- Consulta Vinculante DGT V-1978-21, de 23 de junio de 2021.

ANEXOS

Anexo I

REDIMENSIONAMIENTO DE LA RED BANCARIA		
Año	Número de oficinas	Número de empleados
2008	45.662	270.855
2009	44.085	263.093
2010	42.894	275.578
2011	39.843	242.726
2012	37.903	231.389
2013	33.527	212.991
2014	31.817	203.305
2015	30.921	197.825
2016	28.643	189.280
2017	27.320	187.472
2018	26.011	181.999
2019	23.851	176.838
Variación	-21.811	-94.017

Fuente: Banco de España:
https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEstadistico/20/Fich/be_junio2020_es.pdf.

Anexo II

AÑO	PERIODOS COTIZADOS	EDAD EXIGIDA
2013	35 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 35 años y 3 meses	65 años y 1 meses
2014	35 años y 6 meses o más	65 años
	Menos de 35 años y 6 meses	65 años y 2 meses
2015	35 años y 9 meses o más	65 años
	Menos de 35 años y 9 meses	65 años y 3 meses
2016	36 ó más años	65 años
	Menos de 36 años	65 años y 4 meses
2017	36 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 36 años y 3 meses	65 años y 5 meses
2018	36 años y 6 meses o más	65 años
	Menos de 36 años y 6 meses	65 años y 6 meses
2019	36 años y 9 meses o más	65 años
	Menos de 36 años y 9 meses	65 años y 8 meses
2020	37 o más años	65 años
	Menos de 37 años	65 años y 10 meses
2021	37 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 37 años y 3 meses	66 años
2022	37 años y 6 meses o más	65 años
	Menos de 37 años y 6 meses	66 años y 2 meses
2023	37 años y 9 meses o más	65 años
	Menos de 37 años y 9 meses	66 años y 4 meses
2024	38 o más años	65 años
	Menos de 38 años	66 años y 6 meses
2025	38 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 38 años y 3 meses	66 años y 8 meses
2026	38 años y 3 meses o más	65 años
	Menos de 38 años y 3 meses	66 años y 10 meses
A partir del año 2027	38 años y 6 meses o más	65 años
	Menos de 38 años y 6 meses	67 años

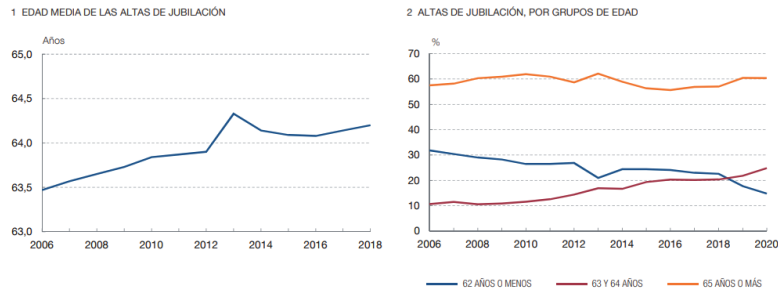
Disp. Trans. 7ª LGSS

Anexo III

Gráfico 1

EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA EDAD DE JUBILACIÓN

La edad efectiva de jubilación ha aumentado casi nueve meses en el período 2006-2018. En la actualidad, casi el 40 % de las altas de jubilación se producen a una edad inferior a la edad ordinaria de 65 años.

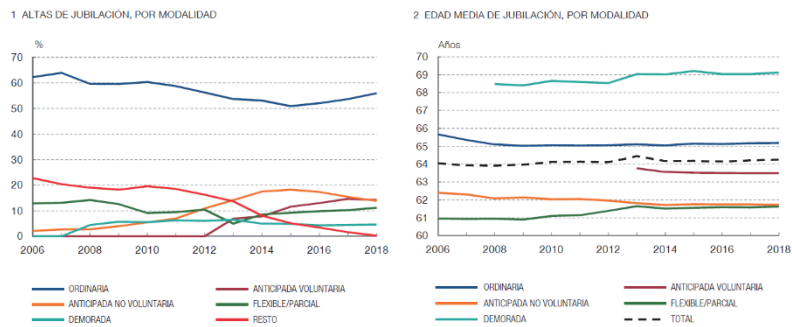


FUENTE: Seguridad Social.



ALTAS DE JUBILACIÓN, POR MODALIDAD Y EDAD MEDIA DE JUBILACIÓN

Las jubilaciones ordinarias experimentaron un descenso entre 2010 y 2015, y repuntaron a partir de ese año. En contraposición, las jubilaciones anticipadas no voluntarias aumentaron durante la crisis y las altas de jubilación anticipada voluntaria lo hicieron a partir de su introducción en 2013. Existen importantes diferencias en la edad media de acceso a la jubilación dentro de cada modalidad.



CARACTERÍSTICAS DE LAS ALTAS DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN EN 2018, POR MODALIDAD

Los trabajadores que acceden a alguna modalidad de jubilación anticipada y quienes se jubilan solo parcialmente ostentan, en media, la edad de jubilación más temprana. Sin embargo, también acreditan periodos de cotización y bases reguladoras más altas.

	Proporción sobre el total (%)	Mujeres (%)	Edad de jubilación (años)	Período de cotización (años)	Base reguladora (euros)	Porcentaje sobre la base reguladora (%)	Pensión inicial (euros/mes)
Total de las altas de jubilación		42,6	64,2 (2,4)	36,7 (9,1)	1.507 (828)	85,9 (15,8)	1.325 (722)
Ordinarias	55,9	49,2	65,2 (1,7)	34,1 (10,5)	1.267 (781)	88,0 (17,7)	1.194 (734)
Anticipadas no voluntarias	13,9	35,1	61,7 (1,1)	39,1 (5,0)	1.717 (851)	77,0 (7,7)	1.369 (707)
Anticipadas voluntarias	14,2	30,4	63,5 (0,6)	42,0 (3,7)	1.824 (735)	88,7 (4,0)	1.597 (640)
Parciales/flexibles	11,1	35,6	61,6 (1,0)	40,4 (4,4)	2.133 (595)	76,5 (9,8)	1.635 (519)
Demoradas	4,6	40,8	69,1 (3,2)	36,2 (9,1)	1.334 (795)	102,1 (18,2)	1.236 (798)

FUENTE: Banco de España, a partir de la Muestra Continua de Vidas Laborales de 2018.
NOTA: Los estadísticos muestran la media y la desviación estándar entre paréntesis.

