



La limitación de las prejubilaciones en los procesos de reestructuración empresarial: efectos derivados del proceso de transformación del sistema de seguridad social*

The limitation of pre-retirements in the business restructuring processes: effects derived from the process of transformation of the social security system

{ José Eduardo López Ahumada }**

* Recibido: 5 de septiembre del 2018. Aceptado: 22 de marzo del 2019.

** Doctor en Derecho y profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá de Henares. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Subdirector e investigador titular de Instituto Universitario en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá (IELAT). Director de la Revista Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social, editada por Cinca S. A. (Madrid, España, ISSN: 2445-0472). doi: <https://doi.org/10.18601/25390406.n3.05>

RESUMEN

El recurso a las prejubilaciones en los procesos de reestructuración empresarial tiene importantes efectos desde el punto de vista del empleo y del sistema de protección social. Las prejubilaciones conviven en un contexto de concurrencia conflictiva respecto de la amenaza que pueden representar para el sistema público de pensiones. El envejecimiento de la población y los datos desesperanzadores del comportamiento y evolución de la población activa son, sin duda, factores esenciales, ya que condicionan la propia viabilidad del sistema de protección contributivo y las posibilidades reales de reparto entre los colectivos objeto de protección. El tratamiento de la prejubilación y las reestructuraciones de empresa no se limitan a su análisis desde la perspectiva de las políticas de gestión empresarial, sino que, junto a dicho enfoque, es preciso tener en cuenta las condiciones propias del sistema de seguridad social y sus posibilidades de financiación.

PALABRAS CLAVE:

Prejubilación; seguridad social; reestructuración empresarial.

ABSTRACT

The use of early retirement in business restructuring processes has essential effects in the light of employment and the social protection system. Early retirements coexist in a context of conflicting concurrence regarding the threat they may pose to the public pension system. The aging of the population and the hopeless data of the behavior and evolution of the active population are, without a doubt, essential factors, since they condition the viability of the contributory protection system and the real possibilities of distribution among the groups subject to protection. The treatment of early retirement and corporate restructuring is not limited to its analysis from the perspective of business management policies, but, together with this approach, it is necessary to take into account the conditions of the Social Security system and its possibilities of financing.

KEYWORDS

Early retirement; social security; corporate restructuring.

INTRODUCCIÓN

La propia situación financiera de la seguridad social ha motivado la realización de importantes cambios legislativos que afectan a las prejubilaciones. Las últimas reformas en materia de jubilación y desempleo han endurecido las posibilidades de acceder a la prejubilación con el fin de aligerar el gasto público en pensiones. En este sentido, se han adoptado medidas orientadas a garantizar la sostenibilidad del gasto del sistema público de seguridad social en las pensiones y ello se ha producido mediante el endurecimiento de las jubilaciones anticipadas y parciales, así como el fomento de la prolongación de la vida laboral de los trabajadores más allá de la edad ordinaria de retiro. Estas medidas correctoras en materia de seguridad social son una contra respuesta al margen de acción de las prejubilaciones reconocido tradicionalmente.

La prejubilación se encuentra en una difícil tesitura debido al actual marco regulador de nuestro sistema de seguridad social español. Por un lado, las prejubilaciones se han visto limitadas por el endurecimiento de las condiciones de acceso a la jubilación y, por otro, la normativa ha tenido que contemplar necesariamente un cierto espacio de acción para las prejubilaciones, aunque este sea cada vez menor¹. Efectivamente, la compleja situación de las empresas y la propia singularidad del mercado de trabajo siguen motivando la necesidad de las empresas de realizar ajustes en materia de empleo, como vía de mejora de su situación financiera. Las empresas ciertamente demandan este margen de maniobra a los poderes públicos. Es decir, las empresas siguen estando interesadas en tener vías efectivas para seguir realizando importantes ajustes en sus plantillas. Esto permite a las empresas adaptarse a las necesidades de un mercado cada vez más competitivo, que estimula las políticas empresariales de fusiones, absorciones o incluso adquisiciones de empresas. Ciertamente, los procesos de concentración de la actividad empresarial, pueden favorecer que las empresas recurran a las prejubilaciones y contemplen la reducción de plantilla como una solución inminente a la reducción de los costes salariales². En este contexto, la

1 Es preciso tener en cuenta que la noción de *prejubilación* es sumamente flexible y no responde a un único modelo en la práctica. En este sentido, podemos destacar importantes reflexiones sobre las prejubilaciones, en especial a sus tipologías que pueden encontrarse en los siguientes trabajos. Ver Lourdes López Cumbre, *La prejubilación* (Madrid: Civitas, 1998), 96-ss. José Luis Gil y Gil y Juan Antonio Sagardoy y Bengoechea. “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, en *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (Madrid: IUSTEL, 2007), 1101-ss.

2 En este sentido, se podría afirmar que las prejubilaciones obedecen a planes estratégicos de las empresas orientados a la gestión de sus recursos humanos, teniendo siempre como referente necesario la consiguiente política de costes salariales y sociales (gasto en cotizaciones). Así pues, las empresas promocionan programas colectivos de prejubilación como un ejemplo más de ingeniería financiera. Las prejubilaciones no cuentan con una regulación propia. Por ello, tienen que articularse con imaginación, combinando previsiones propias en acuerdos colectivos con los márgenes previstos por la

prejubilación sigue teniendo su relevancia práctica, dado que es un instrumento de gestión empresarial de las plantillas.

En este estudio no se va a realizar un análisis a profundidad de la prejubilación, sino que se intentará analizar los aspectos relacionados directamente con los procesos de reestructuración empresarial y se prestará especial atención a sus consecuencias derivadas de la crisis económica. Esta etapa es importante porque ha informado y motivado la reforma del desempleo y, especialmente, de la jubilación, que ha incidido en la figura de la prejubilación. Se trata de medidas legislativas que se entienden en el nuevo rumbo que han tomado los sistemas de seguridad social, con el fin de hacer frente a sus necesidades financieras de sostenimiento. Ello explica los importantes ajustes previstos. Sin duda, se está ante uno de los efectos esenciales del cambio normativo que afecta a la prejubilación. Los retiros anticipados se han visto limitados directamente por la reforma de la jubilación para evitar su repercusión negativa en la edad real de retiro, muy por debajo de la edad de jubilación ordinaria prevista legalmente. Con todo, sigue existiendo un importante margen de acción que posibilita el diseño empresarial de los planes de prejubilación. De este modo, se permite legalmente un cierto espacio al ajuste empresarial en virtud de los expedientes de regulación de empleo. Dichos expedientes pueden orientarse a colectivos de trabajadores de edad avanzada que pueden adherirse a la prejubilación a través de estos.

LAS LIMITACIONES AL RECURSO DE LA PREJUBILACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SITUACIÓN DE CRISIS FINANCIERA DE LOS SISTEMAS PÚBLICOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Las prejubilaciones no solo tienen un coste económico y organizativo para las empresas, sino que también tienen un importante coste social. La prejubilación condiciona la vida laboral de las personas que se retiran prematuramente, aumentan los niveles de desempleo y, en definitiva, el gasto en seguridad social. La prejubilación tenía un mayor espacio en los sistemas de reparto de la seguridad social, que funcionaban perfectamente en otros momentos históricos, donde la población tenía rentas más bajas y la esperanza de vida era mucho menor que la actual. Estos presupuestos permitían la viabilidad de las prejubilaciones en sintonía con el sistema de protección a la jubilación. Dicho sistema se asienta en un modelo de solidaridad generacional con base en las cotizaciones abonadas por las empresas y los trabajadores a la seguridad social. Y todo ello gracias a un complejo cauce de solidaridad en el seno de la generación afectada, sin perder de vista la propia solidaridad dinámica entre generaciones.

.....
regulación legal.

Sin duda, el aumento progresivo de la esperanza de vida y de la edad media de jubilación ha motivado la necesidad de reducir el coste en pensiones públicas a cargo de la seguridad social. La situación actual financiera de la seguridad social ha exigido la adopción de medidas en materia de protección social que afectan a las prejubilaciones. Se trata de cambios que conectan con el propio sostenimiento financiero de la seguridad social, que evitan el recurso ordinario a los fondos de garantía como vía de compensación de la solvencia financiera del sistema público de seguridad social. En efecto, el desajuste ha sido evidente especialmente durante la etapa de crisis. El aumento del desempleo y la reducción del número de cotizantes han intensificado la tendencia hacia un balance desequilibrado de la seguridad social.

La prejubilación no es una figura que se encuentre regulada expresamente en nuestra legislación de seguridad social y ello a pesar de la cuestión relativa a la conveniencia o no de regular, en particular, dicha contingencia. Solamente contábamos con una referencia genérica, que daba por entendido el concepto de *prejubilación*, que se refería a los acuerdos colectivos o al contrato individual³ de prejubilación [art. 161. bis. 2. d), 2.º párr. LGSS]. Actualmente no se prevé dicha referencia en el 161 bis. 2 d) en virtud de la redacción introducida por la Ley 27/2011, del 1.º de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social. Las posibilidades de aplicación de las prejubilaciones se han vinculado al propio acceso a las prestaciones públicas de desempleo y jubilación.

La prejubilación es una contingencia que si bien no tiene un marco jurídico específico si se ve condicionada por la normativa de seguridad social que contempla indirectamente su margen de acción. El régimen del desempleo contributivo, el subsidio asistencial de desempleo y las posibilidades de jubilación anticipada (y parcial anticipada) u ordinaria delimitan ineludiblemente su ámbito de aplicación. Asimismo, la prejubilación se encuentra incluso afectada por la propia regulación laboral, ya que la prejubilación coincide con situaciones de regulación de empleo. Las necesidades de ajuste en materia de seguridad social convivía con otros efectos derivado del propio proceso de reformas laborales, en la medida en que las reformas del bienio 2010 y 2011 permitieron la aplica-

3 En relación con las prejubilaciones acordadas en virtud de pactos individuales. Ver María Luz García Paredes, "Jubilación anticipada: trabajadores prejubilados en pactos individuales", *Actualidad Laboral*, n.º 17, T. II (oct. 2012): 1878-ss. Efectivamente, este tipo de prejubilación tienen menor repercusión desde el punto de vista de nuestro análisis, ya que su finalidad no es la reorganización de una plantilla en virtud de la modificación del estatuto de la empresa. Esta última vía es claramente un supuesto que deberá regularse de forma colectiva. Con todo, los acuerdos individuales son relevantes en la medida que pueden contener cláusulas especiales en relación con los trabajadores, ajenos al propio pacto colectivo, como sucede con el personal de alta dirección. Igualmente, estos pactos individuales son una vía para determinar condiciones especiales para trabajadores cualificados, que tienen una especial situación que no se encuadra en el régimen aplicado al conjunto de la plantilla.

ción de un despido por causas económicas más flexible, que coexistía con una regulación de la jubilación que permitía el recurso a la prejubilación con más intensidad⁴. De hecho, con carácter previo a la reforma de las pensiones en el 2011 aumentaron considerablemente los pactos de prejubilación en las grandes empresas sumidas en procesos de reestructuración, como sucedió, por ejemplo, en el Grupo Santander, Iberia o Bankia.

Desde el punto de vista práctico las fórmulas de prejubilación son ciertamente complejas. Las empresas recurren a fórmulas de prejubilación mediante la aplicación de una edad de jubilación inferior a la ordinaria o, incluso, acogiendo una edad de retiro menor vinculada a la jubilación anticipada. Hasta el momento en que se acceda a la jubilación el trabajador se encontrará en una fase de inactividad que será compensada en virtud del desempleo contributivo y, en su caso, asistencial unido a las compensaciones económicas a cargo de la empresa. Por tanto, a falta de una regulación concreta de la contingencia de prejubilación, las empresas tienen que confeccionar planes de prejubilación atractivos, que combinen la protección social por desempleo y la jubilación con complementos económicos empresariales.

EL IMPACTO DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL SOBRE LA FIGURA DE LA PREJUBILACIÓN

Las últimas reformas en materia de seguridad social han condicionado intensamente las posibilidades de acceso a la protección por jubilación. Básicamente mediante el retraso de la edad de jubilación ordinaria y los períodos de cotización previos para causar el derecho a la pensión. Igualmente, se ha limitado el propio recurso a las jubilaciones anticipadas ordinarias o parciales. Especialmente importante ha sido la penalización de las jubilaciones anticipadas, ya que generalmente las posibilidades de acogerse a los planes de prejubilación se basaban en las posibilidades propias del acceso a la modalidad de jubilación anticipada⁵. Por tanto, una forma de luchar contra la prejubilación es reducir la viabilidad de la jubilación anticipada, que convive con la tendencia de ampliación de la edad

4 Las reformas laborales realizadas durante el período de crisis económica han tenido efectos ciertamente transversales y evidentemente dichas medidas no han sido inocuas desde el punto de vista de la protección social. Ver Aurelio Desdentado Bonete, “Los despidos económicos en España: el sistema, su crisis y los límites de la reforma”, en *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía* (Valladolid: Lex Nova, 2011), 25-26.

5 Ciertamente, y en atención a los importantes costes que las prejubilaciones representan para el sistema de seguridad social, se considera necesario estimular un cambio en la concepción de dichos instrumentos de gestión de plantillas. Especialmente se considera adecuado alterar la propia cultura inherente al recurso a la prejubilación o a la jubilación anticipada en nuestro país. Ver Luis Enrique De la Villa y Lourdes López Cumbre, “Jubilación y prolongación de la vida activa (las mil y una jubilaciones)”, *Revista del Ministerio de Trabajo*, n.º 74 extraordinario en materia de seguridad social, (2008): 379-ss.

de jubilación ordinaria. Las jubilaciones anticipadas y parciales suponían un elevado coste para el sistema y las medidas recientemente adoptadas han pretendido reducir este coste para la seguridad social. Por otro lado, no debemos olvidar que las prejubilaciones en tiempos de crisis suponen un descenso del número de trabajadores cotizantes y a ello se une otro factor importante como es el hecho de que los trabajadores que se jubilan de forma anticipada generalmente cobran una pensión media más elevada que aquellos que se jubilan a la edad ordinaria.

Las reformas a la seguridad social propiciadas en el 2011 y el 2013 responden a la propia necesidad de los sistemas públicos de seguridad social que han sido impulsadas desde la propia Unión Europea. Ciertamente, la reforma de las pensiones se configura como uno de los grandes temas y se presenta como una pieza estructural que condiciona las cuentas públicas del Estado. La prejubilación es uno de los temas del bloque de reformas estructurales, en el que las instituciones europeas insisten en que hay que seguir profundizando⁶. El proceso comenzó con la reforma de las pensiones del 2011 (Ley 27/2011) que tenía como finalidad retrasar paulatinamente la edad legal de jubilación ordinaria, que en el 2018 se sitúa en sesenta cinco años y seis meses y que en el 2027 será de sesenta y siete años. Precisamente, uno de los problemas de este régimen ha sido el largo período de transición, unido a las complejas reglas de derecho transitorio, que se analizarán posteriormente y que tienen especial relación con el fenómeno de la prejubilación⁷.

La Comisión Europea entendió en su momento que dicho período transitorio era excesivamente dilatado⁸, y a raíz de dichas observaciones se han ido

6 Se trata de una demanda tradicional de la Unión Europea, así como de otros organismos internacionales, lo cual nos sitúa ante un tema activo y en permanente debate por parte del Gobierno español. De este modo, se analizan constantemente los posibles cambios que se están sucediendo de forma progresiva y escalonada.

7 En relación con el nuevo régimen de jubilación ordinaria y los efectos derivados del cambio de la edad de acceso, pueden consultarse los siguientes títulos. Ver González Ortega, Jesús. “Las nuevas edades de jubilación y sus efectos en la cotización y en la cobertura”. *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 29-30 (2012). Antonio Vicente Sempere Navarro y Rodrigo Martín Jiménez, “Actualización del sistema de seguridad social (I): antecedentes inmediatos”, *Aranzadi Social*, vol. 4, n.º 6 (oct. 2011): 11-34; Antonio Vicente Sempere Navarro, “Actualización del sistema de Seguridad Social (II): una visión sinóptica y global de la Ley 27/2011”, *Aranzadi Social*, vol. 4, n.º 7 (nov. 2011): 11-29; Antonio Vicente Sempere Navarro et al. *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto* (Madrid: Aranzadi Thomson Reuters, 2012); Daniel Toscani Giménez, “La reforma de la jubilación a edad ordinaria por la Ley 27/2011”, *Aranzadi social*, vol. 4, n.º 7 (nov. 2011): 149-175; Juan López Gandía y Daniel Toscani Giménez, *Las claves de la reforma de Seguridad Social* (Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2011); José Luis Tortuero Plaza, “La pensión de jubilación en el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y de modernización”, *Aranzadi Social*, vol. 4, n.º 3 (jun. 2011): 187-204; María Antonia Pérez Alonso, “La nueva pensión de jubilación y otras reformas en el sistema de seguridad social”, *Aranzadi Doctrinal*, n.º 9 (2012).

