

## PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

### LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN PARCIAL

*Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 308/2013 y  
727/2013, sala IV, de 22 y 30 de enero de 2013*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Se trata de determinar si un trabajador jubilado parcial, cuyo contrato de trabajo temporal a tiempo parcial se extingue por despido colectivo que afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa, tiene o no derecho a continuar en situación de jubilación parcial desde la fecha de tal extinción contractual o desde la de finalización de la percepción de la prestación por desempleo hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada.

**RESUMEN:** En ambas sentencias, el actor es un trabajador que pasó a la situación de jubilación parcial, suscribiendo con su empresa un contrato a tiempo parcial del 15% de la jornada que anteriormente realizaba hasta el momento de la edad de jubilación. Algún tiempo más tarde la empresa presentó concurso voluntario de acreedores, en base al mismo, el Juzgado de lo Mercantil autorizó la extinción colectiva de los contratos de trabajo de dicha empresa. Desde dicha fecha comenzó a percibir la prestación por desempleo parcial, pero extinguida la misma, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordó extinguir la prestación por jubilación parcial al considerar que la extinción de los contratos de trabajo tras concurso voluntario equivale a un despido procedente.

\* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**ÍNDICE**

1. INTRODUCCIÓN: LA EDAD DE JUBILACIÓN
2. UNA MANIFESTACIÓN DEL LLAMADO “ENVEJECIMIENTO ACTIVO”: LA JUBILACIÓN PARCIAL
3. LA EXTINCIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL JUBILADO PARCIAL

**1. INTRODUCCIÓN: LA EDAD DE JUBILACIÓN**

Como regla general, alcanzada una edad, determinada por la legislación, se podrá obtener en caso de cese en el trabajo una pensión de jubilación<sup>1</sup>, si se cumplen los requisitos de aportación previa al sistema.

No cabe duda de que las pensiones por jubilación han sido las prestaciones “centrales” de los sistemas Seguridad Social, de hecho, una parte sustancial del gasto en prestaciones de la Seguridad Social de los Estados la supone dichas pensiones.

El alto coste económico, y su proyección a causa del envejecimiento de la población (y la baja tasa de natalidad), ha supuesto que en los últimos años se hayan producido importantes cambios normativos en esa materia.

Claramente, los distintos avisos producidos desde la Unión Europea dieron lugar a que por consenso de las distintas fuerzas políticas se adoptara a mediados de los noventa del siglo pasado el conocido como Pacto de Toledo, que, respecto del tema que nos ocupa, estableció como recomendación la flexibilidad en la edad de jubilación (que habría de establecerse de forma progresiva y gradual). La idea era que el sistema no pudiera impedir “una presencia social activa del pensionista” bien facilitando la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo desearan o bien permitiendo una jubilación parcial.

<sup>1</sup> Aunque quizás este concepto ya debe de ser abandonado, como se recuerda, la DA 37ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, estableció que el Gobierno presentaría con proyecto de Ley que regulara la compatibilidad entre pensión y trabajo”. Desde luego, ello no se ha producido así. La forma ha sido la tomada como costumbre por el actual ejecutivo de regular a través de Reales Decretos Leyes. De conformidad con esta errónea técnica legislativa, a mi juicio, que sustrae sistemáticamente al Parlamento el objeto de su cometido, 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, ha establecido en su capítulo I la compatibilidad de la pensión de jubilación contributiva con el trabajo por cuenta ajena o propia, a tiempo completo o parcial, siempre que se haga cumplida la edad de jubilación ordinaria (no anticipada o con bonificaciones) y que con el período máximo de cotización que conlleve que el porcentaje aplicable a la base reguladora fuese el 100%.

A esta idea ha de unirse el hecho de que la Recomendación anterior de este Pacto, la novena, propone el reforzamiento de los principios de equidad y contributividad, “sin perjuicio del criterio de solidaridad”<sup>2</sup>, de tal modo que las prestaciones guarden una mayor proporcionalidad con el esfuerzo de cotización realizado.

Estas ideas han supuesto la modificación, en no pocas ocasiones, de la regulación de las prestaciones de jubilación contributivas de la Seguridad Social.

Así pues, desde hace más de 20 años, se comenzaron a implantar políticas tendentes a la flexibilización de la figura de la jubilación y a la gradualidad de su realización efectiva, parece que es algo en lo que ha habido un cierto consenso social y por tal motivo se convirtió en un línea de actuación “preferente” del legislador.

En esta situación también se produce una discusión sobre la determinación de la edad de jubilación. Es cierto y manido, que la edad de 65 años que se estableció con la regulación del retiro obrero de 1919 y la esperanza de vida en aquél momento y en éste son muy distintas; en el momento actual la superior esperanza de vida lleva consigo que el período de abono de las pensiones sea más largos y por lo tanto, más costosas las pensiones para el sistema.

