

E. Jubilación

Novación de contratos de prejubilación para acceder a condiciones de jubilación más beneficiosas

Novation of pre-retirement agreements to access more beneficial retirement

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

Resumen

La falta de reconocimiento legal de la prejubilación ha venido trasladando al ámbito judicial las numerosas controversias e inquietudes que esta realidad sociolaboral recurrente plantea. Este estudio analiza la validez de la novación de los contratos de prejubilación como consecuencia de reformas legales operadas en materia de jubilación durante el período prejubilatorio. La repercusión en un mayor cuantía de la pensión provoca el rechazo de la Seguridad Social a estos pactos novados. Sin embargo, excluida la aplicación del fraude de ley, ninguna objeción plantea la modificación de los acuerdos iniciales, si bien en el supuesto resuelto por la STS 18 mar.14, Ar. 2254 que se comenta merezca además especial atención la indistinta aplicación normativa de dos preceptos reguladores de la jubilación anticipada.

Abstract

The lack of legal recognition of pre-retirement has been moving to the judiciary controversies. This study examines the viability of the novation pre-retirement agreements as a result of reforms in the retirement pensions regulations. The impact on amount of pensions causes rejection of Social Security. However, excluding the fraud law application, any objection raised by the modification of the initials agreements. But in the STS 18 mar.14, Ar. 2254 deserves special attention the indiscriminate application of two rules regulators of early retirement.

Palabras clave

Jubilación anticipada; Novación contractual; Contratos de prejubilación; Planes de prejubilación; Hecho causante; Cuantía de la pensión de jubilación.

Keywords

Early retirement; Novation contract; Pre-retirement agreements; Pre-retirement schemes; Occurrence of the event; Amount of retirement pension

1. CONTRATOS DE PREJUBILACIÓN

1.1. El reconocimiento legal fallido de los contratos de prejubilación

1. La falta de reconocimiento legal de la prejubilación ha venido trasladando al ámbito judicial las numerosas controversias e inquietudes que esta realidad sociolaboral recurrente plantea. Desde las reconversiones industriales de los ochenta, España utiliza la prejubilación como mecanismo de redimensionamiento no traumático de sus plantillas, en mayor o menor medida según el sector productivo de que se trate. De hecho, el legislador no ha podido sustraerse a su existencia y, en ocasiones, ha optado por reconocer –sin regular– la presencia de esta realidad en el ámbito laboral y su conexión con la Seguridad Social.

Una de las alusiones más expresas, aunque no la única, sería la recogida por la Ley 40/2007, 4 dic., BOE, 5 de medidas en materia de Seguridad Social. Su art. 3.3. incorporaría un nuevo art. 161 bis a la LGSS en virtud del cual los trabajadores podían acceder a la jubilación anticipada si, entre otros requisitos, acreditaban tener 61 años de edad, encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes, un período mínimo de cotización efectiva de treinta años y que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se hubiera producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. Dos de estas exigencias (la obligación de inscripción en la oficina de empleo y que el cese no se hubiera producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador) no serían requeridas en *"aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante **acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación**, (hubiera 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"*. Una redacción –prolija y poco actualizada– que se mantendría en vigor hasta que la Ley 27/11, 1 ago., BOE, 2 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social optara por un nuevo precepto. De hecho, ese nuevo art. 161 bis LGSS contemplaba dos formas de acceso a la jubilación anticipada, muy similares a las actualmente en vigor.

Con todo, esta Ley 27/11 tampoco se resistirá a la presencia de esta contingencia al ordenar la realización de un estudio actuarial, en el plazo de un año, relacionado con los coeficientes reductores de la pensión utilizados en la jubilación anticipada previstos en el art. 161 bis LGSS. En dicho estudio, deberá contemplarse *"específicamente la situación de los trabajadores que tuvieron la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 y se hubieran jubilado anticipadamente a través de Convenios Colectivos de cualquier ámbito, **acuerdos colectivos o contratos individuales de prejubilación** de empresas, con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley"*.

2. Hoy el art. 161 bis LGSS es fruto de la redacción de 2011 y de una modificación introducida por el RD-L 5/13, 15 mar., BOE, 16 de medidas para favorecer la continuidad en la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. En él ya no aparece una mención explícita a los supuestos de prejubilación. El acceso a la jubilación anticipada distingue en la aplicación de sus coeficientes reductores entre la extinción derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador [art. 161.bis.2.A) LGSS] y el cese derivado de la voluntad del trabajador [art. 161.bis.2.B LGSS]. Para que se admita el primer supuesto, el cese debe provenir de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. Como causas se consideran el despido colectivo, el despido objetivo del art. 52.c) LET, la extinción por resolución judicial *ex* art. 64 Ley 22/03, 9 jul., BOE, 10, Concursal, la muerte, jubilación e incapacidad del empresario individual o la extinción del contrato por fuerza mayor del art. 51.7 LET. El segundo, por su parte, sólo requiere la voluntad del anticipar la jubilación.

La desaparición de la mención expresa a los acuerdos o contratos de prejubilación se deduce fácilmente en el caso de la norma de 2013 toda vez que su finalidad es

precisamente la contraria, esto es, mantener la vida laboral de los trabajadores de mayor edad. De hecho se consideró que la viabilidad del sistema peligraba al *"permitir un alejamiento paulatino entre la edad legal de jubilación y la edad a la que es posible acceder a una jubilación anticipada, y favorecer, en determinadas ocasiones, las decisiones de abandono temprano del mercado laboral"* (Exposición de Motivos RD-L. 5/13). Por su parte, el legislador de 2011 recurriría a la Recomendación 12 del Pacto de Toledo para precisar que la jubilación anticipada se había convertido, básicamente, *"en una fórmula de regulación de empleo, por lo que su formulación legal debe cambiar, reservando el acceso anticipado a la pensión de jubilación para los casos en que se acrediten largas carreras de cotización"* (Exposición de Motivos Ley 27/11).

Con todo, la original jubilación anticipada sigue siendo la prevista para mutualistas con cotizaciones anteriores al 1 ene.67 y para ellos, y como en el supuesto general, la regulación específica contenida en la DT 3ª LGSS también ha ido siendo modificada por las mismas reformas apuntadas (Ley 40/07, cuyo art. 3.5 modificaría los términos de la DT 3ª o art. 5.2 de la Ley 27/11, entre otras). Ninguna de ellas recogerá, sin embargo, ninguna alusión al contrato de prejubilación siendo así que buena parte de los trabajadores incluidos en procesos de prejubilación han sido mutualistas cotizantes antes del 1 ene.67.

1.2. Planes de prejubilación colectivos y contratos de prejubilación individuales

1. En su día, ya definimos la prejubilación 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 del 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"*¹. Una contingencia que describe la situación en que se encuentra un trabajador de edad avanzada cuando es apartado definitivamente de la vida laboral activa, total o parcialmente, con la correspondiente reducción en su nivel de ingresos y la imposibilidad de acceder a la pensión de jubilación por falta de edad. Un estado de necesidad muy próximo al originado por el desempleo y por la jubilación, contingencias con las que comparte rasgos comunes, constituyendo un híbrido jurídico carente de regulación propia.

También entonces planteábamos la distinción entre las prejubilaciones programadas y las no programadas, en función de la intervención o no de la empresa en la misma. En el caso de las prejubilaciones programadas la empresa participa en la previsión y planificación de la cobertura futura del trabajador durante la situación de prejubilación, esto es, entre la extinción contractual y el acceso a la jubilación. A diferencia de la prejubilación no programada que opera cuando el trabajador tiene que solicitar las correspondientes prestaciones públicas sin que la empresa esté presente ni directa ni indirectamente durante el período de prejubilación del trabajador.

2. Centrando este comentario en las primeras, convendría subrayar que precisamente el elemento caracterizador de una prejubilación programada es la presencia de un plan de prejubilación. Constituye dicho plan un sistema de previsión que diseña la

¹ LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 85.

empresa para conseguir la salida no traumática de un grupo de trabajadores de la misma, próximos a la jubilación. La participación de la empresa en la financiación de la prestación de cada trabajador se convierte en el elemento central de dicho plan, sin olvidar aspectos tan esenciales como la forma de extinción del contrato y las obligaciones que contraen tanto empresa como trabajador durante este período. La práctica demuestra en este punto que la incorporación al plan se efectúa de forma voluntaria aun cuando se enmarque en una extinción a iniciativa de la empresa. La oferta del plan de prejubilación se realiza, fundamentalmente, para conseguir una extinción consensuada de la relación laboral pues, de lo contrario, la empresa no necesitaría participar en el coste que supone este tipo de medidas e impondría la extinción contractual, de acuerdo con las causas legalmente establecidas en nuestro ordenamiento para los diferentes tipos de despido. Por lo demás, la empresa promotora del plan de prejubilación actúa con plena libertad respecto al mismo, delimitando el perfil de la propuesta que ofrece y de las obligaciones que asume.