8 Sin duda, ese largo período de transición era uno de los motivos que permitieron el consenso en la materia, fundando el apoyo social por parte de UGT, CCOO, CEOE y CEPYME. Este proceso dilatado de consolidación de la edad de jubilación propició asimismo el apoyo político. En este sentido,

contemplando medidas posteriores que afectan a la prejubilación y que suponen el retraso de la edad real de jubilación. Concretamente, los ajustes subsiguientes se producirían en el 2013 en virtud del endurecimiento de la jubilación anticipada y parcial, que permitió profundizar en los cambios introducidos por la reforma del 2011⁹. Ciertamente, parecía un cierto contrasentido propiciar un retraso efectivo de la edad de jubilación ordinaria a los sesenta y siete años, sin afectar especialmente al acceso a la jubilación anticipada que permite el recurso a las prejubilaciones.

La ordenación de la edad ordinaria de jubilación tiene efectos directos en el empleo. El retraso de la edad de jubilación en virtud de la Ley 27/2011 incide en el momento justo de abandono del mercado de trabajo, lo que supone con carácter general que los trabajadores deberán permanecer más tiempo en el mercado de trabajo. Se produce el deseado efecto de una jubilación gradual y flexible¹⁰, pero condicionada a la prolongación de la vida laboral de los trabajadores y, en consecuencia, repercute en las medias empresariales tradicionalmente adoptadas sobre los trabajadores de edad avanzada con ocasión de los procesos de reestructuración empresarial. Efectivamente, la Ley 27/2011 ha supuesto un cambio esencial en materia de prejubilación (Disp. Ad. 16.ª LGSS), ya que el retraso de las edades de jubilación implica ineludiblemente que el acceso a las prejubilaciones es más costoso para las empresas, lo que desincentiva su recurso.

La Disp. Ad. 16.ª Ley 27/2011 se refiere a las prejubilaciones y contempla las aportaciones económicas de las empresas con beneficios por despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años de edad. La aportación de la empresa del cincuenta por ciento se calcula en función del número de trabajadores de la empresa, los beneficios de las empresas y el número de trabajadores con más de cincuenta años que se hayan visto afectados por el despido colectivo (Disp. Ad. 16.ª Ley 27/2011). En concreto, la empresa o el grupo empresarial

.....
 el respaldo vino de todo los grupos parlamentarios a excepción del Grupo Popular que se abstuvo del proyecto socialista, asimismo la reforma contó con la oposición de IU-IcV.

- 9 Precisamente, por este motivo la reforma del 2013 no fue objeto de diálogo social y fue criticada por los sindicatos mayoritarios, CCOO y UGT. Concretamente, consideraron que las reformas impulsadas por el Gobierno se situaban extramuros del Pacto de Toledo, que es el ámbito donde los partidos políticos y los agentes sociales deben debatir las medidas que permiten el mantenimiento de las pensiones públicas.
- 10 En relación a la proyección de la jubilación gradual y flexible en nuestra legislación se recomiendan los siguientes trabajos de investigación. Ver Salvador del Rey Guanter y Carolina Gala Durán, “La regulación de la jubilación gradual y flexible: análisis del contenido de la Ley 35/2002, del 12 de julio y de los RR.DD. 1131 y 1132/2002, del 31 de octubre”, *Relaciones Laborales*, n.º 1 (2003): 663-706; Miguel Bravo-Ferrer y Rodríguez-Piñero, “La flexibilidad de la edad de jubilación (II): la nueva jubilación anticipada”, *Relaciones Laborales*, n.º 2 (2002): 141-158; José Antonio Panizo Robles, “La jubilación flexible: últimas modificaciones en el régimen jurídico de la pensión Seguridad Social por jubilación”, *Relaciones Laborales*, n.º 1 (2002): 1583-1602, y José Antonio Panizo Robles, “Las modificaciones en la regulación de la pensión de Seguridad Social por jubilación (los nuevos mecanismos de jubilación gradual y flexible)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n.º 237 (2002): 61-110.

deberá tener una plantilla mínima de quinientos trabajadores. Asimismo, debemos tener en cuenta que los trabajadores incluidos en el expediente de regulación de empleo, con independencia de la edad que tengan, serán al menos cien en un período de referencia de tres años¹¹.

Actualmente, las prejubilaciones solamente podrán aplicarse en empresas con recursos económicos y ello afecta evidentemente a la amortización de puestos de trabajo en los procesos de reestructuración de plantillas. La legislación de seguridad social limita las posibilidades de los planes de prejubilación, que se reorientan hacia las grandes empresas con posibilidades financieras y se ha prestado especial atención a la situación de los grupos de empresas. La empresa o el grupo empresarial deberá acreditar la existencia de beneficios en sus cuentas en los dos ejercicios anteriores, permitiéndose que una empresa con beneficios previos pueda recurrir en situación presente de crisis a este cauce de prejubilación. Ello, sin duda, se muestra como un trato especial a las empresas en situación transitoria de crisis y se trata de un margen de maniobra para que las empresas puedan realizar sus ajustes desde el punto de vista de los costes de personal. Con todo, esta situación explica la dicotomía existente, al limitar la medida de la prejubilación a las empresas con beneficios y, en cambio, condicionar su recurso a la presencia de un expediente extintivo de regulación de empleo.

En el 2011, con la reforma de las pensiones del gobierno socialista se contemplaba por primera vez una referencia expresa a las prejubilaciones en el ámbito de las grandes empresas. Esta regulación se denominaba enmienda Telefónica, claro ejemplo de compañía sumida reiteradamente en procesos continuos de reestructuración empresarial¹². De este modo, las grandes empresas con beneficios, que incluyeran a trabajadores mayores de cincuenta años en un expediente de regulación de empleo, tendrían que hacerse cargo de las cotizaciones, prestaciones y subsidios por desempleo. Sin duda, esta medida sintonizaba claramente con los necesarios ajustes exigidos por la Unión Europea con vistas a

11 Concretamente, se ha determinado el número mínimo de trabajadores que pueden ser incluidos en el expediente de regulación de empleo a efectos de prejubilación. Por tanto, el ámbito de aplicación de dichos programas de prejubilación se reduce considerablemente y se orienta a determinadas empresas, siendo ya un régimen especial para empresas de gran dimensión, que no están muy extendidas en nuestro sistema de relaciones laborales.

12 La Audiencia Nacional ha confirmado recientemente la validez de la Ley de actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social del 2011, en su disposición relativa a la Enmienda Telefónica. El Tribunal ha venido a avalar el fin social perseguido por la enmienda Telefónica, que ciertamente intenta evitar que el impacto de la crisis económica se proyecte especialmente sobre los trabajadores mayores de la plantilla. En este sentido, se considera que el período previo de dos años al despido en el que la empresa tiene haber tenido beneficios para aplicar la enmienda no es desproporcional. La empresa puede recurrir a otras medidas de forma alternativa, como despedir a otros trabajadores sin atender al factor edad o promover medidas de flexibilidad interna. Ver SAN (Social) de 5 de junio de 2015 (núm. rec. 100/2015).

limitar el recurso a las prejubilaciones y propiciar un retraso efectivo de la edad real de retiro.

Posteriormente, la reforma del 2013 venía a introducir más condicionantes a las prejubilaciones. El Real Decreto-Ley 5/2013, del 15 de marzo, sobre medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, ha supuesto mayores obstáculos para las prejubilaciones y ha restringido el subsidio del desempleo. El RD-Ley del 2013 contempla unas condiciones concretas que sirven de parámetro de referencia para las prejubilaciones. Y ello se debe al endurecimiento experimentado en el acceso a la jubilación, que sirve de desincentivo a los programas de prejubilación. Esta afectación al sistema de prejubilaciones se produce por la limitación de las jubilaciones anticipadas, que se produce mediante la reforma de la edad de acceso, los años cotizados exigidos y los coeficientes reductores aplicables por cada año de adelanto de la edad legal de jubilación.

La reforma del 2013 contempla restricciones a la jubilación anticipada voluntaria que requiere 35 años cotizados (antes 33 años) y la edad de acceso se sitúa en dos años, como máximo, a la edad que resulte de aplicación en cada momento para acceder a la jubilación ordinaria (antes se exigían sesenta y tres años)¹³. No obstante, es más importante en el ámbito de nuestro estudio la penalización de la jubilación anticipada forzosa. Precisamente, esta es el tipo de jubilación anticipada que sirve de base para canalizar los excedentes de mano de obra a través de la prejubilación. En este último caso, se exige un período cotizado de treinta y tres años, lo mismo que los previstos para la jubilación parcial. El beneficiario deberá haber cumplido una edad que sea inferior en cuatro años como máximo a la edad que resulte de aplicación en cada momento para acceder a la jubilación ordinaria (antes se cifraba en sesenta y un años de edad). De este modo, se contemplaba una regulación concreta para la jubilación anticipada forzosa orientada especialmente para los trabajadores afectados por despidos colectivos, resultando de aplicación la jubilación anticipada para el resto de casos.

En el caso de la jubilación anticipada forzosa la edad de acceso son 61 años y seis meses en el 2018 (cuatro años menos que la edad de jubilación ordinaria), es decir, cuatro años menos que la edad de jubilación ordinaria. Dicha edad irá

13 La jubilación anticipada de carácter voluntario se eleva a 35 años cotizados para el acceso a la protección, y se pueden acoger a ella trabajadores de todos los regímenes, siempre que la pensión resultante supere la pensión mínima que le correspondería al interesado por su situación familiar al cumplir la edad ordinaria de jubilación. La edad de jubilación anticipada voluntaria se establece en 63 años y seis meses para 2018 (dos años menos que la edad de jubilación ordinaria), que se irá incrementando progresivamente hasta alcanzar los 65 años en el 2027, año en el que la edad legal de jubilación serán los 67 años. Los coeficientes reductores sobre la pensión serán para la voluntaria de 8 % hasta 38 años y seis meses cotizados, del 7,5 % si se cotizó entre 38 años y seis meses y menos de 41 años y seis meses, del 6,8 para los que estén entre 41 años y seis meses cotizados y menos de 44 años y seis meses, y del 6,5 % para quienes hayan cotizado igual o más de 44 años y seis meses.

aumentando gradualmente cada año hasta alcanzar los 63 años en el 2027. La cotización mínima exigida para el acceso a la jubilación pasa de 30 a 33 años y deberá acreditarse la condición de demandante de empleo y mediar, al menos, seis meses de la solicitud después de un despido colectivo o un despido por causas objetivas. Por su parte, los coeficientes reductores que se aplicarán sobre la pensión serán, por cada año de adelanto respecto a la edad legal, del 6 % para los que hayan cotizado más de 44,6 años; del 6,5 % para entre 41,6 y 44,5 años cotizados; del 7 % para entre 38,6 y 41,5 años cotizados, y del 7,5 % para 38,5 años cotizados o menos.

La reforma del 2013 ha permitido un mayor juego a las prejubilaciones parciales, debido especialmente a que el régimen de la jubilación parcial es más ventajoso en comparación a la jubilación anticipada. En el caso de la jubilación parcial, la edad de acceso se sitúa en los 62 años en el 2018 (según la tabla oficial), que irá aumentando hasta los 65 años en el 2027 y se requerirá contar con 33 años cotizados, 25 años en caso de personas con discapacidad. Igualmente se exige una antigüedad mínima en la empresa de seis meses. La jornada podrá verse reducida entre un 25 % y un 50 % o incluso hasta un 75 % si el trabajador relevista está contratado a tiempo completo y de manera indefinida. Estas condiciones contrastan con el propio régimen jurídico de la jubilación anticipada voluntaria que se ve incluso más penalizada que la jubilación anticipada forzosa.

El aumento del recurso de la jubilación parcial en materia de prejubilación permite igualmente una rebaja de costes para las empresas en los despidos colectivos, que incluyan una cuota de trabajadores mayores de cincuenta años. En efecto, las nuevas condiciones que hacen posible combinar el salario y la pensión, con independencia de la jornada laboral, se manifiestan como una medida de ahorro y, por otro lado, favorecen la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promueven el envejecimiento activo, sin duda, una de las claves del Real Decreto-Ley del 2013. Se trataba de una de esas medidas necesarias para permitir el ahorro empresarial y la disposición flexible de sus recursos humanos. Ciertamente, a pesar de la limitación del recurso a las prejubilaciones por los propios condicionantes del sistema público de seguridad social, legalmente se han ido incorporando cautelas especiales relativas al control de las prejubilaciones. En realidad, estas medidas han permitido a determinadas empresas poder canalizar parte de sus recortes de plantilla, orientando una parte de sus excedentes de trabajadores a través de programas de prejubilaciones. De este modo, se trata de medidas que con carácter general han venido a compensar las posibilidades del recurso a la prejubilación especialmente en las grandes empresas.

En relación con la regulación de las aportaciones empresariales en caso de despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada, conviene apuntar que el RD-Ley 5/2013 ahondó en la situación iniciada por la enmienda telefónica del

2011 y ello como vía para mejorar la financiación de la seguridad social. Según figuraba en la memoria económica del decreto, en marzo del 2013 se estimaba un ahorro de cuarenta y tres millos de euros al año, es decir, más de cuatrocientos millones en una década¹⁴. El fin era ampliar el número de empresas que pudieran asumir los costes. De este modo, en el 2013 se redujo el tamaño de las empresas penalizadas y se incorporó a aquellas empresas que en los siguientes cuatro ejercicios al ERE generasen beneficios, las cuales igualmente estarían obligadas a la compensación. Asimismo, no debe olvidarse que la situación prolongada de crisis, unido al mantenimiento de las necesidades de ajuste por parte de las empresas, llevó al Gobierno del partido popular a modificar la anterior regulación. Se venía, entonces, a permitir un cierto espacio a las prejubilaciones. Concretamente, se redujo el tamaño de las empresas afectadas, que pasaba del umbral de quinientos trabajadores de plantilla a un total de cien empleados. Asimismo, se eliminó el requisito relativo de que el expediente de regulación de empleo afectará a más de quinientos trabajadores¹⁵.

Según el RD-Ley 5/2013 todas las empresas que tengan beneficios con una plantilla de más de cien trabajadores están obligadas a pagar el desempleo de los trabajadores despedidos en virtud de un expediente de regulación de empleo. Dicha obligación se proyecta en relación con los trabajadores mayores de cincuenta años. Las empresas solo tendrán que asumir dicho coste si entre los afectados la cuota de trabajadores mayores de cincuenta años supera el porcentaje de la empresa. De este modo, se limitaba la penalización a aquellas empresas en las que el porcentaje de empleados mayores de cincuenta años fuera mayor al porcentaje de la presencia de dicho colectivo de trabajadores de edad avanzada en la plantilla. Asimismo, la empresa deberá sumar dos años de beneficios en el período comprendido entre el ejercicio anterior al expediente de regulación de empleo y los cuatro posteriores.

Una vez más, estas reglas están pensando en dar un tratamiento especial a las grandes empresas que tuvieran pérdidas el año de tramitación del ERE, si registraban beneficios durante dos ejercicios consecutivos dentro del período

14 Sin embargo, no parece que estas medidas hayan tenido un efecto directo e inmediato. De hecho, se han facilitado pocos datos sobre la repercusión de dicha penalización a las prejubilaciones en las grandes empresas. En el 2013, se facilitó el dato de un ingreso consolidado de un millón de euros hasta mediados de año, computando los efectos del cambio normativo desde abril del 2011. Estos datos tenían en cuenta la información derivada de los EREs penalizados, que se iniciaron en el 2011. Con todo, parte de la explicación puede ser que en ese momento aún no estaba aprobado el reglamento de desarrollo correspondiente de fecha posterior. Por tanto, estamos ante una medida todavía en fase de evaluación y con unos resultados ciertamente inciertos.

15 Se vino a corregir la enmienda Telefónica, que desde el 2011 obligaba a las empresas a realizar ciertas aportaciones. Ello se produjo cuando la citada compañía promovió un expediente de regulación de empleo del veinte por ciento de la plantilla, a pesar de experimentar una situación marcada por fuertes beneficios en sus cuentas de resultados.

comprendido entre el ejercicio económico anterior al inicio del ERE y los cuatro ejercicios económicos posteriores¹⁶. Efectivamente, la intención no era otra que obligar a las empresas que tuvieran beneficios a aumentar su aportación al Tesoro Público para compensar el gasto en prestaciones. Desde el 21 de diciembre del 2013, se excluye la posibilidad de que las empresas se puedan beneficiar del desempleo de los trabajadores de edad avanzada, despedidos si tiene pérdidas en España, aunque el grupo al que pertenezcan estas tuviera beneficios en el exterior. Se excluyen, pues, grupos multinacionales con pérdidas efectivas en nuestro país, a pesar de tener beneficios en el exterior. Ello ha supuesto que las multinacionales que tuvieran pérdidas no tendrían que costear el desempleo de los mayores de cincuenta años incluidos en un ERE. De este modo, se intenta aliviar a los grandes grupos multinacionales, con independencia de que sean españoles o no, y así evitarles un sobrecoste en los procesos de prejubilaciones cuando recurren en nuestro país a un ERE negociado.