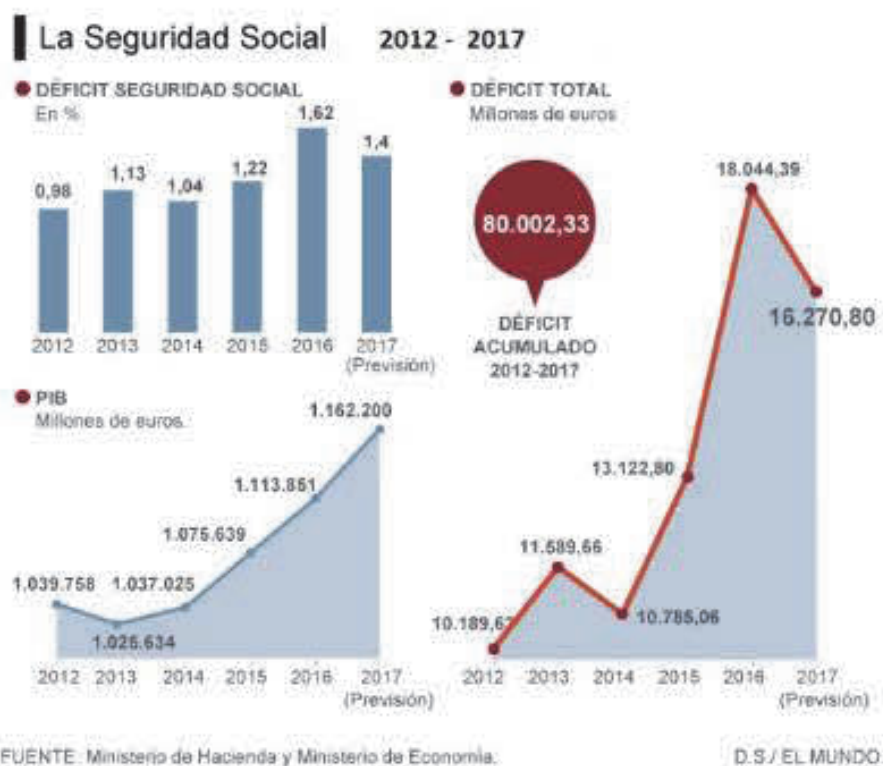
Disponible en: [Banco de España - Publicaciones - Análisis económico e investigación - Boletín Económico \(bde.es\)](http://Banco de España - Publicaciones - Análisis económico e investigación - Boletín Económico (bde.es))

Anexo IV

PORCENTAJE – JUBILACIÓN – AÑOS COTIZADOS								
PERIODO DE APLICACIÓN	PRIMEROS 15 AÑOS		AÑOS ADICIONALES				TOTAL	
	Años	%	MESES ADICIONALES	COEFICIENTE	%	AÑOS	AÑOS	%
2013 a 2019	15	50	1 al 163 83 restantes	0,21 0,19	34,23 15,77			
	15	50	Total 246 meses		50,00	20,5	35,5	100
2020 a 2022	15	50	1 al 106 146 restantes	0,21 0,19	22,26 27,74			
	15	50	Total 252 meses		50,00	21	36	100
2023 a 2026	15	50	1 al 49 209 restantes	0,21 0,19	10,29 39,71			
	15	50	Total 258 meses		50,00	21,5	36,5	100
A partir de 2027	15	50	1 al 248 16 restantes	0,19 0,18	47,12 2,88			
	15	50	Total 264 meses		50,00	22	37	100

Disp. Trans. 9ª LGSS

Anexo V



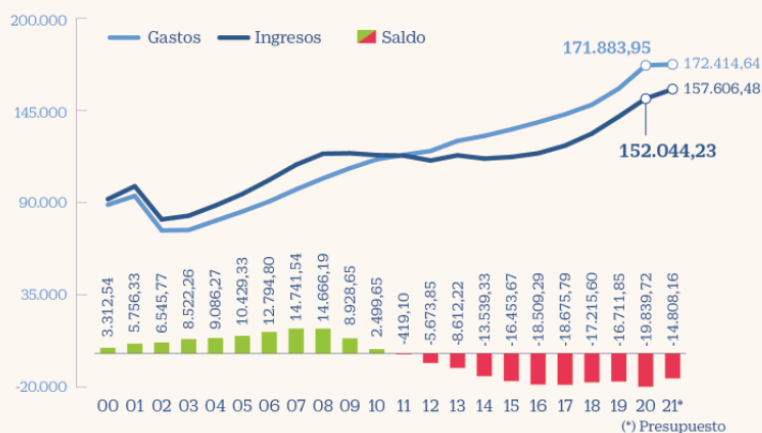
Disponible
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/08/10/midinero/1533913615_445493.html

en

Anexo VI

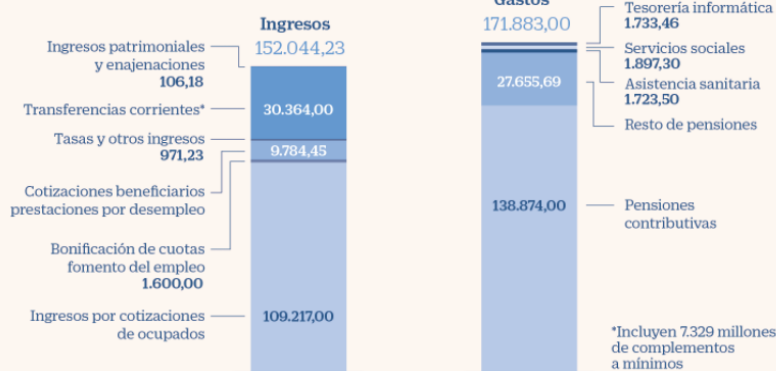
Las cuentas de la Seguridad Social en el año de la pandemia

Sistema de Seguridad Social Millones de euros



Composición de ingresos y gastos en 2020

Millones de euros



Fuente: Informe Económico Financiero de la Seguridad Social

CINCO DÍAS

Disponible en: [La Seguridad Social cerró 2020 con un déficit récord de 20.000 millones de euros](https://elpais.com/economia/2021-01-28/la-seguridad-social-cerró-2020-con-un-deficit-record-de-20.000-millones-de-euros.html)
| Economía | Cinco Días (elpais.com)