La prejubilación programada acepta, a su vez, dos formulaciones; la individual, si se programa para un solo trabajador y se diseña en función de sus circunstancias personales a través de un contrato de prejubilación, o la colectiva, si el plan engloba a un colectivo de trabajadores y, como tal, se deriva de la negociación y el acuerdo con los representantes de los mismos. En este último caso, si las condiciones del plan son distintas para los miembros de ese colectivo, nos hallamos ante prejubilaciones plurales mientras que si se ofrecen condiciones homogéneas, entonces el calificativo que resulta más idóneo es el de prejubilación colectiva. Nada impide, salvo la exigencia en algunas medidas públicas de la previa formalización de un despido colectivo para su aplicación, que se programe la prejubilación para un solo trabajador, aunque sea éste un hecho que difícilmente se constata en la práctica.

La denominación de este acuerdo como "plan de prejubilación" o "contrato de prejubilación" no altera sustancialmente su régimen jurídico y, sobre todo, no condiciona el contenido de la prestación de prejubilación. Con lo que el plan de prejubilación admite, al menos, tres posibilidades; la primera consiste en el establecimiento de un pacto pormenorizado y detallado del plan global de prejubilaciones de la empresa al que se adherirán los trabajadores sin posibilidad de modificar los términos de ese acuerdo colectivo; la segunda supone la fijación de unas indicaciones básicas y generales para llevar a cabo los acuerdos individuales de prejubilación, luego la adhesión de los trabajadores se producirá adaptando las condiciones generales a la particularidad de cada uno de ellos; y, por último, la libre determinación para que sean las partes quienes fijen los términos del acuerdo individual de prejubilación. Para distinguir los supuestos individuales de los colectivos, se propone una diferente terminología: "contrato de prejubilación" para los acuerdos individuales, "contrato de adhesión al plan de prejubilación" cuando se lleva a cabo la aceptación de las condiciones generales ofrecidas por la empresa siempre que se efectúe la aplicación —que no la negociación— de dichas condiciones, quedando reservada la calificación de "plan de prejubilación" para el pacto colectivo. En todo caso, si el plan proviene de un acuerdo colectivo habrá de cumplir las reglas generales de la negociación colectiva; si se basa en un acuerdo individual de voluntades, estará sometido a las reglas generales de la contratación, sin olvidar el origen laboral de dicho acuerdo.

Sea como fuere, la denominación del pacto de prejubilación no predetermina el contenido del mismo y tanto el plan de prejubilación —colectivo— como el contrato de

prejubilación –individual– permitirán al trabajador participar en el diseño de su correspondiente prestación de prejubilación, configurando un auténtico régimen de previsión *ad personam*. En cualquiera de estos instrumentos se fijarán las condiciones impuestas para el mantenimiento, suspensión o extinción de la cobertura, el conjunto de derechos y obligaciones que vincula a cada una de las partes, la concreción de las reglas de gestión y financiación dispuestas para llevar a cabo los objetivos, el establecimiento de oportunos mecanismos de revisión dado el período de tiempo que se presume para esta contingencia, la precisión, en su caso, de las correspondientes indemnizaciones por el incumplimiento total o parcial de lo pactado; en definitiva, la concreción del contenido del acuerdo que sirve de base para la extinción contractual, aceptada de conformidad por el trabajador y hecho determinante para el inicio de su situación como prejubilado.

3. Aspecto clave tanto del plan como del contrato de prejubilación es su financiación, exclusivamente pública, exclusivamente privada o mixta, modalidad esta última más frecuente. En parte pública, en tanto se basa en prestaciones públicas (prestación por desempleo, subsidio, ayudas previas, etc) y en parte privada, por cuanto la empresa se compromete a completar estas prestaciones con el objetivo de mantener el poder adquisitivo del trabajador igual o próximo al que tenía cuando se hallaba en activo. Como mixta suele ser la financiación de la cotización a la Seguridad Social de estos trabajadores pues la Administración abona la parte correspondiente a la obtención de sus prestaciones y los sujetos privados (empresa, trabajador o ambos) ingresan una cotización adicional a través de la suscripción de un convenio especial.

Conviene precisar que la regulación vigente establece un régimen propio para los convenios especiales que se derivan de un despido colectivo. La DA 31ª LGSS dispone reglas especiales para la suscripción del convenio especial al que se refiere el art. 51. 9 LET. En este caso, las cotizaciones abarcarán el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo y la fecha en la que el trabajador cumpla la edad a la que alude el art. 161.1.a) LGSS para acceder a la pensión de jubilación. Obsérvese que el período descrito –sin mencionarlo de forma explícita– es nuevamente el de la prejubilación. Pues bien, al margen de otros elementos contenidos en dicho precepto, las cotizaciones correspondientes a este convenio especial serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los casos de despidos colectivos por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta los 61 años del trabajador. 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 por la normativa del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad a la que se refiere el art. 161.1.a) LGSS o hasta la fecha que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada.

1.3. Principales problemas aplicativos de los planes y contratos de prejubilación

1. Aun cuando la casuística judicial resulte difícilmente sistematizable, sí cabe efectuar una somera recopilación de los principales problemas aplicativos que la ratificación de acuerdos o planes de prejubilación han provocado en la práctica. Dos son, con todo, los focos de atención en esta aplicación: los efectos de la prejubilación en la relación laboral y la posibilidad de acceder a determinadas prestaciones públicas.

En relación a la primera cuestión, la dificultad estriba en determinar si la prejubilación supone la extinción de la relación laboral en todo caso. Por regla general, la principal diferencia entre la prejubilación y el desempleo es precisamente que la primera implica el cese definitivo en la prestación de trabajo y la segunda tan sólo un cese temporal de la misma. Con la prejubilación se produce un cese definitivo, de manera total o parcial pero definitivo. La práctica demuestra que los prejubilados no regresan al mercado de trabajo, aunque constituya ésta una realidad reprochable y aunque en determinados casos puedan volver a trabajar, como, de hecho, ocurre con los trabajadores jubilados. Mas, en algunos casos, las empresas han planteado la prejubilación como un período suspensivo o una licencia de empleo pero con sueldo para sus trabajadores.

La consideración extintiva de la prejubilación, no aceptando la suspensión contractual hasta el momento de la jubilación, ha sido la solución adoptada en la mayor parte de los supuestos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aun cuando resulte claro que la intención de las partes es la de pactar una suspensión contractual, tal actuación de la empresa deriva en una actuación contraria a sus propios actos y en detrimento de la buena fe. En definitiva, los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean. *“Que ésta fue la verdadera intención de las partes que suscribieron dicho pacto, lo pone de relieve la vinculación que claramente se establece entre la situación de prejubilación y la de jubilación a la que se obliga a pasar al trabajador cuando cumpla los requisitos para acceder a la misma”* (STS 1 jun.04, Ar. 5040, FJ 5). El hecho de que se trate de una contingencia no protegida expresamente por el sistema de Seguridad Social no impide reconocer que la prejubilación constituye *“una modalidad más de jubilación gradual y flexible”* que se deja en manos de las empresas para remodelar las plantillas de los trabajadores, suponiendo la prejubilación *“una modalidad de extinción contractual y no de simple suspensión de la relación laboral”* (STS 1 jun.04, Ar. 5040, FJ 7). Y si el empresario admite que la relación contractual se mantiene vigente, pero en suspenso, entonces deberá atender cualquier reclamación del trabajador como si estuviera en activo.

Mas, despedir a trabajadores por razón de edad y, en ocasiones, hacerlo de forma colectiva contradice el principio de igualdad preservado constitucionalmente. No en vano, la prejubilación supone seleccionar a estos trabajadores entre el resto de la plantilla con el objeto de extinguir sus contratos, lo que, sin duda, puede derivar en una posible discriminación del trabajador por razón de edad, vulnerando uno de sus derechos fundamentales. De ahí que la extinción haya de ser voluntaria, distinguiendo entre la voluntariedad en el origen de la extinción y la voluntariedad en la aceptación de la misma. Si bien el origen puede venir motivado, además de la edad, por factores externos a la voluntad del trabajador [como la política de empleo, la crisis de la empresa, la reestructuración de los puestos de trabajo, la mera oferta empresarial, sin que responda ésta a una causa concreta, etc], la aceptación de dicha extinción no ha de hacerse si no es atendiendo a la voluntad de aquél. Los trabajadores han de prestar su consentimiento a la extinción, pues de lo contrario el resultado más previsible será la inadecuación a derecho de la prejubilación forzosa. Esto no contradice la idea de que los trabajadores suelen considerarse "obligados" a aceptar la prejubilación como salida más ventajosa de la empresa. Voluntarios con carácter forzoso que optan por beneficiarse de una prejubilación hoy por si tal vez mañana son despedidos.