Otro de los aspectos de la reforma del 2013 que ha restringido el recurso a las prejubilaciones han sido las reglas que alteran el régimen del subsidio por desempleo. En este punto, se debe apuntar que el endurecimiento de las condiciones legales de acceso al subsidio por desempleo implica la reducción de las posibilidades de recurrir a las prejubilaciones. En concreto, se ha afectado las condiciones del cobro del subsidio de desempleo por parte de los mayores de 55 años y se tiene en cuenta la renta de toda la unidad familiar para poder acceder a este. Sin duda, estos cambios restringen las condiciones de prejubilación en los procesos de despidos colectivos en las grandes empresas que afectan especialmente a mayores de 50 años.

Finalmente, es preciso referirnos al complejo sistema de derecho transitorio definido por las reformas del 2011 y del 2013. La Ley 27/2011, en su disposición final duodécima, contenía reglas concretas sobre la pensión de jubilación y la aplicación de la normativa anterior. Ciertamente, la reforma contemplaba una importante moratoria de la entrada en vigor del nuevo régimen. La reforma entró en vigor el 1.º de enero del 2013, pero en determinados aspectos la ordenación de la jubilación se regía por el régimen anterior, incluso en determinadas situaciones más allá de enero del 2013. Este especial sistema de sucesión normativa, ciertamente favorable desde la óptica de la protección, pretendía evitar cambios bruscos y de gran intensidad en materia de jubilación, sobre todo, ante las nuevas medidas orientadas hacia el endurecimiento de las condiciones de acceso y la cuantía de la pensión de jubilación. Por ejemplo, las personas cuya

16 La penalización se produce para las empresas o grupos de empresa del que forma parte, que tengan beneficios efectivos en los dos ejercicios económicos anteriores al ERE o en los dos años consecutivos. Todo ello se computa tomando como referencia el año anterior al despido colectivo y las cuatro anualidades siguientes.

relación laboral se hubiera extinguido antes del 2 de agosto del 2011, fecha de publicación de la ley, tendrían derecho a la aplicación de las reglas previas de la jubilación anticipada involuntaria. En este sentido, el régimen anterior a la reforma se prorrogaba y se demoraba la aplicación del nuevo régimen entre 5 y 10 años. Sin duda, esto es importante para las jubilaciones anticipadas ordinarias de naturaleza involuntaria, en la medida que las normas actuales son mucho más estrictas y rígidas que las anteriores a la Ley 27/2011. Igualmente, la reforma del 2013 dejó un margen al desarrollo de los programas de prejubilación de las empresas aplicando la legislación precedente y ello como medida transitoria que permitía a las empresas seguir gestionando los excedentes de mano de obra. De este modo, se venía a respetar la legislación previa más favorable para las prejubilaciones procedentes de despidos colectivos derivados de los procesos de reestructuración empresarial. Con todo, este complejo período transitorio se configura legalmente con fecha de caducidad, ya que no se podrá prolongar más allá del 2019.

LA TRADICIONAL UTILIZACIÓN DE LAS PREJUBILACIONES EN LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN Y AJUSTE DE LAS PLANTILLAS

Desde el punto de vista práctico cabría referirse a múltiples supuestos de reestructuración empresarial. Sin embargo, a nosotros nos incumben especialmente las reestructuraciones de personal o plantillas, que afectan a la organización de los trabajadores y a sus condiciones de empleo y trabajo. Las reestructuraciones de empresas se refieren a las operaciones mercantiles que alteran la organización y estructura de la empresa o empresas, así como a su propia organización. De este modo, se está refiriendo a aquellos cambios que comportan una alteración significativa y que afectan a las empresas que pretendan mantenerse en el mercado, sin acudir a procesos de liquidación o extinción de la propia realidad empresarial¹⁷. La reestructuración supondrá una transformación importante de la empresa orientada por exigencias de mercado. Es decir, se trata de cambios necesarios por exigencias de rentabilidad y ahorro de costes, así como debido a la mejora y renovación de los procesos productivos (por ejemplo, las renovaciones tecnológicas).

17 En este sentido, se considera que la reestructuración debe representar “un cambio significativo o de cierta entidad”. Ver Antonio Martín Valverde, “Reestructuración laboral de las Administraciones y entidades públicas”, *Documentación Laboral*, n.º 97 (2013): 75-101. Estas medidas de gran impacto en el empleo se justifican precisamente en la necesidad de mantener el propio proyecto empresarial, como único cauce que permite la continuidad del conjunto de las relaciones laborales. Ver José Luis Moneiro Pérez, “Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente”, *Relaciones Laborales*, n.º 1 (2011): 287-322.

En este sentido, conviene destacar que la reestructuración empresarial no es un término jurídico en sentido estricto y ello plantea problemas prácticos de identificación. En el ámbito laboral parece que existe una tendencia a equiparar la noción de *reestructuraciones empresariales* con cualquier cambio o modificación que afecte al empleo. Sin embargo, cuando se habla de una reestructuración de empresa se refiere en realidad a una transformación intensa y excepcional. De este modo, importa la prejubilación como instrumento que permite un cambio importante en la plantilla que reconfigure el tamaño de la empresa desde el punto de vista laboral. Debe tratarse de programas o planes de prejubilación asociados a operaciones mercantiles, siendo estas medidas ciertamente atípicas y excepcionales. Por ello, no atenderemos a las técnicas de ajuste ligadas a la gestión ordinaria de los recursos humanos de la empresa¹⁸.

En realidad, nos encontramos ante un concepto que se refiere a una práctica de las empresas que tiene efectos en distintos aspectos, siendo uno de ellos el laboral y, en particular, el recurso a la prejubilación como vía de adaptación de la plantilla de trabajadores. Se trata de un concepto que ciertamente se da por entendido, sin precisar con claridad a qué se refiere realmente y cuáles son los límites concretos del fenómeno. Con todo, nos estamos refiriendo a procesos que producen fenómenos de profunda reorganización interna, por ejemplo, las insolvencias y cierres de empresa¹⁹, la expansión del negocio, la deslocalización, la fusión o adquisición, el *outsourcing*, etc.²⁰.

En nuestro estudio interesan las reestructuraciones que afectan al empleo y precisamente la prejubilación puede utilizarse por la empresa como instrumentos que permite reducir el tamaño de la plantilla y ajustar un posible excedente de mano de obra. Ello, asimismo, puede ir unido a otros factores como la renovación y el rejuvenecimiento de la plantilla y el ahorro de costes. Ciertamente, los nuevos empleados disfrutarán de salarios generalmente más reducidos en comparación con el de los trabajadores de edad avanzada, cuyos niveles salariales

18 Efectivamente, el recurso general a los mecanismos laborales como la modificación o las extinciones colectivas de los contratos de trabajo no supone que se esté ante un proceso de reestructuración. Dichas medidas no suponen por sí mismas que automáticamente se esté ante una reestructuración empresarial, ya que puede tratarse de decisiones que, aun afectando a la plantilla de trabajadores, no modifiquen la propia fisonomía de la empresa.

19 Con todo, en los procesos de reestructuración empresarial se pueden producir finalmente supuestos de insolvencia empresarial. En este punto, los pactos de quita y espera pueden afectar a los complementos pactados a favor de los trabajadores en situación de prejubilación (o incluso ya jubilados). Ello se debe a que estos complementos tienen naturaleza privada y se asientan en el acuerdo colectivo o en la mera voluntad empresarial, y pueden verse afectados por otros créditos del concurso. Ver STSJ (Social) Madrid de 14 de enero de 1998 (RJ AS 1998\236).

20 Estas nociones de modificación de empresa han sido apuntadas como claros ejemplos de reestructuración, que pueden tener efectos en las condiciones de trabajo y empleo. Ver "European restructuring monitor", Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y trabajo (www.emcc.eu-rofound.eu.int/erm).

son más elevados por la presencia del factor antigüedad. Por otro lado, la prejubilación supone una mala previsión de la transición intergeneracional que impide que unos trabajadores más experimentados puedan formar al personal joven de nueva incorporación, circunstancia que podría enriquecer considerablemente a las plantillas.

Efectivamente, en el caso de la prejubilación se altera el número de efectivos con los que cuenta la empresa, lo que igualmente altera la propia empresa como conjunto funcional organizado. Los ceses en la empresa debido a las prejubilaciones son en muchos casos claros ejemplos de bajas vegetativas ligadas a los procesos de reestructuración. Se trata de una forma de adaptación o ajuste de la plantilla, que dan lugar a la amortización de los puestos de trabajo que ocupan los trabajadores que finalmente se prejubilán. De este modo, la prejubilación permitiría evidentemente transformar los recursos humanos de una empresa y esta medida puede conectar con el proceso de reestructuración empresarial en la medida que puede permitir superar una situación de crisis o reorientar la estrategia empresarial desde el punto de vista de la competitividad. Por tanto, solo nos interesan desde este punto de vista las prejubilaciones involuntarias y forzosas ligadas a los procesos de reestructuración empresarial. Ciertamente, la prejubilación se opone a las bajas incentivadas que son manifestaciones de ceses en el trabajo canalizados por el mutuo acuerdo o bien por una dimisión del trabajador libremente decidida, que se estimulan con compensaciones económicas a cargo a la empresa.

En estas situaciones excepcionales las empresas continúan generalmente con su actividad productiva y en muchos casos se procede al cierre de establecimientos innecesarios o que arrojan pérdidas. Este tipo de medidas dan lugar a la necesidad de despedir o trasladar trabajadores. En otros casos, la reducción de la plantilla se debe a la necesidad de dar respuesta a un excedente de plantilla debido, por ejemplo, al descenso de la actividad laboral de la empresa o por la imposibilidad de mantener la actividad laboral por la caída de los proyectos. Estos contextos implican en muchos casos adecuar la plantilla, muchas veces realizando estos cambios por motivos de reconversión o por razones de competitividad. Asimismo, pueden producirse las consiguientes deslocalizaciones de determinadas empresas o centros de trabajo que se trasladan a otros países con menos costes laborales, produciéndose igualmente un proceso de reducción de personal. En estos supuestos los programas de prejubilación pueden favorecer la reducción de la plantilla mediante ceses laborales, que los propios trabajadores pueden aceptar involuntariamente debido a la proyección de las compensaciones económicas que ofrecen las empresas.

El recurso a las prejubilaciones en los procesos de reestructuración empresarial se manifiesta como una opción concreta de gestión del empleo en la

empresa²¹. No cabe duda que la afectación al empleo está presente, ya que dicha decisión incide en el propio tamaño de la plantilla de trabajadores, sin olvidar los importantes cambios de reestructuración y reorganización de los efectivos de la empresa. En estos casos, se proyecta la necesidad de consultar y negociar dichos expedientes de regulación de empleo en los que una cuota del excedente se asocia al plan de prejubilación. Estos expedientes extintivos tienen naturaleza colectiva y la negociación es la pieza clave que permite una decisión menos traumática que un expediente transversal que afecta por igual al conjunto de la plantilla sin considerar el factor edad²².

Este interés colectivo en el empleo configura la propia competencia del comité de empresa de emitir un informe con carácter previo a la ejecución por parte de la empresa de dichas decisiones [art. 64.5.a) ET]. Entre ellas destaca el recurso a la prejubilación, en la medida que esta decisión se vincula a otras decisiones relativas a la reestructuración de las plantillas con ceses totales o parciales. En el caso de la prejubilación estos ceses no serán temporales, sino definitivos. Dicha competencia de consulta y negociación colectiva está ligada directamente con los propios expedientes de regulación de empleo, avalando incluso la propia facultad de los trabajadores de solicitar un subsiguiente procedimiento de regulación de empleo²³. No obstante, este último supuesto está pensando con carácter general en situaciones patológicas de las empresas, generalmente en aquellos

21 Sin duda, ello tiene respaldo en un amplio acervo de resoluciones jurisdiccionales, que a pesar de sus distintos sentidos han aceptado la proyección jurídica de la prejubilación en los procesos de reestructuración empresarial. En relación con el debate jurisprudencial se recomienda la lectura de los siguientes trabajos. Ver Lourdes López Cumbre, *La prejubilación* (Madrid: Civitas, 1998), 213-222; Jaime Cabeza Pereiro, “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, en *Nueva sociedad y derecho del trabajo*. Memorias del III Seminario Xacobeo Laboral, celebrado en Santiago de Compostela del 12 al 14 de febrero de 2004 (Madrid: MTASS, 2004), 205-260; José María Marín Correa, “La prejubilación: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 3 (2003): 603-615.

22 Este carácter de la prejubilación como instrumento de reducción de plantilla no traumática incluso nos podría situar ante la noción de “práctica socialmente responsable”, que permite entre otros objetivos la reducción de los conflictos colectivos de trabajo. Ver Juan Pablo Landa Zapirain, “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución ‘socialmente inteligente’ de las reestructuraciones de empresas”, *Relaciones Laborales*, n.º 1, (2005): 311-360. Miguel Rodríguez-Piñero Royo, “La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial”, *Relaciones Laborales*, n.º 1 (1999): 1225-1259. A los efectos de profundizar en el concepto de *empresa socialmente responsable* se recomienda la consulta de los siguientes documentos; Comisión de las Comunidades Europeas, “Libro verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas” (Informe técnico 366, COM, 18 de julio del 2001); Comisión de las Comunidades Europeas, “La responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible” (Informe técnico 347, COM, 2 de julio del 2002); Comisión de las Comunidades Europeas, “Reestructuración y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea” (Informe técnico 120, COM, 31 de marzo del 2005).

23 José Luis Monereo Pérez (dir.), “Comentario al art. 64”, en *Comentario al Estatuto de los trabajadores* (Granada: Comares, 1998), 737-ss. José Eduardo López Ahumada, “El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección”, *Relaciones Laborales*, n.º 2 (2005): 425-445.

casos relativos a la propia crisis de empresa, que motivan los ceses colectivos de los trabajadores de la empresa.

En la práctica la empresa recurre a la prejubilación en función de sus necesidades de reducción de costes y de las propias posibilidades de financiación de las compensaciones económicas que se ofrecen a los trabajadores prejubilados. Con carácter general, se trata de un instrumento automático y directo de ahorro, que en la práctica no excluye el recurso a otras medidas de gestión flexible de costes laborales. Precisamente, la prejubilación no excluye la adopción de otras medidas de acompañamiento a los ceses de trabajadores como son las reducciones de jornada de trabajo colectivas, los traslados colectivos o los cambios de funciones²⁴. Efectivamente, pueden concurrir otras medidas paralelas como la no renovación o resolución de los contratos temporales y la externalización de actividades. Estas medidas afectan igualmente al tamaño de la plantilla y, por ende, al empleo y son atractivas precisamente porque tienen un reducido coste económico para las empresas. Estas medidas no están sometidas a los procedimientos o cautelas legales de garantía, salvo la propia denuncia de la extinción de los contratos al momento de llegar su término, que implica la imposibilidad de renovación o prórroga de los contratos afectados. En este sentido, podemos afirmar que las prejubilaciones en muchos casos suponen aplicar la modalidad de la jubilación anticipada con el fin de reducir costes laborales, pero de forma precaria, es decir sustituyendo sueldos dignos y basados en la antigüedad por contratos de trabajo con sueldos bajos.

En muchos casos, las empresas no pueden recurrir directamente a las prejubilaciones al no contar con la capacidad económica inmediata para afrontar las indemnizaciones y los complementos económicos que deben aportar a cuenta del plan de prejubilación. En estos casos, las empresas sumidas en procesos de reestructuración recurren a otros mecanismos de gestión flexible de los recursos humanos, tales como medidas de flexibilidad interna, en contraposición a la flexibilidad externa o de salida que se canaliza por los despidos objetivos plurales o colectivos por causas empresariales. El recurso a las extinciones colectivas es, sin duda, la medida más agresiva con el empleo y excluye otras menos intensas de flexibilidad interna como son la modificación o la suspensión de los contratos de trabajo. El recurso a las extinciones colectivas por causas empresariales puede realizarse sin contemplar planes de prejubilación o bien asignando una cuota

24 Cuando se manejan otras medidas alternativas a la prejubilación sus efectos afectan igualmente al empleo y a veces con más intensidad. Ello sucede con los despidos colectivos o con los despidos selectivos de carácter individual, las reducciones de jornada con merma salarial, los descuelgues, las congelaciones salariales, entre otros. En ocasiones, estas medidas buscan un ahorro económico directo y se aplican sin atender a otras medidas típicas de flexibilidad interna de los contratos de trabajo, tales como la movilidad funcional, las recolocaciones internas o las modificaciones contractuales.

concreta del expediente de regulación de empleo a cuenta del programa de prejubilación de la empresa.

