

I.- PENSION DE JUBILACION.

6. Aspectos comunes a varios regímenes del Sistema.

Criterio 5/2009

✓ Jubilación anticipada no mutualista. Cese involuntario.

- Asunto consultado:

- a) Demanda de empleo en los seis meses anteriores: trabajos simultáneos e inscripción continuada.
- b) Treinta años de cotización: cotizaciones posteriores al cese.
- c) Situación asimilada a la de alta y demanda de empleo desde el cese.

- Disposiciones de aplicación:

Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto-legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE 29/6).

Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre (RDJF), de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (BOE 27/11).

- Criterio adoptado:

Son varias las razones que hacen necesario un replanteamiento de las cuestiones que se trataron en el criterio de aplicación 17/2003-04. De un lado, que después de su publicación, se resolvieron varias consultas aclarando su alcance; que, además, se adoptó el criterio 28/2006 para acoplar la gestión de la pensión de jubilación anticipada mutualista a la doctrina unificada por el Tribunal Supremo (TS), referida a la exigencia de demanda de empleo continuada; que, por su parte, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) puso de manifiesto su postura contraria a la que el mencionado criterio mantenía en uno de sus puntos, el relativo a las posibles interrupciones de la inscripción; y, por último, que se consultó al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) acerca del mantenimiento de la demanda de empleo mientras se está trabajando. Todo ello va a incidir, directa o indirectamente, en los postulados que allí se sostuvieron, de ahí la conveniencia de una actualización de los mismos que dé respuesta a las dudas que últimamente se vienen suscitando.

1º.- **Demanda de empleo y trabajo simultáneos.**

En el punto primero del anterior criterio 17/2003-04, se hizo una aplicación razonable del requisito de inscripción como demandante de empleo durante, al menos, los seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud, para el supuesto de aquellos trabajadores que, a consecuencia de un cese en el trabajo por cuenta ajena, por causa independiente de su voluntad, accedan a la jubilación anticipada a través de la vía prevista en el artículo 161 bis, apartado 2, LGSS.

(Continuación)

Se trataba, en ese primer punto, de determinar concretamente, respecto del mencionado requisito, estipulado en la **letra b)** del precepto que acabamos de reseñar, el alcance de la previsión contenida en el **artículo 1, apartado 3, RDJF**, en el que se admite la **consideración de demandante de empleo en relación con quien esté inscrito como tal, aunque simultáneamente realice una actividad por cuenta ajena o propia, siempre que no lo impida la legislación vigente**, a la que el citado precepto se remite.

Como ha confirmado el SPEE, **en esa legislación vigente no se contempla supuesto alguno de incompatibilidad de la demanda oficial de trabajo o de un mejor trabajo con el ejercicio de una actividad**. Ahora bien, dado que la exigencia de ese requisito para causar la jubilación de forma anticipada a consecuencia de un cese involuntario, si ha de tener alguna razón de ser, ésta es la de un periodo de espera obligatorio para demostrar la imposibilidad de acceder al mercado de trabajo en condiciones análogas a las que se había llegado antes del cese por causa ajena al propio trabajador, parece lógico pensar que no es indiferente el tipo de trabajo que se realice al tiempo de demandar empleo a efectos de considerar acreditada esa condición.

Inmediatamente después de que la DGOSS determinase la necesaria continuidad, sin excepción, en la demanda de empleo durante los seis meses anteriores a la solicitud -en junio de 2007 se advierte de ello en el campo de "observaciones" de NOV@-, y antes de abordar una completa y sólida actualización del criterio 17/2003-04, se consultó a la Subdirección General de Servicios Técnicos del SPEE a qué casos de *compatibilidad* del trabajo con la inscripción de la demanda quiere hacerse referencia en el artículo 1.3 RDJF, o cuándo surge la incompatibilidad entre ambos. La respuesta de dicho organismo no satisface las necesidades de este Instituto, porque, como allí se dice, no existe una definición legal de la *inscripción como demandante de empleo*, pero merece la pena destacar de esa respuesta las siguientes afirmaciones:

- La ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en su artículo 20 establece que *"la intermediación laboral es el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación"*; y que *"la intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un **empleo adecuado a sus características**"*.
- La condición de demandante de empleo no equivale a la de trabajador en paro (que excluye a los que demandan un segundo empleo o un mejor empleo); ni tampoco a la de trabajador desempleado (demandante de empleo no ocupado). **La demanda de empleo se puede, pues, formular por cualquier trabajador, desempleado o no**, ante los servicios públicos de empleo.