Anexo VII

PRESUPUESTOS SEGURIDAD SOCIAL 2021

- Gastos 172,414,114,59 mil.€

Prestaciones	164,310,317 mil €
Prestaciones contributivas	157,306,452 mil, €
Pensiones	143,046,115 mil. €
Incapacidad permanente	9,986,143 mil. €
Maternidad, paternidad, riesgo durante embarazo y lactancia, cuidado hijos	
enfermedad grave	3,293,510 mil.€
Pensiones no contributivas	7,003,864,54 mil. €
Pensiones	2,572,422 mil.€
Ingreso mínimo vital	4,390,364 mil. €

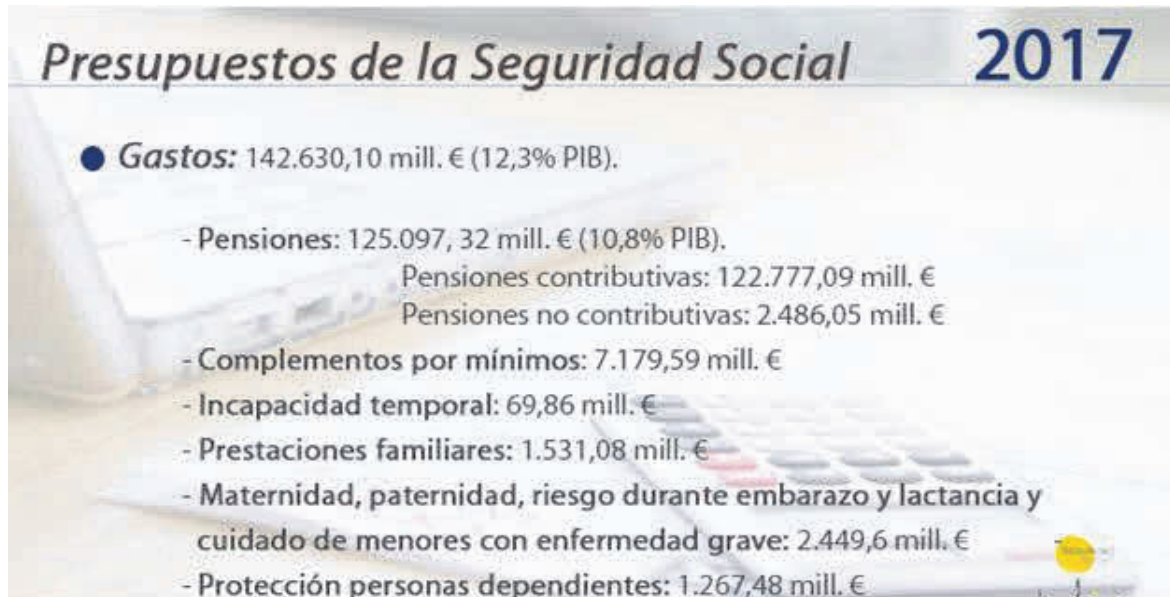
PRESUPUESTOS SEGURIDAD SOCIAL 2021

- Ingresos 172,414,114,59 mil.€

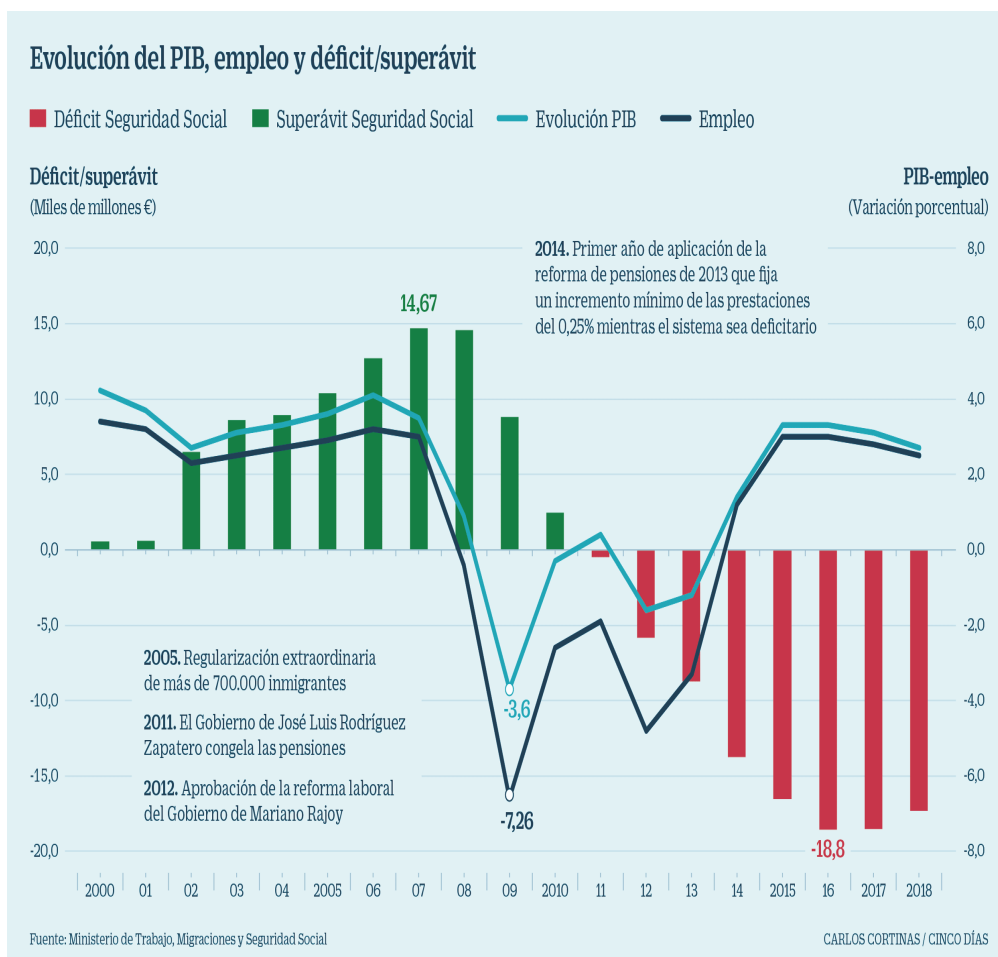
• Cotizaciones sociales	125,144,250 mil. €
• Transferencias corrientes (aportaciones del estado para protección no contributiva)	34,890,620 mil, €
• Activos y pasivos financieros	14,866,511 mil. €