Sin duda, uno de los efectos de la crisis económica ha sido el aumento de las prejubilaciones en las empresas. La crisis de las empresas ha motivado claramente que muchas compañías aplicaran procesos de reestructuración recurriendo a las prejubilaciones. Sin duda, este es un sistema acogido con gran interés por parte de las empresas, ya que se trata de un recurso que genera poca conflictividad laboral y, sobre todo, compensa los costes empresariales debido a la proyección de la protección social. El acceso a las prestaciones sociales reduce los gastos de las empresas, a diferencia de la aplicación de los despidos colectivos, donde las indemnizaciones recaen directamente en las empresas. Por ello, durante la crisis han aumentado el número de empresas que han realizado procesos de reestructuración. Antes de la crisis, generalmente las grandes multinacionales radicadas en España eran las que promovían los planes de prejubilación²⁵. Sin embargo, en la actualidad el recurso se puede utilizar también en las pequeñas y medianas empresas, aunque con menor intensidad. Estas empresas igualmente han acometido medidas de reestructuración, teniendo como especialidad el empleo de un número de trabajadores más reducido. De este modo, las prejubilaciones se han mostrado recientemente como una alternativa en procesos de regulación de empleo que ha permitido la ejecución de los planes de reestructuración menos agresivos. Con todo, la prejubilación de carácter colectivo no va siempre asociada a procesos de reestructuraciones empresariales, ni tampoco es siempre una medida anticrisis. En muchos casos son pura y simplemente mecanismos empleados por las empresas, generalmente grandes empresas, que desean flexibilizar las relaciones de trabajo y ahorrar costes salariales.

CONTEXTO DE APLICACIÓN DE LAS PREJUBILACIONES A LA EMPRESA EN REESTRUCTURACIÓN: UN REAJUSTE DE PLANTILLA POR LA VÍA DE SALIDA DEL EMPLEO

La planificación de la prejubilación guarda una relación directa con las decisiones empresariales de reestructuración empresarial. La prejubilación permite reorganizar la actividad laboral, teniendo en cuenta las exigencias competitivas y de estímulo productivo. Se trata de decisiones que afectan indudablemente a la dimensión cuantitativa de la plantilla, evitando otras fórmulas modificativas o reorganizativas del trabajo. Por tanto, la prejubilación puede ser un cauce útil

25 Desde el punto de vista de la gran empresa, el recurso a los planes de prejubilaciones unidos a los procesos de reestructuración empresarial no se produce necesariamente en situaciones de crisis. Conviene destacar que las grandes empresas no suelen desaparecer en los procesos de crisis económica, sino que incluso tienden a fortalecerse realizando importantes cambios desde el punto de vista organizativo. Ver Monereo Pérez, "Nuevas formas de organización de la empresa", 291-ss.

de ajustar la dimensión y la composición de la plantilla de una empresa y suele extenderse durante un período de tiempo considerable que tiene su fundamento en los acuerdos o pactos colectivos con los representantes de los trabajadores.

Durante los últimos treinta años las prejubilaciones han sido apoyadas decididamente por los agentes sociales, los trabajadores, los representantes sindicales, así como por las propias empresas claramente beneficiadas, como vía que les permite reajustar las plantillas. Efectivamente, a la hora de negociar con los trabajadores los expedientes de regulación de empleo, las prejubilaciones colectivas son una alternativa más ventajosa. Las prejubilaciones aportan mayores garantías a los trabajadores, sobre todo, frente a los despidos colectivos. Y todo ello a pesar del proceso de endurecimiento del marco jurídico de referencia que ha supuesto el aumento de la aportación empresarial a efectos de financiar la protección social, así como la merma de la protección que sufren los prejubilados debido a la rebaja de rentas que sufren tanto durante el desempleo, como en el acceso a la jubilación por la aplicación de los coeficientes reductores²⁶. A pesar de todo, las prejubilaciones tienen su espacio en los procesos de modificación estructural de las plantillas. Las prejubilaciones permiten rentabilidad financiera a las empresas y se proyectan socialmente como una medida adecuada que beneficia el normal desarrollo de las relaciones laborales.

La prejubilación es una situación intermedia que conduce a la situación de jubilación y a la que se llega desde el propio desempleo²⁷. Se trata de una situación ciertamente atípica. Las prejubilaciones son, pues, un proceso transitorio que tiene como objetivo el retiro definitivo del trabajador y el acceso a la jubilación. La prejubilación puede ser un período relativamente prolongado y durante dicha situación el trabajador generalmente causa baja en el trabajo, siendo estos trabajadores aquellos de edad avanzada en edades próximas a la jubilación. Dicha situación se articula en gran medida en virtud de la protección ofrecida por el sistema público de seguridad social.

El recurso a las prejubilaciones responde a motivos de diversa índole, sin duda, tiene un espacio central de aplicación en los procesos de reestructuración empresarial. Es decir, como una medida necesaria ante una fusión, absorción, adquisición o reorganización interna de los procesos productivos. Precisamente,

26 En relación con la aplicación de los coeficientes reductores por no cumplir la edad de jubilación. Ver STSJ Aragón del 21 de enero del 2010 (AS 2010, 987); STSJ Cataluña del 11 de marzo del 2008 (AS 2008, 1240); STSJ de Cataluña del 14 de diciembre del 2007, (AS 2008, 752).

27 Ciertamente, se considera que entre el desempleo y la jubilación existe una situación intermedia que configura el margen de acción de la prejubilación y que afecta especialmente a los procesos de reestructuración empresarial. Ver Santiago González Ortega, “El papel de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial”, en *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, dirs. Rodrigo Martín Jiménez y Antonio Vicente Sempere (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2011), 945; López Cumbre, *La prejubilación*, 95-96; Ricardo Pradas Montilla, “Extinción del contrato de trabajo y prejubilación”, *Actualidad laboral*, n.º 1 (2005): 896-905.

por ello las empresas se han acogido durante la crisis económica a dichos programas de prejubilaciones, destacando especialmente sectores como la banca, la energía, las telecomunicaciones, las nuevas tecnologías, la industria, el transporte y el sector público. Se considera que un tercio de las prejubilaciones se producen en las grandes empresas, generalmente multinacionales. Sin duda, dicha situación difiere sensiblemente de la aplicación de las prejubilaciones en las pequeñas y medianas empresas, donde la propia virtualidad del recurso responde a cuestiones de oportunidad, siendo los programas de prejubilación puntuales y conectados con el propio mantenimiento del proyecto empresarial.

Generalmente, en las grandes empresas las prejubilaciones responden en muchos casos a procesos de reestructuración cuasi permanentes que hacen de la prejubilación un recurso estable, aun siendo periódico²⁸. La prejubilación, esté o no regulada concretamente, se utiliza en la práctica como técnica de regulación de empleo y como mecanismo de gestión de excedentes de mano de obra con fines de ahorro empresarial, lo cual es especialmente relevante en los procesos de reestructuración de empresas. Por tanto, la prejubilación supone aplicar medidas tendentes a la gestión de la dimensión de la plantilla como medida no traumática. Esta atención al redimensionamiento de la plantilla hace de la prejubilación un cauce de búsqueda cuasi permanente de un número estándar de empleados eficiente y económicamente rentable desde la política empresarial de costes laborales²⁹. La gestión de la edad de los trabajadores se traduce en una política empresarial de ahorro de los costes que derivan de la presencia de los empleados de edad avanzada. Dichos empleados suelen tener salarios altos, provenientes de la aplicación de complementos ligados a la experiencia y la antigüedad.

La prejubilación se justifica en función del coste que le supone a la empresa, ya que el gasto de financiación de las prejubilaciones es ciertamente más

28 En ocasiones los planes de prejubilaciones son recurrentes y la secuencia de los distintos programas en el tiempo puede arrojar situaciones en las que las condiciones de prejubilaciones cambian en función del momento. Precisamente, las condiciones económicas del último plan de prejubilación pueden cambiar respecto de las contempladas en el anterior, sin que se pueda oponer la concurrencia de derecho adquirido, aunque sí en ocasiones expectativas de derecho.

29 La prejubilación suele asociarse a las grandes empresas. Esta idea se asienta en el hecho de que las prejubilaciones que más eco tienen derivan de su información en los medios de comunicación, pero la búsqueda del redimensionamiento de la empresa por medio de la prejubilación es un instrumento que puede interesar a cualquier empresario con independencia de su tamaño. No obstante, las empresas grandes tienen mayor margen de maniobra en tanto en cuanto la regulación de empleo puede suponer un ahorro compensado financieramente. Habrá que soportar los costes en concepto de cotizaciones o compensaciones económicas adicionales, lo cual parece especialmente adecuado para las empresas con beneficios y con grandes recursos financieros. Ciertamente, en todos estos casos interactúan una serie de intereses, como la necesidad empresarial de gestionar flexiblemente en el tiempo las plantillas y la protección de los trabajadores afectados por los programas de prejubilación. Sin duda, un factor esencial es la posibilidad de desplazamiento de los costes a la seguridad social. Esta situación es especialmente importante en tipos de crisis económica donde tienen un importante espacio las reestructuraciones empresariales.

bajo que el mantenimiento de la plantilla. Asimismo, la prejubilación suele ir acompañada de una renovación de plantilla con personal con salarios más bajos, o incluso se sustituyen determinados servicios en virtud de la externalización productiva. La empresa valora, así, la reducción del coste fijo de personal de forma inmediata y a largo plazo. Por lo anterior, es evidente que las prejubilaciones tienen igualmente un importante coste desde el punto de vista los recursos humanos de una empresa, en la medida en que los ceses suponen la pérdida de capital intelectual y de la experiencia profesional de la plantilla. Por otro lado, afectan a la propia fidelización de los trabajadores con la empresa, ya que por lo general se aprecia que la empresa prescinde de los servicios sin tener en cuenta una valoración precisa de sus trabajadores como un activo esencial de la empresa.

Pueden existir diversas estrategias a la hora de ordenar el proceso de prejubilación, precisamente debido a que no existe un modelo único. En realidad, la prejubilación es una situación que contiene distintas fases, que es preciso contemplarlas de forma aislada y, asimismo, analizarlas en perspectiva para obtener el resultado final desde el punto de vista de los costes empresariales. Por ello, el proceso aúna, en suma, un análisis detallado del coste de extinción del contrato, el margen de la situación de desempleo, la fase de espera (tiempo en el que la edad del trabajador afectado es clave) y, finalmente, el acceso a la jubilación.

La prejubilación responde a un modelo predeterminado y propuesto por las empresas, especialmente, en el ámbito de las medidas de reestructuración empresarial. En estas situaciones hay que valorar la aportación empresarial, así como el esfuerzo de los propios trabajadores afectados y las vías de protección social posibles para compensar la contingencia de prejubilación. La aportación empresarial es esencial y su grado de contribución marca el éxito del programa de prejubilación. Todo ello abarca tanto la implicación empresarial en el inicio del proceso, en función del tipo o modalidad de extinción contractual, así como los compromisos de renta y complementos de prestaciones de la seguridad social. Asimismo, habrá que valorar la proyección de las posibles aportaciones realizadas a sistemas de privados de previsión y aseguramiento, tipo de seguros o planes de pensiones de jubilación y las aportaciones del propio interesado en virtud de convenio especial con la seguridad social.

Las causas que motivan los procesos de prejubilación coinciden con los presupuestos que justifican las extinciones contractuales por causas o necesidades empresariales³⁰. Ello permite el tránsito de la situación de activo a la de desempleado de los trabajadores, teniendo derecho a la prestación por desem-

30 Ciertamente, concurriendo las circunstancias empresariales previstas para el despido colectivo y objetivo se habilita el recurso a las prejubilaciones mediando acuerdo con los trabajadores. Se permitía una vía especial de regulación de empleo en la empresa. Ver STS del 6 de marzo del 2006 (RJ 2006, 5213); STS del 13 de octubre del 2006 (RJ 2006, 9043); STS del 23 de octubre del 2006 (RJ 2006, 7731).

pleo contributiva y a los subsidios asistenciales. Ciertamente, la prejubilación como contingencia se encuentra motivada por la pérdida del empleo debido a la extinción de los contratos de trabajo. La extinción está motivada en causas que suponen la pérdida involuntaria del trabajo, en este caso, ligada a la reestructuración empresarial, y que se podrá canalizar por la vía de los despidos objetivos plurales o colectivos.

En este sentido, conviene advertir que no cualquier tipo de extinción será susceptible de aplicar a los procesos de prejubilación, sino solamente aquellas que activen la protección de desempleo. A estos efectos se deberá tener en cuenta la propia delimitación de la situación legal de desempleo (art. 208 LGSS), debiendo considerar alguna las situaciones incluidas legalmente en dicho precepto. Las prejubilaciones se promueven en los procesos de reestructuración empresarial y se aplican en el marco de los procesos de regulación de empleo. A estos efectos es clave la consecución de los acuerdos o pactos colectivos consensuados en el ámbito de los despidos objetivos de carácter plural (art. 52.c ET)³¹ o por los despidos colectivos por causas empresariales (art. 51 ET)³². En estos procesos prima la negociación colectiva, cuyo contenido se ha realizado en los despidos colectivos debido a la supresión de la autorización administrativa desde la reforma laboral del 2012^[33]. El acuerdo alcanzado en el período de consultas es un elemento esencial que igualmente está conectado con el acuerdo colectivo de prejubilación, lo que implica que la voluntad de consenso deberá estar presente en ambos casos. Ello configura el cese involuntario en el trabajo y permitirá acceder a la protección social por desempleo y posteriormente el acceso a la jubilación anticipada.

PRESUPUESTOS PREVIOS DE APLICACIÓN DE LA PREJUBILACIÓN COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN: LOS NUEVOS LÍMITES RELATIVOS A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

-
- 31 En los despidos objetivos plurales, en los que no es necesario acudir al expediente de regulación de empleo, la consecución del acuerdo es más sencilla. Igualmente estamos ante un presupuesto que justifica el acceso a la prestación por desempleo, que puede servir de base para el programa de prejubilación. Sin duda, este es un aspecto importante en los supuestos de prejubilaciones en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas.
- 32 Los supuestos de prejubilación programada tienen naturaleza colectiva, lo que supone que la prejubilación se encuentra en estrecha vinculación con los expedientes colectivos de regulación de empleo por causas empresariales. Ver González Ortega, “El papel de los instrumentos de protección social...”, 95 I.
- 33 Efectivamente, la existencia de acuerdo o pacto colectivo no excluye la posibilidad de pactos individuales concretos con trabajadores de forma autónoma o complementaria al pacto colectivo de referencia. Hay pues una sucesión necesaria entre los despidos y los pactos subsiguientes que contemplan las cláusulas aplicables a la prejubilación. Se trata de pactos autónomos, aún vinculados necesariamente. El convenio o acuerdo de prejubilación es subsiguiente al propio hecho de la extinción del contrato y contendrá las condiciones de la prejubilación, así como las contraprestaciones que se apliquen a cuenta de la empresa. Ver Pradas Montilla, “Extinción del contrato de trabajo y prejubilación”, 898-900.

La protección se condiciona al carácter forzoso de la pérdida del empleo. La prejubilación se ha visto especialmente afectada desde la aprobación de la Ley 27/2011, que vino a delimitar nuevos límites relativos a la jubilación anticipada ordinaria de carácter involuntario. Y todo ello a pesar de la configuración genérica de la delimitación legal de la involuntariedad que plantea un importante debate desde el punto de vista de la activación de la protección. Los problemas interpretativos pueden producirse debido a que en estos planes de prejubilación la incorporación de los trabajadores se puede plantear como un supuesto de adscripción voluntaria de estos, que se incluyen en los expedientes de regulación de empleo extintivos o en los despidos objetivos plurales con el fin de acceder subsiguientemente a la protección de desempleo y al régimen más beneficioso de jubilación anticipada forzosa. La posible voluntariedad en el acceso al plan de prejubilación es un aspecto que puede dar lugar a situaciones conflictivas, de hecho ello encuentra importantes críticas que dudan de la procedencia de este tipo de protección³⁴. Evidentemente, el carácter involuntario es el centro de gravedad y determina el propio fundamento de la protección social.

A la situación de prejubilación se puede acceder voluntaria o involuntariamente, sin embargo, solamente cuando está sea forzosa se podrá activar la protección por desempleo y la jubilación anticipada forzosa. En los casos de plena voluntariedad, la empresa deberá compensar al trabajador privadamente, sin tener en cuenta la confluencia de sus aportaciones económicas con las prestaciones sociales. Los problemas aplicativos se deben esencialmente a la propia complejidad de los programas de prejubilación. Con todo, la involuntariedad se deduce y se presume generalmente del contenido de la decisión empresarial de prejubilación. Esta reflexión se deduce del hecho de que la medida de reestructuración incide negativamente en el empleo. Cuando la empresa determina concretamente los trabajadores que se incluyen en el expediente de regulación de empleo y estos se acogen al plan de prejubilación se produce la pérdida involuntaria del empleo³⁵. El problema se produce cuando la empresa propone colectivamente a los trabajadores las condiciones del programa de prejubilación y los trabajadores se adhieren a las prejubilaciones.

El Tribunal Supremo vino a fijar la doctrina jurisdiccional que se refiere a la situación de prejubilación. Esta doctrina parte de la idea de que un expediente

34 López Cumbre, Lourdes. “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social”. La seguridad social a la luz de sus reformas, pasadas, presentes y futuras (Granada: Comares, 2008), 706-708; Magdalena Nogueira Guastavino, “Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad”, en *Tratado de jubilación: homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, coord. Lourdes López Cumbre (Madrid: Iustel, 2007), 1425-1462.