Es evidente que de ello no se extraen razones suficientes que permitan adoptar posturas definitivas en lo referente a las demandas de empleo de quienes están trabajando, a efectos de computar ese tiempo para acreditar el requisito del que aquí se trata. Pero, puesto que la primera parte del criterio de 2003-04 no contradice de forma radical el concepto de demandante de empleo tal y como lo define el SPEE, ni ha dado lugar a discrepancias con la Intervención General de la Seguridad Social (IGSS) o con los órganos judiciales, lo que parece más prudente es mantener la aplicación que se está siguiendo, ajustándola al indicado

(Continuación)

concepto, sin vaciar de sentido las normas reguladoras de la jubilación anticipada.

La solución, pues, de la primera de las cuestiones, es la siguiente:

A falta de mayor precisión normativa sobre este extremo, **es posible entender que**, aunque se esté trabajando, **la inscripción de la demanda de empleo está justificada y** que, por lo mismo, **resulta plenamente eficaz a efectos de acreditar la carencia de seis meses fijada en el artículo 161 bis.2,b) LGSS, cuando el trabajo que se realiza es alguno de los que a continuación se indican:**

- El que, en pluriempleo o pluriactividad, ya se venía desempeñando cuando se cesó en el que va a dar lugar a la jubilación anticipada.
- El trabajo por cuenta ajena que se inicia después de ese cese, cuando no se ajusta al nivel académico o profesional que le había permitido al interesado obtener el trabajo perdido.
- El trabajo por cuenta ajena que se inicia después de ese cese y que está adecuado al nivel académico y profesional del trabajador, pero que no le permite mantener el nivel económico anterior.
- El trabajo por cuenta ajena que, iniciado después de un cese involuntario, se pierde por causa no imputable al trabajador.

2º.- Seis meses ininterrumpidos.

En cuanto al segundo tema, tal y como se comunicó en junio de 2007, **los seis meses de inscripción como demandante de empleo antes de la solicitud han de computarse de manera ininterrumpida, sobre la base de lo establecido literalmente en el artículo 161 bis.2,b) LGSS y 1.3 RDJF.**

En el criterio 17/2003-04, en su apartado 2, se había modulado el alcance de las citadas normas, atendiendo a las causas determinantes de la interrupción de la demanda. Sin embargo, ya de todos es sabido que la DGOSS, a instancia de la IGSS, consideró que *“por muy atractivo (desde la perspectiva de lege ferenda) que resulte el objetivo perseguido por el INSS, no parece que deba merecer favorable acogida, pues, en todo caso, si se considera que, en determinados supuestos, no debiera ser necesario que los seis meses de inscripción como demandante de empleo antes de la solicitud se compute de manera ininterrumpida, cabe la posibilidad de regular esa consideración modificando en ese sentido el Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, mediante norma de rango suficiente”*.

Por lo tanto, para reconocer el derecho a la pensión de jubilación anticipada no mutualista y derivada de un cese no voluntario en el trabajo, ha de exigirse, entre otros requisitos, la inscripción en la oficina de empleo como demandante de empleo durante los seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud. Y no obstará, además, al cumplimiento de esta exigencia la simultaneidad de la inscripción señalada con una actividad por cuenta ajena o propia, siempre que la

(Continuación)

misma se corresponda con alguno de los supuestos contenidos en el anterior apartado 1º del presente informe.

3º.- Trabajos posteriores y treinta años de cotización.

Pero dicho esto, puesto que se habla en estos casos de trabajos posteriores a un cese por causa ajena a la voluntad del trabajador, interesa saber si las cotizaciones efectuadas en razón de tales trabajos son computables a efectos de acreditar el periodo de treinta años “*de cotización efectiva*” al que se refiere el artículo 161 bis.2,c) LGSS.