Aunque hay sectores de la opinión que se encuentra a favor de reducir dicha edad tanto para los trabajadores con mayores carreras de seguro, como para permitir un alivio en las plantillas de empresas o sectores en crisis<sup>3</sup>, en cambio, son mayoritarias (o al menos han conseguido mayor difusión) las opiniones en favor de una prolongación en la vida activa de los trabajadores maduros, retrasando su edad de jubilación. Este tipo de valoraciones pertenece, como indica de forma impecable GARCÍA MURCIA, “al terreno de la sociología, la demografía y la ciencia financiera o presupuestaria, aunque siempre con algún ingrediente importante procedente del campo asegurador o actuarial. El gran objetivo de estas propuestas es la preservación de la salud financiera de los sistemas de Seguridad Social, aunque en su puesta de largo también suelen intervenir argumentos de otro calado: de una parte, la alusión a las expectativas de vida de las personas y, por lo tanto, al momento de llegada de la fase de vejez, que hoy en día parece en trance de despegarse del mero cumplimiento de

<sup>2</sup> Lo cual siempre me ha parecido incongruente. Estamos en un sistema de pensiones de reparto, el reforzamiento de criterios de contributividad es propio de los de capitalización, salvo que quieran imponerse como obstáculos a la obtención de prestaciones públicas y con ello conseguir contener el gasto social. ¿Quién nos garantiza una pensión proporcional al esfuerzo de cotización realizado si cuando nos jubilemos nuestras cotizaciones ya se habrán gastado en el pago de pensiones de los pasivos durante nuestro período de aportación?

<sup>3</sup> Lo cual no parece que sea un motivo sólido con la nueva regulación de los despidos colectivos y objetivos, tras el RD-Ley y la Ley 3/2012 de reforma del mercado de trabajo.

la edad de sesenta y cinco años; de otra parte, la invocación de razones productivas y económicas, más pendientes de la posible aportación de las personas, aún a sabiendas de su avanzada edad, al sistema productivo”<sup>4</sup>.

La dulcificación de la rigidez de la edad se ha producido a través de las posibilidades establecidas por el sistema para que el trabajador se jubilara anticipadamente. En esta situación pueden distinguirse claramente varias modalidades: anticipaciones de la edad mínima ordinaria en función de la actividad desarrollada<sup>5</sup>; anticipación de la edad por la situación de discapacidad del trabajador; anticipación de la edad que se produce bien por causas no imputables al trabajador o bien por voluntad del interesado, a las que se refiere en la actualidad el art. 161 bis de la LGSS<sup>6</sup>. E incluso entre esta podrían incluirse las jubilaciones parciales, antes de la edad ordinaria, como medida de reparto del empleo.

También podría entenderse una manifestación de la flexibilización en la edad de jubilación la eliminación, por dos veces ya, de la posibilidad que se ofrecía por la DA 10<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores de permitir que los convenios colectivos establecieran edades de jubilación forzosa como medida de fomento del empleo<sup>7</sup>.

A todo ello se une, dentro de la idea de gradualidad o progresividad, el establecimiento de posibilidades para compatibilizar el trabajo a tiempo parcial con la pensión de jubilación a tiempo parcial que es el objeto de la sentencia que se comenta. Y es que el concepto de flexibilidad afecta también a la propia contingencia de la jubilación, ya no sólo a las posibilidades que deja al trabajador en cuanto a la elección de adelantar o retrasar la edad de jubilación, sino también a la posibilidad de compatibilizar la pensión con el desempeño con una actividad laboral sea cual sea el momento<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> En “La política contemporánea de jubilación: algunos dilemas y algún contrasentido”, en AAVV, Tratado de jubilación: Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación, Coord. López Cumbre, Editorial Iustel, Madrid, 2007, pág. 395.

<sup>5</sup> Referida a la reducción de la edad en los trabajos de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad. Sobre esta cuestión, en general, puede verse Barrios Baudor, G.L. y Sempere Navarro, A.V., en La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, Aranzadi, Elcano, 2000, pág. 203.

<sup>6</sup> Son fórmulas que permiten la anticipación en la misma con la finalidad de proteger a los trabajadores de mayor edad que al perder su trabajo tienen muy complicado reintegrarse en el mercado de trabajo nuevamente.

<sup>7</sup> Véase al respecto Álvarez Cortés, J.C. “Un efecto más de la jubilación gradual y flexible: la imposibilidad de fijar edades de jubilación forzosa en la negociación colectiva” TL nº 75, 2004 y Álvarez Cortés, J.C. y Pérez Yáñez, R.M. en “La Ley 14/2005, de 1 de julio: nuevamente sobre la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo”, Relaciones Laborales t, II, 2005.

<sup>8</sup> Como indica Alarcon Caracuel, M.R., “El concepto de jubilación flexible”, TL nº 66, 2002, 122-123.