35 Ver Nora María Martínez Yáñez, “Efectos de la prejubilación como consecuencia del ERE”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 4 (jun. 2008): 59-88, y Carlos Molero Manglano, “Régimen jurídico de los planes de prejubilación”, *Actualidad Laboral*, n.º 1 (1994): 67.

de regulación de empleo negociado con los representantes de los trabajadores permite el despido colectivo de los trabajadores y, posteriormente, la empresa puede determinar en el acuerdo los trabajadores afectados por la medida. Evidentemente, en estos casos la empresa despidе y puede determinar los trabajadores afectados, lo cual supone evidentemente el factor decisivo que califica la situación como pérdida involuntaria del empleo³⁶.

La medida sería involuntaria por la presencia del expediente regulador de empleo, y ello a pesar del propio acuerdo del trabajador que se adscribe voluntariamente al programa de prejubilación. Ciertamente, en estos casos, no existe una decisión voluntaria de los trabajadores, a pesar de aceptar las ventajas aportadas por la empresa. La medida es extintiva y dicho recurso extintivo ha sido acordado unilateralmente por la empresa sobre la base de un proceso de regulación de empleo. Esta situación es totalmente diferente al supuesto típico de las bajas voluntarias incentivadas por las empresas. Sería un supuesto diferente por el desarrollo del expediente de regulación de empleo extintivo, situación en la que el trabajador podría acceder a la situación de desempleo y a la jubilación anticipada de carácter forzoso³⁷.

36 El TS considera que los pactos colectivos de extinción vinculados a un programa colectivo de prejubilación no permiten presumir su naturaleza voluntaria, a pesar de que exista un mutuo acuerdo final entre las partes. Ello se debe a la presencia de un proceso de regulación de empleo. Ver STS del 25 de octubre del 2006 (RJ 2006, 8262). En relación con dicha sentencia que cambió el criterio de interpretación de la noción de involuntariedad en el cese en el trabajo ténganse en cuenta la siguiente resolución. Ver STS del 30 de enero del 2006 (RJ 2006, 4350), sentencia comentada por Carolina Gala Durán, “Acuerdos de prejubilación, ‘involuntariedad’ en el cese y determinación de los coeficientes reductores aplicables en el caso de la jubilación anticipada. Comentario de la STS del 30 de enero del 2006 (Recurso núm. 5320/2004)”, *Iuslabor*, n.º 3 (2006). Antes de la STS del 25 de octubre del 2006 (RJ 2006, 8262) se consideraba que los pactos colectivos de extinción, conectados con un programa colectivo de prejubilación suponía que dichas medidas eran voluntarias, al estar basadas en el mutuo acuerdo. En el mismo sentido que está última sentencia téngase en cuenta la STS del 17 de enero (RJ 2007, 2040) y la STS del 21 de junio del 2007 (RJ 2007, 6643). Ver Manuel García Muñoz, “El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la Autoridad Laboral: extinción por despido colectivo. El nuevo criterio unificado”, *Temas Laborales*, n.º 90 (2007): 263-283; López Cumbre, “La prejubilación”, 707, y R. Luna García-Mina, “Carácter voluntario o involuntario de las jubilaciones anticipadas pactadas en expedientes de regulación de empleo. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007”, en *Anuario laboral para abogados. Los casos más relevantes de 2008 de los grandes despachos*, 1.ª ed. (Barcelona: La Ley, 2009), y González Ortega, “El papel de los instrumentos de protección social”.

37 Nos referimos a los planes de prejubilación a los que los trabajadores pueden incorporarse de forma voluntaria, siendo por esta vía como se conforma el listado de trabajadores afectados. De este modo, se permite determinar con menos dosis de conflictividad el listado final de personas afectadas por el expediente de regulación de empleo. Ver Ana María Badiola Sánchez, “Despido colectivo y jubilación”, en *Tratado de jubilación...*, 1481. Efectivamente, si se interpretara que la decisión es libre y voluntaria del trabajador, abstrayendo el contexto de regulación de empleo, el efecto no sería otro que la exclusión del derecho al disfrute de la prestación de desempleo contributivo y se impediría asimismo el acceso a la jubilación anticipada ordinaria de carácter involuntario. En este último caso, se podrían aplicar coeficientes reductores sensiblemente más altos a los aplicados con carácter general en materia de jubilación anticipada.

La conexión de la prejubilación con los expedientes de regulación de empleo negociados permite configurar la medida como un elemento de paz social en la empresa. Ello así en tanto en cuanto la prejubilación puede evitar un expediente de regulación de empleo traumático, que generaría conflictividad laboral en la empresa. Por ello, el acuerdo con los representantes de los trabajadores es clave en el proceso y se trata de una cuestión que, unida a la rebaja de costes, permite el uso de las prejubilaciones a pesar de su penalización desde el punto de vista legislativo.

Sin duda, el aspecto central es la determinación de la edad a la hora de delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de los planes de prejubilación. Como sabemos, la edad de prejubilación es un factor que no se encuentra regulado desde el punto de vista de la acción protectora de la seguridad social. La edad seleccionada determinará el comienzo del proceso de prejubilación, pero como la prejubilación no es una contingencia protegida específicamente por la seguridad social estamos ante un aspecto en el que la empresa especialmente deberá valorar. Se deberá determinar la cuota de trabajadores que mejor se adapte al ajuste económico pretendido, valorando qué colectivo puede acogerse este. La empresa propondrá a efectos de negociaciones una edad mínima que determina el inicio del plan de prejubilación y finalmente esta franja de edad deberá ser negociada y pactada con los representantes de los trabajadores, plasmándose finalmente en el acuerdo de prejubilación. Con todo, en la práctica y en función de la regulación del desempleo y de la jubilación si podemos hablar de edades mínimas previstas generalmente en los acuerdos de prejubilación. La edad de prejubilación vendría a estar indirectamente condicionada, con un cierto margen de maniobra. No obstante, como se ha visto, los índices de referencia están claros.

La edad deberá considerar lógicamente las posibilidades de la acción protectora de la seguridad social que permitirá abstraer un intervalo temporal continuado que se inicia con la extinción del contrato de trabajo y la pérdida del empleo y se desarrolla desde el desempleo hasta la definitiva jubilación de los trabajadores afectados. Y, en relación con el acceso a la jubilación, conviene destacar que el retiro definitivo se puede producir por la vía de la jubilación ordinaria o anticipada. A la vista de estos factores concurrentes y del colectivo considerado afectado al programa de prejubilación, la edad estándar de prejubilación se situará con carácter general superando los 53 años, ya que dicha edad permite acceder a la modalidad especial de subsidio de desempleo de mayores de cincuenta y cinco años una vez superada la protección contributiva (antes del proceso de reforma eran cincuenta y dos años).

Sin embargo, y en función de las necesidades de la empresa, puede que está edad baje, por ejemplo, a los 50 o 51 años³⁸, o incluso ascienda si el ajuste vía prejubilación no necesita de un colectivo especialmente voluminoso (54 o 55 años o más). Efectivamente, estas edades citadas anteriormente se aplican en muchos procesos de prejubilación, considerado una edad de prejubilación más avanzada. Ello puede significar que el colectivo de trabajadores maduros sea más reducido debido a que la empresa acude a la prejubilación parcialmente y opta conjuntamente por otras medidas organizativas alternativas³⁹. Ello puede suponer una destrucción de empleo menor, en comparación a otras opciones ligadas al salvamento de la empresa. Esto sucede en los expedientes de regulación de empleo en el que una cuota de este deriva hacia la prejubilación. El condicionante de edad sería el presupuesto necesario para poder cumplir con las exigencias del período máximo de cotización a efectos del desempleo. Ello requiere acreditar un lapso temporal suficiente en relación al desempleo contributivo, que permita disfrutar de su duración máxima de dos años (art. 210.1 LGSS), y que habilite subsiguientemente el disfrute del subsidio asistencial de mayores de 55 años hasta alcanzar la etapa de la jubilación.

LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN LOS PROCESOS DE MODIFICACIÓN DE EMPRESA: PRESUPUESTO NECESARIO PARA LA APLICACIÓN DE LA PREJUBILACIÓN

El desempleo permite la protección de la primera fase de la prejubilación, mediante la protección, primero, contributiva y, luego, asistencial. Esta protección cubre un período de tiempo que se presenta como una fase de expectativa hasta el posible acceso a la jubilación. Este momento se producirá cuando el beneficiario cumpla la edad de jubilación correspondiente, que varía según el acceso se produzca por la vía de la jubilación anticipada, parcial u ordinaria. Legalmente se ha contemplado una regulación especial para los expedientes de regulación de empleo que afecten a trabajadores mayores de 50 años de edad y en concreto en relación con empresas con beneficios (Disp. Ad. 16.ª Ley 27/2011) (*vid. supra*). Se trata de una regulación cuya vigencia comenzó a aplicarse desde el 2 de agosto del 2011, a diferencia de otras medidas que se están aplicando desde el 2013.

38 Efectivamente, por debajo de los cincuenta y cinco años puede ser igualmente factible recurrir a la prejubilación. No obstante, en estos casos los trabajadores afectados serán aquellos que puedan incluirse en el expediente de regulación de empleo extintivo, siempre que tengan una dilatada antigüedad en la empresa.

39 Precisamente, estos costes son más reducidos debido a que la empresa tendrá que mantener el salario en activo lo más cercano posible a su cuantía durante un menor número de años. El acogimiento a estas medidas parciales se debe a la necesidad de evitar la proyección de las compensaciones privadas a cuenta de las empresas. Ello conlleva directamente la reducción de los costes empresariales aplicados en virtud de los complementos económicos a cuenta del programa de prejubilación.

Desde que el trabajador se encuentra en situación de desempleo el prejubilado tendría acceso a la prestación y la entidad gestora cotizaría a efectos de jubilación. Se trata de un tiempo en el que existiría período cotizado y la jubilación no se vería resentida, aunque efectivamente las bases de cotización no serán lógicamente las mismas que las practicadas durante la situación de activo (arts. 206 y 214 LGSS). Lógicamente, el convenio especial podrá existir durante la etapa de desempleo, pero necesariamente deberá mantenerse posteriormente para no perjudicar la protección futura por jubilación. En estos expedientes de regulación de empleo las empresas o grupo de empresas tendrán que soportar el coste del 50 % que supone para la seguridad social dichos expedientes de regulación de empleo que se canalizan por las prejubilaciones. Dicho coste, como hemos visto, tiene una explicación en virtud de prestaciones y los subsidios por desempleo⁴⁰. Con todo, no solamente debemos tener en cuenta el coste en las prestaciones, sino también el cargo económico que soporta la seguridad social en concepto de cotizaciones que tienen que realizar el Servicio Público de Empleo Estatal durante la cobertura de la situación de desempleo. El desempleo contributivo es compatible con los complementos empresariales que compensan económicamente la prejubilación por la extinción de su contrato de trabajo y por la situación de retiro prematuro, aspecto éste que no concurre en la protección asistencial.

Desde el punto de vista de la protección asistencial, se han endurecido las condiciones para la percepción del subsidio de desempleo para los mayores de 55 años, teniéndose actualmente en cuenta los ingresos de toda la unidad familiar y no solo las rentas del receptor. En concreto, se tienen en cuenta las rentas de todos los miembros de la unidad familiar, incluido el propio beneficiario y se divide entre el número de miembros de la unidad familiar debiendo ser el resultado final inferior al 75 % del SMI, excluidas las pagas extraordinarias. De este modo, el RD-Ley 5/2013 pretende contribuir al retraso del abandono del mercado laboral evitando el recurso a la prejubilación. El desempleo específico que ha venido atendiendo y favoreciendo la situación de prejubilación se ha producido mediante la acción del desempleo de trabajadores mayores de 52 años. Ciertamente, hasta el 2012, la edad para la solicitar el subsidio por desempleo eran los 52 años, pero, posteriormente, dicha edad se elevó a los 55 años. Las

40 La propia protección por desempleo puede ser un instrumento de contención del paro, especialmente en los procesos de reestructuración empresarial. Ciertamente, si se reduce la proyección de la protección por desempleo en el ámbito de las reestructuraciones empresariales se están estimulando medidas de gestión de las plantillas distintas a las soluciones extintivas. Ver María Rosa Vallecillo Gámez, “Cómo frenar la sangría de empleos en España: nuevas medidas socio-laborales para el mantenimiento de la ocupación”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 314 (2009): 67-94. Como se ha indicado, la protección del desempleo está ordenada para atender a las necesidades derivadas de la pérdida del empleo. Y ello sin tener en cuenta su causa, lo cual supone que su conexión con el proceso de reestructuración no es el factor esencial. Ciertamente, lo que permite la protección es la existencia de una situación de necesidad sin que su causa sea relevante o consustancial.

exigencias legales para acceder a dicho subsidio son las siguientes: estar en situación de desempleo y tener cumplidos cincuenta y cinco años de edad en la fecha de agotamiento de la prestación por desempleo contributivo.

A efectos de prejubilación lo importante es que dicha protección asistencial se pueda mantener hasta el momento de acceso a la pensión de jubilación. El retraso del momento de acceso al subsidio por desempleo de mayores de 55 años ha supuesto ciertamente un retraso evidente de la edad de retiro de los programas de prejubilación de las empresas. El subsidio permite que el trabajador pueda tener una protección continuada más allá de la protección por desempleo contributivo, pudiéndose mantener la protección desde el punto de vista asistencial hasta el momento definitivo de la jubilación. Por ello, en la práctica se configura como un subsidio de prejubilación. Este subsidio de desempleo se irá percibiendo durante la etapa de prejubilación hasta la jubilación definitiva del trabajador, por lo que la conexión entre desempleo y jubilación es lógicamente inevitable. Evidentemente, se trata de una protección más reducida y dicho déficit de protección se compensaría con las aportaciones empresariales. Sin duda, este es el contenido central de la propia negociación de los planes de prejubilación de las empresas.

Con todo, es preciso advertir que se trata de un subsidio considerablemente condicionado y, por tanto, sometido a importantes exigencias de acceso. Sin duda, la condición más importante se refiere al tope de nivel de renta a efectos del subsidio por desempleo, que se configura legalmente como un presupuesto necesario para el mantenimiento de la protección (arts. 215.3 y 217 LGSS). Conviene destacar que no computaría a efectos del tope de renta el importe correspondiente a la indemnización legal por despido, que como se sabe puede abonarse de forma periódica en forma de complemento durante la prejubilación (art. 215.2, 2.º párr. LGSS). Por tanto, los complementos ligados directamente con estas indemnizaciones mínimas e indisponibles no afectarán a la protección asistencial por desempleo, pero sí a cualquier tipo de mejora que se practique sobre estas⁴¹. Es decir, cualquier aumento que se produzca sobre las indemnizaciones legales de carácter mínimo e indisponible. Ciertamente, esta exclusión a efectos del tope de renta se produce por la propia naturaleza de la indemnización legal y ese efecto se produce con independencia de que el pago de esta se realice de una sola vez o de forma periódica (art. 215.2, 2.º párr. LGSS).

Dicho tratamiento permite un importante margen de maniobra a la hora de negociar los planes de prejubilación, evitando que la proyección de la in-

41 En estos casos, estas cantidades no se considerarían renta y, por tanto, no afectarían al tope del subsidio por desempleo. Ver González Ortega, "El papel de los instrumentos de protección social...", 959. En efecto, se trataría de un abono diferido a cuenta de la obligación de abono de la indemnización legal por despido.

demnización por despido colectivo afecte al desempleo no contributivo y pueda organizarse a efectos prácticos como un complemento de renta. Se estaría, pues, ante una previsión que impide que la protección no contributiva se desactive para este caso concreto, lo cual beneficia al prejubilado que podría continuar en dicha situación hasta el momento de acceso a la jubilación. Precisamente, una forma de propiciar acuerdos de mejora de la indemnización legal de despido se produce en la práctica difiriendo su abono. En este caso, la indemnización legal de despido se vería mejorada y su cuantía incrementaría, pero el abono final se practicaría mediante el pago de primas de seguros que tienen por finalidad mejorar la jubilación cuando se haya accedido finalmente a esta situación.

Esta noción del *subsidio* como vía transitoria de acceso a la jubilación se permite dada la flexibilidad del acceso a la edad de jubilación. Es decir, la protección asistencial puede disfrutarse hasta el cumplimiento de la edad ordinaria prevista en cada momento para causar el derecho a la pensión de jubilación contributiva. Igualmente la protección asistencial por desempleo se podría mantener hasta el acceso a la jubilación anticipada, que ciertamente se muestra como alternativa para aquellas personas que se encuentran en situación de prejubilación. Esta protección debe ser especialmente compensada por aportaciones empresariales debido a la baja cuantía del subsidio de desempleo, que puede reducirse o incluso extinguirse cuando se produce el acceso definitivo a la jubilación. Incluso, se han contemplado reglas flexibles en beneficio de la protección futura del beneficiario.