Pues bien, tampoco es novedoso lo que al respecto se tiene que decir. Para que el primer cese constituya “*el cese en el último trabajo realizado en virtud del cual se solicite la jubilación*”, al que alude el artículo 1.4 RDJF, de forma que no importe cuál haya sido la causa de finalización de la actividad posterior, ni ésta impida computar la inscripción simultánea de la demanda de empleo, **ese especial periodo mínimo de cotización no podrá lucrarse con las cotizaciones correspondientes a dichos trabajos, ni con las cotizaciones abonadas en virtud de un convenio especial.**

Nota: véase RJ 135/2011 incluido a continuación, relativo al cómputo de las cuotas de convenio.

Como se decía en el punto 3 del criterio 17/2003-04, esa carencia especial habrá de cubrirse con las cotizaciones efectuadas antes del cese en el trabajo en contra de la voluntad del trabajador, o después, en razón de la prestación de desempleo derivada de dicho cese, o subsidio para mayores de 52 años. Pero si fuese preciso tener en cuenta las cotizaciones abonadas durante el disfrute de la prestación o subsidio de desempleo, el plazo mínimo de seis meses de inscripción como demandante de empleo sólo podría iniciarse una vez que se han completado los 30 años de cotización. Así se desprende de la aplicación conjunta de los apartados 3 y 4 del artículo 1 RDJF.

4º.- Demanda de empleo desde el cese.

Resta, finalmente, definir las consecuencias que, en cuanto a esta modalidad de jubilación anticipada, se derivan de la **doctrina del TS que obligó a modificar los criterios de la entidad 15/1998 y 23/2001 y sustituirlos por el actual 28/2006.**

De entrada es necesario recordar que fue postura tradicional de la entidad, desde que el porcentaje de la jubilación anticipada mutualista pudo mejorarse en razón de que el cese en el trabajo no fuese voluntario (Ley 24/1997, de 15 de julio), que esa involuntariedad resultaba desvirtuada, y que se perdía el derecho a un mejor porcentaje, si no se demostraba voluntad continuada de trabajar hasta la solicitud de la pensión. Con tal precedente, va de suyo que, al introducirse en nuestro ordenamiento la jubilación anticipada no mutualista en casos de cese no voluntario en un trabajo por cuenta ajena, aquella teoría de la involuntariedad sostenida sin interrupciones hasta la solicitud, se extendiese a los nuevos supuestos; y no ya para determinar la cuantía de la pensión, sino para condicionar el derecho a la misma.

(Continuación)

Pero una vez que el TS consideró injustificada esa exigencia en relación con la pensión de jubilación anticipada mutualista, al no contemplarse como tal en el ordenamiento, es evidente que no otra cosa puede decirse respecto de la jubilación anticipada no histórica. Porque tampoco en relación con esta última se establece, ni en el artículo 161 bis.2 LGSS ni en el RDJF, como requisito independiente para acceder al derecho, que el trabajador permanezca ininterrumpidamente demandando empleo, desde el cese por razones ajenas a su voluntad hasta el hecho causante.

Por consiguiente, para causar la pensión de jubilación anticipada por un cese como trabajador por cuenta ajena por causa no imputable a su voluntad, se tendrá en cuenta lo siguiente:

A) Se requerirá acreditar únicamente:

- El **periodo mínimo** de cotización, fijado en el artículo **161.1.b) LGSS**, común a cualquier jubilación.
- La **situación de alta o asimilada a la de alta** que, conforme al artículo **161.3 LGSS**, interpretado por la **Resolución** de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de **22 de enero de 1987**, resulta imprescindible para acceder a la pensión de jubilación antes de los 65 años de edad.
- Tener **61 años reales** cuando se solicite la pensión, de acuerdo con el artículo **161 bis.2,a) LGSS**.
- **Haber cesado como trabajador por cuenta ajena por causa no imputable a su voluntad**, tal y como determina la **letra d) del artículo 161 bis.2 LGSS**.
- Un **periodo mínimo de cotización efectiva de 30 años**, en los términos previstos en la **letra c) del artículo 161 bis.2 LGSS**.
- **Encontrarse inscrito como demandante de empleo** en las oficinas de empleo durante un plazo de, al menos, **seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud** de la jubilación, como exige el repetido artículo **161 bis.2 LGSS**, en su **letra b)**.