En definitiva, como indica BORRAJO DACRUZ “más que a edad cronológica habría que estar a la edad biológica, o mejor aún, habría que estar en una categoría multidimensional en la que entrasen, en conexión e interdependencia: factores somáticos, psíquicos, económicos, sociales, culturales, entre otros posibles”<sup>9</sup>, quizás por ello la doctrina se ha planteado el concepto de “jubilación a la carta” en la que el trabajador elegirá, en caso de que cumpla los requisitos oportunos en cada una de las situaciones, el momento que, según sus necesidades, más le convenga para jubilarse.

## 2. UNA MANIFESTACIÓN DEL LLAMADO “ENVEJECIMIENTO ACTIVO”: LA JUBILACIÓN PARCIAL

Puede verse en las sentencias que se comentan como los actores de las mismas son trabajadores que redujeron voluntariamente su jornada de trabajo y comenzaron a percibir una pensión de jubilación parcial, compatible con el trabajo a tiempo parcial que venían realizando.

Esa mezcla y mantenimiento simultáneo de trabajo a tiempo parcial y pensión parcial es “la auténtica seña de identidad de la jubilación parcial”<sup>10</sup>. Aunque, a decir verdad, ello será así siempre que se produzca desde la situación de activo, esto es, cuando el trabajador decide jubilarse parcialmente, no en el caso del jubilado que decida trabajar parcial o, ahora como novedad tras el RD-Ley 5/2013, a tiempo completo, ya que en este supuesto nos encontraríamos con otra situación, con régimen jurídico distinto: la jubilación flexible<sup>11</sup>. Nueva regulación que, por cierto, y como anteriormente se apuntó, rompe el criterio general de la incompatibilidad entre la pensión de jubilación contributiva y el trabajo del pensionista que venía recogiendo tanto en la LGSS como en el art. 16 de la Orden de 18 de marzo de 1967.

<sup>9</sup> En “Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible”, AL n° 2, 2003, pag 390.

<sup>10</sup> Como indica García Perrote Escartín, I, en “La jubilación parcial y contrato de relevo”, en AAVV, Tratado de jubilación, op. cit., pág. 1017

<sup>11</sup> Ha de recordarse que la “jubilación flexible” como término que utiliza el art. 1 de la Ley 35/2002 “puede llevar a confusión, pues ha referido la mención jubilación flexible a sólo un supuesto específico de ella, el de compatibilidad de la pensión de jubilación ya obtenida con un posterior trabajo a tiempo parcial. El concepto de jubilación flexible es genérico e incluye a todos los supuestos de alteración de la regla de la jubilación total y completa a los 65 años”, como indica Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M, en “La flexibilidad de la edad de jubilación”, RL t. II, 2002, versión leydigital.es, pág. 14. De hecho, en términos generales, podría decirse que “la jubilación parcial es una manifestación más de la jubilación flexible en relación a las condiciones de la percepción de la prestación”, como indica PUMAR BELTRÁN, N., en “La jubilación parcial como manifestación de flexibilidad”, TL n° 82, 2005, pág. 139.

La jubilación parcial requiere una novación del contrato, por supuesto acordada con el empresario, que conlleve una reducción de la jornada del trabajador que va a jubilarse parcialmente entre unos límites establecidos a modo de horquilla por la norma<sup>12</sup>, y cumpliendo el resto de requisitos (antigüedad en la empresa, período de cotización previo y por supuesto, la edad) el trabajador podrá acceder así a la pensión de jubilación reducida de forma inversamente proporcional al tiempo de dedicación en la actividad.

Pero hay una clase de jubilación parcial, la anticipada, esto es, la que se realiza antes de la edad ordinaria de jubilación, que legalmente requiere otro requisito adicional consistente en la necesaria celebración de un segundo contrato de trabajo, llamado contrato de relevo, que puede ser o no a tiempo parcial con otra persona. Esta medida fue diseñada como de política de empleo o reparto de trabajo.

Es en esta segunda situación, la jubilación parcial anticipada, y sus condicionantes, en la que se centran las sentencias que se comentan. Pero creemos que sería interesante ver de forma previa cómo se introduce este tipo de jubilación en nuestro ordenamiento, quizás para comprender mejor la situación de los hechos de las sentencias que posteriormente se comentarán.

Con motivo de la Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, celebrada en Madrid en 2002, la Comisión Europea presentó una Comunicación denominada “La respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial. Promover el progreso económico y social en un mundo en proceso de envejecimiento” (COM 2002, 143 final), en la que se promueve el concepto de “envejecimiento activo” con la intención de dar respuesta a una serie de desafíos comunes para la UE y sus Estados miembros: “hacer frente a los efectos económicos del envejecimiento a fin de preservar el crecimiento y el saneamiento de las finanzas públicas; dar una respuesta adecuada al desafío que plantean el envejecimiento y la disminución de la mano de obra; garantizar pensiones adecuadas, viables y adaptables y asegurar el acceso de todos a una atención sanitaria de calidad, preservando al mismo tiempo la viabilidad financiera de los sistemas de salud”. Ello implica respecto de la jubilación, entre otras cosas, el impulso de la prolongación de la vida activa, la promoción de una jubilación más tardía y progresiva y la potenciación de la jubilación activa. Dicho de otro modo, es bueno alargar la vida laboral de los trabajadores en un marco lo suficientemente flexible para que pudiera dar respuesta a todas las especiales situaciones de este colectivo. Y es que, como ha indicado certeramente LÓPEZ GANDÍA, “las nuevas relaciones entre pensión de jubilación y trabajo son por