En este sentido, conviene destacar que la percepción del subsidio se puede compaginar con el trabajo por cuenta ajena. De este modo, se puede mantener la prestación y se permite seguir manteniendo la cotización, cambio propiciado ya por la Ley 40/2002, del 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo. En este caso, si se prestan servicios durante la percepción del subsidio de desempleo y se realizan aportaciones al convenio especial. Dichas aportaciones derivadas del trabajo se incluirán en el convenio especial con posterioridad a los 61 años, teniendo claro que son cantidades a cargo del trabajador.

Sin duda, se trata de una acción protectora especial que favorece las posibilidades de cese de los trabajadores de edad avanzada, lo cual se proyecta especialmente en las reestructuraciones empresariales. Con todo, esta protección es insuficiente, debido generalmente a su naturaleza asistencial, lo que implica la aplicación de compensaciones privadas a cargo de las empresas. A este subsidio acceden los trabajadores que pierden su trabajo actualmente a los 55 años, que

han venido percibiendo la prestación por desempleo contributiva y que una vez agotada no han conseguido retornar al mercado de trabajo. Es decir, se aplicará a aquellas personas que aun queriendo trabajar no han conseguido una ocupación efectiva. Es precisamente esta vía la que permite la pasarela directa entre el desempleo contributivo y la jubilación, y pues se trata de una acción protectora asistencial pensada para un colectivo concreto afecto a las situaciones de prejubilación, a pesar de que la legislación no contemple expresamente esta contingencia.

EL ASEGURAMIENTO DE LA JUBILACIÓN EN VIRTUD DEL CONVENIO ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL: UNA REVISIÓN DEL COSTE EMPRESARIAL DE LA PREJUBILACIÓN

Las pensiones de jubilación se garantizan en los planes de prejubilación, permitiendo la percepción de una pensión suficiente y mejorándose, en su caso, en función de las posibilidades empresariales. Sin duda, una de las fórmulas utilizadas para esta operación es el aumento de las bases de cotización a efectos del cómputo de la pensión y ello gracias a la suscripción de un convenio especial con la seguridad⁴². Sin duda, una fórmula de mejora de la pensión de jubilación consiste en que la empresa asuma el pago de las cuotas, aunque el sujeto obligado a su apertura y mantenimiento sea, en principio, el propio beneficiario. Efectivamente, el convenio especial de seguridad social se deberá solicitar cuando la empresa comience a tramitar el expediente de regulación de empleo y ello porque en estos casos, como se ha mencionado, se trataría de una compensación del empresario. En realidad, estamos ante un cargo para las empresas que deben soportar el coste total del convenio especial de seguridad social hasta el momento de acceso a la jubilación anticipada⁴³.

Tradicionalmente las dotaciones a cargo del convenio especial han sido claramente un estímulo para las empresas, que gracias a un sistema ventajoso les permitían canalizar con más facilidad las prejubilaciones propiciando los retiros prematuros. Por otro lado, este régimen ha venido beneficiando a los trabajadores, que han visto aseguradas sus expectativas de cara a la cuantía final de

42 Las bases que computan a efectos de jubilación son un promedio que tiene en cuenta los seis meses anteriores a la extinción del contrato de trabajo (arts. 6 Orden TAS/2865/2003). Dichas bases se podrán aumentar más adelante en el momento de cumplimiento de los 61 años a cargo del beneficiario. El convenio especial es una fórmula de aseguramiento de la pensión final de jubilación. Sin duda, todo ello requiere una relación directa entre las bases de cotización, salario en activo y bases de cotización durante la prejubilación, lo cual será determinante a los efectos de calcular la pensión de jubilación definitiva.

43 De este modo, el convenio especial de seguridad social tiene como finalidad asegurar las expectativas de jubilación de la persona prejubilada. Las aportaciones realizadas permiten seguir manteniendo un nivel suficiente de cotizaciones, que aseguran la mejora de la pensión de jubilación futura.

la pensión⁴⁴. Junto a la propia acción del convenio especial de seguridad social tienen igualmente especial importancia los complementos directos a la pensión de jubilación⁴⁵. Estos complementos serían de cargo exclusivo y directo de la empresa, y dado su alto coste, las empresas recurren en la práctica a fórmulas de financiación, como son el recurso a los planes de pensiones, seguros colectivos o mutualidades laborales. En cualquiera de esos supuestos, debemos resaltar que se trata de instrumentos que permiten relajar el coste empresarial, mediante una fórmula aseguradora que externaliza el pago y garantiza su percepción efectiva.

El convenio especial de seguridad social se regula en la Disp. Ad. 31.^a LGSS y en la Orden TAS/2865/2003, del 13 de octubre. Igualmente el convenio especial de seguridad social ha sido objeto de revisión por las últimas reformas, aumentándose las obligaciones de aportación a cuenta de las empresas, cuestión especialmente relevante en los procesos de reestructuración empresarial⁴⁶. El convenio especial con la seguridad social ha sido modificado por la Ley 27/2011, que ha dado una nueva redacción a la Disp. Ad. 6.^a LGSS. Este régimen se viene aplicando desde el 1 de enero del 2013 y configura una regulación del convenio especial, como pieza clave a constituir a raíz de los expedientes de regulación de empleo unidos a un proceso de reestructuración empresarial (Disp. Ad. 6.^a Ley 27/2011 y Disp. Ad. 31.^a LGSS). Si la empresa recurre a un expediente de regulación de empleo deberá hacerse cargo de las cuotas correspondientes al convenio especial a favor de los trabajadores que han sido cesados en el trabajo de forma involuntaria⁴⁷. Esta obligación se proyecta cuando en el expediente extintivo se encuentran afectados trabajadores con cincuenta y cinco años de edad (Disp. Ad. 31.^a LGSS)⁴⁸. Legalmente se configura una obligación empresarial

44 Ver Antonio Vicente Sempere Navarro y José Luján Alcaraz, “La posibilidad de lucrar una pensión contributiva de jubilación como requisito del “subsidio de prejubilación”, *Aranzadi Social* (1996).

45 En este sentido, conviene indicar que otro elemento que permite acrecer la renta es la no aplicación de la cotización a la seguridad social por parte del trabajador, que una vez prejubilado no debería soportar este concepto. Puede consultarse por ejemplo la proyección del complemento a cargo de la empresa y la deducción de las cuotas a la Seguridad Social. Ver STS del 10 de julio del 2002 (RJ 2002, 9218).

46 Ya antes de la reforma operada por la Ley 35/2002, del 12 de julio, las empresas generalmente recurrían a esta fórmula de garantía de las pensiones en los casos de reestructuración de empleo recurriendo a las prejubilaciones. Efectivamente, se configura una obligación que ya anteriormente se utilizaba en los planes de prejubilación como compromisos privados de las empresas y que eran presupuesto de viabilidad de la propia situación de prejubilación. Desde el RD-Ley 2/2009, del 6 de marzo, se permite a efectos del convenio especial de la seguridad social que se pueda compatibilizar el desarrollo de un trabajo con las aportaciones realizadas al convenio especial de seguridad social. Se trata de una fórmula que beneficia al prejubilado, ya que podrá conseguir una pensión futura más elevada debido al aumento de las aportaciones y, de igual modo, es una medida que permite estimular la propia contingencia de prejubilación.

47 Esta obligación empresarial de dotación al convenio especial de Seguridad Social se contempla en nuestra legislación desde la reforma producida en virtud de la Ley 35/2002, del 12 de julio.

48 El convenio especial de seguridad social se configura como una medida de compensación obligatoria para la empresa respecto de los trabajadores mayores de 55 años. Dichos trabajadores deberán verse

como previsión protectora de los intereses de los trabajadores afectados por los planes de prejubilación colectivos. Esta medida asegura que finalmente las personas prejubiladas puedan percibir una pensión suficiente. Asimismo, se impide trasladar el coste de la mejora de la pensión al beneficiario, que ciertamente se encuentra en una situación de difícil retorno al mercado de trabajo⁴⁹. La empresa se corresponsabiliza en la propia financiación de la prejubilación, al tratarse de una medida que estaría en correspondencia con los propios intereses de la empresa, que recurre a fórmulas de extinción colectiva de los contratos de trabajo⁵⁰.

Las reglas relativas al convenio especial de seguridad social permiten su recurso como medida aplicable a los procesos de reestructuración. Los progra-

afectados por expedientes de regulación de empleo. Ello es especialmente relevante en relación con los procesos de reestructuración empresarial con pérdida de puestos de trabajo. Por otro lado, conviene indicar que esta previsión normativa no se refiere, claro está, a los trabajadores mutualistas en enero de 1967, que se encuentran excluidos de esta regla, en la medida que ellos pueden acceder a un sistema de jubilación mucho más ventajoso. Es decir, podrían jubilarse anticipadamente incluso antes de los cincuenta y cinco años de edad, estén o no afectados por expedientes de regulación de empleo.

49 En muchos casos las posibilidades de no retorno se deben al propio perfil del trabajador de edad avanzada, al que el mercado de trabajo no ofrece posibilidades de reincorporación laboral. Las vías reales de retorno al mercado de trabajo son prácticamente nulas. Ver Consejo Económico y Social, Vida laboral y prejubilaciones (Informe 2/2000, 21 de junio de 2000), 40. La preferencia de nuestro mercado de trabajo se asienta en las ofertas a trabajadores jóvenes, a los que se aplican generalmente contratos temporales y con contraprestaciones salariales ciertamente reducidas. Se trata de trabajos peor retribuidos que tienen un contenido de prestación laboral menos especializado. En estos casos, la experiencia y la formación no suele ser el factor determinante, junto al hecho de que dichos trabajadores se adaptan necesariamente a los cambios en el trabajo y al desarrollo de funciones menos complejas. Ciertamente, el retorno al mercado de trabajo es prácticamente imposible, ya que el mercado laboral no ofrece posibilidades idóneas a tenor de la formación profesional y de la experiencia acreditada de dichos trabajadores, lo cual es un factor que desincentiva la prolongación de la vida activa. Este panorama laboral ciertamente limita a los trabajadores de edad madura a la luz de las ofertas de empleo que pueden recibir. Y ello sin desprestigiar la concurrencia de los clásicos perjuicios respecto de los trabajadores de edad avanzada, que puede incluso plantear desde el punto de vista de acceso al empleo importantes reflexiones en relación a la discriminación por razón de edad. Este es un factor que igualmente está presente en las políticas de empleo. La administración laboral debería impulsar medidas correctoras de esta situación. Se está, pues, ante un aspecto importante que evita el coste en prestaciones y mantiene los recursos activos, sin perder la formación y experiencia profesional de colectivos pasivos con plenos potenciales profesionales. Dichas situaciones de discriminación deberían ser invertidas. En relación con la procedencia de la discriminación por razón de edad, en concreto por motivos de degradación profesional. Ver STSJ Madrid del 27 de junio del 2006 (AS 2006, 3269). En cambio, no cabe discriminación por razón de edad cuando en virtud de cambios normativos se ofrece un tratamiento desigual. Ver STSJ Cataluña del 4 de mayo del 2007 (AS 2007, 2480).

50 El convenio especial se puede financiar, pues, con aportaciones empresariales cuando el trabajador cumpla la edad, al menos, de cincuenta y cinco años y se haya extinguido su relación laboral debido a la tramitación de un expediente de regulación de empleo. De este modo, la edad de 55 años se presenta legalmente como el momento preciso de inicio de la situación de prejubilación, ya que tiene una cobertura legal, aunque expresamente no se refiera la ley a dicha contingencia. El proceso de prejubilación podría comenzar antes, pero el plan de prejubilación sería menos atractivo para el prejubilado, que no tendría las mismas expectativas futuras de cara al mantenimiento de una pensión de jubilación adecuada. La intención es claramente desincentivar el recurso a las prejubilaciones a una edad inferior a los cincuenta y cinco años, ya que el prejubilado no se podría beneficiar de las aportaciones empresariales a cuenta del convenio especial de Seguridad Social.

mas de prejubilación se diseñan teniendo en cuenta su inicio desde los cincuenta y cinco años y se desarrollan hasta el cumplimiento de la edad de jubilación anticipada involuntaria. En este sentido, las prejubilaciones, aun forzadas, si no se tramitan por expedientes de regulación de empleo no se podrán beneficiar de este régimen jurídico. Ciertamente, las pequeñas empresas tendrán dificultades en aplicar estos planes de prejubilación en la medida en que dichas empresas no podrán realizarán despidos colectivos, sino despidos objetivos plurales. Así pues, al no poder canalizar las extinciones por el expediente de regulación de empleo, esta posibilidad de protección al colectivo prejubilado no podrá activarse.

En las prejubilaciones producidas en el ámbito de los procesos de reestructuración, la empresa se hace cargo en exclusiva del coste del convenio especial de seguridad social hasta el momento en que el trabajador cumpla los 61 años de edad⁵¹. Ciertamente, después del cumplimiento de los 61 años las cotizaciones a cuenta del convenio especial de seguridad social serán obligatorias y de cuenta exclusiva del beneficiario (Disp. Ad. 31.ª LGSS)⁵².

En cualquier caso, conviene destacar que si el beneficiario no mantiene las cuotas del convenio especial de Seguridad Social perderá sus expectativas, ya que quedará excluido, sin que pueda ser obligado personalmente a su mantenimiento. Después de los sesenta y un años se produce una rebaja de su aportación hasta dos años de cotización en relación al convenio especial de seguridad social. La empresa deberá hacerse cargo de este coste, a no ser que el trabajador se jubile anticipadamente, en cuyo caso deberá asumirlo el propio beneficiario. Efectivamente, se trata de una previsión que benéfica a las empresas. Antes de las reformas estas medidas solamente se aplicaban a las empresas en crisis económica y se referían a los expedientes de regulación de empleo por causas económicas. Sin embargo, actualmente dicha posibilidad se aplica a cualquier tipo de necesidad de empresarial, esto es, sobre cualquier causa empresarial incluidas las razones técnicas, productivas o de organización⁵³.

51 La edad de sesenta y un años y seis meses prevista en el 2018 como edad de jubilación anticipada implica correlativamente la necesidad de activar la protección a cargo de la seguridad social. Precisamente esto es uno de los objetivos que en la actualidad se intenta limitar con el fin de retrasar la edad de retiro real. En cualquier caso, se utilizaría el recurso del convenio especial previamente dotado, de modo que dicho convenio se activaría y se trasladaría la cuantía aportada al beneficiario. En estos casos, como decimos, puede que la empresa haya soportado hasta dicha edad el mantenimiento del convenio especial, aunque ésta puede igualmente comprometerse voluntariamente a seguir manteniendo el convenio hasta el momento del cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria.

52 Las bases de cotización a efectos de convenio especial se determinarán con vistas alcanzar la cuantía de la pensión de jubilación correspondiente y no existen exigencias para seguir manteniendo las bases de cotización aplicadas durante la fase de servicio activo (arts. 6 y 20 Orden TAS/2865/2003).

53 En los casos de prejubilación por libre voluntad del trabajador la empresa no debe suscribir y mantener el convenio especial de seguridad social. También la empresa puede compensar al trabajador mediante el pago de una cantidad económica que permite al beneficiario llegar a la jubilación anticipada y dicha cantidad estaría orientada a mantener las cotizaciones del convenio especial durante dos años

El mantenimiento del convenio con aportaciones empresariales suele producirse hasta el cumplimiento por parte de los prejubilados de la edad de retiro que puede ser anticipada o hasta la edad de jubilación ordinaria. Por tanto, legalmente se diseña de forma indirecta una pasarela que permite dar respuesta a la situación de prejubilación. Por tanto, se configura una vía efectiva para que las empresas puedan, a pesar de las limitaciones legales, aplicar prejubilaciones en los procesos de regulación de empleo. Se da, pues, una respuesta a una realidad empresarial, ya que coyunturalmente las empresas pueden necesitar recurrir a la prejubilación como medida de ajustes de personal o como respuesta de reorganización de la propia plantilla de trabajadores. En realidad, el régimen jurídico de referencia permiten claramente fórmulas de cotización a la Seguridad Social, a pesar de la remisión de la actividad laboral del beneficiario sujeto a un convenio especial de Seguridad Social.

LA LIMITACIÓN EFECTIVA AL RECURSO DE LA PREJUBILACIÓN: EL RETRASO DE LA EDAD DE LA JUBILACIÓN Y EL AUMENTO DEL COSTE DE LA PREJUBILACIÓN PARA LAS EMPRESAS

La jubilación es la meta del proceso de prejubilación y su acceso marca el momento de inicio de la protección. La jubilación cuenta con diversos cauces de acceso, especialmente debido a sus distintas modalidades que afectan a la prejubilación, esto es, la jubilación anticipada, anticipada parcial u ordinaria. El acceso a la jubilación podrá producirse cuando el beneficiario cumpla la edad de jubilación anticipada u ordinaria. El beneficiario tiene, pues, estas dos alternativas, aunque generalmente el recurso más extendido se proyecta sobre la jubilación anticipada. Esto se debe a que el sistema prima está vía al reducir la edad efectiva de jubilación y permite realizar aportaciones a cuenta de un retiro prematuro. Con todo, conviene subrayar que a estas situaciones se accede desde el punto de vista de la voluntariedad del beneficiario⁵⁴, ya que dicha protección no se activa automáticamente por el mero cumplimiento de una edad. Todo dependerá de la libre adhesión del trabajador, salvo en los casos de jubilaciones forzosas previstas por la negociación colectiva⁵⁵, así como por el cumplimiento de las exigencias legales de aportación al sistema vía cotización.