B) No podrá exigirse como un requisito más, añadido e independiente de los que se acaban de relacionar, **la permanencia ininterrumpida en demanda de trabajo desde el cese involuntario**. Al contrario, la necesidad de mantener en esos términos la inscripción en la oficina de empleo está **exclusivamente referida a la situación asimilada a la de alta de paro involuntario (criterio 102/2003-04)**, para la **acreditación del requisito** estipulado, *sensu contrario*, en el **artículo 161.3 LGSS**, común, como dijimos, a cualquier jubilación anticipada, mutualista o no.

Pero **si dicho requisito se atiende a través de otra situación también asimilada a la de alta**, como es la que deriva de la suscripción de un **convenio especial** (artº. 125.2 LGSS y Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre), en los supuestos de jubilación anticipada **no procede** porque **no lo**

(Continuación)

contempla la ley (artículo 161 bis.2 LGSS y 1 RDJF) **hacer de la inscripción continuada** en la oficina de empleo una **exigencia** independiente y **autónoma respecto de la referida a la situación asimilada a la de alta**, y de la que afecta a los seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud, para reconocer el derecho.

En conclusión, para reconocer la pensión de jubilación anticipada a partir de los 61 años, derivada de una extinción del contrato de trabajo no imputable al trabajador, **no puede exigirse que el beneficiario haya permanecido inscrito como demandante de empleo desde aquella extinción, si**, aparte de los requisitos específicos que las citadas disposiciones imponen, el trabajador acredita el período mínimo de cotización del artículo 161.1.b) y **es titular de un convenio especial**.

Esto último se tendrá en cuenta en relación con las resoluciones que se adopten en lo sucesivo, y con aquellas otras que hayan sido impugnadas por los interesados sin que se haya dictado sentencia. Y, en cuanto a las situaciones ya resueltas, que no constituyan cosa juzgada, podrá reconocerse a instancia de parte la pensión, con una retroactividad de tres meses respecto de la solicitud.

5 de mayo de 2009

Criterio 5/2009

RJ 135/2011

JUBILACION ANTICIPADA. CESE INVOLUNTARIO. TREINTA AÑOS DE COTIZACIÓN. CÓMPUTO DE LAS COTIZACIONES DE CONVENIO ESPECIAL.

La aplicación práctica del criterio de aplicación **5/2009 -Jubilación anticipada no mutualista. Cese involuntario-** ha puesto de relieve la necesidad de realizar ciertas matizaciones en lo que se refiere a las cotizaciones computables a efectos de acreditar el período de carencia de treinta años de cotización efectiva al que se refiere el artículo 161. Bis.2, c de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

Concretamente, en el párrafo segundo del **punto 3º del criterio -Trabajos posteriores y treinta años de cotización-** se afirma que ese especial período mínimo de cotización no podrá lucrarse con las cotizaciones correspondientes a trabajos posteriores al cese en el último trabajo realizado en virtud de cual se solicite la jubilación, ni con las cotizaciones abonadas en virtud de convenio especial.

Ahora bien, dicho párrafo ha de ponerse en relación con el siguiente en el cual se determina que para esa carencia especial sí son computables las cotizaciones efectuadas después del cese por causa ajena a la voluntad del trabajador en razón de la prestación de desempleo derivada de dicho cese, o subsidio para mayores de 52 años.

Es decir, se está justificando el cómputo de las cotizaciones durante el percibo de las prestaciones por desempleo cuando se da una concatenación entre esta situación y el cese involuntario en la actividad por el que se solicita la pensión de jubilación anticipada.

Siendo ello así, ha de considerarse que existe esa misma concatenación cuando después del citado cese o a continuación de la percepción de la prestación por desempleo derivada del mismo se suscribe por el trabajador un convenio especial, máxime cuando el propio artículo 141.bis 2, párrafo segundo LGSS prevé como requisito alternativo para tener derecho al acceso a la jubilación anticipada que el empresario haya abonado al trabajador, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación y tras la extinción del contrato de trabajo, la cuota en concepto **de convenio especial** durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación anticipada.