2. Por lo demás, la fórmula para canalizar el cese en el trabajo tampoco aparece definida específicamente. Si bien, como en cualquier extinción, la prejubilación requiere de la adopción de una decisión, su formalización y la efectividad de la misma.

No figura la prejubilación entre las causas de extinción del art. 49 LET por lo que, cualquiera de los supuestos, puede servir para esta finalidad. Las modalidades más frecuentes son la extinción por mutuo disenso del art. 49.1.a) LET o el despido colectivo del art. 49.1.i) LET, aun cuando en ambos casos el origen de la decisión sea colectiva. La práctica demuestra que la decisión de prejubilación y el contenido de los planes de prejubilación se negocian entre empresario y representantes de los trabajadores sin perjuicio de que la materialización de la extinción del contrato se ejecute individualmente –como baja incentivada *ex* art. 49.1.a) LET– o colectivamente –a través del procedimiento establecido para el despido colectivo del art. 49.1.i) LET–.

El mutuo acuerdo de las partes, conocido popularmente como "baja incentivada", motiva una resolución contractual por mutua voluntad con una indemnización pactada y aceptada por las partes, caracterizada porque la iniciativa de la resolución proviene del empresario quien fijará un incentivo para garantizarse la conformidad del trabajador. Dicha oferta puede ser tanto individual como colectiva y, a su vez, general o específica. La primera dualidad se percibe en función del número de trabajadores que puede acogerse a la oferta, la segunda en virtud del colectivo de trabajadores que se beneficie de la misma. La prejubilación será, por regla general, una oferta colectiva y específica. Esto es, irá dirigida a un número plural de trabajadores pero en relación a un colectivo concreto, los de edad avanzada. Con una gran diferencia respecto de otro tipo de medidas, y es que, en este caso, no tiene por qué mediar la intervención de los representantes de los trabajadores. Como acuerdo consensuado entre trabajador y empresario que es, no requiere la conformidad de los mismos. La práctica demuestra, no obstante, que el proceso secuencial está integrado por un pacto colectivo y un acuerdo individual. El empresario propone las medidas de prejubilación, las acuerda con los representantes de los trabajadores y, con posterioridad, cada trabajador interesado acepta (y, en ocasiones, adapta) individualmente las condiciones de las mismas.

Es el despido colectivo, sin embargo, el marco en el que con mayor frecuencia se desarrolla la prejubilación en nuestro ordenamiento. En unos casos, el recurso es obligado porque el propio diseño legal así lo exige (por ejemplo, las prejubilaciones del sector industrial o el requerimiento apuntado en la DA 31ª LGSS); en otros, por el contrario, ha sido la práctica empresarial la que se ha ido decantando por ésta y no por otras vías de extinción. En general, las empresas españolas utilizan los despidos colectivos para proceder a la prejubilación de sus trabajadores. Con este finalidad, se fija un número máximo de trabajadores a los que se les aplicará el despido, concretando nominativamente el contenido del mismo *a posteriori* y una vez que se conozca quiénes aceptan la oferta de prejubilación efectuada por la empresa. Durante el período de negociación, el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores servirá para garantizar, al menos, dos cuestiones: una, mejores condiciones para los trabajadores en la extinción prematura de su relación laboral y, por otra parte, una mayor aceptación de la propuesta empresarial para acogerse al despido colectivo innominado. Una fórmula adecuada para instrumentar un acuerdo de prejubilación adoptado colectivamente (con el consenso de los representantes de los trabajadores) y aceptado individualmente (por los interesados), de masiva utilización por parte de las empresas españolas. Por lo demás, el hecho de que este tipo de extinción se encauce a través

del despido colectivo sitúa la extinción como medida adoptada a iniciativa del empresario, aun cuando medie con posterioridad conformidad del trabajador. Se descarta, de este modo, una posible dimisión del trabajador, en tanto no es su voluntad sino la iniciativa del empresario la que provoca la ruptura de la relación contractual. Razón por la que se facilita al trabajador el acceso a determinadas prestaciones del sistema de Seguridad Social que, de otra forma, y dada la aceptación voluntaria de la extinción del trabajador por prejubilación al adherirse al despido planteado por la empresa, se rechazaría. Finalmente, todo ello permite el mantenimiento de cotización al convenio especial de los prejubilados.

3. Éste ha sido, precisamente, uno de los aspectos más conflictivos. Comoquiera que la conformidad del trabajador existe, la jurisprudencia consideraría inicialmente que la extinción por prejubilación constituía un supuesto de extinción por mutuo acuerdo del art. 49.1.a) LET [SSTS 28 feb.00, Ar. 2243, 25 nov.02, Ar. 1923/03, 9 dic.02, Ar. 1948/03, 10 dic.03, Ar. 1704/03 y 22 en.03, Ar. 1991]. Pero, como ha podido comprobarse, el proceso es más complejo y, a diferencia del mutuo acuerdo tradicional, la prejubilación se produce casi siempre a iniciativa del empresario –si fuera a iniciativa del trabajador, el empresario la rechazaría–, casi siempre por razones justificadas para la empresa –con un despido colectivo de por medio– y casi siempre como la *ultima ratio* para el trabajador en la empresa –que de no aceptar las condiciones será incluido con posterioridad en otro despido colectivo, ya con carácter forzoso, o en un despido objetivo del art. 52 LET o en otro tipo de despido–. Pero para el Tribunal Supremo lo relevante eran dos datos: uno, que, aunque se trate de despido colectivo, la empresa no obliga al prejubilado a abandonar su puesto de trabajo; y, dos, que el prejubilado acepta ("libremente") la extinción de su contrato.

Uno de los efectos más inmediato de esta decisión se produjo en la aplicación de los coeficientes reductores al solicitar la jubilación anticipada. Si la extinción es a iniciativa de la empresa, el porcentaje reductor es menor; pero, si, por el contrario, se considera que ha sido por voluntad del trabajador, el porcentaje reductor será mayor y, por ende, la pensión de jubilación de cuantía muy inferior. Pero esta doctrina albergaba algún elemento contradictorio. Todos los pronunciamientos apuntados se basaban en la existencia de planes de prejubilación perfectamente diseñados y con intervención de la empresa y de los representantes de los trabajadores. En los mismos aparecían prestaciones por desempleo o subsidios por desempleo de los que no se beneficiaría el prejubilado si se aceptara que la extinción ha sido por propia voluntad. Por eso, entre otras razones, se recurre a despido colectivo, para conseguir estas prestaciones. De ahí que la misma extinción contractual no podía resultar ser un cese voluntario o un despido colectivo a la vez, y decisiones como las expuestas así parecían considerarlo.

Un posterior giro en la doctrina del Tribunal Supremo resolvió semejante contradicción al considerar que cuando la extinción forma parte de un despido colectivo y cuando la jubilación viene precedida por una situación de desempleo *“que por hipótesis excluye la voluntariedad del trabajador desempleado en la pérdida de la ocupación...No puede hablarse de que el origen de la prejubilación sea voluntario sino de la aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario en el marco de un expediente de regulación de empleo, decisión que impone al trabajador tras un intervalo de desempleo involuntario, una jubilación asimismo involuntaria”* (S.TS 25 oct.06, Ar. 8262, FJ 3 y, con posterioridad y entre otras muchas, SSTS 17 ene.07, Ar. 2040 y 21 jun.07, Ar. 6643).

Pues bien, la aplicación de un porcentaje reductor mayor o menor, si bien por razones distintas a las hasta aquí apuntadas, conforma el litigio de la sentencia objeto de comentario en este análisis y cuyo contenido se expone a continuación.