.....
(art. 161. bis. 2.d LGSS).

54 A efectos de la jubilación anticipada, los pactos de extinción de los contratos de trabajo conectados a un plan de prejubilación se pueden considerar decisiones extintivas por mutuo acuerdo. Ver STS 25 de octubre del 2006 (RJ 2006, 8262).

55 Ciertamente la conexión con la política de empleo de la empresa es esencial cuando la jubilación forzosa se prevé por medio de un convenio colectivo en virtud de la aplicación de la Disp. Ad. 10.^a ET. Ver Jaime Montalvo Correa “La jubilación forzosa como instrumento de política de empleo”, en *Tratado de jubilación*, 1027; Paz Menéndez Sebastián, “La jubilación como instrumento de saneamiento

Tanto la jubilación anticipada como la parcial están penalizadas en virtud del régimen de edad de acceso a la jubilación ordinaria, así como por las reglas orientadas al retiro gradual y flexible (art. 161.1.a LGSS, especialmente afectado por la Ley 27/2011, y Disp. Trans. 20ª LGSS). Estas medidas son una contra respuesta a la edad media de prejubilación en España, que se cifra en torno a los 60 años. Con carácter general, los planes de prejubilación han venido cifrando el momento de retiro prematuro en torno a los 55 o 58 años, edades que han subido ahora hasta los 57 o 60 años debido a la proyección de la reforma del sistema de pensiones. Por todo ello, la edad es un factor clave, ya que influye decisivamente en los costes empresariales de la prejubilación. Evidentemente cuanto más joven sea el trabajador acogido al plan de prejubilación mayor será el coste que soportará la empresa. La situación se ha visto directamente condicionada por el aumento progresivo de la edad ordinaria, con la subida de la edad pensionable cada año natural desde el 1.º de enero del 2013 y hasta el 2027, año de consolidación del sistema. Y esta mutua relación entre la jubilación ordinaria y anticipada se debe a que la aplicación gradual del régimen se asienta en el hecho de que la edad de acceso a la jubilación anticipada no se fija expresamente. Al no encontrarse predeterminada por la Ley, se ha recurrido a su determinación en función de un número de años de edad previos a la edad ordinaria. Si tenemos en cuenta el sistema final aplicable en el 2027 conforme a la Ley 27/2011, ya sabemos que habrá dos edades de jubilación ordinaria, a los sesenta y siete años como edad general y a los sesenta y cinco años si se acredita una carrera laboral dilatada con treinta y ocho años y seis meses de cotización consolidada.

La Ley 27/2011 ha supuesto un cambio esencial en materia de prejubilación (Disp. Ad. 16.ª LGSS). El retraso de las edades de jubilación implica que la prejubilación es más costosa para las empresas, lo que desincentiva su recurso en los procesos de reestructuración. Sin duda, se limitan las posibilidades de uso de las prejubilaciones como figura que permite amortizar puestos de trabajo. Asimismo, repercute en la función de la prejubilación de reestructuración y gestión de la plantilla. Nuestra legislación previamente a dicha reforma permitía ciertamente un considerable espacio para los acuerdos colectivos de prejubilación ligados a las modificaciones de empresas⁵⁶. Actualmente, la legislación intenta

empresarial: el retorno de la jubilación forzosa y el juego de la jubilación anticipada”, en *Las relaciones laborales en la reestructuración y en el saneamiento de las empresas: XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Granada, 19 y 20 de mayo de 2005* (Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2006).

56 Ya la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, contemplaba normas para el reconocimiento de la jubilación anticipada en el sistema de seguridad social, teniendo repercusión en el ámbito de las reestructuraciones empresariales y las prejubilaciones prolongadas. Ver José Antonio Panizo Robles, “El final de una polémica: las nuevas reglas de anticipación de la edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 14 (1999): 58; Eugenia Revilla Esteve y Núria Pumar Beltrán, “La nueva normativa de acceso a la jubilación anticipada para determinados colectivos de regímenes especiales

limitar las posibilidades de negociación de los planes de prejubilación. Como sabemos, la legislación ha orientado estas medidas al ámbito de las políticas de personal de las grandes empresas con posibilidades financieras, existiendo reglas especiales para los grupos de empresas (*vid. supra*). Por tanto, el ámbito de aplicación de dichos programas se reduce considerablemente y se presenta como un régimen especial para un tipo de empresas de gran dimensión, que no están muy extendidas en nuestro sistema de relaciones laborales.

Efectivamente, la situación se ha visto incluso intensificada por la proyección del RD-Ley 5/2013, del 15 de marzo, que ha supuesto mayores obstáculos para las prejubilaciones⁵⁷. Se ha retrasado la edad para acceder a estas modalidades de jubilación. En el caso de la jubilación anticipada forzosa la edad de acceso son los 61 años y tres meses que irá aumentando gradualmente cada año hasta alcanzar los sesenta y tres años en 2027. La cotización mínima exigida para el acceso a la jubilación anticipada y parcial pasan de treinta a treinta y tres años y se deberá ser demandante de empleo, al menos, durante seis meses desde la solicitud después de un despido colectivo o un despido por causas objetivas. Por su parte, los coeficientes reductores que se aplicarán sobre la pensión serán, por cada año de adelanto respecto a la edad legal, del 6 % para los que hayan cotizado más de 44,6 años; del 6,5 % para entre 41,6 y 44,5 años cotizados; del 7 % para entre 38,6 y 41,5 años cotizados, y del 7,5 % para 38,5 años cotizados o menos. Ciertamente, los efectos de estas medidas irán teniendo mayor incidencia en las prejubilaciones debido a la aplicación progresiva y gradual de las medidas previstas por el RD-Ley 5/2013.

Sin duda, es especialmente relevante la relación de convivencia de las prejubilaciones y las jubilaciones anticipadas a raíz de los cambios normativos producidos en el sistema de pensiones. La jubilación anticipada es un mecanismo especialmente importante en materia de prejubilación, ya que permite ampliar el número de trabajadores que pueden acogerse a un plan de prejubilación. Este protagonismo de la jubilación anticipada en el ámbito de las prejubilaciones es ciertamente significativo.

en virtud de reglas de cómputo recíproco de cotizaciones”, *Civitas*, n.º 95 (1999): 381-382.

57 A los efectos de un estudio en profundidad de las reformas producidas por el RD-Ley 5/2013 se recomienda el análisis de los siguientes trabajos de investigación. Ver Joaquín García Murcia, “Las nuevas reglas sobre jubilación parcial y jubilación anticipada: el RDL 5/2013”, *Derecho de los Negocios*, año 24, n.º 269, (May.-jun. 2013): 64-65; Lourdes López Cumbre, “Jubilaciones anticipadas en extinción”, *Documentación Laboral*, n.º 99 (2013): 81-104; María Antonia Pérez Alonso, “Cuestiones prácticas y divergencias legales en la pensión de jubilación tras las últimas reformas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 35 (oct. 2013); Yolanda Sánchez-Urán Azaña, “Trabajadores de edad avanzada: I. jubilación anticipada y jubilación parcial: cuestiones prácticas tras la reforma de 2013”, *Actualidad Laboral*, n.º 9 (2013): 3; Lourdes Fraguas Madurga, “La regulación de la jubilación parcial en el Real Decreto 5/2013, de 15 de marzo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 35 (2013).

Desde el punto de vista de la jubilación anticipada forzosa, la edad de 61 años y tres meses se configura actualmente como edad de término de la prejubilación. Evidentemente una vez cumplida dicha edad la persona prejubilada podrá seguir manteniendo y realizando aportaciones al convenio especial de Seguridad Social, pero a su propio cargo, desvinculándose la empresa de su obligación de realizar aportaciones. Se trataría, en principio, de la edad límite de referencia para el programa de prejubilación y será generalmente la edad definitiva de retiro. Las modificaciones realizadas en materia de edad de jubilación ordinaria son de hondo calado (Disp. Ad. 31.ª LGSS). El aumento de la edad de jubilación supone ciertamente un lastre para las empresas, en la medida que éstas tendrán que soportar un mayor coste económico. Las empresas deberán mantener sus aportaciones a los planes de prejubilación hasta los sesenta y un años y tres meses (63 años en el 2027) en el caso de la jubilación anticipada involuntaria.

Se trata, pues, de un amplio período en el que la empresa deberá cotizar y el beneficiario asumirá el pago de las aportaciones después del cumplimiento de la edad de jubilación anticipada. Efectivamente, la finalidad es que el empresario soporte todo el coste económico derivado del mantenimiento del convenio especial de seguridad social y esta previsión se aplicará durante el tiempo que el trabajador no pueda jubilarse. El trabajador siempre puede seguir cotizando por su cuenta (aumentando aportaciones) y posteriormente a la jubilación anticipada podrá mantener en exclusiva el convenio especial de seguridad social. Hasta que trabajador prejubilado no se jubile puede seguir cotizando al convenio especial o bien jubilarse de forma anticipada.

Asimismo, los beneficiarios de la protección por jubilación se ven igualmente afectados. El ejercicio de la libre decisión de retiro anticipado supone que las condiciones de jubilación son menos ventajosas. Ello se debe al endurecimiento de las exigencias de edad, así como a la subida de los coeficientes reductores. Obviamente, esta penalización es incluso mayor cuando la jubilación anticipada se produce sin conexión causal a un proceso de regulación de empleo, es decir, cuando la prejubilación es de naturaleza voluntaria⁵⁸.

Es cierto que la acción de la protección social intenta garantizar una renta suficiente de vida, no obstante, ello depende del cumplimiento de las reglas más restrictivas de acceso y cotización previa. Si cumplen esas exigencias será cuando se activen los mecanismos de atención a los casos de cotizaciones más reducidas, en cuyo caso la pensión de jubilación podrá ser complementada por la vía de los complementos de mínimos. Estos complementos aseguran el percibo de la

58 En la jubilación anticipada voluntaria no sería necesario valorar su naturaleza forzosa o voluntaria. En este sentido, conviene apuntar que la jubilación anticipada tendrá como ámbito normal de aplicación los procesos de regulación de empleo forzosos. En muchos casos, esta jubilación anticipada involuntaria se proyectará en las situaciones de reestructuración empresarial, donde el trabajador se ve obligado a asumir el cese en el trabajo y a situarse en la contingencia de prejubilación.

pensión mínima del sistema. Asimismo, conviene apuntar que en el caso de la jubilación, y a diferencia del subsidio por desempleo, el beneficiario percibirá la prestación económica sin necesidad de justificar que no sobrepasa los límites legales relativos a los recursos o ingresos personales o de la unidad familiar. A efectos de prejubilación ello supone que esta merma en las prestaciones debería ser compensada por las empresas en los planes de prejubilación, lo que implica un sobre coste en este tipo de medidas propias de los procesos de reestructuración empresarial.

Por último, es preciso referirse sumariamente a la especial relevancia de la protección social complementaria encauzada en virtud de planes y fondos de pensiones (RD-Legislativo 1/2002, del 29 de noviembre, Ley de planes y fondos de pensiones y el RD 304/2004, del 20 de febrero). Dicha protección puede asistir a los procesos de prejubilación, siendo una vía privada que está pensando en muchos casos en la figura de acceso al retiro mediante la jubilación anticipada. De este modo, se permite el acceso a la prestación de jubilación privada en los supuestos en los que el beneficiario no pueda acceder a la pensión de jubilación por no cumplir la edad de jubilación ordinaria. Estamos ante una respuesta a situaciones en las que el trabajador deja de prestar servicios a los 60 años con un cese en el trabajo y no cumple aún con las exigencias legales que le permiten el acceso a la jubilación⁵⁹. La protección complementaria permite grandes dosis de flexibilidad, en la medida que es posible disfrutar de la jubilación y al mismo tiempo percibir las prestaciones complementarias a cargo del plan o fondo de pensiones, e incluso cabe la posibilidad de obtener la protección con cargo al plan incluso antes. Ello permite conseguir las prestaciones a cuenta del plan o fondo, prestaciones que corresponderían a la jubilación, y ello cuando el partícipe del fondo o plan viera extinguida su relación laboral y se encontrara en situación de legal de desempleo. Sin duda, estamos ante un aspecto más que hace sumamente atractivo el recurso a los planes o fondos de pensiones.

LAS CONDICIONES ECONÓMICAS DE DESARROLLO DE LOS PROGRAMAS DE PREJUBILACIÓN: LOS COMPLEMENTOS EMPRESARIALES VINCULADOS A LA CONTINGENCIA DE PREJUBILACIÓN

La empresa deberá concretar las condiciones económicas del programa de prejubilación, que son el estímulo que permite la adscripción de los trabajadores al

59 En relación con el acceso a la jubilación anticipada en virtud de un contrato de prejubilación se exige, con carácter general, la superación del importe de lo percibido de la empresa en los últimos años. Ello se refiere a los años anteriores a la solicitud de la pensión en cumplimiento del correspondiente convenio especial. Ver STS (Social) de 13 de marzo del 2012 (RJ 2012, 5425). STSJ Madrid de 26 de enero de 2011 (JUR 2011, 148590).

mismo⁶⁰. La mayoría de los planes de prejubilación, especialmente de las grandes empresas, asumen el compromiso de garantizar una cuota de mantenimiento del salario en activo. Se trataría de una renta garantizada hasta el acceso a la pensión de jubilación. El gasto relativo al pago de las cotizaciones se deriva al convenio especial de la Seguridad Social del trabajador, que tendrá que mantener y cuyas aportaciones realiza la empresa hasta el momento de la jubilación. Los presupuestos esenciales para poder adherirse a un plan de prejubilación se basan en dos variables, una, el cumplimiento de las condiciones mínimas de edad y, dos, el hecho de acreditar una antigüedad en la empresa. La antigüedad dilatada es el factor que determina un salario elevado basado en una trayectoria profesional en la empresa, siendo este salario consolidado el motivo preciso por el que las empresas promueven los ceses colectivos en vistas a ahorrar costes de personal.

La empresa deberá objetivar los compromisos económicos respecto de los trabajadores afectados en aspectos como las indemnizaciones por extinción del contrato, (si se limita a la indemnización legal o si esta se mejora)⁶¹, el complemento del salario de los prejubilados para que éstos no pierdan nivel renta respecto de su situación de activo y las aportaciones de la empresa al convenio especial en concepto de cotización. Previamente, la empresa debe atender las indemnizaciones legales por despido. Si las extinciones generan derecho a su percibo, la empresa tiene que abonarla, al menos, en el importe tasado legalmente, que como sabemos en el caso de los despidos colectivos por causas empresariales y despidos objetivos plurales ascienden a veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades [arts. 51 y 53.1.a) ET]. No obstante, igualmente en este punto cabe la posibilidad de mejora empresarial, pudiendo contemplar el plan de prejubilación un aumento de la indemnización por encima del canon legal⁶². En este caso, y dado el alto coste que implica para las empre-

60 Estos compromisos empresariales se asumen de forma general, presumiendo que todos los empleados accederán a las prestaciones sociales de referencia en cada momento de la prejubilación. El compromiso empresarial se deberá abonar en las fases pactadas, sin perjuicio de que se acceda o no a las prestaciones sociales, o con independencia de la cuantía final de las mismas. En este sentido, se ha apuntado que ciertamente es un supuesto especial respecto del proceder típico de las mejoras complementarias de seguridad social. Con carácter general, solamente se podrá complementar a efectos de protección cuando existan mejoras de prestaciones de referencia. Ver Cabeza Pereiro, 240-241. Ciertamente, nos encontramos, una vez más, ante una especialidad inherente a la propia contingencia de prejubilación, dada su naturaleza privada que se conecta con la protección social.

61 Ciertamente, puede que concurren los requisitos legales que habilitan al despido colectivo, pero ello no impide la extinción por mutuo acuerdo, máxime cuando a raíz de ello se pueden conseguir mejoras económicas a favor de los trabajadores. En estos casos a los trabajadores se les ofrecen generalmente mayores beneficios, superando considerablemente las indemnizaciones legales por despido (art. 51.8 ET). Ver STSJ del País Vasco del 28 de marzo del 2006 (AS 2006, 1806). STSJ de Baleares de 14 de octubre de 2004 (AS 2004, 3181). STSJ de Galicia de 10 de marzo de 2003 (AS 2003, 3059).

62 El plan de prejubilación realiza generalmente un tratamiento especial del importe indemnizatorio que se suele configurar como un complemento o premio. Estas cantidades podrán percibir las prejubilados si aceptan el cese en el trabajo. Esta indemnización es independiente de la indemnización legal

sas, los pactos colectivos suelen contemplar reglas especiales para su devengo y percepción efectiva⁶³.