En consecuencia, el párrafo segundo del **punto 3º, Trabajos posteriores y treinta años de cotización**, del referido criterio 5/2009, a que se refiere el apartado 2.c, del artículo 161 bis LGSS, queda modificado en el sentido de que a efectos de acreditar la carencia especial de 30 años de cotización efectiva para acceder a la pensión de jubilación anticipada, serán computables las cotizaciones correspondientes a un convenio especial suscrito a continuación del cese en el trabajo por causa ajena a la voluntad del trabajador desde el que se solicita la pensión de jubilación anticipada o desde la finalización de la percepción de la prestación por desempleo derivada de dicho cese.

20 de septiembre de 2011

Criterio 5/2009

RJ 138/2009

DEMANDA PREVIA DE EMPLEO DURANTE 6 MESES. CONSIDERACIÓN DEL PERIODO DE INCAPACIDAD TEMPORAL.

En relación con el alcance del requisito establecido en el artículo 161 bis, apartado 2, letra b), de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y la posibilidad de entenderlo acreditado cuando el trabajador ha permanecido en la situación de incapacidad temporal (it) después de la extinción de su contrato de trabajo, sin que se le admita la inscripción como demandante de empleo, se comunica lo siguiente:

El propio concepto legal de it, definido en el artículo 128.1.a) LGSS, justifica plenamente la postura del servicio de empleo competente al no aceptar la inscripción del beneficiario de la prestación correspondiente a aquella situación como trabajador demandante de empleo. La demanda oficial de empleo no puede concebirse sino en relación con personas aptas, médica y legalmente, para trabajar; y no lo es el trabajador que está cobrando la prestación por it, tal y como lo corrobora el precepto antes citado y el artículo 132.1.b) LGSS.

Siendo así, sólo cabe entender que el requisito de demanda previa de empleo durante seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada por cese forzoso, ha de acreditarse, en las circunstancias descritas, mediante la inscripción en la oficina pública una vez que haya concluido el proceso de it. Y no desvirtúa lo que se acaba de decir la regulación contenida en el artículo 222 LGSS, que resulta aplicable en las situaciones descritas.

En consecuencia, respondiendo a las alternativas planteadas por esa dirección provincial, en modo alguno cabe plantearse *“excepcionar aquella exigencia”*, la del 161 bis.2.b) LGSS, para entender que, en estos casos del artículo 222, no tiene que haber demanda de empleo; tampoco es aceptable *“una demanda de mejor empleo”*, si es que ésta puede compaginarse con la condición de beneficiario de it. Cualquiera de estas propuestas vulnera claramente la legalidad; esta legalidad exige que se mantenga formalizada oficialmente la demanda de empleo en los seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud, para acceder a la pensión de jubilación a partir de los 61 años por cese forzoso; y es congruente con el propósito de ese requisito y con la institución de la demanda de empleo, que ésta no se pueda formular por quien es perceptor de un subsidio en razón, precisamente, a que no puede trabajar.

25 de enero de 2010

JUBILACIÓN ANTICIPADA NO MUTUALISTA. CESE NO VOLUNTARIO DEL FUNCIONARIO INTERINO.

Se plantea, en relación con un supuesto de hecho, si procede o no el reconocimiento de la pensión de jubilación anticipada prevista en el artículo 161 bis.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), a un funcionario interino que pasó a percibir la prestación contributiva por desempleo como consecuencia de su baja involuntaria en el trabajo, y que se encuentra percibiendo el subsidio de desempleo para mayores de 52 años en la fecha de la solicitud de dicha pensión, acreditando en ese momento los requisitos exigidos en las letras a), b) y c) de dicho precepto.

La dirección provincial, que formula la consulta había procedido a denegar al interesado la pensión solicitada, por entender que la relación de servicios en la que se produce su cese no es de carácter laboral, al no estar comprendida en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores, como acredita su artículo 1.3, letra a), y no acreditar por ello el requisito previsto en la letra d) del citado artículo 161 bis. 2 LGSS.