<sup>12</sup> Aunque en la regulación inicial de 1984 era una reducción fija (50% de jornada), en las posteriores regulaciones se establecieron una horquilla, que ha cambiado en varias ocasiones a lo largo de estos años.

otro lado una muestra más del llamado Estado del Bienestar ‘activo’, del nuevo papel de las prestaciones de Seguridad Social en relación con la actividad, esto es, del paso de un sistema de protección social identificado con la sustitución de rentas del trabajo exclusivamente a un sistema de prestaciones al servicio de la recolocación”<sup>13</sup>.

Aunque este concepto de “envejecimiento activo” ha sido impulsado (hasta incluso convertirlo en motivo de un “Año Europeo” en 2012), el debate sobre la jubilación flexible en la Comunidad Europea tiene su origen en la Recomendación del Consejo relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación (82/587/CEE). Por la misma se invitaba a los Estados miembros a que se implantaran dentro de los respectivos sistemas de protección social mecanismos para conseguir flexibilización en la jubilación, en el sentido de permitir a los beneficiarios que pudieran elegir el momento en que puedan beneficiarse de su pensión de jubilación. Curiosamente, y sin todavía pertenecer a la misma, desde 1984 nuestro ordenamiento laboral y de Seguridad Social implanta la modalidad de jubilación parcial, a través de la Ley 31/1984, desarrollada por el RD 1991/1984: se permitió esta situación de compatibilización del trabajo a tiempo parcial con la pensión de jubilación parcial a partir de los 63 años y siempre que se redujera por el trabajador su jornada de trabajo en un 50%<sup>14</sup>.

Ya siendo miembros de la CEE, en 1993, el Consejo dictó otra Resolución sobre los regímenes flexibles de jubilación (93/C 188/01), en la que se formula el deseo “de que las personas mayores puedan seguir desempeñando un papel activo en la sociedad ... y puedan mantener un vínculo con el mercado de trabajo” por lo que se invitaba a los Estados miembros a que adaptasen sus políticas de empleo “para que se puedan ajustar con flexibilidad a los cambios demográficos y a la modificación de las estructuras de edades de la población activa”. Evidentemente, esta Resolución se vió reflejada en el Pacto de Toledo de 1995, tal y como anteriormente se dijo. No obstante ello, en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social no se adoptaran medidas para hacer efectivas las recomendaciones del Pacto de Toledo referidas a esta cuestión, hubo de esperar hasta 1998 (al hilo de la implantación de la Directiva 97/81/CE de Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial y del Acuerdo sobre Trabajo a Tiempo Parcial suscrito con los agentes sociales en España, salvo la patronal) cuando se adoptó

<sup>13</sup> En Jubilación parcial, Bormarzo, Albacete, 2004, pág. 7.

<sup>14</sup> Un desarrollo de la normativa europea e interna sobre la jubilación parcial puede seguirse con detenimiento en Paredes Rodríguez, J.M., en La jubilación parcial en el sistema español de seguridad social, CES, Madrid, 2008, págs 43 a 65.

el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, que modificó el art. 12.6 del ET. Fue desarrollado por el RD 144/1999, de 29 de enero. Fruto de esta modificación normativa, se flexibilizaron los requisitos de la jubilación parcial, ampliando la reducción máxima de la edad para acceder a la jubilación parcial, a los 60 años, y se modificó el porcentaje de reducción de jornada a modo de horquilla entre un máximo y un mínimo.

Durante los años 2000 y 2001, la política comunitaria sigue incidiendo en esta cuestión: la Comunicación de 11 de octubre de 2000 sobre “Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: pensiones seguras y viables” COM (2000) 622 final o la Comunicación de 3 de julio de 2001 sobre “Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pensiones seguras y viables mediante un planteamiento integrado” COM (2001) 362 final sirven para estos objetivos de flexibilizar la edad de jubilación y permitir la permanencia de los trabajadores de más edad facilitando una jubilación gradual. La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad, viene a producir una importante modificación en el art. 12.6 ET en varias cuestiones de calado: se amplía la horquilla de reducción de jornada del jubilado parcial, se permite la jubilación parcial, sin necesidad de contrato de relevo, para los mayores de 65 años y se amplían las posibilidades de contratación respecto del contrato de relevo.