Los ingresos durante la prejubilación pueden oscilar entre un sesenta y un ochenta por ciento en relación al importe del salario que el trabajador percibía durante su etapa de actividad laboral y son compensaciones a abonar exclusivamente por parte de la empresa⁶⁴. La situación afecta a un itinerario que va desde la prejubilación 55 a 58 años hasta la jubilación anticipada u ordinaria. El beneficiario disfrutaría de indemnizaciones empresariales y complementos económicos de las empresas. Sin olvidar la protección por desempleo contributiva y asistencial hasta el momento de la jubilación anticipada u ordinaria, todo ello manteniendo las aportaciones a cuenta del convenio especial con la seguridad social.

Los planes de prejubilación contemplan estos compromisos empresariales, puesto que se trata de incentivos económicos privados que hacen del plan de prejubilación una propuesta atractiva para los posibles beneficiarios. En los despidos colectivos se contemplan los planes sociales, donde las prejubilaciones pueden ser una parte del expediente de regulación de empleo para aquellos trabajadores de edad avanzada. Generalmente estos trabajadores tendrán cotizados más de seis años y, por tanto, tendrán derecho a dos años de desempleo contributivo y después podrán pasar a cobrar el subsidio de desempleo. Los ingresos son, pues, una combinación de las indemnizaciones empresariales, las prestaciones por desempleo y las ayudas públicas en su caso. Los planes de prejubilación en la práctica son muy variados y se configuran en función de las posibilidades de las empresas y de las necesidades propias del ajuste de personal requerido. De este modo, los compromisos empresariales dependen igualmente del proceso de reestructuración que analicemos.

de despido y se calcula en función de un módulo salario/año. De este modo, pueden corresponder en este apartado una, dos o tres anualidades de salario. Dichas cantidades se puede entregar de una sola vez, en el momento del cese, o en plazos subsiguientes, en función de los momentos de devengo contemplados en el plan de prejubilación. Generalmente, esta compensación suele ascender a un año de salario como concepto compensatorio.

63 El abono colectivo y automático de dichas cantidades supondría un elevado coste para las empresas, que deberían satisfacer de forma inmediata. Con todo, los acuerdos permiten programar un período temporal durante la situación de prejubilación en la que los trabajadores irán percibiendo dichas cantidades. De este modo, las empresas tendrán más capacidad de financiación de dichos costes de prejubilación. Una vez más, todo dependerá de las posibilidades de las empresas, que deberán debatirse entre su pago a tanto alzado o bien de forma aplazada en forma de renta periódica. Estas cantidades vendrán efectivamente a complementar la prestación contributiva por desempleo. Incluso, el abono de las indemnizaciones por despido pueden financiarse por medio de una prima que abonará una compañía asegurada. Esta sería una fórmula que permite asegurar el pago de la renta periódica, que podrá complementar el desempleo contributivo y, en su caso, la jubilación.

64 Sobre el carácter vinculante de los complementos a las prestaciones a cargo de las empresas. Ver STSJ Murcia de 11 de diciembre de 2006 (AS 2007, 352). STSJ Cataluña de 23 de octubre de 2007 (AS 2007, 1209). STS Asturias del 19 de enero del 2007 (AS 2007, 2999).

La empresa puede igualmente obligarse a la compensación de la prejubilación mediante un complemento autónomo a la prestación por desempleo contributiva y asistencia. Se trataría de un complemento de pago periódico que intenta aproximar la renta del prejubilado al salario de referencia durante la etapa de servicio activo. Esta renta puede ser equivalente al salario en activo, aunque generalmente sufre un descuento debido a la remisión de la actividad laboral. En algunos casos, los complementos privados a las prestaciones no se aplican respecto al subsidio de desempleo de naturaleza claramente asistencial, ya que dicho aumento de renta supondría desbordar el límite de rentas o ingresos que sitúan al beneficiario en situación de necesidad. En estos casos, el abono del complemento adicional podría suponer la pérdida automática de la protección por desempleo. Por este motivo durante la fase de desempleo asistencial es posible la remisión de los complementos empresariales a la prejubilación.

La aportación privada a cargo de las empresas puede extenderse en concepto de mejora al abono de las cotizaciones, que se computan en relación al convenio especial de Seguridad Social. Este convenio, como sabemos, debe suscribirlo el propio trabajador con la Seguridad Social y servirá durante la etapa de prejubilación de fórmula adicional de aseguramiento de la futura jubilación. Así, se refuerza la expectativa de una protección de jubilación suficiente. No obstante, y con independencia de las aportaciones empresariales en concepto de cotización, la empresa se puede comprometer a garantizar una pensión de jubilación, complementando la cuantía final de la misma. En estos casos, la empresa procedería, pues, al pago de la diferencia existente entre la pensión recibida en función de su cotización previa y la cuantía de la pensión mínima correspondiente al programa de prejubilación. Generalmente, dada la intensidad de este tipo de coste la empresa cubre este apartado financiero mediante su aseguramiento en virtud de planes de pensiones o seguros colectivos⁶⁵.

De esta manera, la empresa podría asegurar el compromiso colectivo previsto en el plan de prejubilación. Sin duda, la técnica de los planes y fondos de pensiones permiten un importante margen de acción a los programas de prejubilación. Se trataría de un cauce adicional que facilita aplicar compensaciones privadas a la contingencia de prejubilación. Estas mejoras no se producen solamente mediante planes y fondos de pensiones, sino que incluso cabe su acción por medio de seguros de jubilación o seguros de enfermedad con entidades pri-

65 En relación con las fórmulas de protección complementaria de los trabajadores conviene resaltar la difusa delimitación que en la práctica pueden tener este tipo de compensación asumida por parte de la empresa. Debemos plantearnos si estamos ante verdaderas contraprestaciones económicas diferidas o bien ante auténticos instrumentos de protección social. Ver Lourdes López Cumbre, "Prestaciones complementarias de prejubilación: un debate sobre su naturaleza retributiva o de protección social. Comentario a la Sentencia del TJCE del 13 de julio del 2000, Caso Defreyne/Sabena, SA.", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 32 (2001): 183-200.

vadas⁶⁶. La promoción del sistema de planes y fondos de pensiones ha permitido un cierto margen de maniobra a los compromisos empresariales vinculados a los programas de prejubilación, a cuyos efectos habrá que tener en cuenta el propio RD-Legislativo 1/2002, del 29 de noviembre, relativo a la ordenación de los planes y fondos de pensiones (LFPF), así como el RD 304/2004, del 20 de febrero, de desarrollo de la Ley. Dicha regulación permite que por la vía de los planes y fondos de pensiones se pueda ayudar financieramente a las empresas a asumir dichos compromisos económicos futuros, lo cual supone una fórmula de fomento de las reestructuraciones empresariales. Así pues, se permite a las empresas que sigan realizando aportaciones económicas a dichos planes o fondos de pensiones con independencia de que el trabajador se desvincule de la empresa y deje de ser un trabajador activo de esta⁶⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- Badiola Sánchez, Ana María. “Despido colectivo y jubilación”, 1463-1488. En *Tratado de jubilación: homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, coordinado por Lourdes López Cumbre, 1463-1488. Madrid: Iustel, 2007.
- Bravo-Ferrer y Rodríguez-Piñero, Miguel. “La flexibilidad de la edad de jubilación (II): la nueva jubilación anticipada”. *Relaciones Laborales*, n.º 2 (2002): 141-158.
- Cabeza Pereiro, Jaime. “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”. En *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*. Memorias del III Seminario Xacobeo Laboral, celebrado en Santiago de Compostela del 12 al 14 de febrero de 2004 (Madrid: MTASS, 2004), 205-260.
- Comisión de las Comunidades Europeas. “Libro verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”. (Informe técnico 366, COM, 18 de julio del 2001).
- Comisión de las Comunidades Europeas. “La responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible”. (Informe técnico 347, COM, 2 de julio del 2002).
- Comisión de las Comunidades Europeas. “Reestructuración y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea”. (Informe técnico 120, COM, 31 de marzo del 2005).
- Consejo Económico y Social, Vida laboral y prejubilaciones (Informe 2/2000, 21 de junio del 2000).

66 Los tribunales reconocen la proyección compensadora de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. En concreto, el acuerdo de prejubilación vendría a compensar el perjuicio producido en la pensión de jubilación. Ver SAN (Social) del 23 de septiembre del 2004 (AS 2004, 3138). STSJ Cataluña del 31 de julio del 2009 (AS 2009, 2455).

67 Este régimen se aplica a la prejubilación como fórmula voluntaria que permite complementar las prestaciones sociales. Dicho compromiso empresarial de realizar las correspondientes aportaciones a los planes y fondos de pensiones se beneficia de un tratamiento ventajoso desde el punto de vista financiero y fiscal. Se trata de una vía flexible, que permite financiar los costes económicos de los acuerdos de prejubilación, permitiendo las aportaciones en beneficio de los trabajadores acogidos a estos planes y fondos de pensiones.

- De la Villa, Luis Enrique y Lourdes López Cumbre. “Jubilación y prolongación de la vida activa (las mil y una jubilaciones)”. *Revista del Ministerio de Trabajo*, n.º 74 extraordinario en materia de Seguridad Social, (2008): 379-403.
- Del Rey Guanter, Salvador y Carolina Gala Durán. “La regulación de la jubilación gradual y flexible: análisis del contenido de la Ley 35/2002, de 12 de julio y de los RR.DD. 1131 y 1132/2002, de 31 de octubre”. *Relaciones Laborales*, n.º 1 (2003): 663-706.
- Desdentado Bonete, Aurelio. “Los despidos económicos en España: el sistema, su crisis y los límites de la reforma”, en *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el derecho y la economía*. Valladolid: Lex Nova, 2011.
- Fraguas Madurga, Lourdes. “La regulación de la jubilación parcial en el Real Decreto 5/2013, del 15 de marzo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 35 (2013).
- Gala Durán, Carolina. Acuerdos de prejubilación, “involuntariedad” en el cese y determinación de los coeficientes reductores aplicables en el caso de la jubilación anticipada. Comentario de la STS del 30 de enero del 2006 (Recurso núm. 5320/2004)”. *Iuslabor*, n.º 3 (2006).
- García Muñoz, Manuel, “El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la Autoridad Laboral: extinción por despido colectivo. El nuevo criterio unificado”. *Temas Laborales*, n.º 90 (2007): 263-283.
- García Murcia, Joaquín. “Las nuevas reglas sobre jubilación parcial y jubilación anticipada: el RDL 5/2013”. *Derecho de los Negocios*, año 24, n.º 269, (May.-jun. 2013): 64-65.
- García Paredes, María Luz. “Jubilación anticipada: trabajadores prejubilados en pactos individuales” *Actualidad Laboral*, n.º 17, T. II (oct. 2012).
- Gil y Gil, José Luis y Juan Antonio Sagardoy y Bengoechea. “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”. En *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Madrid: IUSTEL, 2007.
- González Ortega, Jesús. “Las nuevas edades de jubilación y sus efectos en la cotización y en la cobertura”. *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 29-30 (2012).
- González Ortega, Santiago. “El papel de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial”. En *Aspectos Laborales de la Reestructuración Empresarial*, dirigido por Rodrigo Martín Jiménez y Antonio Vicente Sempere, 873-967. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2011.
- Landa Zapirain, Juan Pablo. “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución ‘socialmente inteligente’ de las reestructuraciones de empresas”. *Relaciones Laborales*, n.º 1, (2005): 311-360.
- López Ahumada, José Eduardo. “El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección”. *Relaciones Laborales*, n.º 2 (2005): 425-445.
- López Cumbre, Lourdes. “Jubilaciones anticipadas en extinción”. *Documentación Laboral*, n.º 99 (2013): 81-104.
- López Cumbre, Lourdes. *La prejubilación*. Madrid: Civitas Ediciones, 1998.
- López Cumbre, Lourdes. “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social”. *La Seguridad Social a la luz de sus reformas, pasadas, presentes y futuras*. Granada: Comares, 2008, 706-708.
- López Cumbre, Lourdes. “Prestaciones complementarias de prejubilación: un debate sobre su naturaleza retributiva o de protección social. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13

- de julio de 2000, Caso Defreyn/Sabena, SA.". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 32 (2001): 183-200.
- López Gandía, Juan y Daniel Toscani Giménez. *Las claves de la reforma de Seguridad Social*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2011.
- Luna García-Mina, R. "Carácter voluntario o involuntario de las jubilaciones anticipadas pactadas en expedientes de regulación de empleo. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007". En *Anuario Laboral para abogados. Los casos más relevantes de 2008 de los grandes despachos*, 1ª ed. Barcelona: La Ley, 2009.
- Marín Correa, José María. "La prejubilación: puntos críticos". *Actualidad Laboral*, n.º 3 (2003): 603-615
- Martín Valverde, Antonio. "Reestructuración laboral de las Administraciones y entidades públicas". *Documentación Laboral*, n.º 97 (2013): 75-101.
- Martínez Yáñez, Nora María, "Efectos de la prejubilación como consecuencia del ERE". *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 4 (jun. 2008): 59-88.
- Menéndez Sebastián, Paz. "La jubilación como instrumento de saneamiento empresarial: el retorno de la jubilación forzosa y el juego de la jubilación anticipada". En *Las relaciones laborales en la reestructuración y en el saneamiento de las empresas: XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Granada, 19 y 20 de mayo de 2005*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2006.
- Molero Manglano, Carlos. "Régimen jurídico de los planes de prejubilación". *Actualidad Laboral*, n.º 1 (1994): 65-77
- Monereo Pérez, José Luis. "Nuevas formas de organización de la empresa, entre centralización y descentralización (I). La empresa en transformación permanente". *Relaciones Laborales*, n.º 1 (2011): 287-322.
- Monereo Pérez, José Luis (dir.). "Comentario al art. 64". En *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* Granada: Comares, 1998.
- Montalvo Correa, Jaime. "La jubilación forzosa como instrumento de política de empleo". En *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Madrid: IUSTEL, 2007.
- Nogueira Guastavino, Magdalena. "Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad. En *Tratado de jubilación: homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*", coordinado por Lourdes López Cumbre, 1425-1462. Madrid: Iustel, 2007.
- Panizo Robles, José Antonio. "El final de una polémica: las nuevas reglas de anticipación de la edad de jubilación". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 14 (1999): 55-82.
- Panizo Robles, José Antonio. "La jubilación flexible: últimas modificaciones en el régimen jurídico de la pensión Seguridad Social por jubilación". *Relaciones Laborales*, n.º 1 (2002): 1583-1602.
- Panizo Robles, José Antonio. "Las modificaciones en la regulación de la pensión de Seguridad Social por jubilación (los nuevos mecanismos de jubilación gradual y flexible)". *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n.º 237 (2002): 61-110.
- Pérez Alonso, María Antonia. "Cuestiones prácticas y divergencias legales en la pensión de jubilación tras las últimas reformas". *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 35 (oct. 2013).

- Pérez Alonso, María Antonia. “La nueva pensión de jubilación y otras reformas en el sistema de seguridad social”. *Aranzadi Doctrinal*, n.º 9 (2012).
- Pradas Montilla, Ricardo. “Extinción del contrato de trabajo y prejubilación”. *Actualidad Laboral*, n.º 1 (2005): 896-905.
- Revilla Esteve, Eugenia y Pumar Beltrán, Núria. “La nueva normativa de acceso a la jubilación anticipada para determinados colectivos de regímenes especiales en virtud de reglas de cómputo recíproco de cotizaciones”. *Civitas*, n.º 95 (1999): 371-390.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel. “La Reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial”. *Relaciones Laborales*, núm. 1 (1999): 1225-1259.
- Sánchez-Urán Azaña, Yolanda. “Trabajadores de edad avanzada: I. jubilación anticipada y jubilación parcial: cuestiones prácticas tras la reforma de 2013”. *Actualidad Laboral*, n.º 9 (2013): 3.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente y Rodrigo Martín Jiménez. “Actualización del sistema de seguridad social (I): antecedentes inmediatos”. *Aranzadi Social*, vol. 4, n.º 6 (oct. 2011): 11-34.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente, “Actualización del sistema de Seguridad Social (II): una visión sinóptica y global de la Ley 27/2011”. *Aranzadi Social*, vol. 4, n.º 7 (nov. 2011): 11-29.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente, Henar Álvarez Cuesta, Djamil Tony Kahale Carrillo, Puig Baviera, Francisco Javier Fernández Orico y Lourdes Meléndez Morrillo-Velarde. *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*. Madrid: Aranzadi Thomson Reuters, 2012.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente y José Luján Alcaraz. “La posibilidad de lucrar una pensión contributiva de jubilación como requisito del “subsidio de prejubilación”. *Aranzadi Social* (1996).
- Tortuero Plaza, José Luis. “La pensión de jubilación en el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y de modernización”. *Aranzadi Social*, vol. 4, n.º 3 (jun. 2011): 187-204.
- Toscani Giménez, Daniel. “La reforma de la jubilación a edad ordinaria por la Ley 27/2011”. *Aranzadi Social*, vol. 4, n.º 7 (nov. 2011): 149-175.
- Vallecillo Gámez, María Rosa. “Cómo frenar la sangría de empleos en España: nuevas medidas socio-laborales para el mantenimiento de la ocupación”. *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 314 (2009): 67-94.