2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NOVACIÓN DE LOS CONTRATOS DE PREJUBILACIÓN

2.1. Fecha aplicable al hecho causante: la extinción contractual o el cese en la cotización al Convenio Especial

1. En efecto. La STS 18 mar.14, Ar. 2254 resuelve el conflicto de un trabajador que cesa su relación laboral con una entidad bancaria en virtud de un acuerdo de prejubilación en el marco de un programa de prejubilaciones de la misma. De conformidad con el acuerdo alcanzado, el trabajador deberá suscribir convenio especial con la Seguridad Social hasta cumplir los 60 años, fecha en que solicitará su jubilación. Pasado un tiempo, trabajador y empresa firman un acuerdo novatorio del pacto de prejubilación descrito con la finalidad de que resulten aplicables las condiciones de jubilación anticipada establecidas en el nuevo art. 161 bis.2 LGSS por la Ley 40/07. El pacto se basa en un acuerdo colectivo suscrito previamente con la representación sindical. A partir del nuevo pacto, el trabajador se obliga a mantener la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social hasta cumplir los 61 años de edad, fecha en que solicitará la jubilación, reembolsándole la empresa el coste de dicho convenio. Las partes determinan que este nuevo acuerdo sustituya íntegramente el anterior.

Solicitada la pensión de jubilación por parte del trabajador, el INSS reconoce la misma con 61 años pero aplicando un porcentaje del 68% a la base reguladora frente al 76% pretendido por el trabajador. Y es que el INSS decide aplicar las normas derivadas de la DT 3ª LGSS y no las establecidas en el art. 161 bis.2 LGSS vigente en el momento de solicitar la pensión. La STS 18 mar.14, Ar. 2254 resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS que aprecia contradicción entre la STSJ Aragón 10 may.13, Ar. 202136 y 21 ene.13, Ar. 116391.

La decisión recurrida, STSJ Aragón 10 may.13, AR. 202136 desestima el recurso del INSS y confirma la sentencia del Juzgado de lo Social núm.4 de Zaragoza acogiendo la pretensión del trabajador y reconociéndole el derecho a pensión del 76% de la base reguladora por considerar que la legislación aplicable es la vigente en la fecha del hecho causante, que es lícita la modificación del pacto de prejubilación, que se cumplen objetivamente todos los requisitos que el precepto exige y que el legislador no ha condicionado el derecho a desarrollo reglamentario alguno.

Por su parte, la STSJ Madrid 21 ene.13, Ar. 116391, en supuesto sustancialmente idéntico, llega a la conclusión opuesta por dos razones. En primer lugar, porque entiende que el acuerdo novatorio no vincula a la Seguridad Social puesto que el demandante extinguió su relación laboral con el Banco por lo que tampoco mantenía ninguna relación de seguros sociales que, en todo caso, son consecuencia necesaria de la relación laboral conforme a lo dispuesto en el art. 7.1 a) LGSS. Además, los contratos, *ex art. 1257 Cc*, sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, por lo que lo acordado no afecta en modo alguno a la Seguridad Social si no es parte del mismo. Pero, y en segundo término, el Tribunal considera

que el acuerdo novatorio no resulta válido pues en la suscripción del mismo concurre fraude de ley, siendo así que con él las partes pretenden, "*ciertamente sin efecto jurídico alguno*", modificar *a posteriori* una relación de seguros sociales consolidada para poder disfrutar de los beneficios económicos regulados en una norma legal que no es la aplicable por razones cronológicas y de vigencia al verdadero pacto preexistente.

2. La cuestión que se dirime es, pues, si se ajusta a derecho novar un contrato de prejubilación inicialmente dirigido a un tipo de jubilación anticipada, la histórica prevista en la DT 3ª LGSS, precisamente para adaptarlo a una modificación legislativa que establece otra modalidad de jubilación anticipada más beneficiosa para el trabajador (la moderna del art. 161 bis LGSS, introducido por el art. 3.3 Ley 40/07). Y, así, extinguida la relación en 2002, se produce la novación del pacto prejubilatorio en 2009 y se solicita la pensión de jubilación anticipada en 2011. El INSS considera aplicable la normativa vigente en el momento de la extinción de la relación laboral (2002; y, por ende, la DT 3ª LGSS) y el recurrente la vigente al solicitar la pensión de jubilación anticipada (2011; por tanto, el art. 161.bis LGSS con la reforma introducida por la Ley 40/07).

Para resolver este conflicto, el Tribunal Supremo recurre a la doctrina y subraya que la prejubilación es una especie de tránsito entre el cese efectivo en el trabajo y el momento de la jubilación reglamentaria que trae causa en un contrato de prejubilación al que alude la Ley 40/07 entre el trabajador y el empresario y que normalmente se lleva a cabo en un contexto colectivo de bajas incentivadas. Pacto que, por expresa disposición legal, comporta la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial, *ex art. 51.9 LET y DA 31ª LGSS*.

Por esta razón, el Tribunal Supremo rechaza los argumentos esgrimidos por el INSS en este conflicto. Por una parte, en lo que se refiere a que el art. 1257 Cc (los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan) supone que el acuerdo novatorio no vincula a la Seguridad Social en tanto parte ajena del mismo. Nada más alejado de la dogmática jurídica, entiende el Tribunal, para el que el citado precepto únicamente consagra el denominado principio de relatividad cuyo significado más tradicional siempre ha sido que el contrato como fuente de derechos y obligaciones sólo puede imponerse entre quienes lo han formalizado, excluyendo de la posición de acreedor y deudor contractuales a quien no haya concurrido en la formación de voluntad (STS 6 feb.81, Ar. 382 y 17 nov.88, Ar. 8604). "*Lo que la más autorizada doctrina define como la recreación del deber de observancia de la regla contractual y la proyección del contrato sobre las relaciones o situaciones objetivamente contempladas por el propio contrato. Y, con independencia de la actual crisis de aquel principio, lo cierto es que de siempre se ha admitido la llamada oponibilidad del contrato frente a terceros a quienes se les impone el respeto a la situación que el contrato ha generado entre las partes precisamente por la interdependencia existente entre las personas físicas o jurídicas en la sociedad; oponibilidad que, en el caso debatido, ha de extenderse al INSS al que únicamente le cabe alegar para desconocer la eficacia indirecta de lo convenido la existencia de fraude de ley*" (STS 18 mar.14, Ar. 2254, FJ 2).

Por lo demás, considera asimismo el Tribunal Supremo inadmisibles los argumentos de que la extinción de la relación había conllevado la inexistencia de ninguna regulación de seguros sociales pues con ello se desconoce que el convenio especial (art. 125 LGSS) comporta el inicio o la continuidad de la situación de alta o asimilada a la de alta en el

Régimen de la Seguridad Social que corresponda y que tiene como objeto la cotización al régimen de la misma en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de la situación derivada de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones (art. 1 Orden TAS/2865/2003, 13 oct., BOE, 18).

De ahí que sea necesario partir, según entiende el Tribunal Supremo, de 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, prescindiendo de los singulares supuestos de trabajador mayor de 52 años y perceptor de subsidio por desempleo, excedencia forzosa y trabajadores trasladados fuera del territorio nacional, tratándose de trabajadores en alta ha de situarse al día siguiente del último día trabajado y cotizado conforme al art. 3 OM 18 ene.67, BOE, 26 y que, para los trabajadores en situación asimilada al alta y con convenio especial, se identifica con el momento de solicitar la pensión. Lo que, en el caso examinado, significa, dada la fecha de solicitud y del hecho causante de la pensión de jubilación, que el trabajador gozaba entonces de la posibilidad legal de acceder a la pensión de jubilación anticipada instaurada por la Ley 40/07, la del art. 161.bis LGSS.

2.2. El posible fraude de ley en la novación contractual que persigue una jubilación más beneficiosa para el trabajador

1. El único obstáculo atendible y que la recurrente utiliza en su defensa es que tal posibilidad hubiese podido ser obtenida fraudulentamente. Argumento que rechaza el Tribunal Supremo por entender que la propia noción de fraude de ley *"constituye una modalidad de fraude que no puede confundirse con el simple engaño o fraude en sentido de acción contraria a la verdad y la rectitud"* a la que se refiere el Diccionario de la Lengua Española. El fraude de ley es una noción más compleja; *"constituye la vulneración de una norma prohibitiva o imperativa que se produce de un manera oblicua, es decir, mediante un acto amparado formalmente en el texto de una norma (la denominada norma de cobertura) que persigue en realidad un resultado contrario al ordenamiento jurídico que, como tal, no queda protegido por aquella norma"* (STS 10 dic.13, Ar. 8028, FJ 3). De otra parte, resulta consolidada la doctrina que entiende que, si bien el fraude de ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca, sí podrá acreditarse su existencia, como la del abuso del derecho, mediante pruebas directas o indirectas admitiendo entre estas últimas las presunciones cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Este planteamiento supone que, *"al sostenerse que la intención del agente es algo consustancial al fraude, el ponente intencional debe ser objeto de la correspondiente prueba, por lo que el examen de la convicción judicial de instancia sobre tal extremo escasamente compete al tribunal de casación, salvo que medie denuncia relativa a las normas sobre las presunciones y carga de la prueba pues entonces el recurso de casación para la unificación de doctrina se convertiría, en contra del deseo del legislador, en una tercera instancia o en un recurso extraordinario subsiguiente a otro también extraordinario"* (STS 18 mar.14, Ar. 2254, FJ 3), posibilidad que viene negando reiteradamente la Sala. En todo caso, el elemento intencional no es objeto de debate en el presente litigio, puesto que se admite que el acuerdo novatorio tenía como finalidad el acceso a la nueva modalidad de jubilación anticipada, más ventajosa para el beneficiario y toda la cuestión se reduce a si

objetivamente ese propósito comporta el cuestionado fraude y la denunciada infracción del art. 161 bis LGSS.