Fuente: Seguridad Social

Anexo VIII



Anexo IX



Disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/08/10/midinero/1533913615_445493.html

Anexo X

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

Tasas de dependencia Proyectadas				
Proye	Años	Mayores de 64 años (%)	Menores de 16 años (%)	Total (menores de 16 y mayores de 64 años) (%)
ncim				
	2012	26,1	24,1	50,1
	2013	26,7	24,3	51,0
	2014	27,6	24,5	52,1
	2015	28,3	24,7	53,0
	2016	28,8	24,7	53,5
2017	2021	31,6	23,9	55,5
2018	2026	35,8	21,9	57,7
2023	2031	41,4	20,8	62,2
2028	2041	56,7	22,2	78,9
2033	2051	68,2	24,7	92,9
	2061	66,5	23,4	89,9
2017: Indi	2066	64,9	22,8	87,7

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

Anexo XI

CUADRO 2.1

POBLACIÓN POR SEXO Y GRUPOS DE EDAD, 1970-2040

(Miles de personas y porcentaje de 60 y más años sobre el total)

Año	Sexo	De 60 a 64 años	De 65 a 69 años	De 70 a 79 años	De 80 y más años	Población total	% ≥ 60
Censo 1970	Varones	692,3	561,8	614,6	179,7	16.641,7	12
	Mujeres	819,4	706,9	894,1	333,5	17.398,9	16
Censo 1981	Varones	722,6	632,1	846,8	245,1	18.491,7	13
	Mujeres	874,0	813,5	1.219,2	480,1	19.191,6	18
Censo 1991	Varones	1.002,1	844,3	972,3	391,6	19.036,5	17
	Mujeres	1.105,3	989,7	1.416,0	756,2	19.835,8	22
2000	Varones	887,1	944,4	1.369,9	513,6	19.283,6	19
	Mujeres	981,3	1.098,0	1.827,0	1.011,3	20.160,0	24
2010	Varones	1.083,9	914,7	1.401,6	757,4	19.366,6	21
	Mujeres	1.179,6	1.045,7	1.869,2	1.427,3	20.355,3	27
2020	Varones	1.270,2	1.049,9	1.562,8	808,3	19.054,1	25
	Mujeres	1.382,2	1.198,3	2.042,4	1.589,1	20.137,6	31
2030	Varones	1.460,2	1.294,8	1.822,0	908,4	18.412,3	30
	Mujeres	1.562,9	1.475,8	2.391,4	1.786,1	19.647,1	37
2040	Varones	1.415,0	1.405,7	2.157,8	1.066,2	17.498,9	35
	Mujeres	1.495,5	1.573,6	2.814,2	2.114,0	18.908,6	42

Fuentes: INE, Proyecciones de la Población Española calculados a partir del Censo de 1991; Censo de Población 1970, 1981

Anexo XII

Series cronológicas de pensiones. Número de pensiones por año natural						
Año	Incapacidad permanente	Jubilación	Viudedad	Orfandad	Favor familiar	Todas las pensiones
2011	942.883	5.289.994	2.319.204	275.993	38.203	8.866.277
2012	943.021	5.391.504	2.331.726	294.827	37.967	8.999.045
2014	929.568	5.611.105	2.355.965	335.637	38.667	9.270.942
2015	936.666	5.686.678	2.358.932	339.166	39.357	9.360.799
2016	944.600	5.784.748	2.364.388	339.471	40.275	9.473.482
2017	951.871	5.884.135	2.365.468	339.052	41.244	9.581.770
2018	955.269	5.994.755	2.365.497	338.470	42.281	9.696.272
2019	962.035	6.089.294	2.366.788	340.106	43.156	9.801.379
2020	948.917	6.125.792	2.352.738	338.540	43.032	9.809.019
2021	953.591	6.218.551	2.358.328	342.218	44.278	9.916.966

Elaboración Propia.

Fuente: Seguridad Social. [Seguridad Social: Estadísticas \(seg-social.es\)](https://seg-social.es)

Anexo XIII

PENSIONES EN VIGOR A 1 DE ENERO DE 2008												
TOTAL SISTEMA												
	TOTAL PENSIONES		INCAPACIDAD PERMANENTE		JUBILACIÓN		VIUEDEDAD		ORFANDAD		FAVOR DE FAMILIARES	
	Número	P.media	Número	P.media	Número	P.media	Número	P.media	Número	P.media	Número	P.media
TOTAL	8,338,439	713,48	902,472	796,74	4.900.698	806,42	2.240.375	526,24	256.962	323,62	37.932	424,46
PENSIONES EN VIGOR A 1 DE ENERO DE 2021												
TOTAL SISTEMA												
	TOTAL PENSIONES		INCAPACIDAD PERMANENTE		JUBILACIÓN		VIUEDEDAD		ORFANDAD		FAVOR DE FAMILIARES	
	Número	P.media	Número	P.media	Número	P.media	Número	P.media	Número	P.media	Número	P.media
TOTAL	9.811.124	1.028,19	949.193	993,73	6.130.604	1.182,07	2.349.865	736,65	338.414	415,97	43.048	600,74

Fuente Seguridad Social. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/2575/d5ebe7ce-2ded-4acb-8051-9f5a6735e0a7/1f73f471-4dd8-4a9a-80fe-7b9e3b880226/ce88700e-f026-424d-94b9-563ce95e379f>