De otro lado, como consecuencia del Acuerdo de Pensiones de 2001 (este no suscrito por UGT) se adoptó el RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, que fue convertido Ley 35/2002, de 12 de julio, para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Esta norma ha sido, sin duda, el mayor impulso dado a la jubilación parcial desde 1984, eliminando las trabas producidas en la anterior legislación y usándola como mecanismo de política de empleo. Dicha norma fue desarrollada por el RD 1131/2002 que es el actualmente vigente<sup>15</sup> (aunque han de tenerse en cuenta las modificaciones producidas por el RD-Ley 5/2013).

La Ley 35/2002 ha establecido la estructura de cómo ha de formularse la compatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación, estableciendo junto a la conocida jubilación parcial otra forma de compatibilización: la jubilación

<sup>15</sup> Críticos con esta reforma, al menos desde la perspectiva de su adaptación a la regulación comunitaria, son del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C., que indican que esa perspectiva de conjunto vinculada a la puesta en práctica de una reforma de la regulación de la pensión de jubilación en la que se contemplan la perspectiva de la Seguridad Social, de política económica y de política de empleo con todos los matices, sin duda, “no se halla de forma suficientemente presente en las reformas que estamos analizando, aun cuando es uno de los objetivos recogidos en la Comunicación de la Comisión de 3 de julio de 2001” en *La jubilación gradual y flexible: aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*, Tirant lo blanch, 2004, pág. 25

flexible<sup>16</sup>. Desde luego son dos situaciones distintas: la jubilación parcial es para personas en activo que desean reducir su jornada de trabajo y compatibilizar con una pensión de jubilación parcial y la jubilación flexible supone que un pasivo, un trabajador ya jubilado, vuelve a acceder al mercado de trabajo a través de un contrato a tiempo parcial, viendo por ello reducida su pensión en proporción inversa a la jornada de trabajo a tiempo parcial realizada.

La Unión Europea ha seguido en la senda del “envejecimiento activo”<sup>17</sup> y nuestros legisladores no han sido menos, puesto que han venido a modificarse la jubilación parcial, en el art. 4 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social<sup>18</sup> y a partir de esta fecha, con la crisis económica, se han dictado dos normas<sup>19</sup> que recortan el derecho al acceso a las pensiones de jubilación parcial, y con especial virulencia contra la modalidad “anticipada”. Realmente es un “recorte sobre recorte”, la primera de ellas preveía un recorte en la jubilación parcial, y la segunda, antes de que entre en vigor, la modifica haciéndolo más difícil acceder a la jubilación parcial anticipada. Así, la primera venía recogida en el art. 6 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Norma que no ha habido que entrar en vigor<sup>20</sup>, cuando el 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, la endurece, aún más si cabe, reduciendo las posibilidades para acceder a las prestaciones de jubilación parcial. El resultado final es que se mantienen, pues, dos tipos de jubilación:

<sup>16</sup> Por todos, véase, García Ninet, J.I.: “Jubilación parcial, jubilación flexible y contrato de relevo. Nuevos intentos de utilización de esta modalidad contractual. Reparto del empleo e incentivo a la prolongación de la vida laboral a tiempo parcial”, *Tribuna Social*, nº 247, 2003, pág. 7. Y, especialmente, como se inserta la legislación española sobre la jubilación flexible en el seno de la normativa europea, puede verse López Cumbre, L., en “El marco comunitario y la legislación española sobre jubilación flexible”, *RMTAS* nº 37, 2002.

<sup>17</sup> En el Consejo Europeo celebrado en Barcelona en marzo de 2002 o en la Estrategia Europea de Lisboa de 2005, por ejemplo.

<sup>18</sup> Sobre las modificaciones producidas por esta norma, PALOMINO SAURINA, P., en “La jubilación pacífica tras la Ley 40/2007”, *RGDTSS* nº 17, 2008.

<sup>19</sup> Tendría que haber entrado en vigor el 1 de enero de 2013, pero la DA 1º del RD-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de la gestión y protección social en el sistema especial para empleados del hogar y otras medidas de carácter económico y social, estableció que “De conformidad con lo establecido en el párrafo anterior, la regulación de las modalidades de acceso anticipado a la jubilación, así como de la jubilación parcial, se regirá por lo establecido en la legislación vigente a 31 de diciembre de 2012, si bien las referencias a la edad de jubilación ordinaria se entenderán realizadas a la contenida en el artículo 161.1.a) y disposición transitoria vigésima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada, respectivamente, por los apartados uno y dos del artículo 4 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.”

A) La jubilación parcial sin contrato de relevo

Que como se conoce es la que se produce desde que el trabajador cumple la edad de jubilación ordinaria. En este caso, la modificación es leve puesto que sólo se ha modificado la horquilla de reducción de jornada del jubilado parcial entre un 25 y un 50% de la jornada de un trabajador a tiempo completo.

B) La jubilación parcial con contrato de relevo o jubilación parcial “anticipada”

Esta es la que se produce cuando se cumple una determinada edad. El RD-L 5/2013, de 15 de marzo, se afana en crear una escala de transición, hasta el 2027, con una doble entrada, dependiendo de que se tengan 33 años cotizados o más, la diferencia es que cuando entre plenamente en vigor, con 33 años cotizados la edad máxima de anticipación serán los 65 años, y si se tienen 36,5 años cotizados, la edad máxima de anticipación serán 63 años.