El alcance del mencionado requisito se articula en tres incisos del texto legal, y todos ellos han de tenerse en cuenta para llegar a la interpretación más correcta. Así, en el primer inciso se establece *“Que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador”*. Está claro que esta previsión, aisladamente considerada, restringe de forma clara el ámbito de la jubilación anticipada a los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET). Pero, como dijimos, el requisito es mucho más.

El segundo inciso mantiene ese carácter restrictivo cuando dice que *“A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma”*. La referencia a una *“relación laboral”* después de haber dicho lo anterior, nos llevaría a la misma interpretación.

Es realmente el último inciso del precepto el que contiene la clave interpretativa del mismo cuando dice *“Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1”*. Si esta relación legal de causas viene referida a las personas protegidas por desempleo conforme al artículo 205; y si en el apartado 1 de este último artículo se incluyen como tales al *“personal contratado en régimen de derecho administrativo y los funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones Públicas”*, aquella interpretación literal y restrictiva del alcance del requisito comentado es, cuando menos, cuestionable.

Se trata, en último término, de dilucidar si lo verdaderamente trascendente, a la hora de determinar el alcance de este requisito, es que *“la relación laboral”* en la que se produce el cese obedezca a un contrato regulado por la LET, como entendió la dirección provincial; se trataría, en tal caso, de utilizar aquella expresión legal con un con-

cepto estricto, rígido y formalista. O bien si la nota esencial de ese condicionante de la jubilación anticipada, reposa verdaderamente en el carácter no voluntario del cese, que depende únicamente de que el mismo dé lugar a la situación legal de desempleo, por haberse producido por alguna de las causas legalmente previstas a tal efecto; con lo cual se llevaría a cabo una interpretación sistemática del precepto que, a juicio de esta Subdirección General es la más correcta.

Es decir, una lectura conjunta y sistemática de la letra d) del artículo 161 bis.2, párrafo primero, LGSS, nos lleva concluir que el término "*relación laboral*" está aquí empleado genéricamente, de manera que engloba no sólo la relación de servicios regulada por un contrato de trabajo, sino todas aquellas relaciones de trabajo (laborales o administrativas) susceptibles de extinguirse por causa ajena a la voluntad del trabajador, dando lugar esa extinción a una situación legal protegida por la prestación de desempleo.

Por consiguiente, los funcionarios interinos, cuyo régimen jurídico se regula en el artículo 10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y a los que el Decreto 315/1964 de 7 de febrero, que aprobó la Ley Articulada de Funcionarios civiles del Estado, denominaba funcionarios de empleo, incluidos en el Régimen general de la Seguridad Social (RG), pueden causar derecho a la pensión de jubilación anticipada del artículo 161 bis.2, primer párrafo, LGSS, si, reuniendo el resto de requisitos establecidos en dicho artículo, su cese como interino viene motivado por la finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento. Esa finalización es la determinante de la situación legal de desempleo de estos trabajadores, como indicó el artículo único del Real Decreto 1167/1983, de 27 de abril, y se acredita, como también allí se dice, mediante certificación de la terminación de los servicios que viniera prestando el funcionario interino, expedida por la Administración pública competente.

23 de julio de 2010

Criterio 5/2009

RJ 9/2011

CESE FORZOSO Y JUBILACIÓN ANTICIPADA POR ACUERDO COLECTIVO. EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO CON ACUERDOS PREVIOS DE JUBILACIÓN ANTICIPADA.

Desde que entró en vigor la modificación del artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) que se lleva a cabo por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, se continuó entendiendo -como había sido en la etapa precedente del Real Decreto-ley 16/2001, de 17 de diciembre- que la jubilación anticipada causada por un cese no voluntario en el trabajo por cuenta ajena requería, en todo caso, y entre otros requisitos, haber demandado empleo durante los seis meses anteriores a la solicitud de la pensión. Al tiempo que se mantuvo ese criterio, la nueva fórmula -la añadida por la Ley de 2002- de anticipación de la jubilación a los 61 años en virtud de acuerdo colectivo de prejubilación, nunca se vio aplicable a aquellos ceses laborales que originasen una situación legal de desempleo, como sucede a partir de un expediente de regulación de empleo (ERE).