2. Es cierto que el inicial contrato de prejubilación suscrito únicamente permitía al trabajador, dada la legislación entonces vigente, el acceso a la pensión de jubilación anticipada prevista en la DT 3 LGSS como mutualista que había sido el 1 ene.67. Pero aquel contrato fue modificado por un nuevo pacto, tras un acuerdo entre sindicatos y empresa, pretendiendo precisamente facilitar el acceso a los prejubilados a la nueva modalidad, la del art. 161 bis LGSS, que había instaurado la Ley 40/07 y que en absoluto requería desarrollo reglamentario alguno, como sin apoyo legal alguno manifiesta la entidad gestora. Así, producidos los hechos, en manera alguna cabe afirmar que existan visos de censurable fraude pues no media vulneración alguna de precepto imperativo o prohibitivo, tal como requiere el fraude, conforme a la doctrina de referencia, sino el legítimo ejercicio del derecho a mejorar las condiciones de acceso a las prestaciones. Es más, entiende el Tribunal Supremo que *"negarle dicha posibilidad a los trabajadores prejubilados antes de la entrada en vigor de la Ley 40/07 y jubilados con posterioridad a ella significaría no tanto una censurable interpretación restrictiva de los derechos cuanto demorar arbitraria e ilegalmente la vigencia de la norma"* (STS 18 mar.14, Ar. 2254, FJ 3).

Recordando la doctrina constitucional se considera que los cambios normativos no atentan contra el principio de igualdad porque de otro modo se destruiría la posibilidad de innovación o se someterían las situaciones jurídica a una mutación radical y constante en detrimento de la seguridad jurídica (STC 19/82), de modo que es constitucionalmente admisible la fijación de determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no este tipo de nuevas y más favorables percepciones (STC 70/83). De esta forma, una modificación normativa no puede hacerse equivaler a una desigualdad de trato temporal pues no es el transcurso del tiempo el que origina la diferencia del régimen sino una sucesión de normas que responde a principios y condiciones diversas en forma tal que la igualdad ante la ley proclamada en el art. 14 CE no impide que, a través de los cambios normativos, pueda producirse un trato desigual entre diversas situaciones, derivado de la diferencia de fechas en que se originaron (STC 119/87) ni el art. 14 CE exige en todo caso la aplicación retroactiva de la ley más favorable. Mas no es menos cierto que, también conforme a criterio constitucional y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, éste recuerda cómo *"los órganos judiciales pueden vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca o no corrija el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables y además la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce lo cual supone que, si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad, su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente"* (STS 18 mar.14, Ar. 2254, FJ 4).

Por tanto, si alguna duda cupiese en orden a si la nueva jubilación anticipada instaurada por el art. 161 bis LGSS se limitaba no ya a los hechos causantes posteriores sino que incluso podría excluir a las prejubilaciones producidas con anterioridad, *"extremo, en nuestra opinión, de gratuita exigencia, por contrariar los efectos generales del hecho causante y de la entrada en vigor de las normas"*; pero, si esa duda interpretativa se produjera, habría de solventarse a favor de la solución más favorable al tratamiento igual entre los beneficiarios, o lo que es igual de que *"la novedosa y más favorable pensión de*

jubilación anticipada (con inferior índice corrector en función de la edad) por fuerza habría de alcanzar a los prejubilados antes de la entrada en vigor de la Ley 40/07 y jubilados ya bajo la cobertura de la norma" (STS 18 mar.14, Ar. 2254, FJ 4).

En conclusión, la Sala determina que la modalidad introducida por la Ley 40/07 en el art. 161 bis LGSS alcanza a quienes estuvieran prejubilados antes de su entrada en vigor pero solicitaran su jubilación después de la referida vigencia. No constituye, por tanto, fraude de ley la novación del contrato de prejubilación en ejecución de acuerdos colectivos para facilitar el acceso a los prejubilados a dicha nueva modalidad.

3. EFECTOS DE LAS REFORMAS DE LA JUBILACIÓN SOBRE LOS CONTRATOS DE PREJUBILACIÓN

3.1. Los vaivenes normativos sobre las jubilaciones

1. La extensión temporal de la prejubilación origina problemas aplicativos como los resueltos por la sentencia expuesta. La sucesión de reformas que afectan a este período obliga a analizar los efectos que las mismas pueden tener en los acuerdos previamente adoptados.

En el supuesto resuelto por la sentencia analizada, el trabajador reclamante cesa en su relación en 2002 y firma un pacto de prejubilación teniendo en cuenta el posible acceso a la jubilación anticipada vigente en ese momento. Se entiende que resulta aplicable entonces la DT 3ª LGSS al tratarse de trabajadores mutualistas con cotizaciones anteriores al 1 ene.67. En principio, lo dispuesto en el art. 161.3 LGSS en dicha fecha no procede por cuanto el precepto (con una nueva dicción procedente de la reforma introducida por el art. 3 RD-L 16/01, 27 dic.) extiende la jubilación anticipada a partir de los 61 años de edad a "*trabajadores que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 ene.67*" (con esta fórmula se rotula el art. 3 RD-L. 16/01, por lo que no resulta aplicable al trabajador recurrente que que sí había sido mutualista).

Con posterioridad se producirán dos reformas normativas en relación a la jubilación anticipada. Una, la introducción de otro nuevo art. 161.3 LGSS por el art. 3 Ley 35/02, 12 jul., BOE, 13 en el que ya figura la regulación de la jubilación anticipada sin incluir expresamente que se trate de la extensión a trabajadores que no tengan la condición de mutualistas el 1 ene.67. Y, otra, la introducida por el art. 3 Ley 40/07, ya descrita. Existen dos diferencias importantes, a efectos del análisis que se efectúa, entre estas dos normas. La primera, que la reforma de 2002 se refiere a las obligaciones adquiridas por el empresario "mediante acuerdo colectivo" para proceder a la exclusión de dos de los requisitos exigidos a fin de acceder a la jubilación anticipada a los 61 años (a saber, inscripción como demandante de empleo y cese no imputable a la voluntad del trabajador). La segunda, y como se advertiera, extiende tal expresión no sólo a las obligaciones empresariales adquiridas mediante acuerdo colectivo sino también a las que se deriven del "contrato individual de prejubilación". Por lo demás, en 2002, con treinta años de cotización acreditados se aplicaba un 8% de coeficiente reductor mientras que, con la reforma de 2007, se aplicará un 7.5%, equiparándose para el resto de supuestos el coeficiente aplicable.

Pues bien, los pactos colectivos e individuales suscritos entre empresa, representantes de los trabajadores y trabajadores generan, en el caso que se analiza, la extinción contractual en 2002. Como consecuencia del mismo, el trabajador permanecerá cotizando al convenio especial hasta los 60 años de edad, fecha en la que solicitará la pensión de jubilación anticipada por aplicación de la DT 3ª LGSS (coeficiente reductor del 8% por cada año que se anticipe respecto de la edad ordinaria). Pero en 2009 las partes citadas deciden novar los acuerdos colectivos e individuales para que los trabajadores puedan acogerse a los beneficios de la normativa establecida a partir de 2007 en materia de jubilación anticipada redactando una nueva cláusula por la que los trabajadores permanecerán cotizando al convenio especial hasta los 61 años de edad, fecha en la que accederán a la jubilación anticipada con coeficientes reductores inferiores a los inicialmente previstos (antes, 8% por cada año de reducción, ahora 7.5%, 7%, 6.5% ó 6%, en función de los años de cotización acreditados; en el caso del trabajador que origina el conflicto analizado, cuarenta y seis años de cotización).