Anexo XIV

  										
Datos anuales/acumulados		Años 2000 a 2011	Año 2012	Año 2013	Año 2014	Año 2015	Año 2016	Año 2017	Año 2018	Año 2019
1. DOTACIONES	Anual	52.782	226	197	279	103	11	2	1	0
	Acumulado	52.782	53.008	53.205	53.484	53.587	53.598	53.600	53.601	53.601
I.a. Acuerdo del Consejo de Ministros*	Anual	52.113								
	Acumulado	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113
I.b. Excedente de Mutuas**	Anual	669	226	197	279	103	11	2	1	0
	Acumulado	669	895	1.092	1.371	1.474	1.485	1.487	1.488	1.488
2. DISPOSICIONES***	Anual		-7.003	-11.648	-15.300	-13.250	-20.136	-7.100	-3.000	-2.900
	Acumulado		-7.003	-18.651	-33.951	-47.201	-67.337	-74.437	-77.437	-80.337
3. RENDIMIENTOS NETOS GENERADOS****	Anual	14.033	2.970	2.187	2.911	3.994	2.664	173	-53	10
	Acumulado	14.033	17.003	19.190	22.101	26.095	28.759	28.932	28.879	28.889
Total	Anual	66.815	-3.807	-9.264	-12.110	-9.153	-17.461	-6.925	-3.052	-2.890
	Acumulado	66.815	63.008	53.744	41.634	32.481	15.020	8.095	5.043	2.153
Importes en millones de euros.										
* Con cargo a los excedentes presupuestarios de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.										
** Derivado de la gestión por parte de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social de la prestación de Incapacidad temporal por contingencias comunes.										
*** Por Acuerdo de Consejo de Ministros de 27/09/2012, disposición adicional primera del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, disposición adicional décima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, disposición adicional centésima décima segunda de la Ley 3/2017, de 27 de junio y Acuerdo de Consejo de Ministros de 15/11/2019.										
**** Intereses de la c/c, rendimientos de los activos, resultado operaciones enajenación, otros ingresos y ajustes por amortización/enajenación de activos.										
Fondo de Reserva de la Seguridad Social				9			Informe a las Cortes Generales 2019			
Fondo de Reserva de la Seguridad Social				9			Informe a las Cortes Generales 2019			

Fondo de Reserva: Informe a las Cortes Generales. Situación a 31 de diciembre de 2019. Véase en http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/18e5e21e-a008-4bd2-99d6-9a67323ea718/FONDO+DE+RESERVA+2019_RESUMEN.pdf?MOD=AJPERES&CVID=

Anexo XV

Evolución de altas iniciales de Jubilación por edades. Periodo 2017 - 2021

Total nacional

Datos anuales acumulados

Edades	Año 2017		Año 2018		Año 2019		Año 2020		Año 2021 (acumulado a junio)	
	Número	Pensión media	Número	Pensión media	Número	Pensión media	Número	Pensión media	Número	Pensión media
Hasta 54 años	366	2.427,03	343	2.431,49	297	2.460,24	216	2.491,01	72	2.521,42
55 años	644	2.323,62	537	2.336,37	380	2.332,52	389	2.398,34	123	2.500,41
56 años	739	1.987,79	662	1.977,49	589	1.964,87	535	2.133,20	267	2.032,10
57 años	524	1.888,33	579	1.899,53	473	1.994,63	396	2.022,42	206	1.991,84
58 años	644	1.793,08	463	1.847,74	444	1.768,59	339	1.848,70	193	1.856,57
59 años	745	2.009,81	894	2.120,75	1.888	2.332,57	1.305	2.362,33	736	2.381,47
60 años	895	2.019,79	967	2.070,36	2.736	2.308,24	1.718	2.327,87	1.005	2.349,01
61 años	56.518	1.416,79	58.222	1.423,10	36.689	1.422,12	24.901	1.506,37	9.928	1.566,03
62 años	10.274	1.519,90	11.525	1.527,56	10.278	1.623,15	10.573	1.630,49	8.783	1.573,24
63 años	41.751	1.630,09	44.666	1.629,78	44.670	1.668,08	48.249	1.710,11	27.388	1.680,10
64 años	20.702	1.733,06	22.235	1.742,57	21.567	1.765,75	22.970	1.794,43	12.904	1.753,33
65 años	152.720	1.164,80	161.030	1.142,49	155.939	1.184,95	147.360	1.263,52	66.211	1.357,18
66 años	7.867	910,81	9.204	935,58	10.517	936,77	13.234	970,65	25.171	900,38
67 años	4.687	941,60	5.250	982,72	5.481	1.007,56	5.467	1.068,28	3.417	985,03
68 años	2.835	898,06	3.000	932,93	3.136	994,46	3.062	1.074,58	1.864	1.001,33
69 años	1.873	928,45	2.107	956,23	2.090	974,37	1.899	1.048,74	1.152	1.005,68
70 años	1.838	1.319,90	1.958	1.293,88	1.999	1.319,02	1.777	1.408,38	1.095	1.315,60
Más de 70 años	4.287	838,73	4.517	873,65	4.221	886,31	3.490	951,68	2.106	898,22
Total Altas	309.709	1.318,47	328.159	1.311,23	303.394	1.345,98	285.870	1.406,74	162.621	1.390,75
<65 años	133.602	1.561,13	141.093	1.568,14	120.011	1.638,82	109.581	1.698,83	61.605	1.686,85
≥65 años	176.107	1.134,38	187.066	1.117,46	183.383	1.154,34	176.289	1.225,17	101.016	1.210,17
Edad media	64,2 años		64,2 años		64,4 años		64,6 años		64,7 años	

Disponible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/692082ae-7d1b-41c6-8843-d6fe16e79421/Altas+jubilaci%C3%B3n202106.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_81D21J401P5L40QTIT61G41000-692082ae-7d1b-41c6-8843-d6fe16e79421-nHQvNuC

Anexo XVI

Periodo de cotización acreditado	Ley 27/2011 de 1 agosto		RD 5/2013 de 15 de marzo		RDL 8/2015 de 30 de octubre	
	Involuntaria	Voluntaria	Involuntaria	Voluntaria	Involuntaria	Voluntaria
Menos de 38 años y 6 meses	1'875%	1'875%	1'875%	2%	1'875%	2%
Más de 38 años y 6 meses	1'625%	1'625%				
Más de 38 años y 6 meses y menos de 41 años y 6 meses			1'750%	1'875%	1'750%	1'875%
Más de 41 años y 6 meses y menos de 44 años y 6 meses			1'625%	1'750%	1'625%	1'750%
Más de 44 años y 6 meses			1'50%	1'625%	1'50%	1'625%

Elaboración propia.