Así pues, con respecto a las normas anteriores además de aumentar la edad y el período mínimo de cotización (antes era de 30 años), salvo para las personas con discapacidad superior al 33%, que sólo se exigen 25 años, se contemplan las siguientes modificaciones:

- Se reduce la horquilla de reducción de jornada del jubilado parcial entre un 25 y un 50%, hasta el 75% si el relevista ha sido contratado a tiempo completo de forma indefinida (antes era entre un 25 y un 75%, pudiendo llegar al 85%).
- Si se contrata a un relevista a tiempo completo e indefinido “deberá mantenerse al menos durante una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación.
- Durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que hubiera correspondido de seguir éste trabajando a tiempo completo.

En definitiva, con estas nuevas reglas podemos vaticinar la extinción “por desuso” de la figura de la jubilación parcial anticipada. No creemos que sea una forma de fomentar el “envejecimiento activo”, solo una forma de ahorrar en costes de pensiones. Aquella filosofía de un paso progresivo para procurar una mejor adaptación de la persona trabajadora a su nueva situación de jubilado desde luego no podrá conseguirse con la jubilación parcial anticipada ya que se encarece para el empresario el coste de las mismas (tanto en cotizaciones como en salarios en caso de contratar a alguien a tiempo completo indefinido).

Quizás la gradualidad se lleve con las jubilaciones parciales “sin necesidad de contrato de relevo”, esto es, para los trabajadores que ya cumplen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, que podrán mante-

nerse un período más prolongado en el sistema productivo. Y ello se producirá en el futuro, sin duda. Especialmente, en los casos en los que tras la determinación de las pensiones con las nuevas bases reguladoras de 25 años, trabajadores con carreras cortas de seguro, se den cuenta que la pensión que la que podrían corresponderles sería la mínima (que, por cierto, con la Ley 27/2011 se limita la cuantía de los complementos a mínimos con la cuantía de la pensión no contributiva), por lo que les será más beneficioso continuar en activo, prestando servicios, para poder seguir aportando rentas suficientes para el mantenimiento de sus familias (compatibilizando, quizás con las pensiones de jubilación parcial). Esto es, podrá producirse un temor cierto de este colectivo a un sistema de pensiones que ya no podrá ofrecerles rentas de sustitución de los salarios dejados de percibir. Junto a ello otra cuestión: es posible que en el futuro los empresarios españoles mantengan la cultura de “obsolescencia” de los trabajadores mayores; desde luego, con la regulación actual, en aplicación de los arts. 51 y 52 del ET es muy fácil desprenderse de trabajadores (mayores o no), por lo que la determinación de mantenerse en activo de una persona madura ya no dependerá de él mismo sino de la consideración que tenga la empresa al respecto de los servicios prestados, pudiera ser posible, aunque de forma remota, que a la empresa realmente le interesara mantenerlos en plantilla por la experiencia que puedan aportar.

En fin, difícil panorama para este colectivo de trabajadores. El tiempo determinará si efectivamente los mayores querrán o podrán salir del mercado de trabajo cuando hayan cumplido la edad de jubilación.

### **3. LA EXTINCIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL JUBILADO PARCIAL**

Pues bien, en este orden de cosas, los actores de las sentencias que dan origen a este comentario se encontraban en situación de jubilación parcial y, por el porcentaje de reducción de su jornada, se deduce que anticipada<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> El art. 166.2 c) de la LGSS, permite una horquilla de la reducción de su jornada de trabajo entre un mínimo de un 25 % y un máximo del 75 %, “o del 85 % para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida”. La obligación de contratar a un relevista sólo lo es para las jubilaciones parciales de los trabajadores que no hubieran cumplido la edad “ordinaria” de jubilación prevista en el art. 161 de la LGSS.

Como ya dijimos hace tiempo, este tipo de jubilación está íntimamente ligada al régimen jurídico laboral de la contratación ya que, al menos para los menores de la edad ordinaria de jubilación se convierte en una verdadera fórmula de política de empleo y reparto de trabajo<sup>21</sup>.

Es necesario que haya de contratarse a un trabajador relevista para poder obtener la prestación de jubilación parcial<sup>22</sup>, por lo que si durante la vigencia del contrato de relevo, “antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o a la anticipada”, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada (mediante contrato de relevo con jornada que será como mínimo igual a la que realizaba el trabajador cesado que tendrá que realizar en el plazo de 15 días naturales desde el cese). Una vez que el trabajador ha cumplido la edad ordinaria de jubilación, no bonificada o anticipada, a la empresa no se le exigirá la celebración simultánea de un contrato de relevo.