Es en ese momento, cuando el trabajador solicita su pensión de jubilación anticipada, cuando se materializa el conflicto. Por una parte, el INSS aplica lo previsto en la DT 3ª LGSS al tratarse de mutualistas anteriores al 1 ene.67 que cesan en su actividad laboral en 2002 mientras que los interesados solicitan la aplicación de la normativa vigente en el momento de la solicitud de su pensión, año 2011 (art. 161 bis.2 LGSS, *ex art. 3 Ley 40/07*), más beneficiosa para ellos por contener coeficientes reductores inferiores al rígido 8% previsto para los mutualistas en la DT 3ª LGSS.

2. Y éste es uno de los principales elementos conflictivos, la concurrencia de dos normas susceptibles de aplicación. Conviene recordar que, junto a la regulación general de la jubilación anticipada, sigue manteniéndose una específica para aquellos trabajadores que tuvieran la condición de mutualistas el 1 ene.67, ya en extinción. Para todos ellos la vigente DT 3ª LGSS reconoce el derecho a la pensión a partir de los 60 años y con un 8% de coeficiente reductor por cada año que le falte al trabajador hasta cumplir los 65 años de edad. Con todo, aquellos que tuvieran treinta años de cotización acreditados podrán acceder asimismo a partir de los 60 años de edad con coeficientes más reducidos y que oscilan entre el 7.5% y el 6% según los años de cotización que se acrediten.

La principal diferencia con la jubilación anticipada regulada en el art. 161 bis LGSS es la edad y el período de cotización exigido, ya que el acceso para los mutualistas se prevé a partir de los 60 años en todo caso y la de aquellos que no lo fueron a partir de los 61 años ó 61 años y dos meses, *ex art. 161 bis y DT 20ª LGSS*, y para los mutualistas se exigen treinta años de cotización si se pretende la aplicación de coeficientes reductores menores mientras que en el régimen general la exigencia es de treinta y tres años de cotización. Así, si un mutualista decide acceder a partir de los 61 años a la pensión de jubilación con menos de treinta años de cotización se le aplicará un 32% de reducción a su pensión, esto es, cobrará el 68% de la misma. Mientras que si sobrepasa los treinta años de cotización, en el régimen jurídico previsto para los mismos en la DT 3ª LGSS se le aplicará un 7.5% de reducción si tiene entre treinta y treinta y cuatro años de cotización, un 7% entre treinta y cinco y treinta y siete años cotizados, un 6.5% entre treinta y ocho y treinta y nueve años y un 6% con cuarenta o más años cotizados. En el régimen general, sin embargo, se le aplicará un 1.875% por trimestre si acredita un período inferior a treinta y ocho años y seis meses (7.5% anual); un 1.750% por trimestre si acredita una cotización superior a treinta y ocho años y seis meses

e inferior a cuarenta y un años y seis meses (7% anual); un 1.625% por trimestre si acredita entre cuarenta y un años y seis meses y cuarenta y cuatro años y seis meses (6.5% anual) y un coeficiente del 1.500% por trimestre si acredita más de cuarenta y cuatro años y seis meses de cotización (6% anual). Por lo tanto, a idéntico período de cotización, por ejemplo, cuarenta años, en el primer caso se le aplicará un 6% de reducción (obteniendo el 76% de la pensión, aproximadamente) y un 7% en el segundo supuesto (con un 72% de la pensión, aproximadamente), resultando más favorable, por tanto, la primera regulación, específica para tales casos y contemplada en la DT 3ª LGSS.

Pero, si se tienen en cuenta las reformas expuestas en el supuesto que origina la sentencia analizada, también la DT 3ª LGSS sufre alguna alteración. Ya desde la Ley 24/97, 15 jul., BOE, 16 (art. 7 de la misma), aquellos mutualistas con cuarenta años o más de cotización que solicitaran la jubilación anticipada como consecuencia de una extinción por causa no imputable a su libre voluntad, podían obtener una pensión con un coeficiente reductor inferior (7% frente al 8% previsto con carácter general para estos supuestos). Posteriormente, y como se apuntara, el art. 3 RD-L 16/01 extendería la jubilación anticipada a trabajadores que no tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 ene.67. Precepto que modificaría asimismo la citada DT 3ª LGSS para alterar tanto el número de años de cotización solicitados para aplicar coeficientes reductores inferiores (que ya no será de cuarenta años sino de treinta) y la cuantía de los mismos (que oscilarán, según el número de años cotizados, entre 7.5% y 6%). Tras añadir un nuevo art. 161.bis LGSS, la Ley 35/02 también destinará su art. 4 a la modificación de la DT 3ª LGSS si bien únicamente para confirmar la redacción introducida por el RD-L 16/01. Por su parte, la Ley 52/03, 10 dic., BOE, 11 dedicará su DA 2ª a modificar tanto el art. 161 LGSS como la DT 3ª LGSS y, en ambos casos, a fin de especificar que deberá entenderse por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impide, decide poner fin a la misma. Pero, además, *"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 (en referencia a la LGSS)"*. Finalmente, la tantas veces considerada en este análisis Ley 40/07, no optará sólo por modificar el art. 161 bis LGSS en los términos expuestos sino que el art. 3.5 de la misma también introduce una reforma en la DT 3ª LGSS. Dicha reforma afecta, principalmente, a dos aspectos. El primero a la aclaración de que, para el cómputo de los años de cotización, deberán tenerse en cuenta años completos, sin que deba equipararse a un año la fracción del mismo. Además, el Gobierno queda facultado para el desarrollo reglamentario de los supuestos previstos pudiendo, en razón del carácter voluntario o forzoso del acceso a la jubilación, adecuar las condiciones señaladas para los mismos. Pero, a su vez, el segundo aspecto de interés para el estudio planteado, es que en la redacción anterior de la norma el 7.5% de coeficiente reductor se aplicaba "entre treinta y uno y treinta y cuatro años acreditados de cotización" y ahora ese mismo porcentaje procede cuando se acreditan "entre treinta y treinta y cuatro años de cotización", quizá porque antes se exigían "más de treinta años de cotización" y con esta reforma se requieren "treinta o más años de cotización".

Tras las apuntadas seguirán las reformas operadas en la materia por la Ley 27/11 (art. 5) o por el RD-L 5/13, 15 mar., BOE, 16 (art. 6), no aplicables al supuesto analizado.

3. El vínculo entre estos dos preceptos, la DT 3ª LGSS y el art. 161 bis LGSS, merece una particular atención en este análisis. Por qué existiendo dos regímenes

diferenciados (el previsto para mutualistas, antes más restrictivo y ahora más amplio al comprender todo un abanico de posibilidades de aplicación de coeficientes reductores inferiores, y el general), cuando nos encontramos en uno de los casos –mutualistas– aplicamos el otro –general–. La sentencia recurre a un argumento infalible, la consideración de la norma más beneficiosa para el trabajador, pero habría que plantear previamente si existe un conflicto normativo de aplicación que nos obligue a seleccionar a la más beneficiosa o, por el contrario, el ámbito subjetivo normativo determina la legislación aplicable.

La clave para este conflicto puede hallarse en una interpretación histórica de la norma. Cuando se aprueba el texto refundido de la LGSS/94, no existe referencia alguna a la jubilación anticipada en el art. 161 del mismo. Esta modalidad queda reservada exclusivamente para los mutualistas que acrediten cotizaciones anteriores al 1 ene.67, *ex* DT 3ª de dicho texto. Con la Ley 24/97, la DT 3ª LGSS incorpora al texto legal no sólo la cuantificación del coeficiente reductor a aplicar por cada año en que se anticipe la jubilación respecto de la jubilación ordinaria (un 8%) sino que, además, introduce, por primera vez, la posibilidad de que, para aquellos que reúnan largas carreras de cotización (cuarenta o más años) y extingan su contrato por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, el coeficiente reductor sea menor (un 7%).

Como se señalara, será el RD-L 16/01 el que determine en su art. 3 la "*extensión de la jubilación anticipada a trabajadores que no tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 de enero de 1967*". Desde entonces, la fisonomía del art. 161 LGSS se modifica para incluir a aquellos trabajadores que reúnan una serie de requisitos y que, como señala el encabezamiento de la norma, no tengan la condición de mutualistas. Así, añadiendo un apartado 3 al 161 LGSS vigente en 2001, se incluye la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada a los 61 años de edad si el trabajador se encuentra inscrito como demandante de empleo, acredita un período de treinta años de cotización y cesa por causa no imputable a su libre voluntad. En tal caso, se le aplicarán un serie de coeficientes reductores (8%, 7.5%, 7%, 6.5% y 6%) en función del período de cotización acreditado.