Anexo XVII

Jubilación anticipada voluntaria. Comparativa coeficientes reductores Ley 21/2021 y legislación anterior			
Periodo de cotización acreditado más de 38 años y 6 meses y menos de 41 años y 6 meses			
Meses de adelanto	Ley 21/2021	Ley anterior	Diferencia
24	19	15	4
23	16,5	15	1,5
18	8,40	11,25	2,85
15	6,46	9,37	2,91
12	5,25	7,50	2,25
9	4,42	5,62	1,2
6	3,82	3,75	0,07
3	3,36	1,875	1,485
1	3,11	1,875	1,235

Jubilación anticipada por causa involuntaria. Comparativa coeficientes reductores Ley 21/2021 y legislación anterior			
Periodo de cotización acreditado más de 38 años y 6 meses y menos de 41 años y 6 meses			
Meses de adelanto	Ley 21/2021	Ley anterior	Diferencia
48	28	28	0
36	21	21	0
24	14	14	0
18	7	10,50	3,50
12	5,25	7	1,75
9	4,42	5,25	0,83
6	3,50	3,50	0
3	1,75	1,75	0
1	0,58	1,75	1,17

Elaboración propia

Esta comparativa permite inferir la intención del legislador de retrasar unos meses la edad real de acceso a la jubilación anticipada, incidiendo fundamentalmente sobre la modalidad de acceso por libre voluntad de la persona trabajadora, modalidad en la que se puede observar una clara penalización en el adelanto de la jubilación al inicio de la facultad de anticipar la jubilación (24 meses), penalizando con menores coeficientes reductores la anticipación entre los 18 y los 9 meses.

Por su parte, para el caso de la jubilación anticipada por causa ajena a la libre voluntad de la persona trabajadora, lo que se produce es, en la mayoría de los casos, un efecto neutro o incluso una mejora en los coeficientes de aplicación, favoreciendo igualmente el acceso a la jubilación anticipada en el periodo valle de los 18 a los 9 meses de anticipación.

Para los casos de jubilación anticipada por libre voluntad de la persona interesada, la Disp. Trans. 34ª LGSS introducida por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, sobre la aplicación gradual de coeficientes reductores de la edad de jubilación según lo previsto en el art. 210.3 LGSS, cuando la pensión supere el límite establecido para el importe de las pensiones, introduce importantes novedades para las personas trabajadoras del sector de la banca, pues, como ya ha sido objeto de comentario, la peculiaridad que

presentan de largas carreras de cotización y base, determina que la base reguladora de la pensión de jubilación se encuentre, en la mayoría de los casos, por encima de la cuantía de pensión máxima.

La primera de las salvaguardas se encuentra en la aplicación de lo preceptuado en la propia Ley 21/2021, de 28 de diciembre, pues solamente en la medida en que la evolución de la pensión máxima del sistema absorba completamente el efecto del aumento de los coeficientes reductores respecto de los vigentes en 2021 para quienes cuenten con una base reguladora superior a la máxima, de forma tal que, la pensión resultante no sea en ningún caso inferior a la que habría correspondido con la aplicación de las normas vigentes en 2021, se asegura que no resulten perjudicadas por las nuevas condiciones de cálculo de la pensión.

La segunda previsión es la gradualidad de aplicación de lo dispuesto en el art. 210.3 LGSS para el caso de que la base reguladora de la pensión resulte superior al límite de la cuantía inicial de las pensiones, que comenzará a aplicarse a partir de 1 de enero de 2024 y, de forma gradual, en un plazo de diez años, en función del periodo de cotización acreditado y los meses de anticipación.

Por último, serán de aplicación las reglas de acceso previas a la entrada en vigor de la Disp. Trans. 34ª LGSS, siempre que la extinción de la relación laboral se haya producido antes de 1 de enero de 2022 y, con posterioridad a esa fecha, no haya vuelto a quedar incluida, por un periodo superior a 12 meses, en alguno de los regímenes de la Seguridad Social y, que la extinción se produzca después de esa fecha como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o en virtud de convenios colectivos, acuerdos colectivos de empresa o decisiones adoptadas en procesos concursales, aprobados con anterioridad a 1 de enero de 2022. No obstante, la entidad gestora aplicará la legislación que resulte más favorable a la persona interesada.

Además, se introduce un importante beneficio para quienes perciban el subsidio por desempleo durante al menos tres meses con anterioridad a la jubilación anticipada, ya que, aunque accedan por causa voluntaria, se aplicarán los coeficientes reductores correspondientes a la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona interesada.

Período cotizado inferior a treinta y ocho años y seis meses

Meses Anticipo	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	2031	2032	2033
24	5,70	7,40	9,10	10,80	12,50	14,20	15,90	17,60	19,30	21,00
23	5,36	6,72	8,08	9,44	10,80	12,16	13,52	14,88	16,24	17,60
22	5,07	6,13	7,20	8,27	9,34	10,40	11,47	12,54	13,60	14,67
21	4,41	5,31	6,22	7,13	8,04	8,94	9,85	10,76	11,66	12,57
20	4,25	5,00	5,75	6,50	7,25	8,00	8,75	9,50	10,25	11,00
19	4,13	4,76	5,38	6,01	6,64	7,27	7,90	8,52	9,15	9,78
18	3,58	4,16	4,74	5,32	5,90	6,48	7,06	7,64	8,22	8,80
17	3,50	4,00	4,50	5,00	5,50	6,00	6,50	7,00	7,50	8,00
16	3,43	3,87	4,30	4,73	5,17	5,60	6,03	6,46	6,90	7,33
15	2,93	3,35	3,78	4,21	4,64	5,06	5,49	5,92	6,34	6,77
14	2,88	3,26	3,64	4,02	4,40	4,77	5,15	5,53	5,91	6,29
13	2,84	3,17	3,51	3,85	4,19	4,52	4,86	5,20	5,53	5,87
12	2,35	2,70	3,05	3,40	3,75	4,10	4,45	4,80	5,15	5,50
11	2,32	2,64	2,95	3,27	3,59	3,91	4,23	4,54	4,86	5,18
10	2,29	2,58	2,87	3,16	3,45	3,73	4,02	4,31	4,60	4,89
9	1,81	2,13	2,44	2,75	3,07	3,38	3,69	4,00	4,32	4,63
8	1,79	2,08	2,37	2,66	2,95	3,24	3,53	3,82	4,11	4,40
7	1,77	2,04	2,31	2,58	2,85	3,11	3,38	3,65	3,92	4,19
6	1,30	1,60	1,90	2,20	2,50	2,80	3,10	3,40	3,70	4,00
5	1,28	1,57	1,85	2,13	2,42	2,70	2,98	3,26	3,55	3,83
4	1,27	1,53	1,80	2,07	2,34	2,60	2,87	3,14	3,40	3,67
3	0,80	1,10	1,41	1,71	2,01	2,31	2,61	2,92	3,22	3,52
2	0,79	1,08	1,36	1,65	1,94	2,23	2,52	2,80	3,09	3,38
1	0,78	1,05	1,33	1,60	1,88	2,16	2,43	2,71	2,98	3,26