La idea es que han de mantenerse los dos puestos de trabajo, por ello también se regula la extinción del contrato a tiempo parcial del jubilado parcial en la DA 2ª del RD 1131/2002: si el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación “ordinaria o anticipada” y no se procediera a su readmisión: la empresa deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por éste dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador que se encuentre en situación de desempleo que tuviese con la empresa un contrato de duración determinada (mediante contrato de relevo). En cualquier caso, la jornada del nuevo contrato de relevo será como mínimo igual a la que realizaba el jubilado parcial. En el supuesto de que la jornada de trabajo del relevista fuera superior a la jornada dejada vacante, la ampliación tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada ordinaria máxima legal. Además, la nueva contratación se hará en el plazo de 15 días naturales siguientes a la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido.

<sup>21</sup> En Lecciones de derecho del empleo, Tecnos, Madrid, 2006, págs 442 y sigs. Como indica López Gandía, J, “Otro de los efectos que también se valoran como positivos de la jubilación parcial, cuando va acompañada de un contrato de relevo, es que puede facilitar el adiestramiento y la transferencia de experiencias y de saber profesional del trabajador que se jubila al trabajador relevista contratado por la empresa para su sustitución parcial”, op. cit, pág. 23.

<sup>22</sup> Nuevamente, López Gandía, J., op. cit, de manera que el acceso a la jubilación parcial por el trabajador no suponga perjuicios para la Seguridad Social, “al compensarse con las cotizaciones que siguen ingresando en las arcas de la Seguridad Social a cargo de nuevos trabajadores”, pág. 9

En ambos casos anteriores, si el empresario incumple sus obligaciones deberá de abonar a la entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial, desde el momento de la extinción del contrato de trabajo hasta el momento en que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o a la anticipada<sup>23</sup>.

Pues bien, en esta situación a la empresa no le suponía ningún coste extra la situación de jubilación parcial (y sí algún beneficio si los salarios del trabajador relevista eran inferiores por no aplicarle complementos de antigüedad, por ejemplo) sólo tenía que comprometerse a mantener el empleo tanto del relevista como del jubilado parcial, al menos hasta que éste cumpliera la edad ordinaria de jubilación. Repetimos, lo dicho más arriba, ahora con el RD-Ley 5/2013 esta situación ha cambiado puesto que a la empresa ya le supone un coste extra mantener la situación de jubilación parcial anticipada.

Por su parte, el art. 16 d) del RD 1131/2002 establecía como causa de la pensión de jubilación parcial: “La extinción del contrato de trabajo a tiempo parcial, realizado por el jubilado parcial, salvo cuando se tenga derecho a prestación de desempleo, compatible con la jubilación parcial, o a otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones percibidas en aquel, en cuyo caso la extinción de la jubilación parcial se producirá en la fecha de la extinción de las mismas.

Lo previsto en el párrafo anterior, no será de aplicación a las extinciones del contrato de trabajo declaradas improcedentes, en cuyo caso se mantendrá el derecho a la jubilación parcial, sin perjuicio de las obligaciones establecidas en la disposición adicional segunda de este Real Decreto”.

Y aquí es de lo que se trata en la interpretación de las sentencias del Tribunal Supremo 308/2013 y 727/2013, sala IV, de 22 y 30 de enero de 2013: determinar si un trabajador jubilado parcial, cuyo contrato de trabajo temporal a tiempo parcial se extingue por despido colectivo que afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa, tiene o no derecho a continuar en situación de jubilación parcial.

<sup>23</sup> En las causas de extinción de la pensión de jubilación parcial puede verse el cambio de filosofía de la norma, desde un simple mantenimiento en el mercado laboral de las personas de más edad a una política de reparto del empleo por lo que en momentos anteriores, con la regulación del RD 144/1999 la simple extinción de la relación laboral del relevado no extinguía la jubilación parcial anticipada. Así lo indica, Calvo Gallego, J., en *El acceso progresivo a la jubilación: del contrato de relevo a la jubilación parcial*, CARL, Sevilla, 2002, pág. 133. No obstante, Garrido Pérez, E, matiza esta interpretación en el sentido de que habría que distinguir (como así posteriormente fue regulado en el RD 1131/2002) entre extinciones del contrato de trabajo que fueran imputables al trabajador jubilado parcial, de las que no lo fueran, en “Contrato de relevo y jubilación parcial”, en AAVV, *Trabajo a tiempo parcial*, Francis Lefebvre, Madrid, 1998, pág. 96.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social entendía que este despido, producido en el marco de una extinción colectiva de los contratos de trabajo por el Juzgado de lo Mercantil en un proceso de concurso voluntario, equivalía a un despido procedente. Con dicha interpretación, extinguidas las prestaciones por desempleo correspondiente, se vería también extinguida la prestación por jubilación parcial.

Los reclamantes entienden que dicha extinción habría de equivaler a un despido “improcedente” por lo que, de conformidad con el último párrafo del art. 16 del RD 1131/2002, se tendría que mantener el derecho a la jubilación parcial.