A partir de entonces, las modificaciones posteriores ya no explicitan que se trata de una extensión a los trabajadores que no tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 ene.67 sino que se limitan a reformar los arts. 161 LGSS (incluso introduciendo un específico art. 161 bis LGSS para regular la jubilación anticipada) o la DT 3ª LGSS, en su caso y en los términos ya expuestos.

Y, quizá, en este punto resida la clave del conflicto; a saber, la consideración de que ambas regulaciones son igualmente aplicables a los trabajadores mutualistas. Lógicamente no cabe plantearlo a la inversa, esto es, que la extensión de derechos implica que quienes no fueron mutualistas pueden acceder al régimen previsto para éstos en la DT 3ª LGSS. Pero sí lo contrario, como ocurre en el supuesto que nos ocupa. Es decir, entender que ambos preceptos (art. 161 LGSS y DT 3ª LGSS) son igualmente aplicables a los mutualistas en función de aquella norma que resulte más beneficiosa para el trabajador.

Si la comparación se realizara de acuerdo con la legislación actualmente en vigor, globalmente la situación de los mutualistas parece más beneficiosa recurriendo a la DT 3ª LGSS que al art. 161 bis LGSS por las ventajas que contempla la misma. La primera, que

pueden acceder a la jubilación anticipada con 60 años de edad, algo que no ocurre con carácter general al resto de los trabajadores que accederán cuatro años antes del cumplimiento de la edad ordinaria (61 años o 61 años y dos meses). La segunda, que basta con acreditar treinta o más años de cotización y extinguir el contrato por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador para lograr la aplicación de coeficientes reductores inferiores al 8% (7.5%, 7%, 6.5% ó 6%). Con carácter general, este período de treinta años pasa a treinta y tres o treinta y cinco años, respectivamente, en el art. 161 bis LGSS. Por lo demás, en el régimen que comprende a todos los trabajadores las formas de extinción contractual se hallan tasadas (despido colectivo, objetivo, extinción del contrato en concurso de acreedores, muerte, jubilación o incapacidad del empresario o fuerza mayor), no precisando la DT 3ª LGSS la causa de la extinción contractual a estos efectos. Es más, en alguno de estos supuestos (despidos colectivo y objetivo) se precisa que el trabajador acredite la percepción de la indemnización derivada de la extinción correspondiente. Finalmente, y entre otras diferencias, los coeficientes reductores son más beneficiosos. Y así, el 7.5% se aplica a los mutualistas que acrediten entre treinta y treinta y cuatro años de cotización y al resto a partir de los treinta y tres años y hasta los treinta y ocho años y seis meses; el 7% entre treinta y cinco y treinta y siete años en el primer caso y entre treinta y ocho años y seis meses y cuarenta y uno años y seis meses en el segundo; el 6.5% entre treinta y ocho y treinta y nueve años en el primer caso y entre cuarenta y uno años y seis meses y cuarenta y cuatro años y seis meses en el segundo; y, por último, el 6% se aplica a los mutualistas a partir de los cuarenta años de cotización mientras que el resto de los trabajadores deberán acreditar más de cuarenta y cuatro años y seis meses para su aplicación.

Pero si la comparación se efectuara aplicando la norma de 2007 (Ley 40/07), momento en el que se residencia el conflicto analizado, la conclusión sería bastante similar por cuanto los trabajadores mutualistas alcanzarían la aplicación de coeficientes reductores inferiores en condiciones más beneficiosas que el resto de los trabajadores. Es cierto que es en este momento en el que el legislador introduce un párrafo en el nuevo art. 161 bis LGSS para excluir los requisitos de inscripción como demandante en la oficina de empleo y que la extinción se haya producido por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador cuando haya mediado acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación. Por eso el conflicto se basa entre aplicar la legislación anterior (RD-L 16/01 y Ley 35/02) o la que corresponde al momento del hecho causante (Ley 40/07). Mas este planteamiento no deja de ser falaz pues no sólo se trata de optar por una u otra legislación (la vigente en el momento de extinguirse el contrato o la vigente en el momento en que se solicita la pensión, tal y como se plantea en las decisiones judiciales analizadas) sino que, además, se trata de modificar la legislación aplicable y pasar de aplicar las reglas propias de la DT 3ª a las derivadas del art. 161 bis LGSS. Pues, si se decidiera que resulta aplicable la legislación de 2001/2002, no se dudaría en recurrir a la DT 3ª LGSS ya que, en parecidos términos, esta norma permite acceder a los 60 años y, además, no requiere la inscripción como demandante de empleo. La duda no es sólo, por tanto, si se aplica un régimen anterior (el vigente en el momento de extinguir el contrato de trabajo) o uno posterior (el vigente en el momento de solicitar la pensión) sino cuál de las dos normas resulta de aplicación.

Y, llegados a este punto, la solución debiera ser la aplicación de la DT 3ª LGSS para quienes tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 ene.67. En general, porque sus condiciones siempre han sido más beneficiosas (acceden con 60 años a la jubilación

anticipada en todo caso). Además, porque el legislador, históricamente, ha pretendido crear un régimen distinto (y más restrictivo) para el resto de los trabajadores (*"extensión de la jubilación anticipada a trabajadores que no tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 ene.67"*, ex art. 3 RD-L. 16/01). Y, finalmente, y dada su naturaleza transitoria, porque, a diferencia de los supuestos generales, las sucesivas reformas no han alterado el número de años requeridos para aplicar coeficientes reductores inferiores al 8% (treinta años de cotización como mínimo, a diferencia del resto de los trabajadores para quienes este requisito se ha ido incrementando paulatinamente).

El hecho de que en una ocasión (Ley 40/2007) el legislador cometiera un error de sistematización al incluir una aclaración en el art. 161 bis LGSS y no reproducirla en la DT 3ª ante supuestos de hecho similares no justifica la alteración del ámbito subjetivo de ambas normas, prevista una para mutualistas (DT 3ª LGSS) y la otra para el resto de trabajadores (art. 161 bis LGSS). Y, aun cuando la solución alcanzada por la jurisprudencia hubiera de ser la misma, la fórmula empleada es bien distinta y con consecuencias diferentes. Pues no se trata tanto de incluir a los mutualistas en el campo de aplicación del art. 161 bis LGSS sino de interpretar sistemáticamente la norma aplicable. De ahí que, resuelta la opción entre la legislación aplicable (2001/02 ó 2007), la solución pasaría por atender (si se elige –como hace el Tribunal Supremo en el caso en cuestión con buen criterio–, la legislación de 2007 por ser la vigente en el momento de solicitar la pensión) a una interpretación sistemática de la norma al considerar los términos establecidos para el art. 161 bis LGSS y los utilizados en la DT 3ª LGSS en aquel momento. Así, el primero exige *"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 libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1....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 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"*. El segundo, por su parte, señala que *"A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1"*.

Teniendo en cuenta los términos descritos, la DT 3ª no excluye los apartados b) y d) porque su redacción no contiene los mismos. Por lo que se refiere al supuesto "b)" porque no existe ya que no se requiere que el trabajador se halle inscrito como demandante de empleo. Pero en el supuesto "d)" la solución ha de ser distinta pues en ambos casos (art. 161 bis LGSS y DT 3ª LGSS) el legislador exige lo mismo: extinción del contrato en virtud de causa

no imputable a la libre voluntad del trabajador considerando como tal la que explicita la norma. Pues bien, si el sentido es el mismo, la interpretación ha de ser idéntica ya que la "*obligación adquirida por el empresario mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación*" no puede ser considerada en un caso como excluyente de una causa no imputable al trabajador y en otro no. Es más, la mayor parte de los trabajadores incluidos en dichos acuerdos colectivos o contratos individuales de prejubilación suelen ser mutualistas por lo que carecería de sentido admitir dicha exclusión para el resto de los trabajadores y no para estos últimos cuando constituyen el elemento nuclear de dichos acuerdos o pactos.

3.2. La modificación de los acuerdos prejubilatorios tras la extinción de la relación laboral y antes de la jubilación del trabajador

1. Expuesto lo anterior, sólo resta analizar el otro elemento cuestionable, esto es, la validez o no de la novación del contrato de prejubilación. Como ha quedado manifestado, los pactos de prejubilación, sean éstos individuales o colectivos, adquieren una doble dimensión: laboral, en tanto suponen la extinción contractual y la contribución de la empresa hasta la jubilación del trabajador (e incluso con posterioridad a la misma) y la de Seguridad Social, por cuanto todo el entramado del pacto se destina, básicamente, a garantizar el acceso a dicha pensión. Negar esta relación entre lo laboral y la Seguridad Social en materia de prejubilación es desconocer el significado de la misma. Pero que exista una relación entre estas dos dimensiones no condiciona su vinculatoriedad, esto es, el régimen jurídico que regula actualmente ambas se considera independiente ante la inexistencia de una normativa específica en materia de prejubilación que las relacione.