Período cotizado igual o superior a treinta y ocho años y seis meses e inferior a cuarenta y un años y seis meses

Meses Anticipo	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	2031	2032	2033
24	5,50	7,00	8,50	10,00	11,50	13,00	14,50	16,00	17,50	19,00
23	5,25	6,50	7,75	9,00	10,25	11,50	12,75	14,00	15,25	16,50
22	5,00	6,00	7,00	8,00	9,00	10,00	11,00	12,00	13,00	14,00
21	4,35	5,20	6,05	6,90	7,75	8,60	9,45	10,30	11,15	12,00
20	4,20	4,90	5,60	6,30	7,00	7,70	8,40	9,10	9,80	10,50
19	4,08	4,67	5,25	5,83	6,42	7,00	7,58	8,16	8,75	9,33
18	3,54	4,08	4,62	5,16	5,70	6,24	6,78	7,32	7,86	8,40
17	3,46	3,93	4,39	4,86	5,32	5,78	6,25	6,71	7,18	7,64
16	3,40	3,80	4,20	4,60	5,00	5,40	5,80	6,20	6,60	7,00
15	2,90	3,29	3,69	4,08	4,48	4,88	5,27	5,67	6,06	6,46
14	2,85	3,20	3,55	3,90	4,25	4,60	4,95	5,30	5,65	6,00
13	2,81	3,12	3,43	3,74	4,05	4,36	4,67	4,98	5,29	5,60
12	2,33	2,65	2,98	3,30	3,63	3,95	4,28	4,60	4,93	5,25
11	2,29	2,59	2,88	3,18	3,47	3,76	4,06	4,35	4,65	4,94
10	2,27	2,53	2,80	3,07	3,34	3,60	3,87	4,14	4,40	4,67
9	1,79	2,08	2,38	2,67	2,96	3,25	3,54	3,84	4,13	4,42
8	1,77	2,04	2,31	2,58	2,85	3,12	3,39	3,66	3,93	4,20
7	1,75	2,00	2,25	2,50	2,75	3,00	3,25	3,50	3,75	4,00
6	1,28	1,56	1,85	2,13	2,41	2,69	2,97	3,26	3,54	3,82
5	1,27	1,53	1,80	2,06	2,33	2,59	2,86	3,12	3,39	3,65
4	1,25	1,50	1,75	2,00	2,25	2,50	2,75	3,00	3,25	3,50
3	0,79	1,07	1,36	1,64	1,93	2,22	2,50	2,79	3,07	3,36
2	0,77	1,05	1,32	1,59	1,87	2,14	2,41	2,68	2,96	3,23
1	0,76	1,02	1,28	1,54	1,81	2,07	2,33	2,59	2,85	3,11

Período cotizado igual o superior a cuarenta y un años y seis meses e inferior a cuarenta y cuatro años y seis meses

Meses Anticipo	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	2031	2032	2033
24	5,30	6,60	7,90	9,20	10,50	11,80	13,10	14,40	15,70	17,00
23	5,10	6,20	7,30	8,40	9,50	10,60	11,70	12,80	13,90	15,00
22	4,93	5,87	6,80	7,73	8,67	9,60	10,53	11,46	12,40	13,33
21	4,29	5,09	5,88	6,67	7,47	8,26	9,05	9,84	10,64	11,43
20	4,15	4,80	5,45	6,10	6,75	7,40	8,05	8,70	9,35	10,00
19	4,04	4,58	5,12	5,66	6,20	6,73	7,27	7,81	8,35	8,89
18	3,50	4,00	4,50	5,00	5,50	6,00	6,50	7,00	7,50	8,00
17	3,43	3,85	4,28	4,71	5,14	5,56	5,99	6,42	6,84	7,27
16	3,37	3,73	4,10	4,47	4,84	5,20	5,57	5,94	6,30	6,67
15	2,87	3,23	3,60	3,96	4,33	4,69	5,06	5,42	5,79	6,15
14	2,82	3,14	3,46	3,78	4,11	4,43	4,75	5,07	5,39	5,71
13	2,78	3,07	3,35	3,63	3,92	4,20	4,48	4,76	5,05	5,33
12	2,30	2,60	2,90	3,20	3,50	3,80	4,10	4,40	4,70	5,00
11	2,27	2,54	2,81	3,08	3,36	3,63	3,90	4,17	4,44	4,71
10	2,24	2,49	2,73	2,98	3,22	3,46	3,71	3,95	4,20	4,44
9	1,77	2,04	2,31	2,58	2,86	3,13	3,40	3,67	3,94	4,21
8	1,75	2,00	2,25	2,50	2,75	3,00	3,25	3,50	3,75	4,00
7	1,73	1,96	2,19	2,42	2,66	2,89	3,12	3,35	3,58	3,81
6	1,26	1,53	1,79	2,06	2,32	2,58	2,85	3,11	3,38	3,64
5	1,25	1,50	1,74	1,99	2,24	2,49	2,74	2,98	3,23	3,48
4	1,23	1,47	1,70	1,93	2,17	2,40	2,63	2,86	3,10	3,33
3	0,77	1,04	1,31	1,58	1,85	2,12	2,39	2,66	2,93	3,20
2	0,76	1,02	1,27	1,53	1,79	2,05	2,31	2,56	2,82	3,08
1	0,75	0,99	1,24	1,48	1,73	1,98	2,22	2,47	2,71	2,96