El hecho de que en un primer momento -el real decreto-ley de 2001- se admitiese la jubilación anticipada no mutualista sólo en casos de ceses involuntarios, explica que la novedad que después representó la Ley 35/2002, aceptando la anticipación en otros supuestos, se considerase como un modelo autónomo de jubilación anticipada, exclusivo para la jubilación anticipada no involuntaria. Aparte de que también la redacción del entonces apartado 3 del artículo 161 LGSS, y del artículo 1.6 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre (RDJA), de desarrollo de la Ley 35/2002, contribuyó para que se llegase a la conclusión de que la intención del legislador fue la de configurar dos vías de acceso a la jubilación anticipada no mutualista totalmente independientes, cada una con sus propios requisitos -aunque alguno fuese común-, y -que es lo que aquí interesa- para situaciones diversas: la prevista para los ceses no voluntarios en el primer párrafo del actual artículo 161 bis.2 LGSS, que generan derecho a prestación por desempleo; y, además, la contemplada para las extinciones de contrato acordadas entre la empresa y sus trabajadores que, por principio, no implican ceses involuntarios ni derecho a prestación de desempleo.

Así se comprende que, cuando la jubilación anticipada procede de un ERE no se aplique lo dispuesto en el artículo 161 bis.2, párrafo segundo, LGSS, y se deniegue la pensión si no se acredita la inscripción continuada de la demanda de empleo en los seis meses anteriores a la solicitud que se exige en la letra b) del párrafo primero. Porque esas extinciones de contrato autorizadas por la Administración laboral han de considerarse, conforme al artículo 1.4 RDJA, ceses producidos por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador y no extinciones de contrato pactadas en acuerdo colectivo o individual de prejubilación, para los que sí funciona aquel párrafo segundo.

Pues bien, recientemente esta interpretación ha sido declarada no ajustada a derecho por el Tribunal Supremo (TS), en la **sentencia dictada en unificación de doctrina el 14 de abril de 2010**. Declaración que no parece rebatible y que, una vez más, evidencia lo difícil que es fijar criterios de aplicación de las normas de Seguridad Social definitivos.

El caso que se enjuicia en dicha sentencia es el de un trabajador que ve extinguida su relación laboral en virtud de autorización administrativa recaída en ERE, precedida de un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores, en el cual aquélla asume la obligación de abonar a los afectados por el proceso determinadas sumas. Y la cuestión que se debate es si resulta aplicable a dicho trabajador lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 161 bis.2 LGSS, en relación a la no exigencia del requisito exigido en el apartado b) del párrafo primero.

Hace ver el TS que en ese párrafo segundo sólo se *“exige el abono de determinadas cantidades por la empresa, y que el mismo se haga en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, sin señalar nada respecto a la forma de la extinción”*. Y, en consecuencia, termina diciendo que, con independencia del carácter involuntario de la extinción contractual en estos supuestos de ERE, si la indemnización percibida tras producirse esa extinción lo es en virtud de la obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, y en la cuantía exigida en el segundo párrafo del artículo 161 bis.2 LGSS, no se puede exigir al trabajador que se encuentre inscrito como demandante de empleo en la correspondiente oficina pública durante los seis meses que preceden a su solicitud de pensión.

Por consiguiente, hemos de entender en adelante:

- 1º. Que **podrán acceder a la pensión de jubilación anticipada** que se establece en el artículo **161bis.2 LGSS, los trabajadores que hayan cesado en la empresa a consecuencia de un ERE, sin** que resulte necesario a tal efecto, aunque se trate de ceses no voluntarios, **acreditar que han estado demandando empleo durante los seis meses que preceden a la solicitud**, como se exige en la letra b) del primer párrafo de dicho precepto.
- 2º. Para que dichos trabajadores se vean exonerados de tal exigencia **será preciso que la empresa, en el acuerdo colectivo previo al ERE haya asumido la obligación de pagar** a los afectados por el despido colectivo **la suma establecida en el segundo párrafo del mismo artículo 161bis.2 LGSS**, y se comprueben efectivamente dichos pagos.