Admitiendo lo anterior, conviene partir de la base de que, con la firma del contrato de prejubilación, surge una nueva relación entre la empresa y el trabajador. Extinguida la relación laboral, en los términos antes expuestos, el extrabajador de la empresa mantiene una relación contractual derivada de su antigua relación laboral cuya principal regulación no es otra que la establecida en el Código Civil para los contratos. Es más, posiblemente la extinción laboral se halle condicionada al cumplimiento del contenido del contrato de prejubilación pues cualquier vicisitud surgida en el desarrollo de la etapa prejubilatoria podría influir en la reversión de la extinción contractual, pudiendo llegar a derivar incluso en la readmisión del trabajador (denegación de las prestaciones públicas por la entidad gestora correspondiente, incumplimiento empresarial en el pago de los complementos de dichas prestaciones o de la cotización al convenio especial, falta de cumplimiento del trabajador de su compromiso de permanecer inactivo y fuera del mercado de trabajo, etc). Dependerá de los términos en que se redacte el contrato de prejubilación y el alcance de las obligaciones asumidas por ambas partes.

Nada impide, pues, novar el pacto previamente suscrito en los términos previstos por el Código Civil en su Libro Cuarto cuando regula las obligaciones y contratos. De hecho, la relación que une a ambas partes ya no es la relación laboral sino la que surge de la extinción de la misma. En nada se modifica esta última situación con la novación del pacto, salvo que así lo determinen las partes. Si, una vez firmado el contrato de prejubilación y transcurrido un tiempo de desarrollo del mismo, las partes deciden modificar el mismo e incluso retomar la relación laboral extinguida, no existe objeción legal a la formalización de dicha relación en los términos que ambas partes consideren y con las consecuencias que determinen. No en vano, el art. 1203 Cc prevé la novación contractual cuando se modifiquen,

entre otros, el objeto o sus condiciones principales. Por tanto, que se suscriba un contrato de prejubilación como consecuencia de la extinción del contrato del trabajador y que se modifiquen los términos del mismo durante el período prejubilatorio no plantea, *a priori*, objeción legal alguna.

2. El problema surge entre la vinculación de esta decisión y la repercusión de la misma en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. En el supuesto que nos ocupa y siguiendo los términos expresados en la sentencia que se comenta, las partes –empleador, representantes de los trabajadores y trabajador– pactan unas nuevas condiciones – permanecer hasta los 61 años abonando el convenio especial y no hasta los 60 como inicialmente había sido pactado– que influyen en el acceso a la jubilación anticipada puesto que, como consecuencia del nuevo pacto, al trabajador le corresponde una pensión de mayor cuantía por aplicación de un menor coeficiente reductor.

La falta de una regulación específica en esta situación impide a la Administración intervenir salvo cuando el trabajador solicita las prestaciones y/o pensiones derivadas de su prejubilación. Así, el Servicio Público de Empleo podrá determinar si cumple o no los requisitos previstos para acceder a la prestación por desempleo o, en su caso, al subsidio de prejubilación y el INSS será el encargado de revisar si se cumplen o no los requisitos para acceder a la jubilación, ordinaria o anticipada, del trabajador. En algunas ocasiones, ambas situaciones han estado vinculadas toda vez que el acceso al subsidio de prejubilación obligaba a solicitar una jubilación concreta, la anticipada. Dependencia inexistente en la actualidad pues el subsidio exige reunir todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a "*cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación*" (art. 215.3 LGSS).

Siendo esto así, sólo cabe revisar el cumplimiento de los requisitos por parte del trabajador para acceder a la jubilación anticipada en aplicación de la normativa vigente al solicitar la jubilación. Tanto en el momento en que se origina la jubilación anticipada del supuesto resuelto por el Tribunal Supremo como en la actualidad los condicionantes son los mismos aun cuando hayan sido modificados los requisitos. El trabajador deberá tener cumplida una edad, un período mínimo de cotización y justificar que se ha producido el cese en la relación laboral. Y, como en el resto de prestaciones y/o pensiones de la Seguridad Social, el momento que determina el acceso y las condiciones de acceso a la correspondiente pensión de jubilación es la producción del hecho causante.

En la pensión de jubilación el hecho causante requiere no sólo haber cesado en la relación laboral sino el cumplimiento de una edad determinada y de un período mínimo de cotización. Si hay cese y cotización pero no hay edad, no hay pensión. Si hay cese y edad pero no cotización, no hay pensión. Si hay cotización y edad pero no hay cese, podría haber pensión en casos excepcionales en virtud de las nuevas reglas de compatibilidad entre pensión y actividad laboral. Más si hubiera que priorizar estos tres elementos, el fundamental sería el de la edad. El cese, de hecho, ha podido producirse antes del cumplimiento de la edad, lo que no predetermina el acceso a la pensión. El período mínimo ha podido alcanzarse antes de solicitar la pensión, lo que no condiciona su concesión. Pero si no se ha cumplido la edad correspondiente, el acceso no procede.

Aplicando esta tesis a los supuestos de prejubilación, lo cierto es que cuándo y cómo se produzca el cese del trabajador no puede condicionar, en términos generales y salvo

determinación legal en contrario, la decisión del INSS. Si empleador y trabajador deciden mantener su pacto de prejubilación hasta los 60 años y condicionan el mismo a la solicitud de la pensión de jubilación del trabajador a esa edad, ése será el momento en que el INSS pueda intervenir para valorar si se cumplen los requisitos para acceder a la jubilación anticipada y los términos de concesión de la misma pero si empleador y trabajador deciden retrasar su acuerdo hasta el cumplimiento de los 61 años, la intervención del INSS se relegará a ese momento si bien con la misma finalidad de fijación de los términos de concesión de la pensión de jubilación correspondiente. Claro que acceder antes o después condiciona la cuantía de la pensión de jubilación pero en esa decisión el INSS no puede intervenir salvo que exista alguna causa legal que obligue al trabajador a acceder a la pensión de jubilación a una edad y no a otra.

Tanto en el supuesto que provoca esta reflexión como en la actualidad, la clave para justificar la decisión del INSS de aplicar un coeficiente reductor mayor por entender que el contrato de prejubilación inicial es el que alcanza validez siendo el contrato novado fraudulento, debería basarse en la posibilidad de que trabajadores mutualistas que cotizaron antes del 1 ene.67 accedan con un régimen propio, distinto al general. Pero, incluso siendo así en los términos ya expuestos, la solicitud del trabajador procederá a la edad que el mismo determine y en eso el INSS no puede incidir. Únicamente cabría plantear la intervención de las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en la negociación colectiva, hoy prohibidas *ex* DA 10ª LET desde 2012 (DF 4ª Ley 3/12, 6 jul. BOE, 7), pero, en todo caso, su incumplimiento por parte del trabajador tendría consecuencias en sede laboral y no de Seguridad Social.

Para invalidar la eficacia del acuerdo novatorio, el INSS deberá probar la existencia de vicios en el consentimiento *ex* art. 1265 Cc, una actuación contraria a una norma imperativa (art. 6.3 Cc) o la existencia de fraude de ley (art 6.4 Cc, respectivamente). Una cosa es que exista una discrepancia interpretativa (extender a los mutualistas los posibles beneficios derivados de una norma prevista para otro supuesto, esto es, la polémica aplicación del art. 161 bis LGSS en situaciones reguladas por la DT 3ª LGSS expuesta) o una discordancia aplicativa (decidir sobre la aplicación de la legislación vigente en el momento de la extinción del contrato o en el de la solicitud de la pensión) y otra bien distinta es considerar la existencia de un fraude de ley. Para apreciar este último se exige realizar un acto que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento o contrario al mismo al amparo del texto de una norma, *ex* art. 6.4. Cc. Y de lo expuesto no cabe deducir tal intención en ningún caso, como bien subraya el Tribunal Supremo en la sentencia de referencia.

Procede, por tanto, admitir una vez más que, ante la ausencia de una regulación expresa de esta contingencia, los planes de prejubilación en el ámbito colectivo y el contrato de prejubilación en su dimensión individual establecen el régimen jurídico aplicable para este período transitorio entre la extinción del contrato del trabajador y su acceso a la jubilación denominado prejubilación.