Período cotizado igual o superior a cuarenta y cuatro años y seis meses

Meses Anticipo	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	2031	2032	2033
24	4,90	5,80	6,70	7,60	8,50	9,40	10,30	11,20	12,10	13,00
23	4,80	5,60	6,40	7,20	8,00	8,80	9,60	10,40	11,20	12,00
22	4,70	5,40	6,10	6,80	7,50	8,20	8,90	9,60	10,30	11,00
21	4,15	4,80	5,45	6,10	6,75	7,40	8,05	8,70	9,35	10,00
20	4,07	4,64	5,21	5,78	6,35	6,92	7,49	8,06	8,63	9,20
19	3,99	4,48	4,97	5,46	5,95	6,44	6,93	7,42	7,91	8,40
18	3,46	3,92	4,38	4,84	5,30	5,76	6,22	6,68	7,14	7,60
17	3,39	3,78	4,17	4,56	4,96	5,35	5,74	6,13	6,52	6,91
16	3,33	3,67	4,00	4,33	4,67	5,00	5,33	5,66	6,00	6,33
15	2,84	3,17	3,51	3,84	4,18	4,51	4,85	5,18	5,52	5,85
14	2,79	3,09	3,38	3,67	3,97	4,26	4,55	4,84	5,14	5,43
13	2,76	3,01	3,27	3,53	3,79	4,04	4,30	4,56	4,81	5,07
12	2,28	2,55	2,83	3,10	3,38	3,65	3,93	4,20	4,48	4,75
11	2,25	2,49	2,74	2,99	3,24	3,48	3,73	3,98	4,22	4,47
10	2,22	2,44	2,67	2,89	3,11	3,33	3,55	3,78	4,00	4,22
9	1,75	2,00	2,25	2,50	2,75	3,00	3,25	3,50	3,75	4,00
8	1,73	1,96	2,19	2,42	2,65	2,88	3,11	3,34	3,57	3,80
7	1,71	1,92	2,14	2,35	2,56	2,77	2,98	3,20	3,41	3,62
6	1,25	1,49	1,74	1,98	2,23	2,47	2,72	2,96	3,21	3,45
5	1,23	1,46	1,69	1,92	2,15	2,38	2,61	2,84	3,07	3,30
4	1,22	1,43	1,65	1,87	2,09	2,30	2,52	2,74	2,95	3,17
3	0,75	1,01	1,26	1,52	1,77	2,02	2,28	2,53	2,79	3,04
2	0,74	0,98	1,23	1,47	1,71	1,95	2,19	2,44	2,68	2,92
1	0,73	0,96	1,19	1,42	1,66	1,89	2,12	2,35	2,58	2,81

Anexo XVIII

Carrera de cotización	Coeficiente reductor				
	Por trimestre o fracción de trimestre		2 años		4 años
	Voluntaria	Involuntaria	Voluntaria	Involuntaria	Involuntaria
Inferior a 38 años y 6 meses	2%	1,875%	16%	15%	30%
Igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses	1,875%	1,750%	15%	14%	28%
Igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses	1,750%	1,625%	14%	13%	26%
Igual o superior a 44 años y 6 meses	1,625%	1,500%	13%	12%	24%

Elaboración propia

Anexo XIX

Prejubilación Navantia 2019

La empresa de participación estatal Navantia, ha recurrido a la utilización de las ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social para empresas inmersas en procesos de reestructuración, establecidas en el RD 3/2014, de 10 de enero, de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de Seguridad Social, a personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración de empresas.

En aplicación de lo dispuesto en esta normativa, la prejubilación se instrumenta mediante un ERE, siendo la edad el criterio utilizado para la designación de las personas trabajadoras afectadas. El ERE se extiende desde el momento en que la persona trabajadora cumple los 61 años y hasta el momento en que accede a la jubilación ordinaria. El plan lo diferencian en tres fases:

- Hasta 2 años de prestación de desempleo, salvo para personas trabajadoras que no tengan derecho a la prestación
- Periodo de cobro de las Ayudas Previas a la Jubilación Ordinaria (no afecta a las personas trabajadoras que pasen directamente desde el desempleo a la jubilación)
- Jubilación ordinaria a los 65 años o a la edad que en cada momento corresponda para aquellas personas trabajadoras que no acrediten un periodo de cotización de 38,5 años o superior

Durante todo el periodo de prejubilación y hasta alcanzar la edad de jubilación ordinaria, Navantia complementará la cuantía mensual que perciba cada persona trabajadora, tanto durante la percepción de la prestación por desempleo como de las ayudas a la jubilación, de forma tal que, el salario regulador garantizado se corresponda con el 76 por ciento de la retribución bruta de la persona trabajadora en cómputo anual en el momento del cese¹⁰²⁸.

El RD 3/2014, se aplica a las personas trabajadoras despedidas de acuerdo con los artículos 51 y 52.c) del ET, que cumplan los siguientes requisitos:

- Tener cumplida una edad inferior en 4 años, como máximo, a la edad de jubilación que en cada caso resulte de aplicación
- Tener cubierto el periodo de cotización exigido para tener derecho a la pensión de jubilación
- Acreditar una antigüedad mínima en la empresa de al menos 2 años en el momento de solicitud de la ayuda
- Encontrarse inscritos en las oficinas de empleo

La cuantía de la ayuda durante el primer año se corresponderá con el 75 por 100 del resultado de dividir entre 7 la suma de las bases de cotización de los 6 meses anteriores a la fecha del despido, con el límite de la pensión máxima vigente en cada momento. El segundo y sucesivos años, la ayuda se incrementará acumulativamente en idénticas condiciones que la Ley de Presupuestos Generales del Estado disponga para las pensiones.

La cotización a la seguridad social se determinará tomando el promedio de las seis últimas bases de cotización por contingencias comunes anteriores a la fecha del despido.

Esta modalidad de prejubilación es ciertamente beneficiosa para la persona trabajadora. Para los primeros 180.000 euros que recibe de su empresa procedentes de la indemnización por despido colectivo,

¹⁰²⁸ Siguiendo a LÓPEZ CUMBRE, L, en “La prejubilación”, págs. 498 y ss., se trataría de un compromiso adquirido por la empresa como complemento de prejubilación, enmarcado en la autonomía privada de la voluntad y, por tanto, con un carácter totalmente voluntario para la empresa en cuanto al inicio del proceso y sometido a los propios términos del acuerdo en el desarrollo de este. Es decir, se trata de un complemento con libertad de constitución, pero de obligado cumplimiento desde su concesión.

goza de la exención de la fiscalidad que le confiere el artículo 7.e) LIRPF. Por su parte, las cantidades que perciba correspondientes a las ayudas previas a la jubilación ordinaria tienen la consideración de rendimientos del trabajo y es de aplicación el criterio del artículo 14 LIRPF, estando por tanto sometidas a tributación¹⁰²⁹. En definitiva, el trabajador aprovecha la exención fiscal de la indemnización económica que, como consecuencia de ERE percibe de la empresa, al objeto de que, junto con la prestación por desempleo y las ayudas previas a la jubilación ordinaria, realmente perciba una retribución consistente en el 76 por 100 de su sueldo bruto en activo

GRÁFICO DEL PROGRAMA DE PREJUBILACIÓN (Realizado como ejemplo para quien entre en el ERE con 61 años y se jubile a los 65 años)



¹⁰²⁹ Consulta vinculante DGT número V 1386-18 de 28 de mayo de 2018