Este supuesto tiene además la particularidad del cese total de la actividad mercantil ya que tampoco existe trabajador relevista al que poder ampliar la jornada ni posibilidad de que se contrato a otro trabajador para cubrirla.

Pues bien, el Tribunal Supremo dirime esta controversia en el sentido de entender que ha de producirse una equiparación de la calificación de los despidos colectivos de la totalidad de la plantilla de la empresa en que prestaba sus servicios el trabajador jubilado parcial con contrato a tiempo parcial como “improcedentes” a los efectos de lo dispuesto en el art. 16.d). Y ello al poderse configurar como una extinción “ajena a la voluntad del trabajador”, aplicando a la interpretación lo dictado en el art. 51 del ET, vigente en dicho momento, ya que para delimitar la procedencia de acudir a tal procedimiento extintivo colectivo, el ET hace referencia específica a las extinciones de los contratos de trabajo a iniciativa del empresario “en virtud de motivos no inherentes a la persona del trabajador”. Además utiliza la filosofía de las causas de extinción recogidas en el art. 49 del ET, distinguiendo la extinciones colectivas de la extinción recogida en el apartado k) “por despido del trabajador”, tal situación permite entender fundamentos comunes de unas causas y de otras, “y referir al despido disciplinario la calificación estricta de improcedencia pero ampliándola para comprender en ellas las formalmente procedentes extinciones contractuales mediante despidos colectivos por causas lógicamente no inherentes a la persona del trabajador a los fines del citado art. 16.II del Real Decreto 1131/2002” .

Para dar más forma a dicha argumentación, se utiliza la doctrina de la propia sala referida a la extinción de los contratos del relevista y del jubilado parcial por despido colectivo<sup>24</sup> en las que el propio INSS no denunció la infracción del art. 16 del RD 1131/2002 , que se refiere a la extinción de la pensión de jubilación parcial, “probablemente porque admite que no existe causa para tal extinción”.

<sup>24</sup> En SSTs/IV 29 de mayo de 2008 (rcud 1900/2007), de 23 de junio de 2008 (rcud 2930/2007 ), 23 de junio de 2008 (rcud 2335/2007), de 16 de septiembre de 2008 (rcud 3719/2007) y 19 de septiembre de 2008 (rcud 3804/2007).

Finalmente, fortalece su argumentación con sentencias dictadas en casos análogos con relación a otras materias de Seguridad Social, como la calificación de una jubilación como involuntaria y no voluntaria a los efectos de acceso a pensiones de jubilación anticipada a través de la DT 3ª.1.2ª LGSS, en cuya doctrina de la Sala se ha “calificado de involuntaria la jubilación anticipada en virtud de despido colectivo autorizado en un ERE (art. 51 ET), a diferencia de los supuestos de acuerdo conjunto de empresario y trabajador (art. 49.1.a ET) calificados como jubilación voluntaria”<sup>25</sup>.

Corolario de todo ello, es que, dado que se trata de una extinción por causas objetivas y lo que la norma trata de evitar son aquellas situaciones en las que el trabajador jubilado parcial extingue voluntariamente o por causa a él imputable el contrato de trabajo, “debe entenderse que, por el contrario, no existe razón para extinguir la referida prestación de jubilación parcial si la extinción del contrato lo es por despido improcedente lo que debe ser extensivo a aquellos supuestos, como el presente, en el que el contrato, del mismo modo que cuando es improcedente, se ha extinguido por voluntad del empresario o por causa ajena, en todo caso, a la voluntad del trabajador”.

En aplicación de esta correcta doctrina, el jubilado parcial que vea extinguido su contrato de trabajo por despido colectivo, autorizado por el Juzgado de lo Mercantil, tendrá derecho a continuar en situación de jubilación parcial desde la fecha de tal extinción contractual o desde

la de finalización de la percepción de la prestación por desempleo hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada.

Una parte de la doctrina se planteaba para estos supuestos “el interrogante no resuelto... de cómo se calcularía la correspondiente pensión de jubilación total en el momento de causar derecho a ella”<sup>26</sup>. En principio, si estuvo cobrando la prestación por desempleo, compatible con la jubilación parcial (que en el momento actual, con los 6 años de permanencia en la empresa llegaría a los dos años) es más que posible que llegue a la edad de jubilación ordinaria mientras que percibe la prestación por desempleo (lo cual será causa de extinción de ambas en aplicación del art. 16 del RD 1131/2002 y 213 .1. e) de la LGSS), por lo que no se verá afectado ya que en el nivel contributivo de la protección por desempleo se cotiza a la Seguridad Social. En el caso de que no tuviera derecho a la protección por desempleo, creemos que habrá de aplicarse por analogía la DA 2ª del RD 1131/2002 respecto de la base reguladora<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Señalando, por todas, la STS de 25 de octubre de 2006 (rcud 2318/2005, dictada en Sala General)

<sup>26</sup> Del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C., op. cit., pág. 112.

<sup>27</sup> Así lo indica, Calvo Gallego, J., op.cit., pág. 136.