23 de febrero de 2011

Criterio 5/2009

RJ 19/2012

JUBILACIÓN ANTICIPADA NO MUTUALISTA. CESE NO VOLUNTARIO DEL PERSONAL ESTATUTARIO TEMPORAL DE LOS SERVICIOS DE SALUD.

A la vista del anterior RJ 130/2010, incluido en este mismo criterio 5/2009, sobre el derecho a la pensión de jubilación anticipada prevista en el artículo 161 bis.2, párrafo primero, de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), a favor de los funcionarios interinos que cesan como tales de forma involuntaria, se plantea ahora si ese derecho es asimismo predicable respecto del personal estatutario temporal al que se refiere el artículo 9 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

Como en el caso de aquellos funcionarios, es evidente que el personal estatutario del que aquí se trata -el contratado mediante nombramiento temporal-, está vinculado a los servicios públicos de salud por una relación que no tiene carácter laboral, sino que está excluida del ámbito del Estatuto de los Trabajadores, como indica su artículo 1.3, letra a); y por tal razón, a primera vista, este personal no acredita el requisito previsto en la letra d) del citado artículo 161 bis.2 LGSS, relativo a “*la extinción del contrato de trabajo*”. De ahí que en el criterio 16/2003-04 se llegase a la conclusión de que este colectivo de trabajadores públicos no puede acogerse a la modalidad de jubilación anticipada prevista en el reiterado precepto legal.

Sin embargo, la reinterpretación en el citado RJ 130/2010 del requisito al que se acaba de hacer mención, haciendo reposar su verdadero alcance en el hecho de que el cese del trabajador se produzca por alguna de las causas listadas en el artículo 208.1.1 LGSS, al que se remite el 161 bis.2.d) *in fine*, justifica plenamente que se ponga en duda la vigencia de aquel criterio 16/2003-04. De lo que se trata, pues, es de precisar si esa nueva interpretación del apartado 2 d) del artículo 161 bis LGSS afecta al personal estatutario temporal del Sistema Nacional de Salud, y si estos trabajadores pueden beneficiarse de la jubilación anticipada a partir de los 61 años cuando, aparte de los demás requisitos, se produce la extinción de su contrato administrativo por causa ajena a la voluntad del interesado.

Pues bien, resulta de hecho suficientemente esclarecedor en tal sentido el penúltimo párrafo del propio RJ 130/2010, en el que, a modo de conclusión de los razonamientos precedentes, se destaca lo siguiente: que la exigencia de que el cese en el trabajo no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, puede acreditarse no sólo cuando la relación de servicios está regulada por un contrato laboral, sino también cuando esa relación es de naturaleza administrativa, siempre y cuando sea susceptible de extinguirse por causa ajena a la voluntad del trabajador y esa extinción dé lugar a una situación legal protegida por la prestación de desempleo.

Eso es precisamente lo que puede suceder respecto de los funcionarios interinos a los que se refiere el artículo 10 del Estatuto básico de los empleados públicos, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, y del personal estatutario comprendido en el artículo 9 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre. En ambos casos se prevé la contratación temporal de personal mediante nombramiento administrativo o estatutario, así como el cese de ese personal cuando finalice el plazo de contratación, desaparezca la causa que la

motivó, se amortice la plaza o se cubra con personal fijo. Y unos y otros -funcionarios interinos y estatutarios temporales- se incluyen entre los colectivos protegidos por desempleo, conforme al artículo 205.1 LGSS, Real Decreto 1167/1983, de 23 de abril y Orden de desarrollo, de 26 de marzo de 1984.

Por consiguiente, procede modificar el criterio 16/2003-04 y manifestar que el personal estatutario temporal de los servicios públicos de salud, incluido en el Régimen general de la Seguridad Social y beneficiario de la acción protectora por desempleo regulada en el Título III de la LGSS, puede acceder a la pensión de jubilación anticipada del artículo 161bis.2, párrafo primero, LGSS, cuando, concurriendo los restantes requisitos establecidos en dicho precepto, acredite, en los términos previstos en el artículo 1.2 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, de desempleo, que su nombramiento se extinguió por causa no imputable a su voluntad.

30 de marzo de 2012